



Sapienza Legal Papers

Quaderni degli alunni
della Facoltà di Giurisprudenza

3

Riforme, cronache e altri studi

Anno accademico 2014-2015

Parte prima



Sapienza Legal Papers

Quaderni degli alunni della Facoltà di Giurisprudenza

3

Riforme, cronache e altri studi

Anno accademico 2014-2015

Parte prima

Comitato di Redazione

Antonio Angelosanto - Elisa Arbia - Benedetta Bertolini - Francesco Camplani
Ernani Francesco Cerasaro - Nicola Cezzi - Pietro De Corato - Ilenia Messina
Luca Amedeo Savoia - Lorenzo Serafinelli - Elda Ventrice

Comitato di Garanzia

Cesare Pinelli - Pasquale Bronzo - Angelo Castaldo - Fulvio Costantino - Luca Di
Donna - Alberta Fabbriotti - Maura Garcea - Domenico Mezzacapo - Giovanna
Montella - Piergiuseppe Morone - Gianluca Scarchillo - Franco Vallocchia

Advisory Board

Nikolai Badenhoop - Job Ballegoijen de Jong - Gabor Fellner - Adrian Hausler
Sara Himilce Ramírez Aguilar - Ulyana Kohut - Philip Nedelcu - Claire Teillard
d'Eyry - Côme Wirz

Alla redazione hanno collaborato

Ernani Francesco Cerasaro - Ilenia Crisci - Stefania D'Onofrio - Giorgio
Figà-Talamanca - Riccardo Guiglia - Giuditta Marra - Ilenia Messina - Arianna
Moreschini - Alessandra Narduzzi - Ilarja Naselli - Elda Nogarotto - Laura
Pelucchini - Adele Ruvolo - Francesco Savo Amodio - Luca Amedeo Savoia
Lorenzo Serafinelli - Valeria Solimando - Emanuele Stabile

Contatti

email: sapienzalegalpapers@uniroma1.it
facebook: Sapienza Legal Papers
website: www.scienzeigiuridiche.uniroma1.it/attivita-editoriali
www.digef.uniroma1.it/pubblicazioni
www.ius-sapienza.org/drupaluni/facolta_/attivita-editoriali

In amichevole collaborazione con



DIRITTI D'AUTORE RISERVATI © Copyright 2015

ISBN 978-88-243-0000-0

JOVENE EDITORE

Via Mezzocannone 109 - 80134 NAPOLI NA - ITALIA

Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87

web site: www.jovene.it e-mail: info@jovene.it

I diritti di riproduzione e di adattamento anche parziale della presente opera (compresi i microfilm, i CD e le fotocopie) sono riservati per tutti i Paesi. Le riproduzioni totali, o parziali che superino il 15% del volume, verranno perseguite in sede civile e in sede penale presso i produttori, i rivenditori, i distributori, nonché presso i singoli acquirenti, ai sensi della L. 18 agosto 2000 n. 248. È consentita la fotocopiatura ad uso personale di non oltre il 15% del volume successivamente al versamento alla SIAE di un compenso pari a quanto previsto dall'art. 68, co. 4, L. 22 aprile 1941 n. 633.

Printed in Italy Stampato in Italia

*Se bene come loro non sapessi allegare gli [autori],
molto maggiore e più degna cosa allegherò
allegando la sperienza, maestra ai loro maestri.*

Scritti letterari - Leonardo da Vinci

INDICE

PARTE PRIMA

- 1 *Nota di redazione*
- 7 Il voto elettronico
Stefania D’Onofrio
- 19 Hobby lobby case: what religious liberty
can do to personal freedom
Laura Pelucchini
- 27 Multiculturalismo: l’Università ed il problema della lingua
Francesco Savo Amodio
- 39 Gli appalti pre-commerciali
Emanuele Stabile
- 49 L’articolo 38 del decreto “Sblocca Italia”: evoluzioni e illegittimità
Ilenia Crisci - Valeria Solimando
- 61 Le Riforme
- 63 I. Trasformazioni costituzionali: il d.d.l. 1429/2014
Luca Amedeo Savoia - Lorenzo Serafinelli
- 77 II. Il contratto di lavoro a tempo indeterminato
a tutele crescenti: il nuovo regime di tutela
nel caso di licenziamento illegittimo
Adele Ruvolo
- 87 III. Dal “job security” al “employment security”:
occupazione e tutele in Europa. La strada italiana
del jobs act
Ilaria Naselli
- 95 IV. Responsabilità civile dello Stato per il fatto del magistrato:
profili del dolo e della colpa grave
Elda Nogarotto

- 105 V. La riforma della legge elettorale
Riccardo Guiglia
- 109 Cronache
- 111 I. Presentazione del libro “Origine e sviluppo degli ordinamenti giusprivatistici moderni in base alla tradizione del diritto romano” di Gabor Hamza
Ernani Francesco Cerasaro
- 117 II. Presentazione del libro “Storia di Roma tra diritto e potere” di Luigi Capogrossi Colognesi
Lorenzo Serafinelli
- 121 III. I doveri nella Costituzione e i limiti dell’obiezione di coscienza
Giorgio Figà-Talamanca - Giuditta Marra
Arianna Moreschini - Alessandra Narduzzi
- 129 IV. Ambiente e futuro
Ilenia Messina

PARTE PRIMA

NOTA DI REDAZIONE*

Già nel 1881 Vittorio Scialoja, nella lettera rivolta al prof. Serafini *Sul metodo d'insegnamento del diritto romano nelle Università italiane*¹ – missiva da considerarsi un vero e proprio «documento programmatico della nuova scienza»² – rifletteva sull'esperienza dei più giovani nelle facoltà giuridiche del tempo.

Le sue riflessioni appaiono, oggi, di estrema attualità per il lavoro che i *Quaderni* si prefiggono di intraprendere.

Riconosciuto che «lo studente, nuovo alle scienze giuridiche, non è ancora in istato di ragionare da sé» poiché «la sua mente prima di dare ha bisogno di ricevere»³, concentrava la sua attenzione sui doveri sia dei discenti che del docente.

Tra questi ultimi individuava quello di educare i «giovani a disprezzare la vana superficialità e le apparenze», introdurli «alla faticosa ricerca» e all'«investigazione profonda», lasciare loro «una certa libertà di studio, che li avvezzi alla libertà di pensare», con l'avvertimento, però, che questa «vada congiunta con la serietà sempre necessaria» e, una volta appresi i metodi della ricerca, «stimolarli a farne esperienza»⁴.

E così concludeva amaramente le sue riflessioni: «pur troppo nelle nostre Università la sola tesi per la laurea costringe il giovane ad un proprio lavoro».

È anche da quell'attualissimo *pur troppo* che nascono i *Quaderni*.

* Per la redazione: Antonio Angelosanto, Luca Amedeo Savoia, Lorenzo Serafinelli, Elda Ventrice.

¹ V. SCIALOJA, *Sul metodo d'insegnamento del diritto romano nelle Università italiane. Lettera al Prof. F. Serafini*, in *AG*, 26, 1881, pp. 486 ss.

² M. BRUTTI, *Vittorio Scialoja, Emilio Betti. Due visioni del diritto civile*, Torino, 2013, p. 49.

³ SCIALOJA, *Sul metodo d'insegnamento del diritto romano nelle Università italiane. Lettera al Prof. F. Serafini*, cit., p. 488.

⁴ SCIALOJA, *Sul metodo d'insegnamento del diritto romano nelle Università italiane. Lettera al Prof. F. Serafini*, cit., pp. 491-492.

L'intuizione dei *Sapientia Legal Papers* trova conferma nel solco di queste taglienti «brevi parole», che nello stile di Scialoja assumono, talvolta, la veste di «lampi» in grado di offrire «al lettore continui spunti e» – per l'appunto – «intuizioni»⁵.

Se «un buon professore troverà modo di stimolare nei migliori la potenza attiva dell'ingegno coll'ammettere la discussione nella scuola, col favorire le interrogazioni e le obiezioni, col proporre finalmente qualche problema lasciandolo insoluto, ma indicando i mezzi per risolverlo»⁶, ecco allora che si concretizzerà l'opportunità per i più giovani di fare *esperienza*.

Nella prima parte del numero della collana c'è anche tutto ciò: gli stimoli ricevuti nel corso delle lezioni hanno dato vita alle riflessioni che seguono questa *nota*.

Un unico filo conduttore le unisce: l'esser tutte quante dei contributi *originari*. L'intenso desiderio di far *esperienza* che alimenta questi scritti non si è trasformato mai in smania di *originalità*.

L'*originarietà* si esprime, oltre che nel rifarsi ai metodi di studio e ricerca appresi, anche sotto altri due particolari profili.

Il primo, nella forma che la maggior parte dei contributi qui presenti assume, ovvero quella del *report* di convegni tenuti presso, o in collaborazione con, la Facoltà di Giurisprudenza, aventi ad oggetto temi di assoluta attualità come il diritto ambientale e i doveri nella Costituzione.

Il secondo, per l'oggetto di alcune di queste cronache: il diritto romano.

Infatti, se ogni cosa risulta esser perfetta – parafrasando il giurista Gaio – solo se consta di tutte le sue parti, il *principium* ne è la *potissima pars*, cioè la parte 'potentissima', la più importante, quella fondamentale.

Per chi studia il diritto e vuole, nella sostanza, apprendere la scienza giuridica non può prescindere da chi la *scientia iuris* l'ha fondata. Infatti, ciò che fece Aristotele per la logica e la metafisica, Euclide per la geometria o Dionisio Trace per la grammatica, lo fece la giurisprudenza romana per la scienza giuridica: «per tutte

⁵ Le parole sono di A. DI PORTO che in un recente lavoro introduce così le sue riflessioni su alcuni scritti di Scialoja (*Res in usu publico e 'beni comuni'. Il nodo della tutela*, Torino, 2013, p. XV).

⁶ SCIALOJA, *Sul metodo d'insegnamento del diritto romano nelle Università italiane. Lettera al Prof. F. Serafini*, cit., p. 493.

queste discipline vennero create le categorie, i principi fondamentali».

Ed «è per questo che come nessuno studioso di logica o di metafisica può prescindere da Aristotile, nessuno studioso di geometria può prescindere da Euclide [...], «così nessuno studioso di diritto può prescindere dalla conoscenza di questo sistema nel quale sono poste le fondamenta prime della scienza giuridica»⁷.

Non manca però l'attenzione, tipica dei più giovani, per l'attualità e il *de iure condendo*. Ecco allora alcuni contributi sul *jobs act*, sulla riforma della responsabilità civile dello Stato per il fatto del magistrato, sul decreto 'Sblocca Italia', sulla riforma della legge elettorale e della carta costituzionale relativamente al ruolo del Senato e sul voto elettronico.

Così come non viene meno l'interesse per l'internazionalità dei nostri studi con un articolo sulla questione dell'uso della lingua inglese nelle università all'esame della Corte Costituzionale, un commento ad una decisione della *Supreme Court* degli Stati Uniti sul rapporto tra libertà personale e libertà religiosa. Allo stesso modo l'intreccio tra le discipline giuridiche ed economiche interessa anche questa edizione, con un'analisi di un nuovo strumento pre-negoziale, il *Pre-Commercial Procurement*.

È con grande piacere, infine, che con la pubblicazione di questo terzo numero dei *Sapienza Legal Papers* annunciamo l'inizio di una *partnership* – o meglio *Partnerschaft* – con i colleghi dell'analoga rivista giuridica studentesca di Monaco, *Rescriptum*. La collaborazione si è concretizzata già nella partecipazione di un membro della nostra redazione alla *Podiumsdiskussion* di presentazione del loro ultimo numero e con l'ingresso di un alunno tedesco nell'*Advisory Board*. Per il futuro, comporterà scambi di contributi e reciproco ausilio nelle rispettive lingue.

⁷ G. LA PIRA, *La genesi del sistema nella giurisprudenza romana. L'arte sistematica*, in *BIDR*, 42, 1934, p. 338. È sulle pagine del *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, fondato da V. Scialoja, che troviamo l'articolo di G. La Pira (Pozzallo, Ragusa, 1904 - Firenze, 1977), giurista e uomo politico italiano, professore di Istituzioni di diritto romano, costituente, deputato e sindaco di Firenze.

STEFANIA D'ONOFRIO*

IL VOTO ELETTRONICO

This paper contains results of a study on the modern debate about an electronic voting system. It seems a natural evolution of society, but what does e-voting really mean? The aim of this study is to clarify theoretical guidelines, international experiences and juridical solutions to it, wondering how to build a digital democracy.

La continua richiesta di adeguamento della società civile all'infaticabile progresso della tecnologia, sembra essere un'esigenza talmente pressante oggi da divenire una pretesa destinata a invadere ogni direzione in forza della sua ragion pratica. Tale fenomeno si estende anche al momento fondamentale della democrazia: l'esercizio del diritto di voto. Si parla spesso di voto elettronico e di votazione in rete e viene spontaneo chiedersi in cosa consista tale cambiamento. Il voto elettronico già a livello concettuale si presenta come una realtà dalle molteplici sfaccettature¹. In generale essa indica una procedura informatizzata che investe direttamente le modalità di voto e in senso ampio viene così definito qualsiasi procedimento elettorale nel quale in una o più fasi vi è un'applicazione meccanizzata². Una definizione così estesa comprende quindi molte e diverse forme di modalità di espressione del voto, le quali, per ragioni espositive, necessitano di una preventiva classificazione. Tenendo quindi presente che non esiste ancora una definizione pacifica di "voto elettronico", premettiamo che la classificazione delle varie tipologie è anch'essa variabile³.

* Studentessa del corso di laurea in Giurisprudenza. Per la redazione di questo lavoro è stata consultata la prof.ssa Giovanna Montella.

¹ L'espressione "realtà dalle molteplici sfaccettature" è di A.G. OROFINO, in *e-vote*, in *Diritto & diritti*, luglio 2003.

² A. SARAI, *Democrazia e Tecnologia: il voto elettronico*, Bologna, 2008.

³ SARAI, *op. cit.*

Innanzitutto si possono informatizzare le diverse fasi del procedimento elettorale. La fase preliminare al voto potrebbe riguardare l'elaborazione, la gestione e l'aggiornamento delle liste elettorali e la procedura di identificazione dell'elettore. La fase centrale nella quale l'elettore esprime il suo voto. La fase finale del conteggio dei voti, volta a determinare il risultato elettorale. Un'altra grande differenza quando si parla di voto elettronico è basata sul collegamento dei terminali. Ci sono sistemi di votazione *on-line*, in cui i terminali sono collegati tra di loro in una rete informatica, non rileva se la rete informatica sia aperta o chiusa, rilevante ai fini della definizione è che essa sia articolata in una serie di elaboratori che fungono da *client* che si rapportano ad altre postazioni elettroniche che fungono da *server*. Opposto è ovviamente il sistema di voto *off-line*, nel quale ogni macchina opera indipendentemente dalle altre, senza possibilità di scambiare o trasmettere dati.

Un'altra distinzione, che alcuni ritengono essere l'unica da considerare, è basata sul luogo nel quale avviene la votazione, principalmente distinguiamo due tipologie. L'una, chiamata *poll site voting*, avviene tramite un terminale elettronico posto in un luogo pubblico, il che può avvenire in diverse modalità.

In una prima specie l'elettore può votare all'interno di un chiosco che sostituisce la cabina elettorale, posto nell'abituale seggio dell'elettore, individuato tramite i suoi dati anagrafici di residenza. L'elettore quindi si reca fisicamente al seggio, dove pubblici funzionari accertano l'identità del votante e la correttezza dello svolgimento della votazione, che avviene tramite un *computer* appositamente programmato. Questa modalità di votazione viene nominata *poll site voting* in quanto si esercita in un ambiente pubblico protetto e appositamente dedicato a questa funzione⁴. Un'altra tipologia che rientra nel *poll site voting*, prevede la possibilità per l'elettore di recarsi in qualsiasi seggio elettorale e di esprimere il proprio voto nelle stesse modalità previste nella tipologia precedente. Questo sistema, tuttavia, presuppone in più una rete informatica di collegamento fra tutti i seggi, attraverso la quale viene contattato il seggio elettorale di residenza dell'elettore. In questo modo si permette di verificare la legittimazione al voto da parte dei membri del seggio dove fisicamente l'elettore si trova e di impostare il computer affinché l'elettore esprima la scelta tra i candidati

⁴ SARAIS, *op. cit.*

del “suo” collegio, pur votando fisicamente altrove⁵. Anche questa modalità rientra nella categoria del *poll site voting* in quanto il luogo dove si svolge è un preciso ambiente dedicato esclusivamente allo svolgimento delle elezioni. In questo caso notiamo anche un esempio di votazione *on-line* poiché tutti i computer sono collegati tra di loro e contemporaneamente con un *server* centrale e quindi il conteggio in ipotesi di scrutinio locale può tener conto del voto dell'elettore che fisicamente non ha votato nel proprio seggio di appartenenza in base alla residenza. Infine un'ultima tipologia prevede l'impianto di una macchina posta al di fuori del seggio, in un luogo pubblico, ad esempio in un centro commerciale o in un ufficio postale. I *computer* sono comunque presidiati da pubblici ufficiali.

L'altra macro categoria, detta *remote-voting*, è contrapposta al *poll site voting* poiché la votazione avviene in spazi privati tramite il collegamento ad una rete di comunicazione utilizzata per raccogliere voti. L'elettore può votare in qualsiasi posto si trovi, basta che si colleghi ad un terminale e alla rete utilizzata per raccogliere i voti. Con la diffusione di internet il passo verso un *internet voting* è stato rapido, si è sviluppato quindi un particolare tipo di voto elettronico, il *net-vote* o *e-voting*, che prevede il collegamento attraverso il proprio *computer* ad un apposito sito web delle elezioni, utilizzando un normale *browser*⁶. Attraverso un particolare sistema di identificazione digitale dell'elettore, tramite il quale viene digitalizzata la fase pre-elettorale, viene presentata una scheda sulla quale l'elettore esprimerà il proprio voto e rimanderà quindi la scheda votata dal proprio *computer client* al *computer server* centrale. Il voto espresso viene registrato come dato elettronico dall'elaboratore, che provvederà sulla base del *software* con cui è programmato ad aggregarlo agli altri voti realizzando automaticamente le operazioni di scrutinio e di elaborazione dei risultati. Tutti i voti e i dati relativi ai votanti sono quindi esclusivamente informatizzati ed immateriali, caratteristica che comporta grande innovazione, ma anche pericoli collegati alla difficoltà di verifica dei risultati e riconteggio dei voti. Cosa che non accade con i sistemi di voto elettronico in cui la macchina provvede anche al rilascio di una ricevuta cartacea o di una scheda predisposta per la scansione ottica, detti *Voter verified paper trail* (VVPT). I più famosi

⁵ SARAIS, *op. cit.*

⁶ SARAIS, *op. cit.*

sono i sistemi a schede perforate nei quali la macchina produce in base alla scelta dell'elettore un particolare tipo di foro che servirà alla macchina stessa a riconoscere il voto espresso dall'elettore, permettendo così sia l'esistenza di dati informatizzati sia la presenza di elementi cartacei atti a verificare la correttezza delle elezioni e il riconteggio delle schede. Esiste inoltre una soluzione mediana, nella quale il dato informatico del voto dell'elettore produce anche una traccia esterna, ovvero il voto potrebbe essere registrato anche sulla *smart-card*. Infatti l'*internet voting* prevede anche un sistema di identificazione informatizzata, che può avvenire anch'esso con una serie di modalità. Il sistema di identificazione meno sofisticato consiste nel fornire all'elettore una chiave d'accesso alfanumerica o un codice riservato, che digitato dal titolare nel sito *web* delle elezioni, consente il riconoscimento della persona dell'elettore e l'abilitazione al voto. Altra modalità prevede l'utilizzo di *smart-card*, ovvero tessere magnetiche sulle quali sono registrati i dati dell'elettore, come la carta d'identità elettronica, che nel supporto plastificato contiene un *microchip* con i *file* relativi ai dati anagrafici del suo possessore. Per essere lette hanno bisogno di un lettore elettronico, ma costituiscono uno strumento più sicuro rispetto al precedente. In questo modo tutte le fasi elettorali sono informatizzate. Per completezza un altro sistema di identificazione digitale, che però non può essere applicato ai sistemi di *remote-voting* è quello che si basa sul riconoscimento di caratteristiche fisiche assunte come modello di riferimento, ad esempio sull'acquisizione di impronte digitali o della configurazione dell'iride.

Quando si parla di voto elettronico nella maggior parte dei casi si fa riferimento ad un sistema digitalizzato, il quale al contrario dell'*internet voting*, si è concentrato sullo sviluppo del cosiddetto sistema DRE, ovvero *direct recording electronic*. La caratteristica di questo sistema consiste nel particolare modo di digitalizzare la fase di espressione del voto, ovvero l'elettore esprime il proprio voto tramite una macchina e il suo voto viene registrato direttamente dal *computer*. Se vi è dibattito sulla nozione di voto elettronico, certo non ce n'è sul riconoscere la coincidenza di questo modello con l'esempio cardine e più riuscito di applicazione di questa sperimentazione. Varie possono essere le modalità tramite le quali la fase di espressione del voto viene digitalizzata e ne troviamo esempi concreti in molti paesi.

Negli Stati Uniti sin dagli anni sessanta del secolo scorso si è guardato alla possibilità di esercitare il diritto di voto tramite fasi

digitalizzate che aiutassero il conteggio dei voti. A seguito del dibattito politico che scaturì dalla vicenda A. Gore - W. Bush, il Congresso Americano approvò fondamentali riforme riguardo il sistema elettorale nazionale e nel 2002 venne approvato l'*Help America Vote Act*, HAVA. Il risultato di questa intuizione anche giuridica che si sta percorrendo in America è che due terzi dei votanti americani nel 2004 ha scelto il presidente con l'ausilio di sistemi elettronici (secondo il rapporto *election day survey* realizzato dall'EAC⁷), tramite apparecchiature a scansione ottica, dove la scheda cartacea con la scansione ottica viene letta da un terminale con un lettore laser e registrata come dato digitale, ovvero tramite DRE con *touch screen* e sistemi con pulsanti.

In India dalla primavera del 2004 sono state introdotte le *Electronics corporation machines*, che permettono di votare premendo un pulsante vicino al nome del candidato scelto registrato da un'unità di controllo, sistema *offline che* necessita di installazione fisica delle macchine⁸.

In Brasile invece parlare di voto elettronico non è una novità: iniziato come un progetto di sperimentazione nel 1996, dal 2000 tutti i seggi elettorali sono informatizzati. L'esperienza Brasiliana è la più longeva nel suo genere. Oggi il sistema DRE brasiliano prevede una digitalizzazione anche della fase di riconoscimento, tramite la digitalizzazione dei dati anagrafici dei residenti⁹. La scelta dell'elettore invece avviene digitando il codice numerico relativo al candidato, o nel caso del referendum, relativo al SI e al NO, viene quindi richiesta una conferma all'elettore e dopodiché si blocca automaticamente la schermata per evitare la doppia votazione¹⁰.

In Venezuela per impedire voti plurimi, in un sistema di votazione DRE tramite *touch screen* con *Vouter-verified paper trail*, le impronte dei votanti vengono trasmesse ad un database nazionale, nonostante tale sistema, molte sono state le polemiche riguardo la correttezza dello svolgimento delle elezioni¹¹.

Il caso che però può essere contrapposto a questi tipi di esperienze è tutto europeo e riguarda l'Estonia. Il paese baltico infatti è stato il primo al mondo ad adottare l'*i-voting*, non senza difficoltà,

⁷ www.eac.org.

⁸ R. MASTROLONARDO, *Ma non chiamatelo voto elettronico*, *Monthly vision*, marzo 2006, p. 45.

⁹ SARAI, *op. cit.*, p. 78.

¹⁰ MASTROLONARDO, *op. cit.*

¹¹ MASTROLONARDO, *op. cit.*

ma certo coerentemente con la politica di digitalizzazione che negli ultimi 15 anni l'Estonia sta mettendo in atto e che la rende la sede dell'amministrazione dell'UE. L'intenzione di introdurre l'e-voting in Estonia viene annunciata pubblicamente dal ministro della giustizia Märt Rask all'inizio del 2001, ma la cautela induce a procedere con numerose sperimentazioni, influenzate anche dall'esperienza che gli Stati Uniti stavano avendo oltre Oceano, il progetto di legge viene presentato in Parlamento alla fine del 2001 e viene diviso in quattro disposizioni di legge. Il *Riigikogu Election Act* entrò in vigore quindi il 12 giugno 2002 e prevedeva che non potesse essere applicato l'*internet-voting* prima del 2005, anno nel quale, in occasione delle elezioni locali amministrative è stato messo in atto il sistema dell'e-voting¹². Innanzi tutto la fase di riconoscimento del cittadino avviene collegando un apposito lettore digitale al *pc* per leggere la carta di identità elettronica dell'elettore (*digital ID card*) e l'installazione di un *software*, che si scarica gratuitamente da un sito internet previsto dal governo, una connessione internet e un sistema operativo tra Windows, Mac o Linux. Trenta giorni prima della data di elezione infatti vengono stilate le liste elettorali sempre in forma digitale e aggiornate quotidianamente durante le elezioni. La carta d'identità elettronica, *ID card*, è distribuita dal governo ad ogni cittadino o residente straniero richiedente sopra i 15 anni e contiene l'autenticazione e la firma digitale del cittadino¹³. Inoltre verso la fine del 2009 è stato introdotto un sistema detto m-ID, dove il telefonino agisce come una *ID card* e un lettore contemporaneamente, con una normale SIM. La stessa struttura concettuale del sistema chiamato 'delle due buste' viene utilizzata nel voto elettronico, digitalizzando i passaggi, tramite un sistema di crittografia asimmetrica, cioè il voto viene criptato due volte e vengono previste due chiavi di decrittazione diverse che corrispondono idealmente all'apertura della componente pubblica e privata delle due buste. La componente pubblica del sistema crittografato è integrata nell'applicazione del votante e viene

¹² W. DRECHSLER, *The estonian E-Voting Laws Discourse: paradigmatic Benchmarking for central and Eastern Europe*, unpublished paper, University of Tartu, Estonia, 2002 (available online, <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/nispacoe/unpan009212.pdf>).

¹³ Ü. MADISE, P. VINKEL, *Constitutionality of Remote Internet Voting: the Estonian Perspective*, 2011. Il numero di *ID cards* rilasciato fino al giugno del 2010 è superiore a 1.1 milioni e un importante fattore di promozione è stato l'accordo con le banche relativo alla possibilità di accedere alle banche online solo con un *ID card*.

utilizzata per decriptare l'identità del votante, senza scoprirne il voto; la componente privata viene decifrata dall'applicazione deputata al conteggio dei voti, ovvero la *Vote Counting Appllication*¹⁴. Il sistema quindi si sviluppa in questo modo: il votante si collega ad internet, sul sito web delle elezioni (www.valimsed.ee), tramite il proprio computer o qualsiasi altra applicazione basata su internet, registra la propria identità, digitando un codice PIN1 e vota tramite una scheda elettorale inviatagli dal Vote Forwarding Server, conferma la propria scelta tramite l'apposizione della propria firma digitale, inserendo un codice PIN2¹⁵. Il Vote Forwarding Server, responsabile per l'identificazione, l'invio della lista dei candidati e la ricezione delle schede elettorali firmate e criptate, immediatamente trasferisce al *the Vote Storage Server* i dati e ne dà conoscenza al votante. Il *Vote Storage Server* decripta le identità dei votanti, decriptando quindi il PIN2 e invia le schede ancora criptate al *Vote Counting Appllication*, il quale è un programma *off-line* deputato al conteggio dei voti, autorizzato a decodificare i voti tutelati dal PIN1(per questo crittografia asimmetrica). Il sistema in questo modo cerca di assicurare la segretezza del voto di ciascun cittadino. Per assicurarsi che il votante stia esprimendo il proprio volere è permesso di cambiare il proprio voto, votando di nuovo durante la votazione anticipata elettronicamente o presso le postazioni pubbliche, questione che ha dato adito a molte critiche. Le elezioni tramite internet dal 2005 in Estonia hanno evidenziato diversi risultati. Inizialmente si era ritenuta un'esperienza di poco impatto in quanto nelle elezioni locali del 2005 solo l'1,9% della popolazione aveva scelto di esprimere il proprio voto tramite questa modalità, ma nel 2011 sono stati ben 24,3% i cittadini estoni a scegliere questa modalità¹⁶. Numerose sono state le critiche nei confronti di questo sistema. Innanzitutto riguardo la segretezza della votazione, in quanto il sistema ideato garantisce l'anonimato del voto, ma non vi è certezza che il votante non subisca pressioni o influenze che violino il diritto di libertà di voto. Non convince la soluzione, sostenuta anche dalla Corte Costituzionale estone, di un approccio teleologico al principio della segretezza, che in realtà è alla base dell'*i-voting* ovvero la premessa che il governo deve fidarsi dell'individuo ed evitare quanto più possibile di interferire con le

¹⁴ MADISE, VINKEL, *op. cit.*

¹⁵ www.vvk.ee.

¹⁶ MADISE, VINKEL, *op. cit.*

decisioni prese personalmente dal cittadino. Tuttavia il principio della libertà di voto fa sorgere l'obbligo degli stati di proteggere i votanti dalle persone che provano a influenzare la loro scelta e tale tutela verrebbe realizzata tramite la possibilità che viene offerta ai votanti di cambiare il proprio voto, cancellando quello già espresso, sia digitalmente che recandosi presso le sezioni di appartenenza, svolgendo così anche un'importante funzione di prevenzione. Altra questione dibattuta riguarda la sicurezza del sistema, poiché il sistema centrale è protetto dallo Stato, ma la diffusione di *malware* nei computer privati o in altre mani, non può essere facilmente limitata, la questione non è risolvibile in assoluto, perché qualsiasi meccanismo di controllo della votazione potrebbe rendere anche riconducibile la paternità del voto. In ogni caso l'OCSE, in seguito ad una revisione operata in occasione delle elezioni nazionali del 2007, ha affermato che le elezioni sono state realizzate in maniera completamente trasparente, anche se rimane scettica sul livello di protezione e sicurezza¹⁷.

In Italia questo tipo di voto non potrebbe essere applicato per la sua illegittimità costituzionale, poiché contrario all'art. 48¹² Cost., al contrario del voto elettronico realizzato nelle postazioni pubbliche¹⁸, dei quali pallidi tentativi sperimentali sono stati realizzati a partire dal 2005. Nella nostra Costituzione il voto deve avere quattro precise caratteristiche per essere democratico, le quali non possono prescindere le une dalle altre: il voto di cui non fosse garantita la segretezza non sarebbe veramente libero e quindi non sarebbe nemmeno personale ed eguale. Tramite l'uguaglianza passa la realizzazione del suffragio universale e quindi l'obbligo dello Stato di eliminare qualsiasi condizionamento dovuto alle conoscenze tecniche e informatiche di ciascuno, al possesso di apparati tecnologici; la votazione deve essere semplice, intuitiva, alla portata di tutti onde superare il *digital divide*. Il voto è libero, in quanto espressione non coartata della volontà dell'elettore che è posto nelle condizioni di scegliere, senza ingerenze indebite né pressioni, chi ritiene più idoneo alla guida della collettività. Per realizzare un suffragio elettorale genuino quindi la segretezza è una condizione fondamentale, sebbene non sufficiente, perché il voto sia libero. Occorre inoltre assicurare che il voto sia eguale e personale, in sintesi che non possa essere sottratto legittimamente

¹⁷ MADISE, VINKEL, *op. cit.*

¹⁸ SARAI, *op. cit.*

all'esclusivo titolare del diritto di voto l'esercizio dello stesso, né esso può essere in qualsiasi modo limitato o condizionato. È unico e irripetibile, in quanto ciascun elettore può votare una sola volta e tale voto ha lo stesso valore di quello degli altri. Queste quattro caratteristiche del diritto di voto, corollari che discendono direttamente dal principio democratico, assicurano e realizzano il suffragio universale dei cittadini e sono garantite da tutte le Costituzioni dei Paesi liberi. La questione fondamentale è quanto il voto elettronico garantisca la segretezza e quindi la genuinità del suffragio. Abbiamo visto che ci sono soluzioni per garantire l'anonimato dell'elettore, svincolando il voto espresso dalla sua identità, ma al di là delle specifiche cautele di carattere tecnico del sistema, la segretezza del voto elettronico può essere minacciata anche sostanzialmente. Questo pericolo non si presenta nei sistemi DRE o comunque in generale nei *poll site voting*, dove vi è una precisa postazione, presidiata e appositamente installata, ma è oggettivo qualora il sistema consenta di connettersi da qualsiasi punto tramite un semplice collegamento in rete ed esprimere la propria preferenza. In Estonia la segretezza è un requisito soggettivo disponibile del cittadino, mentre lo Stato, una volta realizzate le strutture necessarie, esaurisce il proprio compito cercando di assicurare il più possibile la trasparenza del sistema, presupponendo la buona fede del cittadino. L'elettore è libero di scegliere la modalità che ritiene più opportuna per esercitare il proprio diritto e in questa scelta si presuppone che l'individuo tenga in considerazione se l'ambiente nel quale egli effettua la votazione sia libero e senza condizionamenti e quindi scegliere di recarsi ad una postazione pubblica per esprimere il proprio voto, oppure in casa da solo o ancora in casa davanti altre persone. È una scelta personale, lasciata alla disponibilità dell'elettore, un'interpretazione teleologica del principio di segretezza. In Italia la segretezza prevista dalla Costituzione è interpretata non solo soggettivamente, ma anche come irrinunciabile carattere oggettivo necessario per tutelare la libertà di scelta e quindi la democraticità del voto: una segretezza lasciata alla disponibilità dell'elettore significherebbe non rendere effettiva una garanzia costituzionale. La segretezza della votazione è un dovere dello Stato, che detiene il monopolio delle modalità di espressione del voto e rende pubbliche tutte le procedure ad esse inerenti. Tuttavia in Italia il voto in ambienti privati, fuori dai seggi e senza garanzie oggettive di esercizio in condizioni di segretezza è già en-

trato nel nostro ordinamento con la modifica dell'art. 48 Cost.¹⁹, necessaria onde permettere la legittimità costituzionale del sistema di votazione per corrispondenza introdotto per i cittadini italiani residenti all'estero. L'interpretazione prevalente ritiene conforme alla democraticità del voto tale apertura poiché uno dei requisiti fondamentali del voto viene parzialmente limitato per garantire l'effettività dell'esercizio di voto e quindi operando un bilanciamento tra principi, la segretezza viene parzialmente compromessa a favore di una maggiore effettività. Si ritiene quindi non opportuno estendere questa soluzione ad ambiti diversi, nei quali non vi è esigenza di effettività, anzi secondo alcuni il requisito della segretezza sarebbe rafforzato poiché non potrebbe essere mai derogato se non nel caso, unico, previsto dalla Costituzione, dell'esercizio del voto all'estero²⁰. Tuttavia questa interpretazione oggi prevalente è un'interpretazione restrittiva del nuovo testo costituzionale alla quale si potrebbe contrapporre l'interpretazione di chi critica tale modifica²¹. Secondo tale interpretazione i requisiti del voto non sono più tanto indisponibili, ma possono essere derogati, anche se parzialmente, per conseguire l'obiettivo di maggiore efficacia dell'esercizio di voto. Inoltre vengono limitate parzialmente anche le altre caratteristiche poiché tali modalità e disponibilità di principi non vengono previsti per tutti, ma solo per una categoria ristretta di cittadini. La questione non è essere critici o meno, quanto rendersi conto che oggi prevale un'interpretazione restrittiva dell'art. 48 Cost., ma nel corso degli anni davanti ad esigenze politiche e sociali differenti e davanti all'evoluzione, che certamente avverrà, della tecnologia, in un paese abituato alla digitalizzazione del servizio pubblico, anche il voto elettronico che consente di non sottostare alla condizione accertabile obiettivamente di un suffragio espresso in segretezza e personalmente, potrebbe essere considerato costituzionalmente legittimo. Oggi non siamo ancora pronti a tale cambiamento e quindi la questione non presenta una soluzione definita al problema anche perché allo stato attuale delle cose le garanzie di sicurezza sono pari a quelle del sistema tradizionale. Evidenti sono i vantaggi collegati ad una votazione elettronica, sia basata sul sistema DRE sia tramite *remote vo-*

¹⁹ Art. 1, l.cost. 17 gennaio 2000, n. 1.

²⁰ SARAI, *op. cit.*

²¹ E. BETTINELLI, *La lunga marcia del voto elettronico in Italia*, in *Quaderni dell'osservatorio elettorale*, n. 46, 2002.

ting, ai quali possiamo accennare. Innanzi tutto l'eliminazione in assoluto della possibilità di lasciare sulla scheda segni identificativi o qualsiasi altro segno che renderebbe la scheda nulla, difficile da interpretare, tramite un sistema che impedisce, in estrema sintesi, qualsiasi alterazione manuale delle schede, anche fraudolenta e quindi un miglioramento effettivo dello scrutinio, che rasenti quasi la perfezione. Un sistema che però può essere violato con mezzi tecnici e quindi presentare nuovi pericoli, da un semplice malfunzionamento dei componenti meccanici delle apparecchiature di voto o di supporto della trasmissione dei dati ad un malfunzionamento delle componenti software dei programmi fino ad una loro alterazione fraudolenta che altererebbe il dato elettorale, ad esempio tramite l'intromissione di amministratori esterni (*Trojan virus*). Il voto elettronico però garantisce il rispetto del diritto di mobilità degli elettori, una maggiore tutela della privacy senza timbri sulla tessera elettorale e un'auspicata maggiore partecipazione dei cittadini alle votazioni, ma presenta anche pericoli di *web spoofing*, ovvero un'usurpazione dell'identità digitale, la possibilità tecnica di ricollegare il voto espresso al votante e nel caso del sistema di *remote-voting* vi è una mancanza oggettiva di segretezza del sistema. L'eliminazione di tutte le procedure legate alla gestione delle votazioni e l'abbattimento dei relativi costi assicurano maggiore efficienza e trasparenza delle stesse, rimuovendo così un sistema burocratico oneroso (un risparmio da valutare non solo con riguardo ai 'conti' dello Stato, ma anche all'evoluzione che l'abbandono delle schede cartacee comporta, si pensi al risparmio della produzione di carta che si è ottenuto digitalizzando le modalità di voto in un paese grande quanto l'India e il Brasile), ma di certo vi sono dei costi iniziali molto elevati necessari per predisporre, mantenere e comunicare un sistema di voto elettronico oltre che una difficoltà oggettiva di verificare l'effettività della votazione in caso di brogli senza alcun documento fisico che rimanga della votazione espressa. Tuttavia la continua evoluzione della tecnologia permetterà di risolvere gli aspetti legati alla tecnica e l'avvento di un sistema elettronico di espressione del voto non tarderà a giungere. L'art. 9 del Codice della P.A. digitale²² attualizza il diritto fondamentale alla partecipazione democratica dei cittadini alla vita del Paese tramite le tecnologie informatiche, ma ogni termine della rubrica deve es-

²² D.lgs. 7 marzo 2005, n. 82.

sere rispettato: partecipazione, democratica ed elettronica. Questo delicato cambiamento necessita di fare propri gli argini costituzionali per garantire una società informatizzata e contemporaneamente democratica, altrimenti la tecnologia sarà un espediente tramite il quale giustificare disuguaglianze sostanziali.

LAURA PELUCCHINI*

HOBBY LOBBY CASE: WHAT RELIGIOUS LIBERTY CAN DO TO PERSONAL FREEDOM

*This article analyses the controversial case *Burwell v. Hobby Lobby Stores Inc.*, decided by the U.S. Supreme Court in June 2014. It represented a real turning point in American jurisprudence, recognising for the very first time that a for-profit company has the right to exemption based on religious freedom. It soon became an occasion to widely discuss about free exercise of religion, freedom of association and personal liberty, giving the chance to rethink these pillars of the constitutional system.*

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Tracing the origins of the controversy. – 3. Deep into the case. – 4. Critical points.

1. *Introduction*

When in 2010 the Affordable Care Act (ACA) passed, it significantly reformed the U.S. healthcare system. The Federal Statute reduces the costs of health care for individuals and grants a general minimum standard of it. In particular the so-called ObamaCare calls for state or federal laws to regulate the HHS (Health and Human Services) Mandate, according to which insurers or employers have to cover the cost of some contraceptives in the health plan they provide for their employees. The ACA does not specify details, limiting itself to state a compelling provision of «preventive care and screenings for women without any cost sharing requirements». It is left to the Health Resources and Services

* Studentessa del Corso di Laurea in Giurisprudenza. Per la redazione di questo lavoro è stata consultata la prof.ssa Alessandra Di Martino.

Administration to decide, choosing between the Food and Drug Administration methods of birth control approved. The FDA approved methods selected were four: *ella*, Plan B and two kind of IUD (Intra Uterine Devices). It has to be said that abortion services are anyway excluded. Employers who decided not to cover health insurance to their employees have to pay a «shared responsibility fee» which is not to be considered as a fine but as a tax, as spelled out in U.S. Code 4980H. In giving its opinion in *Liberty University Case* (No. 10-2347), the Court of Appeal for the Fourth Circuit explained that the shared responsibility fee is proportionate to the need to ensure universal coverage. Employers can freely choose between paying the tax or the health insurance¹. So actually there is no real employers mandate, since they can lawfully decide not to cover health insurance plans.

2. *Tracing the origins of the controversy*

The Greens are the owners and founders of a billionaire company, named Hobby Lobby Inc., specialised in arts and crafts. The members of the whole family are well known for their Christian faith and their commitment in religious campaigns. As said by Justice Alito, the purity of their feeling can be proved considering that they always close all the stores on Sundays, loosing money annually, or that «they contribute profits to Christian missionaries and ministries; and they buy hundreds of full-page newspaper ads inviting people to know Jesus as Lord and Saviour». Because of their believer morality, the Greens are totally contrary to abortion and deeply convinced that paying contraceptives to their female employees made them complicit in this sinful practice. They found immoral and unfair being coerced to choose between bearing a tax or covering the HHS mandate under the ACA. That's why they decided to appeal against HHS, represented at the time by its Secretary Kathleen Sebelius, substituted in 2014 by Sylvia Burwell. The U.S. District Court for the Western District of Oklahoma dismissed their complaint. The decision, however, was nevertheless reversed by the U.S. Court of Appeal for the Tenth Circuit. The Government appealed then to the U.S. Supreme Court, probably hoping a

¹ T. FESSENDEN, *Contraception v. Religious Freedom: Hobby Lobby Heads to the Supreme Court*, in <http://religionandpolitics.org/2014/03/19/contraception-v-religious-freedom-hobby-lobby-heads-to-the-supreme-court/#sthash.VAez0tHL.dpuf>, march 19th, 2014.

judgement opposite to the one finally given in the Hobby Lobby Case (573 U.S. 2014).

3. *Deep into the case*

The Green family's juridical strategy started from defining the contraceptive mandate as a burden to their exercise of religious freedom. Exemptions to the application of ACA provisions were granted only for religious employers, meaning religious non-profit organisations which clearly objected to contraceptive services². Churches were surely among them, while the Obama administration had insofar denied exemptions to for-profit corporations. This was easily understandable, especially if we consider that the main aim of a corporation is to make money and increase its business and capital. However the plaintiff tried to achieve its goal presenting itself as a person. In this way they were able to call for the application of both the Religious Freedom Restoration Act (1993) and the First Amendment. In fact the RFRA prohibits the «Government from substantially burdening a person's exercise of religion even if the burden results from a rule of general applicability unless it demonstrates that its application to the person is in furtherance of a compelling governmental interest and is the least restrictive means of furthering that compelling governmental interest»³. Of course HHS wasn't able to prove that the mandate fulfilled both required conditions. This exegetical game was made possible by U.S. Code and Internal Revenue Code regulations according to which in any Act of Congress the word 'person' includes not only individuals but corporations, companies, firms and associations as well.

Talking about the second aspect, can seriously a for-profit company be entitled to the free exercise of religion under the First Amendment? In particular, in this specific case, we have to underline that HHS was not accused of limiting someone's worship but to force the Green family to act respecting others' freedoms, morally shared or not that they were⁴. The free exercise clause usu-

² P. HORWITZ, *The Hobby Lobby Moment*, in 128 *Harv. l. rev.*, 2014, p. 154.

³ 42 U.S.C. §§ 2000bb-1(a), (b).

⁴ M. LEDERMAN, *Hobby Lobby Part V: Whose Religious Exercise? Of corporations, for-profit employers, and individual plaintiffs acting in their various corporate capacities*, in <http://balkin.blogspot.it/2014/01/hobby-lobby-part-v-whose-religious.html>, january 28th, 2014.

ally protects individuals whereas business corporations had always been treated differently from persons when it comes to fundamental rights⁵. Economic matters and personal conscience seemed to be incompatible, as the Court affirmed in *United States v. Lee* [455 U.S. 252 (1982)]. «When followers of a particular sect enter into commercial activity as a matter of choice, the limits they accept on their own conduct as a matter of conscience and faith are not to be superimposed on the statutory schemes which are binding on others in that activity». Or at least that was the general trend until June 2014. The case had been argued on March 25 and it was related to a similar one, *Conestoga Wood Speciality Corp. v. Sebelius*, in order to be both decided together. The Supreme Court predictably split, the Conservatives on one side and the Liberals on the other, assuming the 5-4 form. The majority opinion was expressed by Justice Alito, joined by Chief Justice Roberts and Justices Scalia, Kennedy, Thomas and the dissenting opinion was written by Justice Ginsburg, joined by Justices Breyer, Sotomayor, Kagan. The Court proclaimed Hobby Lobby's success, recognising the corporation as a person so rightly eligible to be exonerated from the «unbearable burden» represented by the HHS contraceptive mandate. That was due to the particular corporate form adopted. Hobby Lobby is in fact a so called closely held company, which means that the few shareholders are usually closely related⁶. Moreover, they are unanimous in their beliefs, exactly as proved by Green family. The Court itself stressed that only this kind of for-profit regime can benefit of the granted religious exemption, because of its inner features. The majority asserted that recognising religious liberty to a corporation was equivalent and fundamental to the protection of the owners' freedom of conscience. The corporation is simply considered as an instrument for people to reach some desired ends. Thus saving the corporation's interests is equivalent to protect individuals who indirectly take advantage from litigation⁷. Taking this path, the Court seemed to be neglectful of the distinction between the entity and its ownership, but above all didn't properly respect Article III of the U.S. Constitution third-party

⁵ D. GANS, *Can corporations exercise religion?: A Response to Douglas Laycock*, in <http://balkin.blogspot.it/2014/02/can-corporations-exercise-religion.html>, february 20th, 2014.

⁶ S.J. WILLIS, *Corporations, Taxes, And Religion: The Hobby Lobby And Conestoga Contraceptive Cases*, in 65 S. C. l. rev., 2013.

⁷ B.L. GARRETT, *The constitutional standing of corporations*, in 163 U. Pa. l. rev., 2014, p. 95.

standing provision. Furthermore it turns out to be not only a religious matter but also an economic one. Justice Alito well explained how the contraceptive mandate allegedly damages private interests of the company owners and their associates. In fact both if the Greens decide to pay an annual tax of several millions of dollars or to cover health insurance plans, Hobby Lobby property and financial well-being would be anyway compromised. In this assumed violation of the Fourth Amendment, the Majority found one more reason to grant them religious exemption.

The Court also decided to wisely self-limit the scope of its ruling. In fact it's clearly written down that the RFRA exemption cannot be relied on escaping from covering drugs others than contraceptives. In case of particular social impact, danger of death or contagion, the religious exemption won't be able to prevail over a Government's interest⁸.

In answering to the majority opinion, first of all Justice Ginsburg focused her speech on the RFRA «least restrictive means», which have to be preferably understood as «equally effective means». Second, she was deeply convinced that «the connection between the families' religious objections and the contraceptive coverage requirement is too attenuated to rank as substantial». The employers are just obligated to pay a sum of money, but they are not at all forced to provide health coverage including FDA contraceptive methods. In spite of the strength of Justice Ginsburg logic construction, her opinion wasn't able to coagulate the rest of the Court and to prevail. Besides, the Hobby Lobby majority opinion has been already recently confirmed in *Hercules Industries Inc. v. Burwell* (Civil Action No. 1:12-cv-1123), decided on March 17, 2015. It was a case similar to the previous Hobby Lobby one where the Newland family, owner of the Industries and practising Catholics, summoned HHS Department to have the religious exemption under RFRA recognised. The U.S. District Judge John Kane for the District of Colorado expressed himself in favour of the plaintiffs, following the legal precedent.

4. *Critical points*

Expressing their opinion in defence of for-profit corporations and their owners, almost all the judges refer to the third part con-

⁸ I.C. LUPU, *Hobby Lobby and the dubious enterprise of religious exemptions*, in 38 *Harv. j. l. & gender*, 2015.

cept but actually the real one who turns out to be substantially impinged by this ruling is composed by female employees. The paradox is contained in Justice Kennedy's words: «Among the reasons the United States is so open, so tolerant, and so free is that no person may be restricted or demeaned by Government in exercising his or her religion. Yet neither may that same exercise unduly restrict other persons, such as employees, in protecting their own interests, interests the law deems compelling». Overturning the discourse we may ask ourselves if recognising religious exemptions to for-profit corporations, as the Court did, is not exactly a restriction of other individuals (female workers in particular) in protecting their own interests. When employers choose to stop paying for contraceptives a real discrimination between sexes arises. Women employees are forced to bear higher health costs than men do, that will signify a decrease of their wages (sometimes already inferiors even for the same job position) and of their economic autonomy. Some women perhaps won't have enough money to cover this expense and the only possible consequence will be an increase of unintended pregnancies and abortions⁹. The declaration made by the American Freedom Law Centre was dismissing, according to which: «Birth control harms women because men will only want them for the satisfaction of their own desires». A sentence that shows how the idea of submitted women being only defined as mothers and wives still exists in contemporary west societies. Because of this ideological difference of treatment, women's rights are usually the first to be sacrificed, as already happened, not too long ago, in *Gonzales v. Carhart*, a landmark decision of 2007. And nowadays again, the fact of having less control on their health, life and family planning can be perceived by women themselves as a «serious incursion into their individual moral autonomy»¹⁰. So serious that a question comes to mind: what burden does prevail? Having to pay money for people health, even if contrary to subjective ethic and morality, or receiving a social help, granted by the secular State, denied because of someone else's religious conscience? After all is it really possible to establish the supremacy of

⁹ M. LEDERMAN, *Hobby Lobby Part VIII: Hobby Lobby's Identification of the "Precise Religious Exercise at Issue here," and some Thoughts on Whether federal law substantially burdens it*, in <http://balkin.blogspot.it/2014/02/hobby-lobby-part-viii-hobby-lobbys.html>, 19 febbraio 2014.

¹⁰ W. DELLINGER, *Contraception as a test of equality*, in *Washington Post*, march 23th, 2014.

first class rights to the detriment of a second class ones? The set of problems arisen from this ruling is however wider and complex, limited not only to the gender topic. First of all, having created a legal precedent, future Courts will have to face an additional difficulty. The one of distinguishing sincere from insincere RFRA claims. The religious exemption could be used as an alternative way to spare money by the corporation, that is why judges have now to carefully analyse objective indicia of religious belief so to decide if the request is moved by strong faith or rather by economical interests hidden using religious language and enticements¹¹. In addition to that, as Paul Brest has underlined, the roots for a violation of the Equal Protection Clause are surely tracked. There is no balance between employers and employees rights in religious matters. In fact, after Hobby Lobby, employers can legally impose to their female workers significant costs they refuse to pay, sheltered by the RFRA exemption to the ACA. On the other side, it has already been established that the same employees can demand to their boss accommodation for the free exercise of their faith only if that doesn't imply a big expense for the corporation business. Clearly there is no equal protection where the minority group (either women or non Christians) do not have the same protection, care and recognition of humanity reserved to the majority one¹². Moreover, also the risk of discriminating LGBT people because of corporations' owners religious sentiment has to be borne in mind. Finally, what is here called into question is the ultimate secular liberalism of the United States of America, as affirmed by the First Amendment. Allowing religious beliefs to prevail over fundamental personal freedom and equality between citizens is a signal not to underestimate. A warning of the particular moment in which America and probably the whole world is living. Social changes and law have always been strictly interconnected and able to influence one another, having the same subject and object: the mankind¹³. In periods of uncertainty and difficulties as the present one, there is the temptation to re-privilege religion and its values, presented as an integral part of a State's identity and culture. But

¹¹ B. ADAMS & C. BARMORE, *Questioning sincerity: the role of the Courts after Hobby Lobby*, in 67 *Stan. l. rev. online*, novembre 2014, p. 59.

¹² F.M.GENDICKS & A.KOPPELMAN, *Invisible women: Why an exemption for Hobby Lobby would violate the Establishment Clause*, in 67 *Vand. l. rev. en banc*, 2014, p. 51.

¹³ HORWITZ, *art. cit.*

that is no more realistically supportable, given the evolution and the development of societies in a more universal and pluralistic direction. Especially, what should worry more is the lack of hesitations when it comes to sacrifice the democratic discourse and system. Probably what the Hobby Lobby Case should teach us is that sadly fundamental rights, such as freedom and equality, can never be taken for granted.

«All respect for the office of the presidency aside, I assumed that the obvious and unadulterated decline of freedom and constitutional sovereignty, not to mention the efforts to curb the power of judicial review, spoke for itself».

Justice Ruth Bader Ginsburg¹⁴.

¹⁴ Bush v. Gore, 531 U.S. 98, 2000.

FRANCESCO SAVO AMODIO*

MULTICULTURALISMO: L'UNIVERSITÀ ED IL PROBLEMA DELLA LINGUA

The following paper will briefly convey some considerations on the themes of multiculturalism and internalisation in academic studies. Starting from a recent judiciary case involving the Politecnico of Milan, pros and cons of giving college courses exclusively in English will be compared. A complete analysis will assess both the relation between the language used and the contents involved in the learning process as well as the safeguard of individual freedom of choice in teaching and studying granted by the Italian Constitution.

Il 21 maggio 2013 una deliberazione del Senato accademico del Politecnico di Milano ha imposto l'inglese come unica lingua ufficiale di tutti i corsi di laurea magistrale e di dottorato di ricerca impartiti presso il polo milanese dall'anno accademico 2014-2015. La misura, adottata in attuazione dell'art. 1, comma 2 lett. l della l. 240 del 30 dicembre 2010¹: è dichiaratamente volta al rafforzamento dell'internazionalizzazione e delle interazioni didattiche con culture estere, obiettivo che tenta di perseguire tramite l'applicazione generalizzata ed indifferenziata di uno degli strumenti previsti nella legge citata, l'istituzione di corsi in lingua straniera. Questa radicale scelta ha rinvigorito il dibattito, da tempo presente nella comunità accademica e culturale italiana, sulla difficoltà d'individuare il giusto punto di equilibrio tra il multiculturalismo e la difesa della identità nazionale. La questione ha avuto anche inte-

* Studente del Corso di Laurea in Giurisprudenza. Per la redazione di questo articolo è stata consultata la dott.ssa Ines Ciolli.

¹ Norme in materia di organizzazione delle università, di personale accademico e reclutamento, nonché delega al Governo per incentivare la qualità e l'efficienza del sistema universitario.

ressanti sviluppi giurisprudenziali. Il T.A.R. Lombardia, infatti, su ricorso promosso da alcuni docenti dell'università milanese, ha annullato il provvedimento del Senato accademico, giudicandolo irragionevole e sproporzionato, oltre che lesivo delle libertà di insegnanti e studenti. Successivamente, il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, ha dichiarato la conformità della deliberazione alla lettera della legge, stante che essa, secondo i giudici, non impone l'onere di conservare un numero minimo di corsi in lingua italiana. L'assenza di tale garanzia integrerebbe, secondo quanto affermato nell'ordinanza di remissione alla Corte Costituzionale emessa dai magistrati amministrativi, un profilo d'incostituzionalità su cui spetta al giudice delle leggi pronunciarsi.

In attesa della decisione della Consulta, appare utile proporre qualche breve riflessione sul reale significato del concetto d'internazionalizzazione dell'ambiente scientifico e culturale e sulla sua opportunità, oggi affermata, in modo assolutamente peculiare rispetto al passato, indiscutibile da un numero sempre maggiore di commentatori.

Risulta conveniente, per completezza d'analisi, osservare tale fenomeno da due punti di vista distinti. Il primo, oggettivo, focalizzato sul contesto culturale in cui ogni scienza particolare si forma ed esprime, permetterà di dimostrare l'inscindibilità di lingua e contenuto. Il secondo, muovendo da un approccio soggettivo, porrà in evidenza le esigenze di studenti e docenti e la necessità di tutelarne i diritti e la libertà di scelta.

Ai fini del ragionamento che si va ad illustrare, è utile porre una premessa tanto inconfutabile quanto in sé evidente: ciascuno è portatore di una sua ricchezza e specificità culturale che si declina in una serie di conoscenze, più o meno specialistiche, e nel metodo di studio e riflessione proprio dell'ambiente in cui si è formato. Questa straordinaria molteplicità è alla base di una forte esigenza di condivisione ed interscambio tra approcci metodologici diversi. Nel mondo della globalizzazione, dei prodigiosi mezzi tecnologici che annullano le distanze geografiche e permettono la diffusione di informazioni, conoscenze ed esperienze, sarebbe assolutamente anacronistico considerare il patrimonio culturale di ciascun popolo come una monade impermeabile all'influenza esterna. Tanto le enormi possibilità quanto i grandi problemi che caratterizzano il nostro tempo, e che sarebbe impensabile presumere di risolvere esclusivamente a livello locale, impongono l'esigenza di una collaborazione e condivisione scientifico-culturale più ampie possibili.

Affinché un efficace scambio sia realizzabile, è d'uopo disporre di validi strumenti di intercomunicazione; il più immediato, ma anche il più pericoloso, si dimostrerà, è chiaramente l'utilizzo di un'unica lingua universale, oggi identificabile esclusivamente nell'inglese, che contraddistingua l'intera comunità scientifica, se non, in una prospettiva decisamente lontana nel tempo, tutto il genere umano.

È importante chiarire immediatamente che sono da rifiutare, in quanto assolutamente non funzionali, soluzioni ibride basate su un multilinguismo ristretto a un manipolo selezionato di idiomi tra i più diffusi. L'alternativa è secca: o a tutte le lingue viene concessa la medesima dignità e si ricercano metodi altri di interconnessione culturale o si adotta un monolinguisimo puro, sostenendo l'utilizzo di una sola lingua mondiale. Questa forte affermazione di principio può essere avvalorata da una considerazione di fatto apparentemente banale, ma spesso trascurata. Sia pur imponendo ai funzionari di una qualsiasi istituzione internazionale di utilizzare esclusivamente una delle poche lingue ammesse al fine di garantirne la collaborazione, non si avrebbe alcuna certezza di raggiungere lo scopo, legittimo, desiderato. Nulla osterebbe, infatti, a che nello stesso ufficio si ritrovassero tre persone parlanti ciascuno una diversa lingua tra quelle consentite; una situazione, formalmente conforme alle norme, ma non dissimile dalla biblica Babele. Una tale aporia non è del tutto remota: potrebbe riscontrarsi anche in seno alla Commissione Europea, ai cui dipendenti è imposto di lavorare, a loro scelta, in una delle tre lingue prestabilite.

Ad una prima e superficiale analisi sembrerebbe pertanto che il monolinguisimo sia l'approccio più efficace per la creazione di un sapere condiviso. Ciò non corrisponde a realtà: si può parlare di condivisione della conoscenza, di scambio di saperi, di confronto metodologico e, quindi, di internazionalizzazione degli studi solo partendo da un presupposto multiculturale che è in sé incompatibile con l'ipotesi monolinguisista.

Come già affermato, tutti gli attori del dialogo internazionale devono essere portatori della propria specificità culturale che non può prescindere dalla lingua in cui essa si plasma. Insigni esponenti della comunità scientifica e linguistica italiana hanno più volte, spesso nel contesto di conferenze e convegni organizzati dall'Accademia della Crusca e dall'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, sottolineato la funzione della lingua, non sussumibile in un «[...] cavo telefonico, essa svolge una serie di altre funzioni che vanno

ben oltre il semplice ruolo di comunicazione. [...]. La lingua è ciò che dà coscienza individuale a ciascuno di noi e sedimenta la cultura in cui ci siamo formati [...]»²; la tutela costituzionale della lingua italiana deriva proprio dal suo essere espressione di «[...] un’istituzione sociale. Formidabile fattore identitario che individua una comunità umana la cui esistenza è prestatuale. L’Italia esisteva già (ai tempi del Congresso di Vienna, *nda.*) nella identità collettiva che quella lingua aveva definito e plasmato in secoli di storia e di tradizione...»³.

Innegabilmente nella nostra carta costituzionale non è presente una disposizione attribuyente carattere di ufficialità alla lingua nazionale analoga a quelle presenti in altre esperienze giuridiche europee, come, ad esempio, l’art. 2 della Costituzione francese del 1958 che, nel testo modificato nel 1992, dichiara: «*la langue de la République est le français*». Tuttavia, la rilevanza costituzionale della salvaguardia dell’italiano emerge chiaramente dal quadro normativo primario, così come interpretato dalla Consulta. La giurisprudenza costante della Corte in materia di tutela delle minoranze linguistiche *ex art. 6 Cost.* ha rilevato la valenza non meramente formale della dichiarazione di ufficialità dell’italiano quale lingua dello Stato contenuta nell’art. 1 l. 482 del 15 dicembre 1999⁴ e in diverse altre normative settoriali (si pensi in particolare ai codici di procedura, civile e penale), anche di origine regionale e rango statutario. La tutela dell’idioma nazionale, infatti, è strumentalmente indispensabile a garantire la conservazione dell’identità e dell’unità nazionale. La salvaguardia delle minoranze, afferma la Corte nella paradigmatica sentenza 159 del 2009, non può mai andare a discapito della garanzia dell’interesse nazionale all’unità del suo popolo. Preservare la lingua italiana, riconoscendone la primazia, è necessario al fine della tutela, giuridicamente sanzionata *ex art. 9 Cost.*, del patrimonio storico e culturale italiano, stante la quasi assoluta coincidenza ed interdipendenza dei due elementi.

Anche da una lettura *de iure condendo* si possono trarre interessanti argomenti a favore del valore identitario e culturale della lingua. Significative in tal senso risultano essere le diverse propo-

² L. SERIANNI, *Intervento al Convegno: “Il potere della lingua. Politiche linguistiche e valori costituzionali”*, Aula magna del CNR, Roma, 19 febbraio 2014.

³ A. D’ATENA, *Introduzione al Convegno: “Il potere della lingua. Politiche linguistiche e valori costituzionali”*, Aula magna del CNR, Roma, 19 febbraio 2014.

⁴ Norme in materia di tutela delle minoranze linguistiche e storiche.

ste di legge presentate in Parlamento per l'aggiunta al testo dell'art. 12 Cost. di una disposizione simile a quella già illustrata contenuto nell'art. 2 della Costituzione francese del 1958: «Al di là delle differenze nella maggiore o minore accentuazione del fattore identitario a fondamento della scelta di costituzionalizzazione della lingua, tutte le ipotesi normative sono accumulate dall'affermazione del carattere simbolico della lingua e della necessità della sua affermazione nel momento in cui il processo di integrazione europea, fondato proprio sul multiculturalismo ed il multilinguismo, sembra richiedere una corrispondente affermazione della propria ricchezza e peculiarità»⁵.

Elementi importanti circa il valore della lingua come simbolo di specificità identitaria si ricavano, altresì, dai principi dell'ordinamento comunitario la cui forza e peculiarità risiede proprio nel rifuggire qualsiasi tipo di omologazione culturale interna perseguendo un modello realmente pluralistico, con l'impegno a «[...] rispettare la ricchezza della sua diversità culturale e linguistica e vigilare sulla salvaguardia e sullo sviluppo del patrimonio culturale europeo»⁶.

L'analisi fin qui sviluppata permette di affermare l'assoluta impossibilità di scindere il contenuto di una qualsiasi elaborazione culturale dalla forma linguistica in cui essa è venuta alla luce. Riprendendo le parole di Paolo Grossi, giudice costituzionale e storico del diritto, possiamo concludere che la «[...] la lingua non è l'involucro esterno di una nozione, di un concetto, di un dato, non è mai pura forma, ma si compenetra con il contenuto storico in una interrelazione non scomponibile»⁷.

L'utilizzo di una determinata lingua invece di un'altra nello studio e nell'elaborazione scientifica di una materia non risulta mai una scelta neutrale dal punto di vista dei contenuti: necessariamente induce all'implicita adozione del metodo e dell'impostazione analitica propria del contesto culturale che l'idioma rappresenta.

Di questa, spesso trascurata, consequenzialità acquisirono ben presto conoscenza gli antichi Romani, che a seguito della conquista militare della Grecia furono catturati dalla raffinatezza cul-

⁵ E. STRADELLA, *La tutela delle minoranze linguistiche storiche tra Stato e Regioni davanti alla Corte costituzionale*, in *Le Regioni*, 25 marzo 2009, p. 5.

⁶ Art. 3, Trattato di Lisbona, 2009.

⁷ P. GROSSI, *Intervento al Convegno: "Il potere della lingua. Politiche linguistiche e valori costituzionali"*, Aula magna del CNR, Roma, 19 febbraio 2014.

turale ellenica. Compresero immediatamente, infatti, che lo studio del pensiero filosofico classico trasposto in lingua latina avrebbe perso gran parte della sua ricchezza e compiutezza originaria.

L'abbandono della lingua porta alla morte del metodo tipico che in essa si è sviluppato e limita la varietà di sfumature ed approcci che giustifica l'interesse multiculturale.

Il beneficio dato dalla molteplicità culturale è di gran lunga superiore alle concrete difficoltà di comunicazione che possono verificarsi; questa valutazione empirica informa di sè, sempre più di frequente, le politiche di reclutamento di alcune importanti compagnie internazionali. Una manager dell'Airbus, ad esempio, ha confermato, in occasione di un incontro di studi in sede europea, che nella selezione degli ingegneri da assumere la conoscenza della lingua inglese non è ritenuta un requisito indispensabile laddove si valorizzino la qualità e la varietà dei contributi scientifico-culturali che ciascun candidato può apportare all'azienda.

Un ragionamento analogo ha ispirato la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea sulla causa CC-566/10 P pronunciata il 27 settembre 2012. Al punto 94 la Corte sottolinea l'onere delle istituzioni comunitarie di «...effettuare un bilanciamento tra l'obiettivo legittimo (del corretto e puntuale funzionamento degli uffici, ndr.) che giustifica la limitazione del numero delle lingue dei concorsi e l'obiettivo dell'individuazione dei candidati dotati delle più alte qualità e competenze...», tenendo conto, si legge nel paragrafo 97, «...delle possibilità per i funzionari assunti di apprendere, in seno alle istituzioni, le lingue necessarie all'interesse del servizio»⁸.

Il giudice europeo altresì rileva che ai sensi dell'art. 27 dello Statuto dei funzionari delle Comunità europee i neoassunti devono essere dotati delle più alte qualità di competenza, rendimento ed integrità, senza riferimento alcuno alla lingua da essi parlata; anzi, la Corte ha sottolineato la necessità che a ciascun candidato siano offerte le condizioni per esprimere al meglio la propria conoscenza e ciò necessariamente avviene tramite l'utilizzo della propria lingua madre o di altra di cui egli preferisca avvalersi nella procedura di selezione.

Emerge così un ulteriore aspetto criticabile del monolinguisimo: l'indiscutibile penalizzazione della capacità di sviluppo di un

⁸ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, *Sentenza nella causa C-566/10 P*, Lussemburgo, 27 novembre 2012.

pensiero complesso, quale quello scientifico in senso lato, in una lingua che non sia la medesima utilizzata nella vita quotidiana.

A tal proposito sono illuminanti le considerazioni di Maria Luisa Villa, affermata biologa ed immunologa milanese, che, in uno scritto proprio sul tema della generalizzazione della lingua inglese nell'ambito dell'insegnamento universitario, sottolinea come nella «[...] elaborazione concettuale, quando chi studia deve assimilare nozioni nuove o chi lavora deve utilizzare il pensiero per delineare ipotesi, progettare esperimenti, interpretare dati, aprire nuove vie alla ricerca, l'utilizzo di una lingua franca diversa da quella madre rischia di essere una zavorra che mortifica la possibilità di accesso alle risorse più vive della mente, perché non fornisce l'ambiente cognitivo che esse reclamano». La lingua materna ha una superiore capacità di dar corpo ai pensieri e di trasformarli in parole chiare perché nel corso dell'acquisizione infantile essa plasma in modo duraturo le strutture della mente. Preso atto di questa differenza, bisognerebbe trarne l'ovvia considerazione che potrebbero non essere sufficienti due o tre anni di studio in lingua inglese per consentire ai neolaureati di interagire ad armi pari con i loro colleghi anglofoni; sarebbe, bensì, necessario eliminare l'italiano dall'intero ciclo formativo, accettando dei costi sociali elevatissimi: «[...] i futuri ricercatori, formati in inglese, non assimilerebbero più il sapere nella loro lingua e non potrebbero più trasmetterlo se non in inglese, facendo sì che l'italiano perda la capacità di divulgazione scientifica, ma anche di sviluppo del pensiero creativo e, più in generale, di sistema Paese»⁹.

Utilizzando un linguaggio unico ed universale si rinunciarebbe ad ogni sfumatura ed implicazione cognitiva il cui sostrato logico non sia esprimibile nell'impianto culturale che a quella lingua si collega.

Solo alla luce delle questioni finora considerate può cogliersi la vera essenza dell'internazionalizzazione della conoscenza. Questa deve sostanziarsi in una condivisione di tipo multiculturale che nulla ha a che vedere con l'adozione di un metodo e di un linguaggio unico livellante ogni specificità.

Presupposto di un arricchente scambio di conoscenze è lo sviluppo, da parte di ciascuno, delle proprie capacità secondo il metodo e l'impostazione culturale cui appartiene, nella lingua in cui

⁹ M.A. CABIDDU, *Usa della lingua italiana e valori costituzionali*, in *Osservatorio costituzionale*, aprile 2014, p. 1.

essi si declinano. Favorendo, in un momento logicamente successivo e mediante i sistemi pratici di coordinamento più idonei, una relazione tra questa pluralità di approcci, si perverrà ad una sintesi delle diversità, ugualmente arricchente per tutti i soggetti e le realtà culturali coinvolti.

L'internazionalizzazione è null'altro che il dialogare delle molteplicità ed in quanto tale essa dovrebbe coinvolgere tutte le culture e tutte le lingue senza preferenza di alcuna di esse. Questo implica un dovere per le istituzioni scolastiche, universitarie e non, e culturali nazionali di promuovere le occasioni di incontro e scambio con tutti gli attori del panorama scientifico mondiale, non solo di provenienza anglofona, finalizzate non all'esclusivo recepimento della speculazione altrui, ma altresì alla promozione e alla diffusione della propria originalità.

Da un'attenta analisi dell'art. 1, comma 2 lett. *l* della l. 240 del 30 dicembre 2010, della cui legittimità costituzionale il Consiglio di Stato ha dubitato, risulta sufficientemente evidente che il legislatore si sia ispirato ad un'idea di internazionalizzazione sostanzialmente coincidente con quella d'integrazione plurilaterale appena esposta. Il catalogo degli strumenti suggeriti alle università per rafforzare l'apertura estera è molto variegato e comprensivo di misure tese alla cooperazione e alla definizione di programmi di studio integrati che presuppongono una lodevole biunivocità nelle influenze. In tale contesto la possibilità di istituire corsi tenuti, in tutto o in parte, in lingua straniera è solo un aspetto di una strategia molto più articolata, assolutamente rispettosa della cultura italiana e comprensiva della sua valorizzazione all'estero. Da una siffatta ricostruzione appare, forse, poco condivisibile il rinvio alla Corte Costituzionale effettuato dalla Sesta Sezione del Consiglio di Stato, che ha preferito attenersi ad una lettura troppo rigida del dettato normativo, piuttosto che privilegiarne una interpretazione costituzionalmente orientata attenta alla valorizzazione della lingua italiana e dell'ottica multiculturale.

Di converso, decisamente condivisibile risulta la sentenza pronunciata dal TAR Lombardia che censura la deliberazione del Senato accademico del Politecnico milanese considerata irragionevole e sproporzionata attuazione del precetto di legge. Il mezzo adottato, la lingua inglese come veicolo didattico esclusivo, non solo si presenta esorbitante rispetto al fine dell'internazionalizzazione, ma addirittura risulta controproducente, perché, come condivisibilmente afferma il giudice amministrativo regionale, «[...] l'esclu-

sione dell'italiano dagli insegnamenti specialistici comporta che l'apertura verso l'esterno sia unidirezionale, ossia diretta a favorire, con l'uso di una particolare lingua straniera, la diffusione delle conoscenze e dei valori che tipicamente in quella lingua si esprimono, dimenticando però che l'internazionalizzazione implica anche la diffusione delle conoscenze e dei valori che sono apportati dalla cultura italiana e che in italiano si manifestano»¹⁰.

Va, ovviamente, ribadito che è necessario individuare efficaci strumenti che consentano la collaborazione e la condivisione del sapere appreso e sviluppato nella propria lingua. Tuttavia, prendendo a prestito un'espressione attribuita a Napoleone, una volta fissato l'obiettivo di principio, «l'intendenza seguirà» e molti strumenti appaiono, già oggi, concretamente impiegati.

Sotto tal profilo una lingua diffusa come l'inglese può rivelarsi molto utile quale metodo di mediazione; sarebbe importante promuovere le capacità di studenti e professionisti di interagire efficacemente con i loro interlocutori stranieri per la condivisione delle informazioni essenziali e più immediate, affidandosi, invece, alla competenza di specialisti per la traduzione in lingua straniera delle opere più complesse. Non si dimentichi che l'inglese scientifico è ben diverso dalla lingua realmente parlata dai frequentatori della metropolitana londinese, decisamente più semplice e ricco di termini di chiara matrice romanza o di derivazione latina. Merita una menzione, tra i tanti altri strumenti di internazionalizzazione proficuamente impiegati, il programma europeo di mobilità di studenti, ricercatori e docenti Erasmus+; recentemente rinnovato e sempre più popolare nelle università europee esso permette ogni anno a migliaia di europei di sperimentare la ricchezza di un diverso approccio scientifico alle materie studiate e, da non sottovalutarsi, di costruire la propria identità di cittadini dell'Europa unita.

L'ultima parte della decisione del TAR Lombardia, riflettendo sul concetto di proporzionalità, mette in luce un'ulteriore condizione per una corretta internazionalizzazione. Il provvedimento del Senato accademico viene censurato da un lato perché monoculturale, con l'apertura alle sole culture anglofone ed ai loro valori di riferimento, dall'altro perché patentemente inadeguato nel caso di specifici insegnamenti giuridici nazionali, che, per le loro caratteristiche metodologiche, necessitano di essere insegnati in ita-

¹⁰ T.A.R Lombardia, *Sentenza 1348/2013*, Milano, 23 maggio 2013.

liano. Trattandosi di un obiettivo complesso, il limite dell'operato del Politecnico sarebbe stato quello di avere affrontato la tematica in maniera non articolata, omettendo di distinguere insegnamenti che potrebbero essere validamente impartiti in lingua straniera e quelli che, permeati di cultura italiana, richiedono la conservazione dell'italiano inteso «[...] non solo come mezzo di comunicazione, ma come strumento di trasmissione di specifici valori culturali»¹¹.

Da una diversa prospettiva, se è sconsigliabile l'introduzione di un approccio culturale unico, veicolato da una lingua unica, laddove vi sia l'opportunità di preservare la diversità e la specificità di metodi diversi, ove geneticamente non vi sia tale pluralità, le esigenze di conservazione dell'originalità culturale divengono recessive rispetto a quelle di una rapida ed efficace condivisione. Eventualità non remota in molte discipline ingegneristiche di recente sviluppo la cui letteratura e i maggiori centri di approfondimento parlano quasi esclusivamente inglese.

Passando da ultimo all'analisi del punto di vista soggettivo si individuano due aspetti la cui tutela è inscindibilmente connessa e da cui una seria analisi dei processi d'internazionalizzazione non può prescindere: la garanzia della libertà d'insegnamento e del diritto allo studio.

La libertà d'insegnamento dei docenti è garantita dall'art. 33 della Cost. e deve essere collocata tra le libertà negative, ovvero quelle che identificano uno spazio riservato alla libertà di scelta del singolo per il pieno sviluppo della sua identità di cittadino e docente, nel caso di specie. Una tale possibilità coinvolge, in ambito didattico, tanto il cosa quanto il come: «[...] libera individuazione non solo dei contenuti, ma anche del metodo, e cioè del modo in cui gli stessi sono trasmessi ai discenti. Del metodo non può non far parte la lingua, strumento primario della significatività dei contenuti trasmessi e dello scambio comunicativo tra docente e studente. Ne segue che il soggetto pubblico non può imporre o vietare l'uso di questa o quella lingua nell'attività volta a impartire l'insegnamento»¹².

L'attenzione alla libertà dei docenti si lega, pertanto, a quella verso la specificità degli insegnamenti e del metodo adottato.

¹¹ *Sentenza*, cit., p. 6.

¹² G. DE MINICO, *Il monopolio anglofono vs. i diritti fondamentali*, *Intervento al Convegno: "Il potere della lingua. Politiche linguistiche e valori costituzionali"*, Aula magna del CNR, Roma, 19 febbraio 2014.

Stante l'inscindibile connessione tra lingua ed metodo, l'unico soggetto legittimato a scegliere la più efficace modalità di formazione del sapere dovrebbe essere proprio il titolare del corso.

La salvaguardia dell'indipendenza didattica si deve contemperare con la tutela del diritto allo studio, anch'esso sancito dalla nostra carta costituzionale. Questo si estrinseca, però, in una libertà positiva, in una vera e propria pretesa verso il soggetto pubblico alla predisposizione degli strumenti e delle risorse umane ed organizzative necessarie all'erogazione del servizio nelle migliori condizioni possibili di efficienza ed efficacia.

Il medesimo bilanciamento tra esigenze di apertura internazionale e salvaguardia della specificità dell'approccio culturale nazionale che prima è stato affrontato in termini oggettivi rileva ora dal punto di vista dei soggetti protagonisti. L'unica efficace garanzia dei loro diritti risiede proprio nella possibilità che dovrebbe essere lasciata a ciascuno di stabilire, secondo le proprie necessità ed inclinazioni, il punto di equilibrio tra le due esigenze, laddove, ovviamente, tale punto sia oggettivamente incerto.

Garantire a tutti la facoltà di scelta della lingua, e conseguentemente dell'approccio metodologico, in cui approfondire o trasmettere le competenze potrebbe, se unito ad un rafforzamento degli strumenti di condivisione multiculturale, rappresentare una valida strategia di internazionalizzazione e sviluppo del nostro patrimonio culturale. Questa costituirebbe, però, una soluzione estremamente dispendiosa per le già esauste risorse delle nostre università, in quanto imporrebbe la duplicazione di tutti gli insegnamenti che, ragionevolmente, potrebbero essere tenuti tanto in lingua italiana che inglese. Se tale prospettiva a livello di singola istituzione universitaria appare inconcepibile, forse risulterebbe più concretamente realizzabile tramite consorzi di centri di formazione. Il ripensamento dell'autonomia delle singole università potrebbe consentire la definizione di aree costituite da più poli scientifici con un'offerta formativa sufficientemente variegata così da consentire un'effettiva possibilità di scelta a docenti e studenti, senza sacrifici eccessivi.

EMANUELE STABILE*

GLI APPALTI PRE-COMMERCIALI

The provision of public services requires a public procurement able to satisfy them. The author wants to explain Pre-Commercial Procurement (PCP) which is a new model of public procurement developed by policy makers. The aim of Pre-Commercial Procurement (PCP) is to satisfy the provision of public services, increasing research and development (R&D) levels and sharing risks. Even if on the one hand it is administratively complex due to the legal framework, on the other hand the advantages are considerable.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il background. – 3. Il contratto. – 4. Il contesto giuridico. – 5. Gli appalti pre-commerciali nell'ambito delle politiche a sostegno dell'innovazione. – 6. Conclusioni.

1. *Introduzione*

L'appalto pre-commerciale (Pre-Commercial Procurement, PCP) rappresenta uno strumento per migliorare la fornitura di beni e servizi pubblici. Nonostante l'appalto classico, disciplinato dagli artt. 1655 ss. c.c. e dal d.lgs. n. 163/2006, mantenga un ruolo centrale, il PCP è oggetto di crescente attenzione poiché consente di migliorare la qualità della spesa pubblica. Esso non si sostituisce, ma si affianca alle forme di appalto esistenti. L'obiettivo di questo strumento è il rinnovamento dell'offerta di beni e servizi pubblici e l'aumento dei livelli di ricerca e sviluppo privata (Research & Development, R&D)¹. Questi fattori contribuiscono a ri-

* Dottore in Giurisprudenza, laureato presso Sapienza - Università di Roma. Per la redazione di questo lavoro è stato consultato il prof. Angelo Castaldo.

¹ W.C. LAWTHEER - L.L. MARTIN, *Innovative practices in public procurement partnerships: the case of US*, in «Science direct» (11), 2005, p. 212: <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1478409206000033>.

durere il gap competitivo tra l'Unione Europea (UE) e gli Stati Uniti (USA).

L'appalto pre-commerciale è stato oggetto di studio da parte di vari Autori² che hanno messo in luce quanto sia importante ai fini del sostegno pubblico alla ricerca e sviluppo privata e del miglioramento della spesa pubblica. Si può individuare un circolo virtuoso innescato dalla domanda delle amministrazioni pubbliche che scaturisce dal bisogno di nuovi beni e servizi pubblici. Tale domanda innesca meccanismi d'innovazione dell'offerta. Si avrà modo di chiarire come questo istituto giuridico rientri tra le politiche dal lato della domanda. Si chiarirà perché sia opportuno al fine di ottenere un intervento pubblico efficiente ed efficace affiancare ai classici strumenti d'incentivazione dal lato dell'offerta (garanzie, contributi in conto interessi o in conto capitale, ecc.) anche l'appalto pre-commerciale.

2. *Il background*

Al fine di inquadrare correttamente il nuovo istituto giuridico è indispensabile ricostruire il contesto in cui si colloca. I beni pubblici, quali la sanità, le fonti energetiche, i trasporti, evolvono in continuazione richiedendo nuove tecnologie che l'appalto pre-commerciale è in grado di sviluppare³.

I fondi per la ricerca, il credito d'imposta e altri sussidi hanno mostrato i loro limiti soprattutto nell'innalzamento dei livelli di ricerca e sviluppo.

L'appalto pre-commerciale consente la condivisione dei rischi tra settore pubblico e privato principalmente attraverso la ripartizione dei costi e la gestione dei diritti di proprietà intellettuale

² C. EDQUIST - J.M. ZABALA-ITTURIAGAGOITIA, *Public procurement for innovation as mission oriented innovation policy*, in «*Research policy*» (41), 2012, p. 1757: <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S004873331200220X>.

E.I. HOPPE - D.J. KURSTERE - P.W. SCHMITZ, *Public-private partnerships versus traditional procurement: an experimental investigation*, in «*Science direct*» (89), 2011, pp. 145 ss.: <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0167268111001211>.

E. MARKENSTEN, *Procuring usable systems - an analysis of a commercial procurement project*, in «*Interaction and Presentation Lab and the Centre for User-Oriented Design Numerical Analysis and Computer Science*», Royal Institute of Technology, Stockholm, 2003.

³ C. EDQUIST, *Public Procurement for innovation - a pilot study*, «Centre for Innovation, Research and Competence in the Learning Economy (CIRCLE) » Lund University, Lund, Sweden, 2009, pp. 1 ss.

(*royalties*). Quest'appalto consente anche il miglioramento della spesa pubblica e il finanziamento della ricerca privata.

Il livello di ricerca e sviluppo privata, soprattutto in Italia, è molto modesto.

Il sottodimensionamento degli investimenti in ricerca e sviluppo rappresenta un elemento a favore dell'uso del PCP.

Esso è utilizzato con successo all'estero: ad esempio, nei Paesi anglosassoni e scandinavi.

Anche la Commissione Europea, negli ultimi anni, ha preso consapevolezza dei vantaggi che offre questo strumento e ha tentato di implementarne l'uso⁴.

Gli enti pubblici, dunque, devono riuscire a coordinare più soggetti e più strumenti di politica industriale tra cui il PCP.

3. *Il contratto*

L'appalto pre-commerciale solitamente si articola in tre fasi, per ognuna delle quali l'ente pubblico deve gestire tempi, costi, richieste sociali e numero dei partecipanti. Esso differisce molto dall'appalto classico che l'art. 1655 c.c. definisce come «il contratto col quale una parte assume, con l'organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro». Le principali diversità riguardano la gestione del rischio, l'organizzazione per l'esecuzione del progetto e il corrispettivo, giacché nell'appalto pre-commerciale può non essere solo il denaro.

Innanzitutto, ci sono delle attività preparatorie per verificare l'opportunità di procedere con un appalto pre-commerciale.

L'identificazione dei bisogni non soddisfatti da beni e servizi pubblici già esistenti, la verifica della copertura finanziaria e dei presupposti tecnologici è un sub-procedimento interno alla pubblica amministrazione noto come «fase 0».

Nel fare ciò l'appaltante può avvalersi di pubblicazioni scientifiche, opinioni di esperti e gruppi di ricerca. Spesso sono utilizzate indagini di mercato incrociate con i dati raccolti dalle imprese al fine di sviluppare soluzioni tecnologicamente possibili. Nonostante l'espressione possa indurre in inganno, non è una fase dell'appalto pre-commerciale, ma solo un'attività preparatoria.

Dopo le attività preliminari iniziano le fasi vere e proprie.

⁴ Si veda la COM(2007) 799 della Commissione al Parlamento Europeo.

La «fase 1» riguarda lo studio preliminare della soluzione proposta al committente. Essa rappresenta la prima vera fase dell'appalto pre-commerciale e dura circa sei mesi. La stazione appaltante pubblica un bando che redige in base alle informazioni acquisite in precedenza. Le aziende partecipanti, almeno cinque, sviluppano un progetto scelto dal committente condividendo informazioni, costi e rischi al fine di creare un prototipo.

La «fase 2» è lo sviluppo del prototipo da parte delle aziende selezionate, almeno due, dalla precedente fase. Queste presentano un *piano finanziario* e il progetto tecnico al fine di fornire informazioni dettagliate in merito a tutti gli aspetti del progetto.

Queste stesse imprese partecipano alla «fase 3»: produzione su scala ridotta. Se il bene o servizio pubblico sviluppato risponde alle richieste dell'appaltante, sarà prodotto su larga scala⁵. Queste tre fasi sono parte di un progetto a lungo termine e sono preliminari al contratto di appalto vero e proprio.

Dopo il PCP, infatti, si procede con un appalto classico, regolato dalle norme dei singoli paesi, a cui possono partecipare anche aziende non vincitrici del PCP. L'obiettivo è assicurare che l'innovazione si diffonda.

4. *Il contesto giuridico*

Il contesto giuridico è complesso e ricopre un ruolo fondamentale. Esso, nonostante alcune norme sovranazionali piuttosto rigide, si presenta flessibile.

Sono identificabili due regimi giuridici che si sono susseguiti nel tempo: il primo riguarda i contratti soggetti alla direttiva 2004/18/CE; il secondo i contratti regolati dalla direttiva 2014/24/CE.

In merito al primo regime, l'art. 16, lett. f) direttiva 2004/18/CE, e l'art. 13, lett. j) direttiva 2009/81/CE, non si applicano agli appalti pubblici sui servizi di ricerca e sviluppo diversi da quelli i cui risultati appartengono esclusivamente all'amministrazione aggiudicatrice a due condizioni: 1) che l'ente pubblico usi i suddetti risultati nell'esercizio della sua attività; 2) che la prestazione del servizio sia interamente retribuita da tale amministrazione. Sebbene il Legislatore italiano non abbia prodotto norme specifiche, si pro-

⁵ A. BONACCORSI - T. PANARIELLO, *Domanda pubblica e politiche per l'innovazione. Fondamenti economici e profili giuridici*, in *Rivista di politica economica*, 2012, pp. 61 ss.

spetta ugualmente un quadro giuridico rigido. Esso prevede dei vantaggi, come il pagamento da parte dell'ente aggiudicatore di un corrispettivo per il prodotto⁶, e degli svantaggi, giacché il committente non acquista necessariamente i diritti di proprietà intellettuale e non può favorire le imprese nazionali.

In merito al secondo regime giuridico, l'art. 14 direttiva 2014/24/CE ripete sostanzialmente quanto previsto nella direttiva 2004/18/CE. La successione nel tempo delle norme non modifica l'obiettivo di fondo: incoraggiare gli investimenti e aiutare i governi nell'applicazione del PCP. Ci troviamo di fronte a un regime legale complesso, ma allo stesso tempo flessibile poiché si applica in via analogica e prevede dei vantaggi per i partecipanti alla procedura d'appalto; capace di venire incontro alle esigenze dei governi e delle aziende. Tale flessibilità, però, rischia di essere controproducente se si pensa che le imprese hanno bisogno di certezza per investire.

Sono parte del quadro normativo la COM(2007) 799 della Commissione al Parlamento Europeo e la SEC(2007) 1668. La prima, che s'ispira all'art. XV del Government Procurement Agreement WTO, illustra l'implementazione del PCP a livello di politica governativa. La seconda, invece, fornisce un esempio concreto del contratto.

Oltre alle norme europee e nazionali, laddove previste, è importante osservare i trattati internazionali che vietano aiuti di stato. Riguardo all'appalto pre-commerciale vi è una presunzione assoluta di compatibilità con la normativa sugli aiuti di stato.

Il committente, in tal modo, predispone una gara competitiva, trasparente e non discriminatoria.

La competitività indica la presenza di un certo numero di aziende in concorrenza tra loro. Per trasparenza s'intende che la procedura di gara e le relative informazioni siano accessibili ai portatori d'interessi legittimi. Una gara, infine, non è discriminatoria se tutti coloro che hanno i requisiti previsti nel bando possono parteciparvi e non vengono compiuti atti discriminatori nel procedimento.

5. *Gli appalti pre-commerciali nell'ambito delle politiche a sostegno dell'innovazione*

La necessità di far fronte a bisogni che non possono essere soddisfatti con beni e servizi pubblici esistenti richiede lo sviluppo

⁶ Si veda l'art. 16, lett. f) direttiva 2004/18/CE.

di nuovi prodotti. L'appalto pre-commerciale è uno strumento a sostegno dell'innovazione con cui si possono sviluppare nuovi beni e servizi pubblici.

In primo luogo, occorre chiarire i concetti di innovazione e politica innovativa.

L'innovazione può riferirsi ai prodotti o ai processi produttivi. Nel primo caso, si creano nuovi beni o servizi pubblici; nel secondo, s'inventano nuovi sistemi di produzione.

È utile richiamare il modello di Roger con la «curva a S» che evidenzia le fasi vitali di un prodotto, bene pubblico, sul mercato⁷. Dopo una fase introduttiva e di crescita progressiva delle vendite, si satura il mercato in corrispondenza di un picco.

Le vendite iniziano a contrarsi richiedendo d'innovare il prodotto per avviare una nuova fase di crescita progressiva.

La politica dell'innovazione è una sequenza di azioni messa in atto dai policy makers per incentivare la ricerca e lo sviluppo. Si tratta di un processo multi-livello e multi-attore poiché coinvolge più soggetti a vari livelli dell'amministrazione. Un modello lineare di rappresentazione del fenomeno, dunque, non è corretto.

L'esperienza mostra che la domanda e l'apertura di nuovi mercati hanno un notevole impatto sulla ricerca.

Le politiche dal lato della domanda sono provvedimenti orientate alla creazione di beni pubblici rispondenti alle richieste del mercato⁸. Si tratta di atti finalizzati a risolvere un problema strutturale d'insufficienza della domanda aggregata. Queste politiche sono preferibili per tre motivi: 1) i governi spesso adottano solo politiche dell'offerta; 2) le aziende non hanno tutte le informazioni necessarie sulla domanda aggregata; 3) esiste una crescente richiesta di tecnologie spesso insoddisfatta. In tutti e tre i casi si tratta di fallimenti del mercato che producono un'allocazione inefficiente e inefficace delle risorse. Un fallimento del mercato si verifica quando c'è la richiesta di un prodotto o servizio pubblico e nessuna azienda è in grado di fornirlo, mentre l'ente pubblico che potrebbe soddisfare tale bisogno non lo fa.

Secondo alcuni, invece, i governi, avendo presente l'influenza delle loro azioni, dovrebbero agire.

L'incapacità della domanda di incontrarsi con l'offerta, in-

⁷ Cfr. E.M. ROGERS, *Diffusion of innovations*, New York, 2003.

⁸ C. IMBRIANI - A. LOPES, *Aggregati macroeconomici e struttura finanziaria*, Torino, 2007, pp. 217 ss.

sieme al rafforzamento della competitività, dunque, rappresentano motivi per ricorrere al PCP. In tal modo, l'ente pubblico interviene nel mercato senza distorcerlo (*retro paragrafo 4*); inoltre, sono soddisfatti i bisogni dei consumatori e si raggiungono alti livelli di ricerca e sviluppo.

Pur rientrando tra le politiche dal lato della domanda, l'appalto pre-commerciale presenta delle peculiarità che valgono a distinguerlo da altri strumenti elencati nel *Rapporto Aho* del 2006⁹.

Per questo motivo Edler e Georghiou¹⁰ pongono l'attenzione su due aspetti importanti: 1) non esiste un mercato reale per il nuovo prodotto; 2) di conseguenza, non può identificarsi un consumatore. Sulla base di tali argomentazioni essi sostengono che l'appalto pre-commerciale rientri tra le politiche dell'offerta¹¹.

Pur essendo le loro affermazioni condivisibili, se consideriamo gli effetti in materia di R&D, l'appalto pre-commerciale rimane strumento di stimolo alla domanda: la conferma implicita si coglie nell'attenzione prestata sia al mercato di sbocco, sia alla prospettiva dell'utente finale in fase di ricerca. Si consideri che il mercato determini l'allocazione delle risorse e una serie di opportunità. Per sfruttare queste occasioni e soddisfare la domanda le aziende hanno bisogno di buoni livelli di ricerca e sviluppo raggiungibili proprio attraverso il PCP. L'intera procedura è volta a creare nuovi prodotti domandati dagli utenti.

L'ente pubblico, ovviamente, gioca un ruolo fondamentale perché, fermo restando il divieto di discriminazione, deve coordinare i vari soggetti coinvolti nell'appalto e garantire adeguate forme di finanziamento.

Si viene a creare, in tal modo, una rete fra istituzioni e organizzazioni pubbliche e private con lo scopo di sviluppare, diffondere e modificare nuove tecnologie: un sistema innovativo (innovation system, IS)¹².

⁹ EDQUIST - ZABALA-ITTURIAGAGOITIA, *op. cit.*, p. 1757.

¹⁰ J. EDLER - L. GEORGHIOU, *Public procurement and innovation - Resurrecting the demand side*, in «*Science direct*», 2007 (36), pp. 949 ss.: http://dimetic.dime.eu.org/dimetic_files/EdlerGeorghiou2007.pdf&sa=X&scisig=AAGBfm1E3qFtoKUBE4qI6OOm5XCCLTNngw&oi=scholar.

¹¹ Le politiche dell'offerta sono provvedimenti finalizzati a incidere sul processo produttivo. Cfr. IMBRIANI - LOPES, *op. cit.*, pp. 261 ss.

¹² C. EDQUIST - L. HOMMEN, *Systems of innovation: theory and policy for the demand side*, in «*Technology in society*», University of Linköping, Linköping, Sweden, 1999, pp. 63 ss.

Esso si basa sulla conoscenza, sulla ricerca, sulle risorse disponibili e sui diritti di proprietà intellettuale. Attraverso istituti come le esternalizzazioni, le concessioni, le *joint ventures* e le privatizzazioni il «sistema innovativo» unisce il settore privato e pubblico, superando i limiti di quest'ultimo. Esso, infatti, è spesso descritto come gerarchico, rigido, inefficiente, refrattario ad accollarsi i costi e i rischi della ricerca¹³.

Come si è avuto modo di chiarire l'innovazione è strettamente connessa all'appalto pubblico, e a quello pre-commerciale in special modo.

Il PCP è un tipo di appalto pubblico per l'innovazione (*Public Procurement for Innovation*, PPI). Quest'ultimo ricorre quando un ente pubblico richiede un prodotto attualmente inesistente, ma con concrete possibilità di sviluppo. La differenza con il PCP è molto sottile e, sostanzialmente, riguarda il procedimento di gara. Il PPI interagisce con altri istituti all'interno del sistema innovativo creando un ambiente competitivo con bassi costi e rischi. Esso, quindi, genera ricadute positive anche sul mercato. Si devono distinguere i diversi tipi di appalti pubblici con riguardo al risultato: il «PCP», volto alla realizzazione di beni pubblici inesistenti; il «PPI di adattamento» se il prodotto è nuovo solamente nel paese interessato dalla procedura di gara; «PPI di sviluppo», finalizzato alla creazione di nuovi prodotti anche in assenza di necessità sociali. La differenza tra il «PPI di sviluppo» e il PCP sta nel fatto che quest'ultimo crea nuovi beni pubblici come risposta a un bisogno sociale insoddisfatto. In generale, il PPI è utilizzato per creare nuovi prodotti nel caso in cui il committente sappia già di quali beni o servizi pubblici ha bisogno. Il PCP, invece, parte da un bisogno sociale insoddisfatto, da un'esigenza, di cui non s'immagina la soluzione e a cui l'amministrazione cerca di rimediare invitando una serie di soggetti a sviluppare un progetto per un bene o servizio pubblico che ancora non esiste.

Per far fronte alle esigenze sociali, tuttavia, il solo PCP non è sufficiente. È meglio fare ricorso a più istituti tra loro collegati: un «*policy mix*» che sia al tempo stesso flessibile e sincronizzato, reattivo e semplice. L'unione di più politiche produce effetti eterogenei sull'abilità delle aziende a sperimentare.

¹³ Cfr. OCSE, *Demand side Innovation policies*, Parigi, 2011.
Cfr. OCSE, *Regions and Innovation policy*, Parigi, 2011.

6. Conclusioni

Esistono molti strumenti giuridici in grado di innalzare il livello di ricerca e sviluppo privata. L'appalto pre-commerciale può raggiungere quest'obiettivo e, allo stesso tempo, migliorare la qualità della spesa pubblica. Si tratta di uno strumento annoverabile tra le politiche dal lato della domanda che consente di sviluppare beni e servizi pubblici nuovi.

Sono stati intrapresi una serie di progetti pilota nelle regioni della Valle d'Aosta, del Trentino Alto Adige, del Friuli Venezia Giulia, della Lombardia e nelle provincie autonome di Trento e Bolzano. Il caso più interessante, tuttavia, è quello della Lombardia che prova quanto l'innovazione tecnologica favorita dall'impiego del PCP sia capace di andare incontro ai bisogni sociali di lungo termine. Vecchiato e Roveda¹⁴ sostengono che l'impiego dell'appalto pre-commerciale in un'area geograficamente ristretta, come quella della regione Lombardia, potrebbe diffondere le risorse economiche anche tra le imprese locali. E lo stesso ragionamento, *ceteris paribus*, vale per altre aree dell'Europa.

L'appalto pre-commerciale ha suscitato interesse anche a livello nazionale, tanto che nel 2013 è stata avviata la prima procedura di gara¹⁵.

In conclusione, l'incertezza, la difficoltà di convertire i bisogni insoddisfatti dai beni pubblici esistenti in requisiti tecnici e il coordinamento tra i soggetti coinvolti nella procedura di gara sono i principali ostacoli all'implementazione dell'appalto pre-commerciale. La condivisione dei rischi tra settore pubblico e privato, il sostegno economico fornito dall'ente pubblico e la gestione dei diritti di proprietà intellettuale, tuttavia, sono forti incentivi ad avvalersene. La consapevolezza del ruolo centrale svolto dall'Autorità pubblica nella razionalizzazione della spesa induce a riflettere sull'appalto pre-commerciale e sul modo in cui le aziende si organizzano per rispondere efficacemente alle richieste del committente.

Possiamo affermare, dunque, che l'appalto pre-commerciale è uno strumento complesso e ancora poco diffuso, ma valido e in grado di rispondere ai bisogni sociali insoddisfatti.

¹⁴ R. VECCHIATO - C. ROVEDA, *Foresight for public procurement and regional innovation policy: the case of Lombardy*, in *Research policy* (43), 2014, pp. 438 ss.: <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0048733313002072>.

¹⁵ Si veda il Decreto interministeriale tra Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca (MIUR) e Ministero dello Sviluppo Economico (MISE) del 13 marzo 2013 n. 437.

ILENIA CRISCI - VALERIA SOLIMANDO*

L'ARTICOLO 38 DEL DECRETO "SBLOCCA ITALIA": EVOLUZIONI E ILLEGITTIMITÀ

The paper analyzes article 38 of the Legislative Decree 164/2014 on hydrocarbons.

It tries to rebuild the chronological evolution of the subject and to examine the regulatory framework in which it is set, in order to outline the possible unlawful profiles.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'art. 38 del Decreto Legge 12 settembre 2014, n. 133. – 3. Evoluzioni legislative in materia mineraria e di idrocarburi. – 4. Possibili profili di illegittimità. – 5. Conclusioni.

1. *Introduzione*

La Val d'Agri è una zona della Basilicata nella quale, a partire già dagli anni '80, lo sfruttamento degli idrocarburi ha fatto sì che fosse, ad oggi, uno dei giacimenti petroliferi su terraferma più grande d'Europa. Si è scelto di studiare il contenuto dell'articolo 38 per approfondirne il significato e cercare di comprendere il più ampio quadro nel quale si inserisce. Abbiamo iniziato dall'analisi del quadro normativo di riferimento, siamo poi passate a esaminare le evoluzioni dello stesso, fino a rilevare quelli che, a parer nostro, possono costituire profili di illegittimità¹.

* Studentesse del corso di Laurea in Giurisprudenza. Per la redazione di questo lavoro è stato consultato il prof. Fulvio Costantino. Si ringrazia il Prof. Enzo Di Salvatore dell'Università degli Studi di Teramo per la gentile collaborazione.

¹ Decreto-Legge convertito con modificazioni dalla L. 11 novembre 2014, n. 164 (in S.O. n. 85, relativo alla G.U. 11.11.2014, n. 262): «Misure urgenti per l'apertura dei cantieri, la realizzazione delle opere pubbliche, la digitalizzazione del Paese, la semplificazione burocratica, l'emergenza del dissesto idrogeologico e per la ripresa delle attività produttive». (G.U. n. 212 del 12.9.2014).

2. *L'art. 38 del Decreto Legge 12 settembre 2014, n. 133*

L'articolo 38² è solo una delle misure urgenti adottate dal Governo Renzi, che ha assunto la denominazione di "Sblocca Italia", con l'obiettivo di aiutare le Amministrazioni locali a "liberarsi" dagli ostacoli che bloccano progetti, cantieri e investimenti fermi da mesi o anni. L'articolo 38 è rubricato «Misure per la valorizzazione delle risorse energetiche nazionali». La valorizzazione, stante la lettera dell'articolo, è perseguita attraverso le attività di «prospezione, ricerca e coltivazione di idrocarburi e quelle di stoccaggio sotterraneo di gas naturale», le quali hanno la finalità di garantire la sicurezza degli approvvigionamenti del Paese, rivestendo, così, carattere di interesse strategico e di pubblica utilità, urgenti e indifferibili. Per chiarezza espositiva, analizzeremo la norma avendo riguardo alle aree in cui sono consentite tali attività, al rilascio dell'autorizzazione e ai soggetti rispetto ai quali la stessa può essere conferita.

Il piano delle aree, innanzitutto, sarà individuato con Decreto del Ministro dello sviluppo economico, sentito il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, avendo riguardo al fatto che, se le opere dovessero comportare una variazione degli strumenti urbanistici, il rilascio dell'autorizzazione avrà appunto effetto di variante urbanistica.

Per quanto attiene, poi, al rilascio dell'autorizzazione, sarà necessario un titolo concessorio unico. Esso è fondato su un programma composto di tre fasi: ricerca, coltivazione e ripristino finale³. Il titolo è accordato a seguito di un procedimento unico⁴, svolto nel termine di centottanta giorni, tramite un'apposita Conferenza di servizi, nella quale è effettuata anche la valutazione ambientale preliminare. Il Ministro dello sviluppo economico, dunque, previa intesa con la Regione o la Provincia autonoma di Trento o di Bolzano territorialmente interessata, emana un decreto, diretto a soggetti che dispongano di capacità tecnica, economica e organizzativa.

L'articolo prevede che i procedimenti di valutazione di impatto ambientale in corso all'entrata in vigore del decreto siano conclusi dalla Regione che li abbia avviati entro il 31 marzo 2015. Decorso inutilmente tale termine, la relativa documentazione do-

² Comma 5 dell'articolo 38 della Legge 164 dell'11 novembre 2014.

³ Comma 6 dell'articolo 38 della Legge 164 dell'11 novembre 2014.

⁴ Convertito con legge 6 agosto 2008 n. 133.

vrà essere trasmessa al Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare per i seguiti istruttori di competenza, dandone notizia al Ministero dello sviluppo economico.

Circa il rilascio delle nuove autorizzazioni per la ricerca e la coltivazione di idrocarburi, è necessaria la verifica dell'esistenza di tutte le garanzie economiche da parte della società richiedente, per ricoprire i costi di un eventuale incidente durante le attività.

Al comma 10 sono individuate misure volte alla tutela delle attività in mare. Sono apportate, inoltre, modifiche all'articolo 8 del decreto legge 25 giugno 2008 n. 112⁵.

Effettuato l'espletamento della procedura di valutazione di impatto ambientale, che dimostri l'assenza di effetti di subsidenza dell'attività sulla costa, sull'equilibrio dell'ecosistema e sugli insediamenti antropici, il Ministero dello sviluppo economico, di concerto con quello dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, sentite le Regioni interessate, può autorizzare progetti sperimentali di coltivazione di giacimenti per un periodo non superiore a cinque anni. I progetti sperimentali devono contenere un'analisi tecnico-scientifica dell'assenza degli effetti di subsidenza poiché, laddove questi si verificassero, il programma dei lavori sarà interrotto con conseguente decadenza dell'autorizzazione alla sperimentazione. Lo stesso effetto potrà verificarsi qualora l'operatore non abbia adempiuto all'onere di avere un registro delle quantità esatte di rifiuti di estrazione solidi e liquidi.

Da ultimo, al fine di tutelare le acque sotterranee dall'inquinamento e per promuovere un razionale utilizzo delle risorse idriche, è vietata l'estrazione di *shale gas* e *shale oil* e il rilascio dei relativi titoli minerari, tenuto anche conto del principio di precauzione per quanto attiene al rischio sismico e alla prevenzione di incidenti rilevanti.

3. *Evoluzioni in materia mineraria e di idrocarburi*

Per avere una trattazione completa circa la materia mineraria bisogna andare molto indietro nel tempo. Attraverso il Regio Decreto 29 luglio 1927 n. 1443⁶, infatti, si unificava la materia con-

⁵ L'adozione era stata autorizzata dal Parlamento con legge del 14 aprile 1927, n. 571.

⁶ In base dapprima all'art. 440 del Codice Civile del 1865, confermato dal codice civile del 1942. Vedi art. 840 c.c. circa la proprietà del sottosuolo e spazio so-

cernente il diritto minerario del Regno d'Italia. Si stabiliva che la ricerca delle sostanze minerarie e delle energie del sottosuolo necessitasse del rilascio, da parte del Ministro per l'economia nazionale, di un apposito "permesso", attraverso il quale il ricercatore poteva svolgere l'attività per un massimo di tre anni. Il Decreto, tuttavia, vietava ai possessori dei fondi di opporsi ai lavori di ricerca.

Per quel che concerne la coltivazione, invece, si prevedeva che le miniere potessero essere coltivate soltanto da chi avesse ottenuto una "concessione" da parte del Ministro, sentito il parere del Consiglio Superiore delle Miniere. Non si prevedeva una durata certa per l'esercizio delle attività, dichiarando soltanto la temporaneità della concessione. Bisogna ricordare, inoltre, che il sottosuolo continuava ad appartenere al proprietario del fondo fino a quando non fosse stato scoperto il giacimento minerario e ne fosse stata dichiarata la coltivabilità. Da questo momento la miniera sarebbe appartenuta al patrimonio indisponibile dello Stato⁷. La prima legge nazionale sugli idrocarburi liquidi e gassosi, risale al 1957⁸. L'ambito di applicazione andava a riguardare tutto il territorio dello Stato, fatta eccezione della Sicilia, della Sardegna e del Trentino Alto Adige⁹.

La prima novità introdotta rispetto al R.D. del 1927, riguardava la non coincidenza tra le aree oggetto di ricerca e le aree oggetto di concessione. La prima avrebbe potuto interessare un'area non superiore a cinquantamila ettari, la seconda, invece, un'area non superiore a tremila ettari. Ulteriori differenze sono rappresentate dal rafforzamento della posizione giuridica del ricercatore, in quanto è riconosciuto a questi un diritto a ottenere la concessione in caso di rinvenimento di idrocarburi in "quantità commerciale" e che la domanda di concessione è corredata dal programma di sviluppo del campo di coltivazione.

vastante al suolo. Art. 826 c.c. in merito Patrimonio dello Stato, delle province e dei comuni.

⁷ Legge 11 gennaio 1957, n. 6, Ricerca e coltivazione degli idrocarburi liquidi e gassosi. (G.U. n. 25 del 29.1.1957).

⁸ Zone diverse da quelle delimitate nella tabella A, allegata alla legge 10 febbraio 1953 n. 163, aree territoriali riservate all'ente nazionale idrocarburi (ENI).

⁹ Legge 21 luglio 1967, n. 613.

Ricerca e coltivazione degli idrocarburi liquidi e gassosi nel mare territoriale e nella piattaforma continentale e modificazioni alla legge 11 gennaio 1957, n. 6, sulla ricerca e coltivazione degli idrocarburi liquidi e gassosi. (G.U. n. 194 del 3.8.1967).

Nel 1967 il Parlamento interveniva per modificare la normativa del 1957¹⁰. Si introduceva una nuova disciplina dell'attività di prospezione, stabilendo che il permesso di ricerca esclusivo doveva essere rilasciato con Decreto del Ministro per l'industria, il commercio e l'artigianato insieme alla approvazione del programma dei lavori per una durata massima di quattro anni. Il titolare del permesso che rinveniva idrocarburi liquidi o gassosi, otteneva la concessione della coltivazione secondo la configurazione dell'area determinata con Decreto dello stesso Ministro per una durata massima di trent'anni, prorogabili per altri dieci mesi.

Con legge 9 gennaio 1991 n. 9¹¹, il Parlamento abrogava diverse disposizioni contenute nelle leggi del '57 e del '67. Il capo primo del titolo II della legge disciplinava in maniera unitaria le diverse fasi di prospezione, ricerca e coltivazione, stabilendo che i relativi titoli venissero rilasciati dal Ministero dell'industria, del commercio e dell'artigianato, sentito il comitato tecnico per gli idrocarburi e la geotermia e la Regione o la Provincia Autonoma di Trento o di Bolzano territorialmente interessata.

Il Decreto legislativo n. 122 del 1998¹² stabiliva che la materia «miniere e risorse geotermiche concerne le attività di ricerca e di coltivazione dei minerali solidi»¹³ e che entro la materia "energia" devono essere ricondotte «le attività di ricerca, produzione, trasporto e distribuzione di qualunque forma di energia»¹⁴, comprese le attività di prospezione, ricerca, coltivazione e stoccaggio di idrocarburi, in mare e in terraferma, le cui funzioni sarebbero da riservare allo Stato¹⁵. Questa disciplina però risultava problematica, per due ragioni. Innanzitutto la legge delega n. 59 del 1997 precisava che erano esclusi dal conferimento alle Regioni e agli Enti lo-

¹⁰ Legge 9 gennaio 1991, n. 9.

Norme per l'attuazione del nuovo Piano energetico nazionale: aspetti istituzionali, centrali idroelettriche ed elettrodotti, idrocarburi e geotermia, autoproduzione e disposizioni fiscali. (G.U. n. 13 del 16.1.1991 – Suppl. Ordinario n. 6).

¹¹ Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle regioni ed agli enti locali, in attuazione del capo I della legge 15 marzo 1997, n. 59. Come modificata dal Decreto Legislativo 29 ottobre 1999, n. 443.

¹² Art. 32 del Decreto legislativo n. 112 del 1998.

¹³ Art. 28 del Decreto legislativo n. 122 del 1998.

¹⁴ Art. 29 del Decreto legislativo n. 122 del 1998.

¹⁵ Riordino del settore energetico, nonché delega al Governo per il riassetto delle disposizioni vigenti in materia di energia. Come modificata e integrata dalla Legge 23 luglio 2009, n. 99, dal Decreto Legge 22 giugno 2012, n. 83 convertito con modificazioni dalla Legge 7 agosto 2012, n. 134 e dal Decreto Legge 12 settembre 2014, n. 133 convertito con modificazioni dalla Legge 11 novembre 2014, n. 164.

cali «i compiti di rilievo nazionale (...) per la ricerca, la produzione, il trasporto e la distribuzione di energia». In secondo luogo, il decreto del Governo ridefiniva l'ambito materiale delle "miniere" e attraeva entro la materia "energia" attività come quelle relative agli idrocarburi liquidi e gassosi, che dovevano più propriamente essere ricondotte entro la materia "miniere".

A ciò ha tentato di porre rimedio la Corte Costituzionale dopo la riforma del Titolo V della Costituzione con la sentenza n. 303 del 2003. L'art. 117 comma 3 della Costituzione, come risultante dalla riforma, ha annoverato la materia «produzione, trasporto e distribuzione dell'energia» tra le «materie di legislazione concorrente». Questo ha sollevato perplessità in dottrina, dando luogo a una serie di interventi del giudice costituzionale, che si sono riversati nella legge 23 agosto del 2004 n. 239¹⁶. Ciò che emerge è che essa non detta una separazione delle competenze legislative tra livello statale (che deve dettare i principi) e regionale (che reca la normativa di dettaglio), ma resta ancorata agli "obiettivi" da raggiungere.

Infatti, l'art. 1¹⁷ della stessa legge, in relazione alle attività del settore energetico, sono comprese quelle relative alla prospezione, ricerca e coltivazione degli idrocarburi, le quali sono riservate allo Stato, sebbene di intesa con le Regioni interessate. In base ai commi 77-82 dell'art. 1 della legge¹⁸, abbiamo una nuova disciplina dei procedimenti autorizzatori. «Il permesso e la concessione di cui al comma 77¹⁹ sono rilasciati a seguito di un procedimento unico, al quale partecipano le amministrazioni statali, regionali e locali interessate». Esso consente solo lo svolgimento delle attività di prospezione; per la perforazione dei pozzi esplorativi occorre, invece, una apposita autorizzazione da parte dell'ufficio territoriale minerario per gli idrocarburi e la geotermia competente, rilasciata a seguito di un procedimento unico, al quale partecipa non sol-

¹⁶ «Gli obiettivi e le linee della politica energetica nazionale, nonché i criteri generali per la sua attuazione a livello territoriale, sono elaborati e definiti dallo Stato che si avvale anche dei meccanismi di raccordo e di cooperazione con le autonomie regionali» e che la loro concreta realizzazione è assicurata «sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione, adeguatezza e leale collaborazione dallo Stato, dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas, dalle regioni e dagli enti locali» (art. 1, commi 1 e 3).

¹⁷ Come modificati dalla legge 23 luglio 2009, n. 99.

¹⁸ «Il permesso e la concessione di cui al comma 77 sono rilasciati a seguito di un procedimento unico, al quale partecipano le amministrazioni statali, regionali e locali interessate, svolto nel rispetto dei principi di semplificazione e con le modalità di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241».

¹⁹ Come prevede il comma 81 dell'art. 1.

tanto la Regione, ma anche gli Enti locali interessati. Si stabilisce, quindi, che l'attività di prospezione è soggetta alla procedura di *screening* ambientale²⁰ a eccezione del caso in cui avesse trovato svolgimento in aree marine protette; qui infatti, sarebbe stato obbligatorio procedere a valutazione di impatto ambientale.

Questa previsione, tuttavia, è stata abrogata e occorre far riferimento all'art. 6 comma 17 del Codice dell'Ambiente del 2006²¹, il quale fa divieto di svolgere attività di prospezione, ricerca e coltivazione di idrocarburi liquidi e gassosi nelle aree marine e costiere «a qualsiasi titolo protette per scopi di tutela ambientale» ed estende questo divieto alle zone marine poste entro le dodici miglia dalla costa, per l'intero perimetro costiero nazionale²². Il punto controverso che emerge riguarda i soggetti istituzionali legittimati a prendere parte al procedimento, finalizzato al rilascio del titolo. Il comma 82 *ter*²³ non distingue tra coltivazione di idrocarburi in terraferma e in mare, così da far intendere che il procedimento da seguire è lo stesso per entrambi i casi. Il problema che si pone è se il rilascio del titolo debba essere preceduto dall'intesa con le Regioni interessate, in quanto se da un lato il comma 82-*ter* rinvia alle «amministrazioni competenti», e dunque anche alle Regioni interessate, dall'altro lato risulta stabilito che la materia idrocarburi è regolata «di intesa con le Regioni interessate» ma soltanto ove questo concerne la terraferma.

Alla fine di questa disamina, lo "Sblocca Italia" risulta essere la naturale prosecuzione dei cosiddetti "Decreto Sviluppo"²⁴ e "Decreto Liberalizzazioni"²⁴, nonché della "SEN"²⁵ varata dal Governo Monti. Nei primi due si prevedeva che lo Stato reinvestisse in attività petrolifere. Nella "SEN" si legge: «cinque zone in Italia offrono un elevato potenziale di sviluppo: la val Padana, l'Alto Adriatico, l'Abruzzo, la Basilicata e il Canale di Sicilia», destinati a trasfor-

²⁰ Come modificato dal Decreto legge 22 giugno 2012, convertito con legge 7 agosto 2012 n. 134.

²¹ Fatti salvi i procedimenti concessori in corso alla data di entrata in vigore del Decreto Legislativo 29 giugno 2010 n. 128.

²² Legge 23 luglio 2009 n. 99.

²³ Decreto Legislativo 29 giugno del 2010, n. 128. Modifiche e integrazioni al decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, recante norme in materia ambientale, a norma dell'art. 12 della legge 18 giugno del 2009, n. 69.

²⁴ Decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e le competitività. Convertito con modificazioni dalla legge 24 marzo 2012, n. 27.

²⁵ Strategia Energetica Nazionale con riferimento a "Produzione sostenibile di idrocarburi nazionali".

marsi in distretti minerari. Lo scopo che si propone è quello di «Semplificare gli *iter* autorizzativi, adottando un modello, largamente diffuso in Europa e nel mondo, di conferimento di un titolo abilitativo unico sia per l'esplorazione che per la produzione». Lo "Sblocca Italia", così, persegue questo cammino di semplificazione, in linea con gli obiettivi dettati dalle raccomandazioni Ue, finalizzate all'abbattimento del debito pubblico.

4. Possibili profili di illegittimità

Il decreto legge 12 settembre 2014 n. 133 è un decreto "*omnibus*"²⁶. Già questo ci sembra essere un profilo di illegittimità, per insussistenza dei presupposti di cui all'art. 77, comma 2²⁷ della Costituzione, secondo il quale si può ricorrere al decreto legge solo «in casi straordinari di necessità e di urgenza». Con specifico riguardo all'art. 38, tuttavia, se è previsto un rinvio a un «Disciplinare Tipo»²⁷ e ad atti di futura attuazione, appare chiara la non «necessità e urgenza» del ricorso al decreto legge. Questo profilo, senz'altro non può essere fatto valere dalle Regioni, come invece ha fatto la Regione Lombardia²⁸; avrebbe potuto farlo soltanto laddove fosse riuscita a dimostrare la connessione tra l'insussistenza di quei requisiti e la competenza regionale. È tuttavia complesso portare la prova della invasione di questa stessa competenza: il decreto legge, infatti, prescinde dal riparto delle competenze legislative. Un forte profilo di illegittimità appare, invece, la strategicità. L'articolo 38 detta: «al fine di valorizzare le risorse energetiche nazionali e garantire la sicurezza degli approvvigionamenti del Paese, le attività di prospezione, ricerca e coltivazione di idrocarburi e quelle di stoccaggio sotterraneo di gas naturale rivestono carattere di interesse strategico e sono di pubblica utilità, urgenti e indifferibili». Il problema che si pone è di comprendere cosa sia da qualificare come "strategico". Qui, tutto è strategico. Accanto a questo si pongono i problemi circa i cosiddetti "titoli abilitativi". La previsione di un titolo concessorio unico, rispetto ai due titoli previsti

²⁶ «Misure urgenti per l'apertura dei cantieri, la realizzazione delle opere pubbliche, la digitalizzazione del Paese, la semplificazione burocratica, l'emergenza del dissesto idrogeologico e per la ripresa delle attività produttive» (G.U. Serie Generale n. 262 del 11.11.2014 – Suppl. Ordinario n. 85).

²⁷ Si veda comma 7 dell'art. 38.

²⁸ Ricorso n. 6 per questione di legittimità costituzionale depositato in cancelleria il 15 gennaio 2015 (della Regione Lombardia).

precedentemente (permesso di ricerca e concessione di coltivazione), l'estromissione degli Enti locali dal procedimento amministrativo che conduce al Titolo Concessorio Unico e il fatto che l'intesa della Regione sia considerata come un atto interno al procedimento amministrativo, sollevano grandi perplessità.

Un primo dubbio concerne il diritto di proprietà dei privati, ex art. 42 della Costituzione²⁹. La disciplina dei beni del sottosuolo è stata sempre informata alla concezione fondiaria della proprietà. Il codice civile del 1865 stabiliva che il proprietario del suolo è anche proprietario di tutto ciò che si trovi sopra e sotto la superficie. Secondo questa concezione, confermata dal codice del 1942 tuttora vigente, il sottosuolo appartiene al proprietario del fondo, fino a quando non sia stato scoperto il giacimento minerario e ne sia stata dichiarata la coltivabilità. Soltanto a partire da questo momento si avrà l'acquisizione del giacimento al patrimonio indisponibile dello Stato. Lo stesso potrà, a quel punto, dare il giacimento in concessione. In quest'ottica il permesso di ricerca viene a costituire un limite al godimento della proprietà, poiché il proprietario dovrà lasciare inalterato il fondo, a differenza di quanto accadeva precedentemente. Era, infatti, prevista solo una occupazione provvisoria dei terreni. Vero è che la Costituzione ammette che la proprietà privata possa essere espropriata, ma solo per motivi di interesse generale e salvo indennizzo. Nel caso del rilascio del titolo unico, mancherebbe la dimostrazione dell'utilità generale, non essendo ancora certo se effettivamente vi sia il giacimento. Anche questo profilo, tuttavia, non può essere fatto valere dalla Regione, ma soltanto in via incidentale, dal privato.

L'altro problema che si pone è connesso alla partecipazione degli Enti Locali al procedimento. L'art. 38 comma 1-*bis*, nella versione di settembre 2014, non prevedeva un «piano delle aree di cui sono consentite le attività al comma 1». Con legge di conversione è stato inserito il riferimento al Piano, il quale è stato modificato più volte. La prima versione affermava che la prospezione, la ricerca e la coltivazione erano condizionate dall'esistenza di un piano. Il Mi-

²⁹ «La proprietà è pubblica o privata. I beni economici appartengono allo Stato, ad enti o a privati. La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti. La proprietà privata può essere, nei casi preveduti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi d'interesse generale. La legge stabilisce le norme ed i limiti della successione legittima e testamentaria e i diritti dello Stato sulle eredità».

nistro dello Sviluppo Economico avrebbe dovuto prevedere ad elaborare un piano, nel quale si indicavano le zone nelle quali erano consentite le suddette attività. La legge di stabilità è nuovamente intervenuta per modificare questo aspetto. Il comma 554 dell'art. 1, infatti, afferma che è sempre il Ministero dello Sviluppo Economico, sentito il Ministero dell'Ambiente e previa intesa con la Conferenza Unificata (Stato, Regioni, Enti Locali), a redigere il piano. Si aggiunge tuttavia, che nel caso di mancato raggiungimento dell'intesa, si procede secondo la legge 239 del 2004.

Occorre operare una distinzione tra mancato raggiungimento dell'intesa e inerzia. Nel primo caso, si procede secondo la legge 239 del 2004, questa afferma che l'intesa e la Conferenza devono risultare entro 150 giorni. Altrimenti il Governo assegna altri 30 giorni, al termine dei quali, persistendo queste mancanze, provvederà unilateralmente la Presidenza del Consiglio dei Ministri, alla quale saranno trasmessi gli atti.

Con sentenza 303 del 2013, la Corte ha affermato che in caso di inerzia della Regione, è doveroso adottare questo procedimento semplificato, ma se si tratta di mancato raggiungimento dell'intesa, è dubbio che vi si possa far ricorso. Con sentenza 179 del 2012, infatti, la Corte è intervenuta sulla disciplina degli effetti del dissenso in Conferenza, con riguardo alla legge sul procedimento amministrativo³⁰ afferma che laddove non vi sia l'accordo, si danno ulteriori 30 giorni, prima che lo Stato provveda unilateralmente. Così facendo, si viola il principio di leale collaborazione. Sotto questo profilo vi è la comunanza di procedimento, con la legge 239 del 2004. La dichiarazione di illegittimità con riguardo al mancato raggiungimento dell'intesa, comporterebbe necessariamente la dichiarazione di illegittimità anche della seconda.

Altro profilo problematico riguarda i procedimenti "in corso presso le Regioni alla data di entrata in vigore del presente decreto"³¹, i quali devono essere conclusi dalle Regioni, presso le quali sono stati avviati entro il 31 marzo. In mancanza di ciò, dovranno trasmettere tutti gli atti al Ministero dell'Ambiente, il quale provvederà unilateralmente. Il problema significativo si pone per i procedimenti che, nel frattempo, pendono davanti alla Regione e per i quali non sia ancora stata richiesta la VIA. Con l'entrata in vigore dello "Sblocca Italia", si pone il problema del soggetto istitu-

³⁰ Art. 14-*quater* 241 del 1990.

³¹ Art. 38, comma 4.

zionale al quale richiederla. Stato o Regione? Sembrerebbe doversi chiedere al Ministero dell'Ambiente, trattandosi di un procedimento "nuovo". Tuttavia con la Legge di Stabilità è stato aggiunto che, nelle more di approvazione del piano, si applica la disciplina precedente³². Dunque non sarebbe più ipotizzabile rivolgersi al Ministero dell'Ambiente, bensì spetterebbe ancora alle Regioni occuparsi della VIA. Lo Stato però sembrerebbe interpretare alla luce della completa vigenza dello "Sblocca Italia", riservandosi così, questa competenza. Da qui, un ulteriore profilo di illegittimità, non costituzionale, bensì da far valere dinnanzi al Tar.

L'ultimo punto "oscuro" appare essere relativo al ruolo della Regione. Prima che la legge di conversione introducesse, (al comma 6, sub a) la Conferenza di Servizi, non vi era riferimento all'intesa regionale, fuori dalla Conferenza stessa. La Regione, infatti, è un organo politico. Ammesso che lo Stato ha competenza esclusiva in materia energetica, è necessario che la Regione si esprima attraverso l'intesa. Questa tuttavia non è una valutazione tecnica, bensì politica, su come lo Stato intende disciplinare e amministrare il territorio. Non si può trattare alla stregua di una qualsiasi amministrazione pubblica.

5. *Conclusioni*

A conclusione del nostro lavoro riteniamo di aver individuato degli aspetti che è necessario sottolineare. Innanzitutto la consapevolezza che questo articolo 38 racchiude in sé molti punti oscuri e l'estrema difficoltà che esso pone con riguardo anche al raccordo con le discipline previgenti. Abbiamo rilevato dei profili che ci appaiono incostituzionali e che, seppur in certi casi non possono essere fatti valere dalle Regioni, sollevano evidenti problemi interpretativi. Ci sembra, infine, che lo "Sblocca Italia" si appresti a essere la preparazione a una ulteriore, eventuale, modifica del Titolo V della Costituzione, che lasci ancora meno spazio alle Regioni e agli Enti locali.

³² Legge 239 del 2004.

LE RIFORME

LUCA AMEDEO SAVOIA - LORENZO SERAFINELLI*

I
TRASFORMAZIONI COSTITUZIONALI:
IL D.D.L. 1429/2014¹

The aim of the following paper is to highlight several critical aspects concerning the constitutional bill n. 1429 currently under discussion in Parliament. In particular, the authors have focused on some issues relating to the composition of the Senate, the representative mandate of senators and the judicial review concerning electoral laws. Summing up, the analysis shows an anomalous composition of the upper house which might not achieve the objective of representing territorial institutions. Moreover, the provision of a non-imperative mandate for the Senators is also anomalous, as opposed to what happens in the German Bundesrat. Finally, the judicial review under the new Article 73 It.Const., as some constitutional judges have argued, might turn out to be pointless or even not appropriate.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Senato della Repubblica e riequilibrio costituzionale. – 2.1. Mandato imperativo? – 3. Il controllo preventivo di costituzionalità ex art. 73 Cost.

1. *Introduzione*

I riformatori costituzionali hanno attribuito al disegno di legge costituzionale n. 1429/2014 il titolo di *Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istitu-*

* Studenti del Corso di Laurea in Giurisprudenza. Per la redazione di questo lavoro è stato consultato il prof. Gaetano Azzariti.

¹ L'articolo analizza la formulazione della riforma costituzionale così come risulta dalla approvazione in prima lettura da parte della Camera dei Deputati in data 10 marzo 2015.

zioni, la soppressione del CNEL e la revisione del Titolo V della parte II della Costituzione.

Nelle brevi pagine che seguiranno, gli AA. si avventureranno nel tentativo di sciogliere alcuni nodi che, alla lettura della riforma, hanno ritenuto cruciali e di enorme impatto sull'impianto costituzionale. Sebbene le riforme costituzionali non debbano risentire, tendenzialmente, delle influenze delle situazioni congiunturali, è del tutto evidente che la storia e l'orizzonte dei congegni umani giammai potrebbero essere espunti dal concepimento di tali fenomeni. Da questi, pertanto, non possiamo prescindere nella nostra analisi: è sembrato opportuno, a chi scrive, operare un'indagine comparata tra il disegno di legge del 2014 e il disegno di legge n. 2544-D. Quest'ultima non entrò mai in vigore in ragione della risposta negativa da parte del Popolo italiano al referendum confermativo del 25 e 26 giugno 2006.

L'approccio metodologico, che vorrebbe ricomprendere entro la sfera d'indagine anche la dimensione del tempo della storia, è sollecitato dall'opera di Carl Schmitt *Amleto o Ecuba*²: come fa ingresso il tempo sulla scena della tragedia? Ma, parafrasando, come irrompe il tempo nell'orizzonte del diritto costituzionale? Ci suggerisce Schmitt che le modalità sono sostanzialmente tre: tramite *allusioni*; tramite *rispecchi*; tramite *irruzioni*.

Orientarsi nel susseguirsi delle riforme costituzionali attraverso queste coordinate è quanto tenteremo di fare nel prosieguo.

2. Senato della Repubblica e riequilibrio costituzionale

L'art. 55 Cost. viene modificato dal d.d.l. costituzionale in maniera netta: si legge al nuovo 3° co. che solamente i membri della Camera dei Deputati sono rappresentativi della Nazione, mentre i senatori della Repubblica rappresentano le *istituzioni territoriali*. Quest'ultimo passaggio viene poi chiarito dal nuovo art. 57 Cost.: si

² Vedi C. SCHMITT, *Amleto o Ecuba*, Bologna, 2012, pp. 60 ss.: «[...] per un'opportuna valutazione di Amleto si rende necessario distinguere fra diversi gradi e modalità di incidenza della storia contemporanea. [...] [L]e mere *allusioni*, [...] puramente occasionali, presentano oggi, per lo più un interesse limitato alla storia della letteratura. [II] secondo tipo di incidenza [...] può essere designato come un vero *rispecchiamento*. In questo caso, un avvenimento oppure una figura contemporanea producono effetti fin dentro il dramma, come in uno specchio [...]. [...] [U]n terzo e potentissimo tipo di incidenza sulla contemporaneità sul dramma: [...] le *irruzioni*, che determinano la struttura dell'opera». Da queste ultime sembrerebbe opportuno muovere i primi passi per l'analisi qui condotta.

legge al 2° co. che i Consigli Regionali e i Consigli delle Province autonome di Trento e Bolzano eleggono i senatori tra i loro componenti e tra i sindaci dei Comuni. Si badi bene: la ripartizione dei seggi seguirebbe un criterio proporzionale rispetto alla popolazione in base all'ultimo censimento generale – *sulla base dei quozienti interi e dei più alti resti*.

Il Senato dei 100 sembra costituire un organo anfibologico: la prospettiva della rappresentanza del territorio in Parlamento dovrebbe realizzarsi tramite un'elezione indiretta. Ciò presenterebbe almeno tre profili problematici: in primo luogo, essendo espressione degli organi elettivi territoriali, i Senatori potrebbero farsi portatori delle dinamiche politiche locali e non del territorio; in secondo luogo, sembrerebbe incoerente con la logica di un organo territoriale la previsione della nomina presidenziale di 5 senatori che hanno illustrato la Patria³; in terzo luogo, vi sarebbe il rischio di un utilizzo del Senato come luogo di transizione dalla politica locale a quella nazionale⁴. A quest'ultimo punto conseguirebbe che, dato il *libero mandato (infra)*, la durata della carica potrebbe essere usata interamente come *piattaforma di lancio* per ottenere un seggio nella successiva legislatura.

La scelta compiuta dal riformatore odierno si discosta dalla prospettiva del 2005: nella travagliata formulazione della c.d. *Devolution* costituzionale, il Senato federale prevedeva 252 componenti, eletti direttamente dalle comunità locali.

L'elezione indiretta si fa portatrice di una politica ben precisa poiché la composizione del Senato finirebbe col seguire le maggioranze definitesi nelle sedi politiche territoriali. Ci spieghiamo meglio: la formazione dei Consigli Regionali e dei Consigli Comunali è demandata, rispettivamente, alle Leggi Regionali e alle Delibere dei Consigli Comunali. Conseguentemente, la composizione del Senato si determinerebbe – indirettamente – in base a vicende politiche territoriali, le quali influirebbero finanche sulle riforme costituzionali.

La storia fa il suo ingresso nel concepimento degli assetti costituzionali: la necessità di speditezza nelle procedure legislative,

³ Art. 59, 2° co., Cost.: Il Presidente della Repubblica può nominare senatori cittadini che hanno illustrato la Patria per altissimi meriti nel campo sociale, scientifico, artistico e letterario. Tali senatori durano in carica 7 anni e non possono essere nuovamente nominati.

⁴ Cfr. A. PACE, *I rischi del nuovo Senato*, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, marzo 2015 per ulteriori profili problematici del nuovo Senato. L'A. prospetterebbe, fin anche, l'incostituzionalità delle leggi approvate dal Senato, in quanto composto da soggetti che – secondo Costituzione – non hanno il potere di farlo.

l'esigenza da parte delle forze politiche di riacquistare credibilità nei confronti dell'elettorato, l'assicurare che una decisione sia presa nel più breve tempo possibile generano questi moti costituzionali. Piroette che nascondono, almeno a sommosso avviso di chi scrive, dietro un velato federalismo, una formula di monocameralismo di stampo britannico. Ciò sembrerebbe confermato dall'intimo rapporto fiduciario tra la Camera e il Governo, concepito dall'art. 94 Cost., il quale prospetta una fortissima convergenza tra la linea parlamentare e l'indirizzo politico dell'esecutivo: il 7° co. dell'art. 72 Cost. della riforma costituzionale introduce una corsia preferenziale per le iniziative legislative che il Governo ritenga *essenziali ai fini dell'attuazione del programma di governo* (c.d. "voto a data certa")⁵. Tale squarcio comporta, inoltre, una forte influenza dell'Esecutivo sulle scelte del Parlamento: un'innovazione di tale tenore è una vera e propria *irruzione* della storia sul terreno dell'orizzonte costituzionale.

Quanto fin qui tracciato dimostra come la convinzione che le procedure siano troppo *burocratizzate* e l'idea che il bicameralismo perfetto appaia troppo lento in relazione all'evolvere delle società complesse siano maturate fuori dal Parlamento e lontano dai luoghi preposti all'esplicarsi della rappresentanza politica. Sempre fuori da tali luoghi, la politica ha dato una risposta: snellire, limare, semplificare.

L'enfasi di questi punti di vista si arresta di fronte a un'agevole considerazione: il numero dei Deputati è rimasto immutato. Una diminuzione dello stesso, al contrario, avrebbe sortito un effetto di estrema rilevanza: dare un volto alle maggioranze e alle scelte fatte in Parlamento⁶, evitando di imputarle a *gruppi in fusione*.

2.1. *Mandato imperativo?*

Dispone il nuovo art. 67 Cost. che i *Membri del Parlamento esercitano le loro funzioni senza vincolo di mandato*. Evidentemente, a seguito della trasformazione del Senato in rappresentante delle istituzioni territoriali, si giustifica l'elisione del riferimento alla rappresentanza della Nazione.

⁵ Vedi A. GIORGIS, *Il voto a data certa*, Intervento al Seminario di discussione *La Riforma della Costituzione: aspetti e problemi specifici* (24 novembre 2014, Roma, Università "La Sapienza"), Report a cura di Luisa Foti, Federica Grandi, Elisa Olivito: <http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2014/12/report.pdf>.

⁶ G. AZZARITI, *Appunti per le lezioni*, Torino, 2010, p. 22 ss.

Il divieto di mandato imperativo ha una storia⁷ che non può essere ripercorsa certo in questa sede.

Una storia, però, che ha dimostrato un certo adattamento ai tempi e alle evoluzioni costituzionali⁸: l'istituto, provenendo dallo Stato Liberale, si è innestato nel solco degli assetti Costituzionali, mutando forma e fisionomia.

All'ibridazione apportata dal riformatore del 2014 conseguirebbe una duplice accezione del ruolo del Senatore e del ruolo della rappresentanza *sui generis*: da un lato, una statica situazione propria della rappresentanza politica classica; dall'altro, una dimensione rapportuale, riferentesi all'attività del singolo componente sul territorio di provenienza.

Nel 2005 il *libero mandato* non era stato alterato dall'intervento della riforma costituzionale: alla rappresentanza della Nazione si aggiungeva quella della Repubblica.

Quest'aggiunta sembrava, invero, essere una «*interregionalizzazione camuffata da federazione*»⁹.

Peraltro, in entrambi i casi non si può procedere al parallelismo con il *Bundesrat*: i membri del Senato Federale tedesco non hanno *libertà di mandato*, poiché si conformano alla linea governativa dei Länder che li hanno nominati, votando in base a quanto da questa stabilito. Se nel 2005, quindi, la parentela con il *Bundesrat* andava negandosi principalmente in ragione delle modalità dell'elezione¹⁰, a oggi può negarsi, prima di tutto, per la permanenza dell'art. 67 Cost.¹¹

⁷ Vedi L. PRINCIPATO, *Il divieto di mandato imperativo da prerogativa regia a garanzia della sovranità assembleare*, Riv. Tel. Giur. AIC n° 4/12, p. 9 ss.

La paternalità del *libero mandato* è da attribuire all'abate Sieyès: lo smantellamento del mandato imperativo, era visto dall'abate come passaggio obbligato affinché la costituente fosse dotata di potere illimitato. Unicamente attraverso l'introduzione del concetto di unico soggetto politico si sarebbe realizzato il progetto rivoluzionario.

⁸ Vedi P. RIDOLA, *Democrazia Rappresentativa e Parlamentarismo*, Torino, 2011, pp. 63 ss.: l'A. conduce una panoramica assai ampia delle modalità con le quali il *libero mandato* abbia assunto un ruolo integrativo tra il Popolo e i Partiti. Non mancano, però, riferimenti a distorsioni dell'istituto stesso: se l'integrazione divenisse *separazione* delle due entità?

⁹ Vedi G. FERRARA, *Per la critica al progetto di riforma della Costituzione del governo Berlusconi*, *Costituzionalismo.it*, fascicolo 2/2003, <http://www.costituzionalismo.it/articoli/114/>.

¹⁰ I componenti del Senato Federale tedesco provengono tutti dai Governi dei singoli Stati. Così dispone l'art. 51, co. 1, GG.

Sull'argomento vedi PACE, *op. cit.*

¹¹ L'art. 51, co. 3, GG prevede che i membri del Senato si facciano portatori delle istanze dei rispettivi Stati: si atteggiavano, quindi, come *nunci*.

La trama si infittirebbe ancor di più qualora richiamassimo l'art. 57, 5° co., Cost.: alla luce dell'elezione indiretta dei senatori e per la durata della carica parlamentare pari a quella dell'istituzione di provenienza, la previsione di divieto di mandato imperativo risulterebbe ineffettiva. Poniamo il caso in cui un senatore sia chiamato a votare su di un disegno di legge recante disposizioni in materia di tutela ambientale: l'o.d.g. del Senato prevede la votazione una settimana prima della scadenza del proprio mandato. Il partito politico di maggioranza in seno all'istituzione territoriale impone al senatore di votare negativamente, pena la non ricandidatura alle prossime elezioni. Il senatore si troverebbe tra due fuochi: certo, non potrebbe essere revocato dal ruolo di senatore in forza del *libero mandato parlamentare*; pur tuttavia lo stesso partito locale non procederebbe a ricandidarlo, segnandone, di fatto, la fuoriuscita dallo scenario rappresentativo.

A quale affrancamento potrebbe accedere un eletto, il quale duri in carica quanto l'elettore? Non si rischierebbe per caso di ricadere nel *paradosso logico del comma 22*?¹²

3.1. *Il controllo preventivo di costituzionalità ex art. 73 Cost.*

I primi elementi di discontinuità rispetto ai principi informativi della riforma del 2005 possono essere ravvisati procedendo all'analisi critica degli artt. 73¹³ e 134¹⁴ Cost. così come risultano dalla novella in commento.

¹² «Chi è pazzo può chiedere di essere esentato dalle missioni di volo, ma chi chiede di essere esentato dalle missioni di volo non è pazzo» recitava il Comma 22, contenuto nei regolamenti dei piloti statunitensi adibiti ai bombardamenti in Italia.

¹³ Cfr. art. 73 Cost. nella formulazione risultante dall'approvazione degli emendamenti presentati dai deputati Gasparini e Giorgis:

«Le leggi sono promulgate dal Presidente della Repubblica entro un mese dall'approvazione.

Le leggi che disciplinano l'elezione dei membri della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica possono essere sottoposte, prima della loro promulgazione, al giudizio preventivo di costituzionalità da parte della Corte costituzionale su ricorso motivato presentato da almeno un quarto dei componenti della Camera dei deputati o almeno un terzo dei componenti del Senato della Repubblica, entro dieci giorni dall'approvazione della legge, prima dei quali la legge non può essere promulgata. La Corte costituzionale si pronuncia entro il termine di trenta giorni e, fino ad allora, resta sospeso il termine per la promulgazione della legge. In caso di dichiarazione di illegittimità costituzionale, la legge non può essere promulgata».

¹⁴ Cfr. art. 134 Cost.: «La Corte costituzionale giudica altresì della legittimità costituzionale delle leggi che disciplinano l'elezione dei membri della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica ai sensi dell'art. 73, secondo comma».

Introdotta probabilmente per ovviare al *doppio effetto di delegittimazione*¹⁵ che caratterizza la legislatura XVII come conseguenza della sentenza n. 1/2014 della Corte costituzionale¹⁶, il controllo di costituzionalità *preventivo* – ancorché limitato alla sola materia elettorale – non rappresenta un *unicum* nell'esperienza giuridica italiana¹⁷.

Già il vecchio art. 127 Cost., nella formulazione antecedente alla riforma del Titolo V della Costituzione¹⁸ (l. cost. n. 3/2001), lo prevedeva nel caso in cui il Governo avesse ritenuto che una legge approvata dal Consiglio regionale eccedesse la competenza della Regione o che contrastasse con gli interessi nazionali o di altre Regioni.

Si badi bene: il vigente art. 127 Cost. prevede sì un intervento eventuale della Corte costituzionale, ma questo è *successivo* ed esercitabile entro sessanta giorni dalla *pubblicazione* della legge (sia di una legge dello Stato o un atto equiparato ovvero di una legge regionale), mentre nel previgente articolo la decisione della Corte, nell'ipotesi ivi contemplata, interveniva in una fase immediatamente successiva all'*approvazione* della legge regionale¹⁹. Inoltre, la facoltà di investire la Corte della questione di legittimità costituzionale è oggi attribuita sia al Governo sia alla singola Regione a salvaguardia dell'assetto di competenze stabilito dall'art. 117 Cost., diversamente da quanto disponeva, invece, il vecchio testo

¹⁵ Vedi S. STAIANO, *La vicenda del giudizio sulla legge elettorale: crisi forse provvisoria del modello incidentale*, Riv. Tel. Giur. AIC n° 2/2014, p. 9: l'autore sostiene che il Parlamento, dopo la sentenza 1/2014, sia doppiamente delegittimato «per aver visto dichiarare illegittima la legge elettorale sulla base della quale è stato eletto; per vedere vigere una nuova legge che esso non ha prodotto, ma che è dovuta ad altro organo costituzionale»

¹⁶ La quale ha dichiarato la parziale incostituzionalità della l. n. 270/2005 con particolare riferimento all'irragionevolezza del premio di maggioranza ivi previsto e alla mancata previsione delle preferenze (sebbene ci sia, su quest'ultimo punto, una certa ambiguità).

¹⁷ V. G. MORBIDELLI, L. PEGORARO, A. REPOSO, M. VOLPI, *Diritto pubblico comparato*, Torino, 2012, p. 457.

¹⁸ Cfr. il comma quarto dell'art. 127 Cost. nella sua formulazione originaria: «Ove il Consiglio regionale la approvi di nuovo a maggioranza assoluta dei suoi componenti, il Governo della Repubblica può, nei quindici giorni dalla comunicazione, promuovere la questione di legittimità davanti alla Corte Costituzionale, o quella di merito per contrasto di interessi davanti alle Camere. In caso di dubbio, la Corte decide di chi sia la competenza».

¹⁹ V. F.R. DE MARTINO, *La legge regionale nell'art. 127 della Costituzione - La riforma del Titolo V della Costituzione e la giurisprudenza costituzionale*, a cura di E. Bettinelli - F. Rigano, Torino, 2004, pp. 355 ss.

dell'art. 127 Cost., il quale conferiva tale facoltà al solo Governo della Repubblica.

La previsione del giudizio *in via principale* (e *successivo*) illustrato poc'anzi, è però mitigata da un consolidato orientamento della Corte costituzionale²⁰, il quale «[...] ammette la possibilità per le regioni di denunciare con il ricorso in via principale la violazione dei parametri costituzionali non pertinenti al riparto delle competenze, quando essa ridondi sulle attribuzioni regionali». In buona sostanza, quindi, le regioni devono dimostrare che l'asserita violazione abbia una qualche ricaduta (seppur indiretta) sulle attribuzioni regionali. Tale ricaduta, ad avviso della Corte, dev'essere «[...] suscettibile di determinare la menomazione delle sue attribuzioni costituzionali»²¹.

Da un lato appare chiara la *ratio* per così dire *autonomista* della accennata giurisprudenza costituzionale, dall'altro va constatato che si tratta di un orientamento che evidenzia ancora una volta il tradizionale *self-restraint* della Corte riguardo le scelte politiche del legislatore ordinario.

Di converso, invece, la Corte costituzionale accorda allo Stato la legittimazione ad impugnare la legge regionale per qualsiasi vizio di costituzionalità, in ragione del ruolo di «garante dell'unità della Repubblica»²².

Un esempio attuale di controllo *preventivo* di costituzionalità è previsto dal secondo comma dall'art. 123 Cost. in riferimento alla legittimità costituzionale degli statuti regionali. Tale inquadramento, pur avendo originato dei dubbi in dottrina, è stato definito dalla Corte costituzionale che è intervenuta sul punto nel 2002 sposando la tesi che sostiene la natura *preventiva* del controllo *ex art.* 123 Cost.²³. Prescindendo ora dall'esprimere un parere circa la

²⁰ Cfr. *ex plurimis* le sentenze n. 44/2014, n. 234/2012, n. 220/2012 della Corte costituzionale.

²¹ Cfr. sentenza n. 13/2015 della Corte costituzionale.

²² Cfr. A. CERRI, *Corso di Giustizia costituzionale plurale*, Milano, 2012 p. 296: in riferimento all'«asimmetria» tra la legittimazione regionale e quella statale ad impugnare *ex art.* 127 Cost., l'Autore nutre qualche dubbio circa l'opportunità di tale configurazione, la quale, tra l'altro, è *del tutto sconosciuta ad altre esperienze costituzionali*.

²³ Cfr. sentenza 304/2002 della Corte costituzionale: «Ebbene, se si considera la essenziale posizione che, nell'art. 123 Cost., assume l'impugnazione governativa dinanzi alla Corte costituzionale e si tiene conto delle istanze alle quali tale posizione corrisponde, la tesi [...] secondo cui la modifica dell'art. 127 Cost. avrebbe comportato l'assimilazione del regime giuridico degli statuti a quello delle "ordina-

qualificazione del meccanismo *ex art. 123 Cost.*, ciò che importa ai fini del nostro studio è che la previsione di un controllo di costituzionalità *preventivo* pur non rappresentando una novità assoluta – come abbiamo avuto modo di notare – suscita molto interesse sia in una prospettiva sistematica, sia per gli accostamenti al sistema di giustizia costituzionale francese (sul quale, *infra*).

Con la novella del 2014, dunque, si introduce un meccanismo che consente ad *almeno un quarto dei componenti della Camera dei deputati o almeno un terzo dei componenti del Senato della Repubblica* di sollevare la questione di legittimità costituzionale di una legge che disciplina *l'elezione dei membri della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica* prima della sua promulgazione. Non solo. *In caso di dichiarazione di illegittimità costituzionale, la legge non può essere promulgata.*

Cosa accade, nell'ipotesi opposta, quando la Corte rigetta le censure di incostituzionalità? Quale autorità attribuire a questo *giudicato costituzionale*? Cristallizza la legittimità della legge elettorale in riferimento ai profili di incostituzionalità contenuti nel ricorso oppure residua la possibilità di proporre un successivo giudizio in via incidentale, così come è accaduto in passato?²⁴

Va sottolineato poi il carattere eminentemente politico a cui la Corte verrebbe esposta sul sindacato della legge elettorale: nei casi contemplati agli artt. 123 e 127 Cost. dirime conflitti tra diversi livelli di potestà, mentre nel controllo *preventivo ex art. 73* sostanzialmente esprime un giudizio sull'operato della maggioranza parlamentare. Non a caso, infatti, il Presidente della Corte costituzionale Alessandro Criscuolo, in occasione della *Relazione annuale sulla giurisprudenza costituzionale* dell'anno 2014, ha manifestato forti perplessità circa l'istituto in esame. Le parole della quinta carica dello Stato lasciano trasparire una certa ritrosia della Corte all'assolvimento del ruolo di *consulente preventivo* che gli verrebbe assegnato dal nuovo art. 73 Cost.: un compito che – secondo Criscuolo – potrebbe rivelarsi *non opportuno*.

rie" leggi regionali, non può essere accolta. Pieno riconoscimento di autonomia statutaria e controllo preventivo di legittimità costituzionale rappresentavano, nel sistema della legge costituzionale n. 1 del 1999, un binomio inscindibile, che la successiva modificazione del trattamento delle leggi regionali non ha minimamente scalfito e che conserva la sua autonoma ragion d'essere anche dopo l'ampia revisione del Titolo V della Parte II e la connessa modificazione del regime di impugnazione delle leggi regionali».

²⁴ Cfr. Cass. civ. Sez. I, Ord. 17-05-2013, n. 12060.

Quello che presenta un elevato grado di originalità, però, non è tanto la natura *preventiva* di questo ricorso (in virtù degli esempi di cui *supra*) quanto i soggetti legittimati a proporlo. Infatti, di recente si è dibattuto circa la possibilità da parte della Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari del Senato della Repubblica di sollevare una questione di legittimità costituzionale – fungendo quindi da giudice *a quo*²⁵ – ed autorevole dottrina (Nania²⁶) argomentava in senso favorevole prospettando la natura semi-giurisdizionale dell'organo. Con il nuovo art. 73 Cost., questa facoltà è attribuita non ad un organo del Parlamento – quale potrebbe essere proprio la citata Giunta – bensì direttamente ai parlamentari in Assemblea, avvicinandosi così alla disciplina introdotta in Francia nel 1974 con la modifica del secondo comma dell'art. 61 della Costituzione²⁷. Sintetizzando, dunque, viene istituito un giudizio in via *principale, facoltativo e preventivo* concernente una questione di legittimità costituzionale.

In un'ottica sistematica, va osservato che nel nostro ordinamento i giudizi *in via principale* riguardanti questioni di legittimità costituzionale sono sempre rientrati nell'alveo del conflitto di competenza legislativa tra Stato e regioni²⁸, a differenza delle esperienze costituzionali di altri paesi dell'Europa continentale (Germania e Spagna *in primis*).

Sotto quest'ultimo aspetto, dunque, il controllo *ex art. 73 Cost.* appare un'ibridazione tra il modello contenuto nell'art. 127

²⁵ Cfr. la sentenza della Corte costituzionale n. 83/1966 sui requisiti oggettivi e soggettivi del giudice *a quo*.

²⁶ Cfr. il parere *pro veritate* reso da R. NANIA nel 2013 alla Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari del Senato della Repubblica in riferimento alla sospetta illegittimità costituzionale del d.lgs 235/2012 c.d. "Legge Severino".

²⁷ Così dispone l'art. 61 Cost. francese:

«Le leggi organiche, prima della loro promulgazione, le proposte di legge di cui all'art. 11 prima di essere sottoposte al referendum, e i regolamenti delle assemblee parlamentari, prima della loro entrata in vigore, devono essere sottoposti al Consiglio costituzionale che si pronuncia sulla loro conformità alla Costituzione.

Agli stessi effetti, le leggi possono essere deferite al Consiglio costituzionale, prima della loro promulgazione dal Presidente della Repubblica, dal Primo ministro, Dal Presidente dell'Assemblea nazionale, dal Presidente del Senato, *da sessanta deputati o da sessanta senatori*[...].»

In particolare, è da segnalare il differente funzionamento di questo istituto: nei casi previsti al primo comma, il controllo è *necessario*; nelle ipotesi contemplate al primo capoverso, invece, è *facoltativo*, analogamente a quanto dispone l'art. 73 Cost. secondo la formulazione del d.d.l. n. 1429. Infine, è bene ricordare che il potere di adire il *Conseil constitutionnel* attribuito ai parlamentari è stato introdotto nel 1974.

²⁸ Cfr. CERRI, *op. cit.*, p. 288.

Cost. nella sua formulazione originaria (per il suo carattere *principale e preventivo*) e il tipo delineato dalla dottrina e dalla giurisprudenza prevalente che interpreta estensivamente la locuzione «autorità giurisdizionale» contenuta nell'art. 23 l. n. 87/53. È bene ricordare che il riformatore costituzionale non ha aperto le porte ad un controllo di costituzionalità ad oggetto astrattamente indefinito – come avviene in Francia – ma si è limitato a circoscrivere questo meccanismo alle sole leggi che disciplinano l'elezione dei membri delle due Camere.

Ripercorrendo diacronicamente l'evoluzione di questo istituto, in sintesi, dall'ottobre 2001 fino alla riforma del 2014 – ferma restando l'eccezione rappresentata dall'art. 123 Cost. e la peculiare situazione della Regione siciliana risoltasi nel 2014²⁹ – nel nostro ordinamento non era più previsto un controllo di costituzionalità *preventivo* delle leggi che avesse un effetto sospensivo. Questo perché, come ha più volte ribadito la Corte costituzionale³⁰, il controllo successivo garantisce «[...] forme di autonomia più ampie rispetto a quello preventivo, facendo venir meno il potere di condizionamento dell'Esecutivo sull'attività legislativa delle Regioni»³¹.

In via generale, la tipologia di controlli *preventivi* ad oggetto *astrattamente indefinito*, oltre alla già citata Francia³² e alle sue *ex colonie*, non ha incontrato il favore dei legislatori di tutto il mondo³³ per due ordini di motivi: innanzitutto, va ribadito che le

²⁹ Cfr. la sentenza n. 255/2014 della Corte costituzionale, la quale ha consacrato la validità della c.d. «clausola di maggior favore», introdotta dalla riforma del Titolo V anche per la Regione siciliana, abolendo così l'eventuale controllo di costituzionalità preventivo esercitabile attraverso l'impugnazione del Commissario dello Stato per la Regione siciliana.

³⁰ Cfr. le ordinanze n. 377; n. 65 del 2002 e la sentenza n. 408 del 2002.

³¹ Cfr. sentenza n. 255/2014 della Corte costituzionale.

³² Va da subito segnalata la differenza con il *recurso de amparo* spagnolo e il *Verfassungsbeschwerde* tedesco: questi ultimi due sono ricorsi diretti ed *individuali* e possono avere ad oggetto anche atti amministrativi, normativi e giurisdizionali purché presentino il carattere della *definitività*.

Il sistema di giustizia costituzionale francese, invece, non solo non prevede – come d'altronde la disciplina italiana – ricorsi diretti individuali (poiché vi è sempre il “filtro” del giudice del rinvio nel caso italiano o della Cassazione e del Consiglio di Stato in Francia), ma l'art. 61 Cost. prevede un ricorso esperibile *prima* dell'entrata in vigore della legge (e, quindi, *preventivo*).

In Spagna e Germania – come già accennato – l'atto lesivo dei diritti fondamentali dev'essere definitivo. Laddove previsto, quindi, il controllo di legittimità costituzionale delle leggi *in via principale* che ammette la legittimazione a ricorrere del singolo individuo, ha carattere *successivo*.

³³ V. MORBIDELLI, PEGORARO, REPOSO, VOLPI, *op. cit.*, p. 463.

disposizioni legislative sono oggetto di interpretazioni adeguatrici ed evolutive. Come sostiene Pegoraro: «Il controllo preventivo pretende di insistere sull'univoco significato di una legge [...] ma non tiene conto di tutti gli altri, presenti e futuri»³⁴. Il controllo *successivo*, quindi, risulta più vantaggioso perché evita che questioni relative a fattispecie irrealizzabili in concreto vengano portate di fronte al *giudice delle leggi* con un sensibile (ed, aggiungo, inutile) aggravio del carico di lavoro. In secondo luogo, data la prassi di designare tra i giudici costituzionali di elezione parlamentare alte personalità di «area» politica³⁵, è gioco-forza che gli orientamenti della Corte siano sensibili alle dinamiche politiche di lungo periodo.

In buona sostanza, cioè, quello che è conforme alla Costituzione oggi non è detto che lo sia anche tra dieci anni né, viceversa, è auspicabile che sulla base di una interpretazione capziosa della legge, l'organo deputato al controllo di costituzionalità possa in qualche modo *sindacare sull'uso del potere discrezionale del Parlamento*³⁶.

Non è un caso che in Spagna fu introdotto dalla legge organica n. 2 del 3 ottobre 1979 (*ex art.* 79) un controllo di costituzionalità molto simile a quello francese, ma fu abrogato dalla legge organica n. 4 del 7 giugno 1985 poiché si trasformò ben presto in un *escamotage* delle minoranze per ostruire i lavori della maggioranza parlamentare³⁷. In Francia, probabilmente, questo sistema è giustificato dalla particolare composizione del *Conseil constitutionnel*³⁸ che risente, più di altre esperienze costituzionali, del fattore *politico*³⁹. Più in generale, si può osservare che in Francia, fino al 2008, non era neppure previsto un controllo di costituzionalità *successivo*, in nome del «dogma dell'intangibilità della legge», e

³⁴ *Ivi*, p. 464.

³⁵ V. AZZARITI, *op. cit.*, p. 150.

³⁶ Cfr. art. 28, legge n. 87/1953.

³⁷ Oggi residua questa possibilità solo in riferimento alla stipulazione dei trattati internazionali, come prevede l'art. 95 della Costituzione spagnola nonché la lett. e) comma 1 dell'art. 2 della legge organica n. 2/1979.

³⁸ Cfr. l'art. 56 della Costituzione francese: «[...] Dei suoi membri, tre sono nominati dal Presidente della Repubblica, tre dal Presidente dell'Assemblea nazionale, tre dal Presidente del Senato. [...]»

Oltre i nove membri di cui al precedente comma, fa parte del Consiglio costituzionale di diritto e a vita chi sia stato Presidente della repubblica.

Il presidente del Consiglio costituzionale è nominato dal Presidente della Repubblica. In caso di parità, il suo voto prevale».

³⁹ V. MORBIDELLI, PEGORARO, REPOSO, VOLPI, *op. cit.*, p. 454.

questo ci potrebbe indurre a considerare che il sistema di giustizia costituzionale francese presenti delle caratteristiche così peculiari tali da escluderlo dal novero dei Paesi che hanno adottato (sia pur con degli elementi di differenziazione) il modello kelseniano⁴⁰. Invero, con l'introduzione del giudizio di costituzionalità successivo, la parentela con la *Verfassungsgerichtsbarkeit* non può più essere negata, ma restano comunque ferme le difformi premesse storico-sociali che hanno ispirato i due modelli. In conclusione, ritornando all'istituto introdotto dalla nuova formulazione dell'art. 73 Cost., sarà l'evoluzione della Costituzione *materiale*⁴¹ a mostrarci la concreta utilità di questo strumento teso ad impedire, almeno in via prognostica, l'*irrompere* di una nuova declaratoria di incostituzionalità della legge elettorale.

Alla luce di quanto rilevato, però, sembra che l'attenzione del riformatore costituzionale sia più orientata verso l'introduzione di un congegno finalizzato a "blindare" l'efficacia della legge elettorale. Ciò potrà essere affermato con maggiore certezza qualora venga esclusa dal testo finale la possibilità di proporre un successivo giudizio in via incidentale.

⁴⁰ V. G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, Padova, 2004, p. 189 e MORBIDELLI, PEGORARO, REPOSO, VOLPI, *op. cit.*, p. 455.

⁴¹ V. C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, Milano, 1998, *passim*.

ADELE RUVOLO*

II
IL CONTRATTO DI LAVORO
A TEMPO INDETERMINATO A TUTELE CRESCENTI:
IL NUOVO REGIME DI TUTELA
NEL CASO DI LICENZIAMENTO ILLEGITTIMO

This article analyses, as a result of the reform of labour law introduced by the Jobs Act, the new forms of protection for unlawfully fired workers and new active policies that aim to trigger mechanisms in order to increase the working population and decrease unemployment.

SOMMARIO: 1. Il doppio vantaggio delle nuove assunzioni e della stabilizzazione. – 2. Campo di applicazione del contratto di lavoro a tutele crescenti. – 3. Il regime di tutela in caso di licenziamento illegittimo. – 4. L'offerta di conciliazione e il c.d. rito Fornero. – 5. Misure di politica attiva nel mercato del lavoro.

Il d.lgs. n. 23/2015, entrato in vigore in data 7 marzo 2015, introduce per gli assunti a tempo indeterminato con qualifica di operaio, impiegato e quadro, la disciplina delle tutele crescenti che sostituirà il vecchio articolo 18, legge 20 maggio 1970, n. 300 (c.d. Statuto dei lavoratori).

1. *Il doppio vantaggio delle nuove assunzioni e della stabilizzazione*

Con le assunzioni effettuate a partire dal 7 marzo 2015 i datori di lavoro potranno cumulare le due agevolazioni previste dalla

* Studentessa del Corso di Laurea in Giurisprudenza. Per la redazione di questo lavoro è stato consultato il prof. Arturo Maresca.

legge delega n. 183/2014, cioè l'applicazione del regime delle tutele crescenti e l'esonero contributivo introdotto dalla legge di stabilità 2015 (massimo 8.060 euro l'anno per tre anni). Precisamente, entreranno nel nuovo regime delle tutele crescenti¹ i "nuovi assunti", categoria che include sia le persone al primo impiego, sia quelle che hanno già un lavoro, ma che decideranno di cambiare occupazione. L'assunzione di queste persone sarà accompagnata anche dall'esonero contributivo, ma solo se saranno passati sei mesi da un precedente contratto a tempo indeterminato e se l'assunzione sarà effettuata entro il 31 dicembre del 2015. Il pacchetto dei nuovi incentivi normativi e contributivi si applicherà anche a tutte le operazioni di stabilizzazione dei rapporti atipici e flessibili, sempre che l'operazione sia completata entro la fine dell'anno e il lavoratore interessato dalla stabilizzazione non risulterà titolare, nei sei mesi precedenti alla data di conversione del rapporto, di un altro rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, nella stessa azienda o presso una diversa.

2. *Campo di applicazione del contratto a tutele crescenti*

Il nuovo apparato sanzionatorio in caso di licenziamento nullo, illegittimo o inefficace si applica ai lavoratori assunti dalle aziende con più di quindici dipendenti. Le nuove regole si applicano altresì: *i)* ai nuovi assunti dalle c.d. "organizzazioni di tendenza", cioè da quei datori di lavoro che svolgono attività senza fine di lucro²; *ii)* ai lavoratori assunti dalle piccole aziende³. In questi casi viene previsto un regime particolare per le piccole imprese che hanno fino a quindici dipendenti. Le vecchie regole, infatti, si applicheranno ai lavoratori precedentemente assunti, mentre le nuove regole, previste dal contratto a tutele crescenti, ai lavoratori neo-assunti. Qualora l'azienda con nuove assunzioni superasse la soglia dei quindici dipendenti, le nuove regole sui licenziamenti diventeranno applicabili a tutti i dipendenti.

3. *Il regime di tutela in caso di licenziamento illegittimo*

In caso di licenziamento illegittimo, il lavoratore potrà essere reintegrato nel posto di lavoro solo nei casi previsti dagli articoli 2,

¹ D.lgs., 4 marzo 2015, n. 23.

² Art. 9, co. 2, d.lgs. n. 23/15.

³ Art. 9, co. 1, d.lgs. n. 23/15.

co. 1, e 3, co. 2, d.lgs. n. 23/2015: cioè quando il licenziamento è nullo, discriminatorio oppure intimato per una contestazione disciplinare basata su un fatto materiale insussistente. Nell'ipotesi in cui si accerti il carattere nullo o discriminatorio del recesso, il giudice stabilisce la reintegrazione del dipendente, che ha anche diritto a un risarcimento commisurato alle retribuzioni perse tra il licenziamento e il rientro in azienda, con un minimo di cinque mensilità, nonché al versamento da parte del datore di lavoro dei relativi contributi previdenziali e assistenziali. In alternativa, il dipendente può scegliere di non tornare in azienda e di percepire un'indennità aggiuntiva pari a quindici mensilità dell'ultima retribuzione. Regole, queste, che valgono indipendentemente dalle dimensioni dell'azienda. Non così accade, invece, a fronte di un licenziamento disciplinare (quindi giusta causa⁴ o giustificato motivo soggettivo⁵) di cui si accerti l'insussistenza materiale del fatto contestato. Infatti, per le imprese più piccole, cioè quelle fino a quindici addetti nello stesso comune o fino a sessanta in più località, non c'è comunque reintegrazione e al dipendente ingiustamente licenziato verrà riconosciuto un indennizzo che ammonterà a una mensilità per ogni anno di servizio, con un minimo di due e un massimo, non superabile, di sei. In realtà di maggiori dimensioni, invece, se il giudice accerta l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, scattano la reintegrazione e il pagamento, a carico del datore di lavoro, di un'indennità commisurata alla retribuzione di riferimento per il periodo in cui è rimasto senza impiego e, in ogni caso, non superiore a dodici mensilità, retratto quanto eventualmente percepito a fronte di altre attività svolte nel periodo considerato o quanto avrebbe potuto guadagnare accettando un'altra offerta di lavoro. Anche in questo caso il lavoratore, in alternativa alla reintegra, può chiedere un'indennità ulteriore pari a quindici mensilità⁶.

In tutti gli altri casi di licenziamento, anche in quelli c.d. economici (determinati da ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa⁷), il giudice che accerti l'illegittimità del licenziamento dichiarerà estinto il rapporto di lavoro e stabilirà un'indennità certa e "crescente" per il lavoratore licenziato. La misura dell'indennità è pre-

⁴ Art. 2119 c.c.

⁵ Art. 3, l. n. 604/66.

⁶ Art. 3, co. 2, d.lgs. n. 23/15.

⁷ Art. 3, l. n. 604/66.

determinata dalla legge in due mensilità dell'ultima retribuzione considerata per il trattamento di fine rapporto (Tfr) per ogni anno di servizio, con un minimo di quattro e un massimo di ventiquattro mensilità⁸. Di contro, se il giudice ritenga il licenziamento giustificato, il lavoratore avrà diritto solo all'indennità sostitutiva (per il mancato preavviso) e al Tfr.

4. *L'offerta di conciliazione e il c.d. rito Fornero*

È possibile una "offerta di conciliazione", che permette al datore di lavoro e al lavoratore licenziato di evitare il contenzioso inerente al licenziamento. Si tratta di uno strumento che risulta incentivato dal d.lgs. n. 23/2015, il quale all'articolo 6 stabilisce infatti che: «[...] al fine di evitare il giudizio e ferma restando la possibilità per le parti di addivenire a ogni altra modalità di conciliazione prevista dalla legge, il datore di lavoro può offrire al lavoratore [...] un importo che non costituisce reddito imponibile ai fini dell'imposta sul reddito delle persone fisiche e non è assoggettato a contribuzione previdenziale, di ammontare pari a una mensilità della retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a due e non superiore a diciotto mensilità [...]». L'incentivo ad utilizzare questo "accordo transattivo" sta, allora, nell'esenzione fiscale e contributiva dell'indennità ricevuta dal lavoratore licenziato. Invece, il rito abbreviato introdotto con la l. n. 92/2012⁹ (c.d. riforma Fornero) non verrà applicato ai nuovi contratti di lavoro a tutele crescenti¹⁰. La ragione di tale non applicazione viene chiarita nella relazione illustrativa al d.lgs. n. 23/2015, in cui viene detto che il nuovo apparato sanzionatorio è totalmente svincolato dal precedente regime di tutela previsto dall'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori, che costituisce, invece, la norma di riferimento sulla quale era stato modellato il rito abbreviato per le controversie in materia di impugnazione dei licenziamenti. È da rilevare, tra l'altro, che alla volontà della riforma Fornero di agevolare e rendere più rapida la conclusione delle controversie sui licenziamenti regolati dall'articolo 18, si erano poi opposte letture di segno diverso rispetto ad una serie composita di misure procedurali, aumentando così disagi

⁸ Art. 3, co. 1, d.lgs. n. 23/15.

⁹ Artt. 47 e ss., l. n. 92/12.

¹⁰ Art. 11, d.lgs. n. 23/15.

e incertezze sia per gli avvocati che per i magistrati. Per i nuovi contratti di lavoro a tutele crescenti tornerà ad applicarsi, quindi, l'ordinario processo del lavoro.

Dopo aver delineato gli elementi di novità introdotti con il contratto di lavoro a tutele crescenti, dobbiamo chiederci, però, quali potranno essere gli effettivi vantaggi sia per le imprese che per i lavoratori. Ho rivolto questa domanda alla prof. avv. Lucia Valente, docente di Diritto del lavoro presso la scuola di Specializzazione per le Professioni legali dell'Università Sapienza di Roma e attualmente Assessore al Lavoro della Giunta della Regione Lazio. Riporto di seguito l'opinione in proposito della prof. Valente. «Le novità introdotte dalla nuova disciplina sulla parte flessibile della "flexsecurity" erano assolutamente necessarie. Infatti, il Jobs Act non fa altro che incentivare il contratto di lavoro a tempo indeterminato, tenuto conto che già il decreto Poletti di marzo 2014 aveva ulteriormente liberalizzato il contratto a tempo determinato: si presentava, così, uno squilibrio tra i contratti a tempo determinato e quelli a tempo indeterminato, risultando, allora, di grande importanza incentivare quest'ultima tipologia contrattuale. Il governo, tuttavia, anziché procedere ad una semplificazione delle tipologie contrattuali, ha deciso di intervenire *in primis* sulle tutele crescenti. Vero è che il datore di lavoro può licenziare per giusta causa o giustificato motivo oggettivo senza incorrere nell'art. 18, ma, a fronte di ciò, il lavoratore usufruisce di un contratto a tempo indeterminato. Ricordiamo, altresì, che la misura delle tutele crescenti molto viene aiutata dalla decontribuzione di tre anni, inserita nella legge finanziaria l. 190/2014. Vedo con molto favore avere dato un'iniezione di fiducia nelle imprese per quanto riguarda l'abbattimento del costo del lavoro e avere stimolato la stipulazione del contratto a tempo indeterminato. Infatti, non solo il contratto a termine ora costa molto di più del tempo indeterminato, ma sono da considerare anche tutte le tutele che conseguono a quest'ultima tipologia contrattuale: un contratto collettivo di riferimento per stabilire la retribuzione, avere ferie, avere la maternità ecc. Non soffermiamoci solo sul momento di uscita, ma anche su quello di entrata nel mercato del lavoro».

5. *Misure di politica attiva nel mercato del lavoro*

Le politiche per il lavoro sono interventi mirati a promuovere l'occupazione in generale o in modo selettivo per favorire gruppi

con particolari difficoltà, quali i disoccupati, gli occupati a rischio di perdita involontaria del proprio lavoro o persone inattive che intendono entrare nel mercato del lavoro e sono in qualche misura svantaggiate. Queste politiche si dividono in politiche passive (PPL) e politiche attive per il lavoro (PAL)¹¹. Le PPL hanno finalità di carattere assicurativo, garantendo al lavoratore che perde l'occupazione un sostegno al reddito. A partire dal 1° maggio 2015, in tutti i casi di disoccupazione involontaria sarà erogata la nuova Naspi (Nuova assicurazione sociale per l'impiego), di cui potranno beneficiare tutti i lavoratori dipendenti, con esclusione degli assunti a tempo indeterminato dalle pubbliche amministrazioni e degli operai agricoli. La Naspi verrà concessa anche in caso di dimissioni per giusta causa nei casi di risoluzione consensuale del rapporto di lavoro sottoscritta presso la Direzione territoriale del lavoro in seno al tentativo obbligatorio di conciliazione introdotto con la riforma Fornero. Il lavoratore dipendente dovrà però essere disoccupato e vantare contributi per almeno tredici settimane nei quattro anni che precedono la perdita del lavoro, nonché trenta giorni di lavoro effettivo nei dodici mesi antecedenti l'inizio del periodo di disoccupazione. Si tratta di condizioni che devono essere presenti contemporaneamente. Le PAL¹² indicano, invece, l'insieme delle azioni che consentono la riattivazione delle persone nel mercato del lavoro sia in termini di occupazione sia in termini di occupabilità. Di regola vi rientrano i servizi di orientamento, *counseling*, *coaching*, formazione professionale, intermediazione, supporto alla collocazione/ricollocazione o inserimento lavorativo, incentivi o bonus assunzionali e sgravi fiscali sulle assunzioni. Rispetto alle politiche per il lavoro, si è registrata in passato la tendenza a privilegiare l'uso delle PPL, utilizzate frequentemente come un lungo percorso di avvicinamento al trattamento pensionistico, con costi pesanti a carico della collettività e con un effetto disincentivante sulla ricerca di nuova occupazione. Questa situazione si fondava sul presupposto dell'assenza di qualsiasi collegamento tra il sostegno del reddito erogato al lavoratore e le misure mirate alla sua ricollocazione o all'adeguamento delle sue capacità professionali. Mancava, quindi, un principio di condizionalità, ovvero una previsione normativa che promuovesse l'attivazione del

¹¹ *Enc. giur. Treccani*.

¹² L. VALENTE, *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro, Il Sole 24 Ore*, dicembre 2014 n. 12.

soggetto alla ricerca di un lavoro, o del beneficiario di ammortizzatori sociali per incentivarne una ricerca attiva di una nuova occupazione e per sanzionarne l'ingiustificata indisponibilità ad accettare una nuova occupazione o a partecipare a specifici programmi di formazione e di inserimento lavorativo. Di contro, si è registrato il fallimento delle politiche attive finanziate dalle Regioni a causa di milioni di euro spesi per iniziative di formazione professionale non mirate ai fabbisogni delle imprese, perché hanno riguardato la formazione generalista in cui rientrano i corsi di informatica, di lingua inglese per i principianti, la sicurezza sui luoghi di lavoro. Si è così tralasciata la formazione professionale specialistica o settoriale¹³. Un deciso passo in avanti, rispetto a una maggiore efficienza delle PAL, è stato fatto grazie all'impulso della Commissione europea. Nel 2013, per la prima volta in Italia, è stato elaborato un piano nazionale di PAL che consente la predisposizione di livelli essenziali di prestazioni che le Regioni devono garantire ai propri cittadini: il programma *Youth Guarantee*. La natura dell'iniziativa è essenzialmente preventiva: gli Stati vengono invitati a garantire ai giovani con meno di venticinque anni un'offerta qualitativamente appropriata di lavoro, proseguimento degli studi, di apprendistato o di tirocinio o altra misura di formazione entro quattro mesi dall'inizio della disoccupazione o dall'uscita dal sistema di istruzione formale. Si ha una ripartizione di competenze tra Stato, Regioni e altri soggetti pubblici e privati. Accanto a un Piano nazionale che individua le azioni comuni su tutto il territorio nazionale, ciascuna Regione e Provincia autonoma definisce un proprio piano attuativo. E ancora, i soggetti pubblici e i soggetti privati accreditati da ciascuna Regione offrono ai giovani i servizi di base universali (come accoglienza, presa in carico, orientamento, colloquio individuale e individuazione della fascia di appartenenza del candidato e del relativo bisogno) e i servizi specialistici (come formazione mirata all'inserimento lavorativo, accompagnamento al lavoro, sostegno all'autoimpiego e all'autoimprenditorialità ecc.). Tra i servizi specialistici previsti dal piano operativo nazionale vi è l'accompagnamento attivo nel mercato del lavoro. Questa misura è stata realizzata nella Regione Lazio, che per prima ha introdotto il contratto di ricollocazione (ovvero di collocazione se stipulato con un giovane che non ha alle spalle una

¹³ Deliberazione n. 4/14/G della Corte dei Conti.

esperienza di lavoro). Si tratta di un accordo trilaterale fondato sulla cooperazione e complementarità di funzioni tra strutture pubbliche e strutture private accreditate. In funzione di questa tipologia contrattuale, al lavoratore che perde il lavoro viene immediatamente chiesto di scegliere un'agenzia specializzata nei servizi di supporto al reinserimento lavorativo. Viene quindi sancito un obbligo per il lavoratore di svolgere una ricerca attiva e compiere i percorsi necessari di riqualificazione e addestramento in relazione agli sbocchi occupazionali effettivamente esistenti. Spetta al lavoratore scegliere l'agenzia dalla quale farsi assistere tra quelle accreditate presso la stessa Regione. In virtù dello stesso contratto, il lavoratore viene affidato quindi a un tutor, designato dall'agenzia in seno al proprio personale, con il compito di individuare le possibilità di occupazione, di consigliare il lavoratore e di controllarne la disponibilità effettiva alla ricerca di un nuovo lavoro. Il contratto poi prevede che al lavoratore venga assegnato dalla Regione un *voucher* destinato a costituire il corrispettivo per il servizio di assistenza intensiva fornito dall'agenzia. Il servizio viene remunerato per la maggior parte a collocazione avvenuta, salva una quota di entità marginale, erogata a titolo di corrispettivo per lo svolgimento delle attività iniziali di accoglimento della persona interessata e avvio del servizio. Per evitare che le agenzie concentrino la loro attività esclusivamente sulle persone più facilmente collocabili, l'importo del *voucher* è inversamente proporzionale alla probabilità che il soggetto ha di trovare un nuovo impiego. Con l'intervento riformatore del 2015 questo strumento di politica attiva viene previsto anche a livello nazionale e presenta una disciplina del tutto simile a quella fin qui esposta. Per quanto concerne il bacino dei destinatari del contratto di ricollocazione, esaustivo è il chiarimento datomi dalla prof. Valente: «La prima versione dell'art. 17, contenuta nella bozza del decreto sugli ammortizzatori sociali, prevedeva che il bacino dei destinatari comprendesse soltanto i lavoratori illegittimamente licenziati o per giustificato motivo oggettivo o per licenziamento collettivo. Tutto ciò presupponeva che, per avere il contratto di ricollocazione, il lavoratore doveva avere un giudice che avesse stabilito che quel licenziamento era illegittimo. Allora, la platea si sarebbe ulteriormente ridotta, considerato che a legislazione vigente prima, con il rito Fornero, era possibile che molti lavoratori avessero l'opportunità di conciliare la lite. Conciliando la lite il lavoratore non aveva neanche di-

ritto alla ricollocazione e non ne avrebbe avuto diritto anche se si fosse dimesso per giusta causa o avesse deciso di risolvere consensualmente il rapporto di lavoro. Erano tutte ipotesi fuori dal contratto di ricollocazione. Probabilmente la ragione che aveva portato a stendere la norma in quella prima versione era dovuta al fatto che il legislatore si era accorto che le risorse erano molto limitate e quindi ha voluto ridurre il bacino dei destinatari. In sede di Conferenza Stato-regioni, il 12 gennaio di questo anno, la Regione Lazio ha portato avanti una dura lotta, dato che la Regione doveva dare l'intesa al decreto, essendo le politiche attive per il lavoro di competenza regionale. La nostra Regione non ha dato l'intesa fintantoché non fosse stata modificata la norma e una parte delle modifiche ha riguardato proprio i soggetti beneficiari: è stata tolta la precedente dicitura ed è stato inserito che il contratto di ricollocazione fosse offerto a tutti coloro che risultassero disoccupati secondo il d.lgs. n. 181/2000». In aggiunta, è stato previsto che il beneficiario del contratto di ricollocazione decada dalla dote individuale (*voucher*) nei casi in cui non partecipi alle iniziative previste dallo stesso contratto, rifiuti senza giustificato motivo una congrua offerta di lavoro pervenuta in seguito all'attività di accompagnamento attivo al lavoro o perda lo stato di disoccupazione. Si pone, così, anche il problema di stabilire quando il rifiuto opposto dalla persona interessata a un'indicazione del tutor possa ritenersi giustificato, senza che il soggetto incorra nella perdita del trattamento economico. Il fondamento giuridico del principio della condizionalità è costituito dalla disposizione contenuta nell'articolo 4, commi 40-43, della l. n. 92/2012, a cui si rimanda per un'analisi dei casi di giustificato motivo previsti. Basti qui dire che i limiti della disponibilità richiesta a un disoccupato per il godimento del sostegno del reddito non possono essere determinati in astratto. Una soluzione possibile, tra l'altro adottata dalla Regione Lazio, è quella di lasciare che a determinare i confini della disponibilità richiesta, in ciascun caso concreto, possa essere il rapporto contrattuale tra la persona interessata e l'agenzia da essa prescelta o anche con l'inserimento di apposite clausole nello stesso contratto di ricollocazione. Altro problema sarà, poi, quello di valutare che incidenza avrà la riforma costituzionale sulla ripartizione di competenze tra lo Stato e le Regioni nell'ambito delle PAL. Questa l'opinione della prof. Valente: «Una partita ancora tutta aperta a livello politico. Se dovesse passare l'attuale versione dell'art. 117 Cost., si riportereb-

bero allo Stato tutte le competenze, al momento di competenza concorrente con le Regioni, in materia di sicurezza sul lavoro, di previdenza complementare e di politica attiva per il lavoro. Si riaccentrerebbe tutto a livello di Ministero del Lavoro, con delle ricadute veramente notevoli per quel che riguarda le politiche del lavoro, che hanno, invece, una forte componente locale».

ILARIA NASELLI*

III
DAL “JOB SECURITY” AL “EMPLOYMENT SECURITY”:
OCCUPAZIONE E TUTELE IN EUROPA.
LA STRADA ITALIANA DEL JOBS ACT

The article shows how European Union, since 2006, has identified the instruments to reduce the European unemployment's level and that it considers necessary to pass from a policy which defends job security to a policy of employment security through a greater flexibility of the labour market and a decrease of companies' costs. Each member state has adopted instruments to conform itself to the EU's indication.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il progetto europeo del Single Employment Contract (SEC): il caso danese e il caso francese. – 3. Il caso italiano: il progetto Boeri-Garibaldi e il disegno di legge Nerozzi n. 200/2010. – 4. La legge delega n. 183/2014 e il decreto legislativo 4 marzo 2015 n. 23.

1. *Introduzione*

Ridurre i costi che le imprese devono sopportare nelle assunzioni e nei licenziamenti dei dipendenti e attuare un sistema di politiche attive tali da garantire la ricollocazione del lavoratore licenziato, passando dalla tutela del posto di lavoro (*job security*) alla tutela sul mercato del lavoro (*employment security*): è questo ciò che è alla base del modello della “flexicurity” europea¹, quell’equi-

* Studentessa del Corso di Laurea in Giurisprudenza. Per la redazione di questo lavoro è stato consultato il prof. Arturo Maresca.

¹ Libro Verde della commissione europea, del 22 novembre 2006, dal titolo “Modernizzare il Diritto del Lavoro per affrontare le sfide del XXI Sec” COM (2006) 708.

librio tra “flessibilità” e “sicurezza” che per molti decenni è apparso impossibile alle imprese italiane, e non solo. In un sistema caratterizzato dalla rigidità della garanzia nella disciplina del licenziamento, in cui l’art. 18 St. Lav. si aggira quasi come uno spettro e vi era il terrore della reintegra, iniziarono a profilare negli Stati europei numerose tipologie contrattuali a tempo determinate, ma anche forme contrattuali precarie tra cui, il lavoro intermittente e “false” forme di lavoro autonomo (contratti di collaborazione continuativa e coordinata che in realtà mascheravano forme di lavoro subordinato, le false partite IVA). Non è un caso che le forme contrattuali precarie iniziarono a emergere a partire dagli anni ’90 e con l’irrigidirsi della disciplina in materia di licenziamento. Il mercato del lavoro italiano ed europeo inizia a frammentarsi e i contratti flessibili consentono alle imprese gli adeguamenti necessari imposti dalla variabilità dei mercati, le imprese si sforzano di rimanere competitive in un’economia globalizzata, evitando i costi derivanti dal rispetto delle norme relative alla protezione del posto di lavoro. Il lavoro autonomo (e quello temporaneo) è un mezzo per far fronte alle esigenze di riduzione dei costi diretti o indiretti della manodopera e di gestione flessibile delle risorse². Ulteriore motivo per cui le imprese usano a dismisura forme contrattuali precarie è quello che un’occupazione temporanea risponde alle esigenze mutevoli dei mercati almeno due volte in più rispetto alla risposta complessiva dell’occupazione³. La flessibilità delle forme precarie non andava di pari passo con la sicurezza dell’occupazione che deve essere garantita ai lavoratori e nel mercato del lavoro europeo si viene a formare un dualismo tra lavoratori con contratti a tempo indeterminato e determinato, dualismo che produsse oltre l’instabilità del posto di lavoro anche l’instabilità del reddito del lavoratore, con una inversione nella tutela, da quella del posto di lavoro (*job security*) in caso di licenziamento illegittimo da parte del datore di lavoro alla carenza di ammortizzatori sociali per i lavoratori assunti a termine che perdono l’occupazione. Occorreva una riforma del mercato del lavoro europeo mirata a coniugare la flessibilità dei costi sopportati dalle imprese

² Libro Verde della Commissione europea, del 22 novembre 2006, dal titolo “Modernizzare il Diritto del Lavoro per affrontare le sfide del XXI sec.” (COM(2006)708).

³ A. PERULLI, *Il diritto del lavoro tra libertà e sicurezza*, in *Riv. it. dir. del lavoro*, anno XXXI, fasc. 2-2012, p. 266.

e la sicurezza dell'occupazione dei lavoratori con forme contrattuali idonee a garantire la continuità dell'occupazione.

2. *Il progetto europeo del Single Employment Contract (SEC): il caso danese e il caso francese*

È nel solco della segmentazione dei mercati del lavoro che inizia a delinearsi la proposta della Commissione europea di una legislazione "a fasi" tale da incrementare le tutele dei lavoratori nell'evolversi del rapporto, senza garanzie iniziali di stabilità del posto⁴. Il Libro Verde della Commissione europea (2006) indicava la riduzione delle tutele in materia di licenziamento come arma vincente per eliminare la segmentazione dei mercati del lavoro europeo e indicava inoltre la sostituzione dei contratti flessibili a termine con un unico modello di contratto a tempo indeterminato (*Single Employment Contract*) dove vi era una "entry phase" lunga caratterizzata da un aumento graduale dei diritti in base all'anzianità e la compensazione economica in caso licenziamento, seguita da una successiva "stability phase" dove la compensazione economica era massima⁵. Oltre alla riduzione delle tutele, l'altro modo per rendere più appetibile il SEC era ridurre i costi di questo tipo di contratto rispetto alle altre forme contrattuali flessibili, tali da incentivare l'impresa a usare prevalentemente un contratto a tempo indeterminato per le nuove assunzioni e far uso delle forme precarie soltanto in caso di effettiva necessità⁶. Il modello della "flexicurity" europea (flessibilità delle imprese nell'assunzione, facilitata da una riduzione dei costi, e nei licenziamenti e sostegno ai lavoratori che perdono l'impiego) è stato a pieno sostenuto in Danimarca, dove l'adozione del modello della "flexicurity" ha portato nel tempo il mercato del lavoro danese a essere uno tra i più dinamici e meno conflittuali d'Europa, nonché il più flessibile. Si calcola che ogni anno il 30% circa della manodopera cambia occupazione e, in media, i dipendenti non restano nella stessa azienda per più di otto anni.

⁴ S. SCIARRA, *Diritto del lavoro e diritto sociale europeo. Un'analisi delle fonti*, in *Trattato di diritto privato dell'unione europea*, diretto da G. Ajani - G.A. BENACCHIO, vol. V, *Il lavoro subordinato*, a cura di S. Sciarra - B. Caruso, Giappichelli, 2009-21.

⁵ V. Employment in Europe 2010, chapter 3, in <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=en&pubId=593>.

⁶ PERULLI, *Il diritto del lavoro tra libertà e sicurezza*, cit.

Il sistema si fonda su tre livelli (nazionale, regionale e locale) e su tre pilastri: flessibilità del mercato del lavoro, generosi ammortizzatori sociali e politiche attive che favoriscono il reinserimento del lavoratore⁷.

L'idea del contratto unico europeo viene ripresa anche in Francia, dove la riforma mirata a superare il dualismo tra assunti a termine e assunti con contratti a tempo indeterminato venne lanciata da due economisti, Blanchard e Tirole⁸, i quali propongono un modello di contratto che permettesse alle imprese di licenziare liberamente, ma dall'altra parte sopportano il costo delle loro decisioni di licenziamento in quanto vi era il costo relativo al valore sociale dell'occupazione; lo Stato avrebbe dovuto imporre tasse sul licenziamento al fine di finanziare i meccanismi di sicurezza sociale. Le imprese, nel modello proposto, pagavano sia un contributo allo Stato sia un'indennità al lavoratore licenziato che doveva servire a ricollocarlo sul mercato del lavoro⁹. La Francia nel 2005 tentò di introdurre il cosiddetto "contratto di nuovo impiego" a tempo indeterminato ma applicabile soltanto alle imprese con meno di venti dipendenti, costituito da un biennio di libera recedibilità da parte del datore di lavoro ma assistita da un congruo indennizzo e da una "stability phase" dove il rapporto si stabilizzava. La tutela del lavoratore c'era, cresceva con lo stabilizzarsi del rapporto di lavoro. Il contratto di nuovo impiego francese venne abrogato con legge del 2008 dopo una pronuncia della Corte d'Appello di Parigi: i giudici ritennero che non era uno strumento congruo per realizzare il fine dell'incremento dell'occupazione¹⁰.

3. *Il caso italiano: il progetto Boeri-Garibaldi e il disegno di legge Nerozzi n. 200/2010*

Anche in Italia, a partire dal 2007, si affiancarono proposte di economisti e disegni di legge per riformare il mercato del lavoro, per eliminare il dualismo tra assunti a tempo indeterminato e con contratti a termine, incrementare l'occupazione con una maggiore

⁷ <http://www.ambcopenaghen.esteri.it/NR/rdonlyres/D2AC4C36-E5A2-4777-830A-33733717AB1C/61100/Ilmercato dellavorodaneseilmodellodellaflexicurity.pdf>.

⁸ O. BLANCHARD - J. TIROLE, *Protection de l'emploi et procédures de licenciement*, Rapport du CAE n. 44, La Documentation française, 2003; Id., *Profili di riforma dei regimi di protezione del lavoro*, q. Riv., 2004, I, 161 ss.

⁹ PERULLI, *Il diritto del lavoro tra libertà e sicurezza*, cit., p. 273.

¹⁰ C.A. Paris 6 luglio 2007, Dalloz, 2007.

flessibilità in entrata e in uscita per le imprese, ma senza togliere alcuna tutela al lavoratore: era opportuno l'uscita dal regime della cosiddetta *job property*, basato sull'ingessatura del singolo posto di lavoro e iniziare a tutelare l'occupazione del lavoratore sul mercato del lavoro, creare un nuovo welfare costruito sulla capacità del lavoratore di muoversi meglio all'interno del mondo produttivo e di passare da una vecchia a una nuova occupazione contando su un sistema di politiche attive e di ammortizzatori sociali. Il primo passo per raggiungere tali obiettivi era rendere il contratto a tempo indeterminato più appetibile per le imprese, con una riduzione di costi e oneri contributivi tale da palesarlo più conveniente rispetto alle forme contrattuali precarie. Nel 2007 due economisti, Tito Boeri e Pietro Garibaldi, idearono lo schema del cosiddetto "contratto unico di ingresso" che sarà alla base del disegno di legge Nerozzi del 6 febbraio 2010 recante il titolo "Istituzione del contratto unico d'ingresso"¹¹. Nell'illustrare il progetto¹², nel 2007 Tito Boeri affermava come la riforma proposta voleva attenuare il dualismo che affliggeva il mercato del lavoro italiano tra lavoratori garantiti e lavoratori precari, assunti con contratti a termine e l'antidoto era l'introduzione di elementi di flessibilità per le nuove assunzioni a tempo indeterminato; il modello del contratto unico era un contratto a tempo indeterminato caratterizzato da una fase successiva all'assunzione detta fase di inserimento e una seconda detta di stabilità. La prima fase durava fino a tre anni e il licenziamento poteva avvenire solo dietro compensazione monetaria, salvo l'ipotesi di licenziamento per giusta causa e per i licenziamenti discriminatori per i quali si continuava ad applicare l'art. 18 St. Lav. La compensazione monetaria aumentava di un ammontare pari a 15 giorni di retribuzione per ogni trimestre di lavoro. La fase di stabilità iniziava dal terzo anno e prevedeva l'applicarsi la disciplina dei licenziamenti in vigore (per le aziende con più di 15 dipendenti si applica la tutela reale dell'art. 18, per le imprese con meno di 15 dipendenti invece la tutela indennitaria). La proposta Boeri-Garibaldi non era rivolta a eliminare le forme di contratto precarie, ma voleva scoraggiarne l'utilizzo attraverso l'inserimento di una retri-

¹¹ Sul punto si veda: <http://www.senato.it/service/PDF/PDFserver/DF/217192.pdf>.

¹² "Lavoro: Tito Boeri, le mie idee per la riforma", intervista di Panorama del 2007 in <http://archivio.panorama.it/economia/Lavoro-Tito-Boeri-le-mie-idee-per-la-riforma-L-INTERVISTA>.

bUZIONE minima per i lavoratori precari che dovevano essere pagati di più rispetto a chi fosse stato assunto a tempo indeterminato.

La (legge Fornero) n. 92/2012 si muove anch'essa nella dimensione di un aumento-riduzione dei costi per invogliare l'impresa a scegliere il contratto a tempo indeterminato in alternativa alle forme contrattuali precarie che diventano più onerose: in base alla l. 92/2012, il contratto a termine viene gravato da un aumento dei contributi dell'1,4% e, rifacendoci al confronto operato in un articolo de "Il Sole 24 Ore"¹³, su una retribuzione lorda di 1.589 euro, gli oneri previdenziali arrivano a 527 euro, cioè il 33% in più.

4. *La legge delega n. 183/2014 e il decreto legislativo 4 marzo 2015 n. 23*

Con la legge delega n. 183/2014 il legislatore delegante si pone come obiettivo di riportare il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato al centro dei riflettori e, per far sì che le imprese siano spinte a utilizzarlo al posto delle forme contrattuali precarie, si interviene con una serie di benefici loro concessi, sia in entrata che in uscita, creando un sistema di riduzione dei costi contributivi e fiscali, la certezza dei costi in caso di licenziamento illegittimo e la prevalenza del risarcimento economico. Si interviene sulle imprese, prima ancora che sulla disciplina dei licenziamenti dei lavoratori. La legge delega e poi il d.lgs. n. 23/2015 entrato in vigore il 7 marzo 2015, non vogliono creare nuove forme contrattuali o sostituire i contratti a termine, semplicemente vogliono rendere più competitivo e attraente il contratto a tempo indeterminato e, in tale tipo di contratto, si applica un'esenzione contributiva triennale e la riduzione dell'Irap, applicabile (art. 1 d.lgs.) ai nuovi assunti ma anche a chi si vedrà convertire un contratto a termine in un contratto a tempo indeterminato dopo l'entrata in vigore del decreto. Il decreto ripercorrendo la scia della l. n. 92/2012 non elimina la reintegra *ex art. 18 St. Lav.*, ma la limita ai soli casi di licenziamento nullo, discriminatorio, intimato in forma orale, licenziamento per giustificato motivo soggettivo o giusta causa quando è dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato; per i licenziamenti economici illegittimi il lavoratore avrà una tutela economica, data da un'indennità (art.

¹³ Così, "Contratto a tutele crescenti promosso al test dei costi" su "Il Sole 24 Ore" del 25 febbraio 2015.

3, co. 1 d.lgs.) commisurata all'anzianità di servizio, non inferiore a quattro e non superiore a ventiquattro mensilità. Il giudice sindacherà la legittimità/illegittimità del licenziamento ma l'ammontare dell'indennizzo è predeterminato e quantificato dall'impresa. Il contratto figlio del d.lgs. è stato al centro di numerosi dibattiti in dottrina: c'è chi¹⁴ parla di un "mutamento di sistema" e della creazione di un "microsistema normativo" poiché il legislatore non interviene più all'interno dell'art. 18 St. Lav. così come era avvenuto con la Legge Fornero che aveva inserito nell'art. 18 sia la tutela reale sia quella obbligatoria, ma si realizza anche un mutamento del bene tutelato, passando dalla tutela del posto di lavoro alla tutela dell'occupazione del lavoratore nel mercato del lavoro attraverso le politiche attive e il contratto di ricollocazione. Non è soltanto una tutela indennitaria e si sottolinea come la reintegra coattiva dell'art. 18 nella pratica non permetteva la continuazione proficua del rapporto di lavoro, basato su quella fiducia e collaborazione che il licenziamento spezza. La risposta alla *flexicurity* europea è data dal nuovo contratto a tutele crescenti e non più da forme contrattuali precarie; le norme non creano nuova occupazione ma concorrono a realizzarne le condizioni¹⁵. Altra parte della dottrina¹⁶ invece è scettica sulla possibilità delle imprese di valutare più conveniente il contratto a tutele crescenti, sottolineando come sia improprio il termine "tutele crescenti" sotto il profilo tecnico-giuridico e come non si possa sostenere che il contratto figlio del decreto attuativo sia la traduzione del single employment contract europeo e dei modelli contrattuali adottati in altri Paesi tra cui in Francia e non si può neanche ricondurre al modello Boeri-Garibaldi perché, in quest'ultimo modello, nella fase finale del rapporto il lavoratore aveva come tutela la reintegra. Questa parte della dottrina sottolinea anche che il contratto a tutele crescenti è in competizione con il contratto a termine a-causale introdotto con la l. n. 78/2014 e di come non si possa dire che sia un contratto più conveniente solo perché c'è un risparmio di costi fiscali e contributivi. Ancora, in dottrina c'è anche chi¹⁷ si richiama all'art. 24

¹⁴ A. MARESCA, *La riforma del mercato del lavoro (Jobs act)*, Lectio magistralis, Roma, 9 marzo 2015.

¹⁵ A. MARESCA, "Jobs act, le prospettive della legge delega approvata dal Senato" in "Il Sole 24 Ore" del 17 ottobre 2014.

¹⁶ A. PERULLI, *I decreti attuativi del jobs act; il contratto di lavoro a tutele crescenti*, Relazione al Convegno, Ciclo di Seminari di Roma, *Le Riforme del lavoro e le idee dei giuristi*, 15 gennaio 2015.

¹⁷ V. V. SPEZIALE, *I decreti attuativi del jobs act: il contratto di lavoro a tutele cre-*

della Carta Sociale Europea ed evidenzia come l'indennità prevista dalla legge delega (e anche dopo dal decreto attuativo) è bassa e non realizza il presupposto del congruo indennizzo così come stabilito dall'art. 24 della Carta. C'è un forte sbilanciamento tra l'art. 35 e l'art. 41 Cost. perché l'ago della bilancia si è spostato a favore dell'impresa e non si tiene più conto di come la tutela ripristinatoria sia una conquista prevista sia dal codice del consumo (tutela del consumatore che ha diritto in primis al ripristino del bene e dopo al risarcimento) e sia dal codice civile all'art. 2058.

Insomma, il contratto a tutele crescenti e la tutela indennitaria porteranno a un progresso o a un regresso? È ancora presto per dare una risposta ma recentemente si è cercato di dimostrare come, per assumere un giovane operaio metalmeccanico, costa di più assumerlo con un contratto a termine, una somministrazione a tempo indeterminato e con un contratto di collaborazione a progetto, rispetto a un contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti. L'unica eccezione è fatta per il contratto di apprendistato che costa circa il 9% in meno al mese rispetto al contratto a tutele crescenti¹⁸, anche se l'apprendistato non accede all'esonero contributivo previsto dalla legge di stabilità. Se le imprese assumeranno con un contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti anziché con forme contrattuali precarie, solo allora potrà dirsi che i dubbi di parte della dottrina siano infondati, che si supererà il problema della proliferazione delle forme contrattuali del nostro Paese e che è stata percorsa la strada giusta: ridurre i costi alle imprese per "aiutarle" a incrementare l'occupazione.

scenti, Relazione al Convegno, Ciclo di Seminari di Roma, *Le Riforme del lavoro e le idee dei giuristi*, 15 gennaio 2015, <http://youtu.be/T4EHYFbJfE>.

¹⁸ "Contratto a tutele crescenti promosso al test dei costi", in "Il Sole 24 Ore" del 25 febbraio 2015.

ELDA NOGAROTTO*

IV
RESPONSABILITÀ CIVILE DELLO STATO
PER IL FATTO DEL MAGISTRATO:
PROFILI DEL DOLO E DELLA COLPA GRAVE

The present article explains the Italian regulation on civil liability of judges: they can be held responsible in cases of willful misconduct or gross negligence. The author will analyze the Vassalli's law details after the recent amendments. The whole matter is aimed at the balance between judges' accountability and their independence.

SOMMARIO: 1. La responsabilità dello “Stato-giudice”. – 2. L'indipendenza del magistrato nella “legge delle Guarentigie”. – 2.1. Dolo. – 2.2. Colpa grave. – 3. Garanzie e autonomia: un bilanciamento necessario.

1. *La responsabilità dello “Stato-giudice”*

“Un passaggio storico”. Così viene definita dal Ministro della Giustizia Andrea Orlando l'approvazione definitiva alla Camera del testo contenente gli emendamenti alla legge n. 117 del 1988 (c.d. “legge Vassalli”), titolata “Risarcimento dei danni cagionati dall'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati”. «Anni di rinvii e polemiche, ma oggi la responsabilità civile dei magistrati è legge!», scrive su Twitter il Presidente del Consiglio Matteo Renzi. Favorevoli o contrari, non si può fare a meno di considerare le modifiche introdotte con legge n. 18 del 2015 come

* Studentessa del Corso di Laurea in Giurisprudenza. Per la redazione di questo lavoro è stato consultato il prof. Gianfranco Palermo. Si ringrazia anche l'avv. Claudio Miglio per la gentile collaborazione.

il frutto di una scelta politica dell'esecutivo che non spetta allo studioso sindacare. Dunque, abbandonati gli slogan da "discount delle banalità"¹ («Chi sbaglia paga!»), occorre analizzare i profili della responsabilità dei magistrati innanzitutto così come erano disciplinati nella legge Vassalli, per poi domandarsi se questa disciplina meriti davvero tutte le critiche di cui è stata oggetto nelle cronache più o meno recenti.

In prima battuta, quindi, ci sarebbe da riflettere sul tema della responsabilità civile come istituto con funzione esclusivamente risarcitoria: non è sanzione (aspetto che comunque interessa i magistrati, soggetti a responsabilità disciplinare e alle relative sanzioni irrogate dal CSM)², né strumento di controllo della qualità del giudizio o della professionalità del magistrato, e soprattutto non è rimedio agli errori del processo. La dottrina³ sul punto sembra concordare. La responsabilità non deve intendersi come «un sistema repressivo che colpisce un atto vietato, ma come uno strumento di riequilibrio economico del danno»⁴: la sua funzione non è quella di punire i colpevoli, ma di far sì che il pregiudizio economico subito da una parte sia ristorato. La responsabilità civile del magistrato non è, insomma, proprio quello che un dibattito inquinato da superficialità e strumentalizzazioni vorrebbe che fosse. Lo si comprende meglio anche considerando che non è tecnicamente appropriato far riferimento continuo alla "responsabilità civile del magistrato"; il nostro ordinamento si basa su un modello di responsabilità indiretta secondo il quale la parte che ritenga essere stata vittima della "malagiustizia" ricorre nei confronti dello Stato. Esso, infatti, risponde dei danni «per effetto di un comportamento, di un atto o di un provvedimento giudiziario»⁵ posto in essere dal magistrato con dolo o colpa grave nell'esercizio delle sue funzioni, ovvero nel caso di diniego di giustizia. L'illecito

¹ R.M. SABELLI, *Responsabilità giudici: no slogan più equilibrio*, in *Guida al Diritto*, 2015, n. 49, pp. 8-10.

² Sulla necessità di concepire la responsabilità disciplinare come derivazione da quella civile, vedi N. PICARDI, *La responsabilità del giudice: la storia continua*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 283 ss.

³ R. SCOGNAMIGLIO, voce *Illecito (diritto vigente)*, in *Noviss. dig.it.*, VIII, Torino, 1962, pp. 171 ss. dove l'Autore ricorda che «il legislatore affronta [...] il tema della ripartizione [...] dei danni che nell'ambito della vita di relazione si possono verificare [...] attraverso l'obbligo al risarcimento [...] alla stregua dei criteri di volta in volta accolti: ed a prescindere [...] dalla finalità di proibire e colpire, attraverso un tale rimedio, l'attività che genera l'evento dannoso».

⁴ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Milano, 2012, p. 550.

⁵ Art. 2, l. n. 117/1988.

non è altro che il presupposto della *responsabilità dello Stato verso il cittadino danneggiato*⁶. Dunque, ha rilievo fondamentale il fatto del magistrato come prima fonte di danno, ma di per sé non è sufficiente a configurare la responsabilità civile dello Stato, che risponde solo nel caso in cui l'apparato giudiziario non sia riuscito ad eliminare l'illecito attraverso i suoi "naturali" meccanismi (processuali). Non a caso, il presupposto necessario per la validità della richiesta del risarcimento allo Stato è l'aver esperito «i mezzi ordinari di impugnazione o gli altri rimedi previsti avverso i provvedimenti cautelari e sommari, e comunque quando non siano più possibili la modifica o la revoca del provvedimento ovvero, se tali rimedi non sono previsti, quando sia esaurito il grado del procedimento nell'ambito del quale si è verificato il fatto che ha cagionato il danno»⁷. Rimane fermo, invece, l'aspetto della responsabilità da reato la quale è personale del magistrato⁸.

La specialità di tale disciplina non deve stupire in quanto è sottoposta in tutti i più importanti Stati democratici a un regime giuridico differenziato rispetto a quello dei privati e anche a quella degli altri funzionari pubblici: si va dall'immunità pressoché assoluta degli ordinamenti di *common law*, alla normale esclusione della responsabilità diretta nei confronti della parte danneggiata, alla quale è consentito soltanto di agire contro lo Stato, con una limitata possibilità di rivalsa⁹. Per quanto riguarda il nostro ordinamento, la Costituzione all'art. 28 stabilisce la responsabilità diretta dei funzionari e dei dipendenti dello Stato e degli enti pubblici, per gli «atti compiuti in violazione di diritti», riservando alle leggi penali, civili e amministrative l'onere di prevedere puntuali discipline al riguardo e, dunque, consentendo a queste di stabilire differenti legislazioni per far fronte a situazioni diverse. Come ha infatti confermato la Corte Costituzionale con la sentenza n. 2 del 1968, la «singolarità della funzione giurisdizionale, la natura dei provvedi-

⁶ L. CORSARO, M. POLITI, *La cosiddetta responsabilità del giudice*, in *Giur. it.*, 1989, IV, pp. 366 ss.

⁷ Art. 4, l. n. 117/1988.

⁸ Art. 13, l. n. 177/1988.

⁹ In Francia, ad esempio, la responsabilità civile dello Stato è prevista "per funzionamento difettoso del servizio giudiziario", dovuto a "mancanza grave" e "diniogo di giustizia", o per "mancanza personale" dei magistrati, e la rivalsa dello Stato nei confronti del giudice è prevista solo se la sua "mancanza" è "intenzionale e particolarmente grave" (*Code de l'organisation judiciaire*, art. L 141-1 ss.). In Germania la rivalsa opera in caso sia di dolo che di colpa grave del magistrato (art. 34 GG e art. 839 BGB), ma in queste ipotesi non rientrano il rifiuto o il ritardo dell'esercizio delle funzioni, ipotesi protette dall'immunità giudiziaria (*Richterprivilege*).

menti giudiziari, la stessa posizione *super partes* del magistrato possono suggerire ... condizioni e limiti alla sua responsabilità; ma non sono tali da legittimarne, per ipotesi, una negazione totale»; negazione di responsabilità che violerebbe non tanto l'art. 28 Cost., ma il principio di ragionevolezza compendiato nell'art. 3 Cost. Dunque, la disciplina della responsabilità civile dello Stato per il fatto del magistrato non deve essere necessariamente uniforme, ricalcata sull'art. 2043 c.c. o sui principi del d.P.R. 10 gennaio 1957 n. 3 ("Statuto degli impiegati civili dello Stato"). Sono compatibili con la Costituzione regimi differenziati per categorie e per situazioni. Va smentita, a questo punto, anche la vulgata secondo la quale una disciplina della responsabilità riservata a una specifica categoria professionale sarebbe un eccezionale privilegio all'applicazione della responsabilità civile secondo l'art. 2043 c.c. Sono diverse, infatti, le ipotesi di regimi di responsabilità civile differenziate: si pensi alle prestazioni del professionista che implicano la risoluzione di casi di particolare difficoltà (art. 2236 c.c.), oppure a quanto l'art. 61 della legge 312 del 1980 stabilisce per gli insegnanti, o, ancora, alle prescrizioni dell'art. 3 del decreto legge 158 del 2012, così come convertito in legge 8 novembre 2012 n. 189, per i medici. Ebbene, risulta scontato a questo punto sostenere che quanti svolgono attività giudiziaria abbisognino di una legislazione in tema di responsabilità che bilanci la loro esigenza di indipendenza e terzietà nella risoluzione della controversia con la non meno fondamentale esigenza di tutela delle parti da atti, provvedimenti o comportamenti viziati¹⁰. Da un lato, «il magistrato deve essere indipendente da poteri e da interessi estranei alla giurisdizione, ma è soggetto alla legge: alla Costituzione innanzitutto, che ne sancisce, ad un tempo, il principio di indipendenza (artt. 101, 104, 108) e quello di responsabilità (art. 28) al fine di assicurare che la posizione *super partes* del magistrato non sia mai disgiunta dal corretto esercizio della sua funzione»¹¹.

2. *L'indipendenza del magistrato nella "legge delle Guarentigie"*

La legge 117 del 1988 è stata da alcuni¹² definita come un esempio di legislazione "di carta", vista la sua scarsa applicazione

¹⁰ Sulla necessità che la diligenza sia valutata in relazione all'attività professionale svolta, vedi l'art. 1176, co. 2 c.c.

¹¹ Corte Cost., sent. n. 18 del 1989.

¹² Vedi, in tal senso, G. AFFERNI, *La disciplina italiana della responsabilità civile*

pratica. Una delusione per quanti sostennero la campagna referendaria nel 1987 “per una giustizia giusta”¹³ della quale la legge Vassalli era chiamata a dare una proiezione giuridica, provvedendo a disciplinare la materia a seguito dell’abrogazione del precedente schema normativo (suddiviso negli artt. 55, 56 e 74 c.p.c.). Non sembra corretto, tuttavia, giungere a simili considerazioni: il legislatore non poteva consentire che ogni errore del giudice potesse condurre ad un’azione di responsabilità; non poteva consentire «che ogni parte ingiustamente danneggiata da un provvedimento giurisdizionale potesse sol per questo ottenere, dallo Stato o dal giudice autore del provvedimento, un risarcimento»¹⁴. Era inevitabile prevedere l’azione di responsabilità solo al verificarsi di ipotesi tassativamente previste dal legislatore: che poi questi presupposti siano stati interpretati dalla giurisprudenza in modo talvolta eccessivamente restrittivo, questo è un altro concetto¹⁵.

La legge trova applicazione, ai sensi dell’art. 1, nei confronti di «tutti gli appartenenti alle magistrature ordinaria, amministrativa, contabile, militare e speciale che esercitano l’attività giudiziaria indipendentemente dalla natura delle funzioni». L’espressione “indipendentemente dalla natura delle funzioni”, come ha sottolineato autorevole dottrina¹⁶, «è posta in modo da essere riferibile, ad esempio, anche a quelle magistrature prive d’ufficio del pubblico ministero, finendo così con l’acquistare un significato onnicomprensivo e generale»; la legge si applica altresì «agli estranei che partecipano all’esercizio della funzione giudiziaria»¹⁷, e quindi anche ai giudici di pace o ai giudici popolari. La responsabilità del magistrato, che è, come si è ricordato, responsabilità dello Stato per l’illecito del magistrato medesimo, viene qui esaminata nei suoi profili del dolo e della colpa grave.

dello stato per violazione del diritto comunitario imputabile ad un organo giurisdizionale di ultima istanza, in NGCC, 2007, pp. 261 ss.

¹³ V. VARANO, *Responsabilità del magistrato*, Digesto delle Discipline Privatistiche, vol. XVII, Torino, 1998, pp. 111 ss.

¹⁴ F. CIPRIANI, *La nuova legge sulla responsabilità civile dei magistrati: il giudizio di rivalsa contro il magistrato*, Il Foro It., 1988, V, pp. 429 ss.

¹⁵ Vedi, in particolare per la definizione di “colpa grave”: Cass., sez. III civ., 5 luglio 2007, n. 15227; Cass., sez. III civ., 18 marzo 2008, n. 7272; Cass., sez. III civ., 30 aprile 2014, n. 22326.

¹⁶ G. P. CIRILLO, F. SORRENTINO, *La responsabilità del giudice*, Napoli, 1988.

¹⁷ V. VIGORITI, voce *Responsabilità del giudice*. I) *Responsabilità del giudice, dei suoi ausiliari e del P.M.*, II) *Diritto comparato e straniero*, in *Enc. giur.*, XXVI, Roma, 1991, pp. 14-15.

2.1. *Dolo*

Così come la vecchia disciplina dell'art. 55 c.p.c., anche l'art. 2 della legge n. 117 del 1988 riporta il dolo come causa di responsabilità dello Stato; ciò che manca è una definizione del "dolo". La dottrina¹⁸ è concorde nel considerare il "dolo del giudice" come qualcosa di differente dall'illecito penale. Quindi il dolo in questo caso non è la «consapevolezza di violare un dovere d'ufficio o intenzione di realizzare un evento contrario alla legge o consapevolezza dell'ingiustizia del provvedimento adottato o consapevolezza dell'ingiusta efficacia pregiudizievole del proprio comportamento e neppure, infine volontà di nuocere o di abusare esercitando le proprie funzioni»¹⁹. Non è dunque *dolus specialis*, ossia «quell'attività ingannatoria, che concretizza un vero e proprio atto illecito»²⁰, anche perché ai sensi dell'art. 13 della l. 117/1988 la responsabilità penale è personale del magistrato; l'art. 2 invece presuppone che il reato non ci sia. In breve si avrà responsabilità dello Stato quando il magistrato tenga consapevolmente quel comportamento, ovvero adotti un atto o provvedimento giudiziario, con la piena consapevolezza di porre in essere un evento antiggiuridico, ma senza l'intento di danneggiare gli altri o di avvantaggiare se stesso (elementi che sposterebbero la fattispecie nelle ipotesi di reato). In tale accezione, la nozione di dolo si avvicina molto a quella di colpa grave, con l'effetto che lo Stato è chiamato a risarcire il danno sia nelle ipotesi in cui la violazione della legge non è intenzionale, bensì frutto di colpa grave, sia nelle ipotesi in cui vi è volontarietà, ma manca la fattispecie di reato.

2.2. *Colpa grave*

La colpa grave è stato il punto sul quale gli emendamenti dalla legge n. 18 del 2015 hanno insistito maggiormente. Vediamo innanzitutto come era definita nel testo dell'art. 2 della legge Vassalli.

La stessa risultava tipicizzata in fattispecie tassativamente previste²¹. Il legislatore, in sintesi, richiedeva «una gravità com-

¹⁸ E. FAZZALARI, *Nuovi profili della responsabilità civile del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, pp. 1026 ss.

¹⁹ L. CORSARO, M. POLITI, *op. cit.*

²⁰ G.P. CIRILLO, F. SORRENTINO, *op. cit.*, p. 137.

²¹ A norma del comma 3 dell'art. 2 costituiscono colpa grave: a) la grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile; b) l'affermazione, determi-

plessiva tale da risultare essa stessa caratterizzante inconfondibilmente tutta l'attività giudiziaria in questione»²². Tutto ciò accompagnato dall'elemento psicologico della negligenza inescusabile, tale da rendere assolutamente inconcepibile il comportamento, l'atto o il provvedimento del magistrato. In una *leading opinion* della Corte di cassazione²³ si legge che la formula qualificatoria della colpa grave «postula una totale mancanza di attenzione nell'uso degli strumenti normativi, una trascuratezza così marcata da non potere trovare nessuna plausibile giustificazione e da apparire espressione di assoluta incuria e mancanza di professionalità [...] (essa si esprime) nella violazione evidente, grossolana e macroscopica della norma, ovvero ... nella lettura di essa in termini contrastanti con ogni criterio logico, nell'adozione di scelte aberranti nella ricostruzione della volontà del legislatore, nella manipolazione arbitraria del testo normativo, nello sconfinamento nel diritto libero».

Si precisava infine non esservi colpa grave quando il fatto consisteva ne «l'attività d'interpretazione delle norme di diritto» ovvero di «valutazione del fatto e delle prove» (art. 2 comma 2, c.d. «clausola di salvaguardia»).

Le prospettive di riforma in ordine al concetto di colpa grave si sono fatte sempre più insistenti, non tanto per le critiche sulla incapacità di recepire le istanze referendarie, ma per le incompatibilità col diritto comunitario rilevate dalla Corte di Giustizia Europea. Già con la sentenza "Köbler"²⁴ la Corte europea statuisce il principio di responsabilità degli Stati membri per i danni causati dalla violazione del diritto comunitario²⁵, ma in questa occasione la legislazione italiana era rimasta sullo sfondo in quanto il giudizio della Corte europea nasceva da una vicenda austriaca. Con la successiva sentenza "Traghetti del Mediterraneo"²⁶, invece, al cen-

nata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento; c) la negazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento d) l'emissione di procedimento concernente la libertà della persona fuori dei casi consentiti dalla legge oppure senza motivazione.

²² G.M. BERRUTI, *Sulla responsabilità civile dei magistrati (le fattispecie della legge n. 117 del 1988)*, in *Giur. it.*, 1988, IV, pp. 236 ss.

²³ Cass., sez. I civ., 20 settembre 2001, n. 11859.

²⁴ Causa C-224/0, Corte CE.

²⁵ Su questa sentenza, vedi F. BIONDI, *La responsabilità dei magistrati*, Milano, 2006, pp. 221 ss.

²⁶ *Traghetti del Mediterraneo c. Repubblica Italiana*, sent. 13 giugno 2006, causa C-173/2003, Corte CE.

tro della discussione c'era proprio la l. n. 117/88. La risposta della Corte europea fu nel senso di ammettere la possibilità che la responsabilità del magistrato venisse limitata ai soli casi di dolo e colpa grave, se tali concetti (il secondo soprattutto) venivano interpretati in modo da implicare una violazione “grave e manifesta” o “sufficientemente caratterizzata”; ciò che invece sottolineava la Corte è che «il diritto comunitario osta ad una legislazione nazionale che escluda in maniera generale la responsabilità dello Stato membro per i danni arrecati ai singoli a seguito di una violazione del diritto comunitario imputabile ad un organo giurisdizionale di ultimo grado»²⁷. La Corte sottolineava esservi non tanto la necessità di una riforma del testo della legge Vassalli, ma l'importanza di una interpretazione estensiva del termine “legge” di cui all'art. 2, co. 3, in modo da ricomprendere non solo la legge “nazionale”, ma tutti gli atti aventi valore di legge nel territorio della Repubblica compresa la legislazione comunitaria, direttamente applicabile *ex art. 11 Cost.* Ad ogni modo, la legge n. 18 del 2015, riformando l'art. 2 co. 3, riporta che «costituisce colpa grave la violazione manifesta della legge nonché del diritto dell'Unione europea, il travisamento del fatto e delle prove, ovvero l'affermazione di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento o la negazione di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento, ovvero l'emissione di un provvedimento cautelare personale o reale fuori dai casi consentiti dalla legge oppure senza motivazione». L'unica differenza col testo previgente risulta essere la responsabilità per violazione del diritto comunitario; introduzione che, a nostro parere, risulta quasi essere pleonastica, in quanto compresa già nell'espressione “legge”. Al fine di limitare, poi, l'attività interpretativa delle Corti, il legislatore ha inserito un comma 3-*bis* all'art. 2 l. n. 117/1988, il quale riporta una definizione sommaria del concetto di “violazione manifesta della legge nonché del diritto dell'Unione europea” in riferimento al “grado di chiarezza e precisione delle norme violate nonché dell'inescusabilità e della gravità dell'inosservanza”. Procedere dal concetto di “negligenza inescusabile” fino a quello della “chiarezza e precisione delle norme violate” deve essere sembrato al legislatore come l'unico modo per dare certezza alla “violazione della

²⁷ R. CALVANO, *La Corte di Giustizia censura la disciplina italiana della responsabilità dei magistrati e, con essa, il mancato utilizzo dell'art. 234. Un ultimatum alla Corte Costituzionale?*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

legge”, tralasciando forse la considerazione che la chiarezza e la precisione di una norma è concetto altrettanto indeterminato, il quale muove dalla considerazione non solo di quanto in essa è letteralmente stabilito (operazione già di per sé molto ostica), ma anche del senso che l'interprete (il magistrato) gli conferisce al momento della sua applicazione al caso concreto. In questo caso lo sforzo del legislatore di “controllare” il momento interpretativo che è proprio dell'attività giudiziaria, sembra destinato a seguire lo stesso destino della disciplina previgente: così come si è interpretato in modo restrittivo il concetto di negligenza inescusabile riportandolo, com'è giusto, nei casi di violazione manifesta, allo stesso modo la “chiarezza e precisione della norma violata” potrebbe essere intesa nel senso di ritenere il magistrato responsabile nei soli casi di totale mancanza di attenzione o di trascuratezza che non trova nessuna giustificazione e che diventa emblema di incuria e mancanza di professionalità. La presunta estensione del concetto di colpa grave a seguito della riforma, quindi, sembra più uno slogan che realtà.

3. *Garanzie e autonomia: un bilanciamento necessario*

Ciò che si è voluto sottolineare non è altro che la stretta correlazione tra l'indipendenza e la responsabilità del magistrato: i due concetti non possono essere visti in una relazione di rigida alternativa, ma come nozioni interdipendenti che devono concorrere per la creazione di uno schema di sintesi equilibrata. «L'indipendenza, dunque, ha bisogno della responsabilità; è responsabilità, in modo che l'azione del magistrato non mini alla credibilità e all'autorevolezza della funzione giurisdizionale, ma sia strumento per dare concretezza al principio della difesa dei diritti inviolabili della persona, riconosciuti e garantiti dall'art. 2 Cost.»²⁸. Come ha ricordato il Presidente della Repubblica Sergio Mattarella, «il principio fondamentale recepito dalla nostra Costituzione è quello della autonomia ed indipendenza della magistratura, condizione essenziale ed irrinunciabile per un ordinamento autenticamente democratico. Tale garanzia, da tutelare pienamente, esige che ogni magistrato,

²⁸ A. D'ALOIA (a cura di), *La responsabilità del giudice alla luce della giurisprudenza comunitaria, atti del convegno "Problemi della giustizia in Italia"*, organizzato dall'Associazione Italiana dei Costituzionalisti l'8 giugno 2009, presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma "La Sapienza".

nell'esercizio delle sue funzioni – siano esse giudicanti o requirenti – osservi, scrupolosamente, i doveri indicati dall'art. 1 del decreto legislativo n. 109 del 2006: imparzialità, correttezza, diligenza, laboriosità, riserbo, equilibrio, rispetto della dignità della persona»²⁹.

²⁹ Intervento del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella all'incontro con i Magistrati Ordinari in Tirocinio nominati con D. M. 20 febbraio 2014, tenuto il 9 marzo 2015 presso Palazzo del Quirinale, in www.quirinale.it.

RICCARDO GUIGLIA*

V

LA RIFORMA DELLA LEGGE ELETTORALE

On 27th of March 2015 took place a long study day in memory of Sergio Panunzio in the Sapienza University of Rome, with five juridical seminars. This paper focuses on one of these seminars. It gives an account of the opinions of the Professors Massimo Luciani, Francesco Bertolini, Fulco Lanchester and Massimo Siclari about the reform of the Italian electoral law. Each one of them disapproved one aspect of the reform at least.

Nel corso della giornata di studio in ricordo di Sergio Panunzio: “I costituzionalisti e le riforme. Dieci anni dopo”, svoltasi venerdì 27 marzo 2015 presso la Sala delle Lauree della Facoltà di Giurisprudenza, uno dei tanti temi discussi è stata la riforma della legge elettorale¹.

Francesco Bertolini, il primo a intervenire, ha citato le osservazioni di Costantino Mortati sul momento elettorale come composto da due facce della stessa medaglia. Accanto ad una fase di divisione del corpo elettorale nella scelta dei partiti, vi è un processo di unificazione delle forze politiche nella decisione di sostenere il Governo. In nome della governabilità, la riforma introduce però un premio di maggioranza che, di per sé, altera completamente quest’assetto. È vero che, nell’ormai celebre sent. n. 1/2014, la Corte costituzionale non ha escluso la legittimità dell’attribuzione di un premio, anche se subordinata al conseguimento di una soglia mi-

* Studente del Corso di Laurea in Giurisprudenza. Nella redazione di questo lavoro è stato consultato il prof. Massimo Luciani.

¹ Il programma completo dell’evento è reperibile al seguente sito: http://www.ius-sapienza.org/drupaluni/sites/default/files/evento_allegati/Evento20150327_Locandina.pdf (ultima apertura, il 27 marzo 2015).

nima di voti. In assenza di tale condizione il prof. Bertolini ha ipotizzato che la sentenza suggerisca una ripartizione dei seggi puramente proporzionale. Invece nella riforma si prevede un ballottaggio tra le due liste che hanno conseguito il maggior numero di voti validi. Il turno di ballottaggio ha una sua logica nel sistema uninominale, dove il voto produce sempre lo stesso effetto: l'indicazione di un solo candidato eletto come unico rappresentante del collegio. Nelle elezioni politiche italiane però il voto assume un valore doppio di rappresentanza e di governabilità. Queste funzioni sono talmente legate l'una con l'altra da risultare inscindibili. L'introduzione del ballottaggio al contrario porta alla loro divisione in due fasi ben distinte: nella prima votazione il corpo elettorale esprime la propria rappresentanza e nella successiva la scelta del Governo. Ecco perché il prof. Bertolini ha terminato il suo intervento manifestando i suoi dubbi sulla legittimità costituzionale, seguendo il ragionamento logico della sent. n. 1/2014, delle norme che introducono il ballottaggio di lista.

È stato poi il turno di Fulco Lanchester, che è partito dalle recentissime dichiarazioni del Presidente del Consiglio Renzi: la riforma elettorale sarà presto presa come modello da mezza Europa. In verità, ha sostenuto, la storia delle vicende elettorali avvicina l'Italia ad alcuni Paesi dell'Europa orientale. Negli ultimi vent'anni la nostra legge elettorale è cambiata ben quattro volte, una situazione molto simile alla Romania o all'Ungheria. A livello globale, ha continuato, il premio di maggioranza è una peculiarità del tutto italiana. La sua persistenza anche nell'attuale riforma potrebbe spingere la Corte a pronunciarne l'illegittimità costituzionale. L'unica soluzione conforme alle indicazioni della Corte, ha detto il prof. Lanchester, è l'attribuzione del premio in relazione a un numero minimo di elettori, e non di voti validi. Occorre infine non limitarsi a disciplinare il sistema elettorale in senso stretto ma preoccuparsi anche della legislazione elettorale di contorno, come ad esempio la normativa sulla selezione dei candidati dei singoli partiti o sui rimborsi elettorali.

Fabrizio Politi, autore del terzo intervento, ha criticato in particolare l'indicazione nell'art. 8 del disegno di legge di un «capo della forza politica». Mostra con chiarezza infatti la filosofia di fondo del progetto che, ispirandosi ai dibattiti sul “sindaco d'Italia”, produce una torsione maggioritaria ad effetti scadenzati. Di converso, è un fatto positivo la reintroduzione delle preferenze. La norma inciderà direttamente sulle dinamiche interne ai partiti,

portando a una legittimazione dei singoli candidati a livello locale. La conclusione proposta è stata la richiesta di una sensibilizzazione culturale. La politica deve coinvolgere i cittadini non solo attraverso strumenti partitici, così da superare anche i recenti casi di astensionismo.

Massimo Siclari ha invece approfondito un aspetto non tanto legato alla riforma elettorale, quanto alla revisione della Costituzione: l'impugnabilità della legge elettorale di fronte alla Corte costituzionale. Ripercorrendo il dibattito promosso dal Presidente della Corte costituzionale Alessandro Criscuolo, sull'opportunità o meno di un controllo preventivo della riforma, ha condiviso i giudizi perplessi ch'egli aveva formulato. Legittimare un controllo preventivo, ha precisato, significa mettere in discussione i rapporti tra legislatore e garante della stessa Costituzione. Il ricorso, promosso da una minoranza parlamentare, non rappresenta una garanzia per le stesse ma una vera e propria deresponsabilizzazione della maggioranza. Si finisce inoltre col rendere la Corte costituzionale un'effettiva terza Camera. Il prof. Siclari ha preso poi in considerazione l'ipotesi astratta, ma non del tutto inverosimile, di un impossibile controllo preventivo: cosa accadrebbe se la riforma elettorale fosse approvata e quella costituzionale non entrasse in vigore prima dello scioglimento delle Camere? Infine, ha ammesso le sue preoccupazioni sulla menzione fatta due volte del controllo preventivo nella riforma costituzionale. Il sospetto è che si arrivi così a escludere il controllo successivo della stessa Corte.

È un'interpretazione eccessivamente forzata, ha però replicato il prof. Luciani, chiudendo il seminario. Il vantaggio di una pronuncia preventiva, ha spiegato, è quello di scongiurare dichiarazioni di incostituzionalità di leggi elettorali a elezioni già svolte. Gli echi della sent. n. 1/2014 si riflettono ancora sullo scenario politico e sulle discussioni giuridiche. Ma proprio per questo la complessa questione elettorale continua ad arricchire le riflessioni tra i costituzionalisti, pronti a confrontarsi e a mantenere vivo il dibattito anche all'interno delle università, di fronte agli studenti. È il giusto omaggio a Sergio Panunzio.

CRONACHE

ERNANI FRANCESCO CERASARO*

I
PRESENTAZIONE DEL LIBRO “ORIGINE E SVILUPPO
DEGLI ORDINAMENTI GIUSPRIVATISTICI MODERNI
IN BASE ALLA TRADIZIONE
DEL DIRITTO ROMANO” DI GABOR HAMZA

The aim in publishing this article is to give a report of the Origine e sviluppo degli ordinamenti giusprivatistici moderni in base alla tradizione del diritto romano written by Prof. Gabor Hamza, wich took place on the 28th January of 2015 in the Accademia d’Ungheria in Rome.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La presentazione. – 3. Alcuni spunti di riflessione.

1. *Introduzione*

Il giorno 28 gennaio 2015 presso l’Accademia d’Ungheria in Roma è stato presentato il libro del Prof. Gabor Hamza intitolato *Origine e sviluppo degli ordinamenti giusprivatistici moderni in base alla tradizione del diritto romano* (Andavira, Santiago de Compostela, 2013).

2. *La presentazione*

Dopo l’introduzione del Direttore dell’Accademia, ha preso parola il prof. Danilo Ceccarelli Morolli¹. Questi ha subito ricordato

* Studente del Corso di Laurea in Giurisprudenza. Per la redazione di questo lavoro è stato consultato il prof. Franco Vallocchia.

¹ Docente di Diritto Bizantino presso il Pontificio Istituto Orientale.

che nel 2014 la collana scientifica online da lui diretta, *Iura Orientalia*, ha voluto simbolicamente evidenziare gli altissimi meriti del professor Hamza conferendogli il premio scientifico *Oriens Arca Iuris*, per la prima volta nella sua storia.

Leggendone, poi, la motivazione: «Iura Orientalia, collana scientifica online su studi orientali antichi e moderni, conferisce al prof. Gabor Hamza il premio per gli elevati meriti accademici e scientifici relativi allo studio del diritto romano e bizantino quale substrato degli ordimenti giuridici dell'Europa orientale».

Autore di un numero sterminato di pubblicazioni, Hamza con questo volume si è probabilmente superato, poiché «è riuscito in un solo libro, benché corposo, a creare non un manuale, ma una vera e propria enciclopedia, un vero e proprio dizionario enciclopedico dell'influsso del diritto romano praticamente in tutti paesi del mondo». La quantità di numeri, notizie e dati raccolti all'interno del testo fanno ritenere possa essere frutto di quella cultura illuministica che, attraverso il concetto di 'Enciclopedia', mirava alla diffusione e alla trasmissione del sapere e della conoscenza.

A seguire è intervenuto il prof. Franco Vallocchia². Questi ha subito chiarito come il testo vada collocato nel più ampio quadro degli studi dei Fondamenti del diritto europeo.

È il sottile gioco semantico tra singolari e plurali presente all'interno del titolo a colpire subito l'attenzione del lettore: dal fondamento della tradizione del diritto romano allo sviluppo degli ordinamenti giusprivatistici moderni.

Sottile gioco che caratterizza anche i due obiettivi del libro (dichiarati dallo stesso autore nella Prefazione): l'elaborazione delle radici storiche comuni e la creazione di un diritto privato comune europeo. Il primo potrebbe essere funzionale al secondo, cercando di rispondere ai «numerosi interrogativi che assillano l'uomo europeo da più di sessant'anni»³. Come creare uno *ius com-*

² Docente di Storia del diritto romano, Fondamenti del diritto europeo ed Istituzioni di diritto romano (corso telematico) presso la Sapienza - Università di Roma.

³ Vallocchia riporta esemplarmente un passo tratto da E.CANNIZZARO, *Il diritto dell'integrazione europea*, Torino, 2014, p. 6. Sull'Unione Europea: «si tratta di una forma particolarmente sofisticata di organizzazione internazionale, la quale esercita poteri per conto dei suoi stati membri, e fonda di conseguenza la propria azione sul loro perdurante consenso, oppure si tratta di un ente autonomo e distinto dai propri stati membri, il quale determina e realizza autonomamente il proprio modello di governo di una comunità territoriale?».

mune Europeum? Partendo dal *principium*: il diritto romano, vista la sua dirompente ed estesa influenza negli ordinamenti di tutto il mondo. Uno studio volto alla rielaborazione delle radici storiche e al recupero della dimensione universale del diritto romano, che in quest'opera già «si coglie semplicemente sfogliando l'indice».

Tra le molte criticità di un percorso tortuoso che mira ad un'unificazione giuridica di paesi tra loro così differenti, indubbiamente il problema della lingua, e quindi del linguaggio giuridico, riveste un ruolo importante.

Il poliglottismo maturato nel corso della sua vita (conosce circa dieci lingue, neolatine e non!) ha permesso al prof. Hamza di aggirare elegantemente il problema attraverso una «scelta di campo»: scrivere in lingua italiana un testo pubblicato da una casa editrice spagnola, esplicitando «un'attenta ricerca di radici comuni europee, anche in questo».

Il terzo ad intervenire è stato il prof. Oliviero Diliberto⁴. «*Questo libro è davvero un unicum*», così ha esordito prima di entrare nel merito della trattazione del volume, anch'egli concentrandosi sul tema dei fondamenti del diritto europeo.

Il professore ha ricordato come già Giustiniano, in cima al Digesto, scelse di riportare un frammento tratto dal commento che il giurista Gaio fece alle XII tavole secoli prima, una «rivendicazione orgogliosa di un passato giuridico ma anche di una continuità nella storia giuridica di Roma: il *principium* di tutte le cose è la potissima pars del tutto». Il fondamento giuridico è la parte prevalente del diritto nel suo complesso.

La scienza giuridica contemporanea non può essere compresa se non se ne conosce lo sviluppo nel corso del tempo.

Per conoscere gli ordinamenti giusprivatistici moderni è necessario conoscere il diritto romano perché questo, anche dopo la deposizione dell'imperatore della pars occidentale dell'Impero nel 476 d.C., «ha continuato a permeare di sé un'area geografica molto vasta, divenendo 'vigente' in ogni paese in modo diverso, dal Portogallo alla Russia, con la Grecia compresa in cui addirittura l'ultima opera dell'Impero romano d'Oriente è stata vigente fino al 1946».

Un'espansione globale che lo ha portato ad essere scelto negli anni '90 come modello sistematico persino nella Repubblica Popo-

⁴ Docente di Istituzioni di Diritto Romano presso la Sapienza - Università di Roma.

lare Cinese, grazie anche all'incessante lavoro pioneristico del prof. Sandro Schipani.

Si è sviluppata in un paese così culturalmente e geograficamente lontano una sorprendente attenzione alla tradizione giuridica romanistica fino a giungere al paradosso «che la legislazione della Repubblica Popolare Cinese è più aderente al diritto romano originario rispetto a tanti codici d'Europa che sono passati dal filtro del diritto romano borghese», sviluppatosi attraverso la mediazione illuministica del *Code Napoléon*.

Infine è intervenuto lo stesso autore del libro. È stato stupefacente, da semplice studente, notare l'umiltà con cui uno studioso così rinomato abbia riconosciuto le "debolezze" del suo testo, citando ad esempio la mancata trattazione dell'influsso del diritto romano in Australia, dove «è ancora in vigore una legge degli anni '50 dell'800 sul diritto delle acque che è praticamente diritto romano».

C'è ancora da lavorare, da approfondire, quindi. Nonostante il colpevole – secondo taluni doloso – ostruzionismo della classe politica «la tradizione o le tradizioni del diritto romano hanno un futuro promettente, però ci vuole un lavoro comune, un lavoro di carattere internazionale».

3. *Alcuni spunti di riflessione*

Attualmente il diritto europeo non è il diritto dei privati unico per il continente europeo, quale è stato lo *ius commune*. È il diritto prodotto dagli organi dell'Unione europea e che passa negli ordinamenti nazionali. Esso è per il contenuto normativo una *lex mercatoria* che oggi sale dal mondo dell'economia a quello dei diritti fondamentali⁵.

Creare uno *ius commune Europeum* vuol dire molto più che fondere tra loro culture giuridiche. Significa superare l'aridità di un'unificazione esclusivamente economica.

Al fine di formare un sistema comune di diritto privato europeo si rende necessaria la scelta di un modello, e schiettamente le alternative sono due, *tertium non datur*: o il *civil law* (così come internazionalisticamente si definisce il diritto romano) o il *common law* e non si può che risolvere la scelta a favore del primo.

Se si guarda infatti al diritto privato europeo, così come è

⁵ F.P. CASAVOLA, *Dal diritto romano al diritto europeo*, in *Diritto@Storia*, 5, 2006.

stato codificato e applicato nel territorio europeo nel corso dei secoli, si rinverrà con estrema chiarezza l'indissolubile presenza di istituti e principi di diritto romano, con la sola eccezione della Gran Bretagna, patria del *common law*, in cui ha comunque avuto una sua influenza.

Semplicisticamente, è *comune*.

Questo perché è universale, parla un linguaggio giuridico che può essere compreso dall'America Latina, passando per l'Europa continentale, per arrivare alla Repubblica Popolare Cinese.

La perfezione sistematica del diritto romano infatti sta nella sua capacità di adattarsi, di modellarsi alle esigenze sociali che cambiano nel tempo e nello spazio.

E non ci si può nascondere dietro l'apparente senilità del diritto romano per negarne la vitalità, perché quello che occorre a una scienza per dispiegarsi non è l'interesse del grande pubblico, ma l'interesse intrinseco dei suoi problemi e il rinnovarsi continuo dei suoi cultori.

Da studente, sono convinto della necessità dello studio di un diritto universale come quello romano, un diritto che oltrepassa la desolazione dello studio mnemonico per approdare nella fecondità di uno studio creativo e consapevole.

Un percorso di studi giuridici che non lo preveda formerebbe automi, non giuristi.

Bisogna pertanto promuovere lo studio del diritto romano e della sua tradizione, anche per arrivare ad un sistema di diritto comune.

Un'opera meritoria a tal riguardo sarebbe, come ricordava Vallocchia, la creazione di una Biblioteca Elettronica di diritto romano contenente fonti, testi in lingue diverse, e relative traduzioni.

Un'idea sfortunatamente ancora inattuata, che, utilizzando lo strumento informatico, raddoppierebbe le capacità di trasmissione.

Per tutte queste ragioni, l'insaziabile fame di ricerca infusa da Hamza in questo testo dev'essere un *modello* per i giovani studenti, non un "dono" da accettare accidiosamente.

Perché, come ricordava Diliberto, citando in chiusura le parole di T.S. Eliot: «La tradizione non può essere ereditata, e se uno la vuole deve ottenerla con grande fatica. Essa implica in primo luogo il senso storico, ed il senso storico implica una percezione non solo della condizione di passato, ma della sua presenza quotidiana»⁶.

⁶ T.S. ELIOT, *Tradition and the Individual Talent*, 1919. Così come citato dal prof. Diliberto.

LORENZO SERAFINELLI*

II
PRESENTAZIONE DEL LIBRO
“STORIA DI ROMA TRA DIRITTO E POTERE”
DI LUIGI CAPOGROSSI COLOGNESI

This report aims at making a point of the talks to introduce the book of Luigi Capogrossi Colognesi, Storia di Roma tra diritto e potere, organized in the context of the activities of the Fondazione Sapienza, and hosted by the Faculty of Statistical Science of Sapienza University of Rome. The talks analysed the title of the book, explained its methodological aspects, underlined the interest of the book for the construction of Europe and – in a historical perspective – of the different models of empire.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Gli interventi. – 3. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Il 19 febbraio 2015, presso l’Aula Gini della Facoltà di Scienze Statistiche si è tenuta la presentazione dell’edizione del 2014 del libro *Storia di Roma tra diritto e potere* di Luigi Capogrossi Colognesi, organizzata dalla Fondazione Sapienza.

Sono intervenuti, nell’ordine, Natalino Irti, Massimo Brutti, Giuliano Amato, Andrea Giardina, Ernesto Galli Della Loggia.

2. *Gli interventi*

Il primo intervento – di apertura – è stato a cura di Natalino Irti, il quale ha immediatamente rilevato ciò che stride, almeno in un’ottica di dogmatica pura, alla lettura del titolo: alla disgiunzione tra diritto e potere, tra l’elemento razionale e quello irrazio-

* Studente del Corso di Laurea in Giurisprudenza. Per la redazione di questo lavoro è stato consultato il prof. Massimo Brutti.

nale, viene opposta la visione kelseniana che considera il *potere alle spalle del diritto*¹. Lo stesso Irti ha rilevato, però, come questa divisione sia vissuta, in queste pagine, come una tensione tra il potere e la *romanizzazione*, intesa come la razionalizzazione – attraverso il diritto – dei fattori irrazionali. Da ciò l'importanza fondamentale assegnata alla scienza giuridica nelle pagine della prefazione².

Il secondo intervento, ad opera di Massimo Brutti, ha riguardato il nodo metodologico dell'impostazione dell'opera: la prospettiva prediletta da Capogrossi Colognesi rivolge lo sguardo tanto alle *res gestae*, quanto alla *historia rerum gestarum*. Da ciò la presenza di pagine dedicate alla storia della storiografia, che incontrano gli insegnamenti di Niebuhr, Mommsen e Bonfante. Ad avviso di Brutti, il merito di queste pagine è quello di muovere dall'insoddisfazione per le categorie astratte – formulate a partire dalla visione dello *Staatsrecht* – per giungere ai nodi problematici dell'ordinamento romano: l'equilibrio tra i poteri a Roma è raggiunto grazie alla *concordia ordinum* entro la società romana³.

Tessuto l'ordito metodologico, il terzo intervento è di Giuliano Amato, il quale attribuisce al libro di Capogrossi Colognesi il merito di aver reso una rappresentazione viva della storia di Roma. Sempre Amato rileva che – come l'opera dimostra – Roma è stata maestra nel lasciar vivere le diversità nell'unità del potere centralizzato. Un'unità che non si è mai sostanziata in uno Stato, ma che ha sempre preceduto la forma statale. Amato considera queste tematiche – e queste pagine – di estrema attualità per il riflesso che hanno sulla costruzione dell'Europa: in Europa manca un potere centrale, mentre da Ottaviano Augusto in avanti il potere centrale era effettivamente esercitato dagli imperatori. Si osserva come anche Sabino Cassese, nel realizzare il parallelismo tra l'Europa e le varie forme di impero, rilevi come non sia quello di Roma il modello impiegabile.

Il quarto intervento è curato da Andrea Giardina, che ha definito il libro come anti-modernizzante. Il libro è sorvegliato da un interesse particolare per gli schemi concettuali e per il lessico della

¹ H. KELSEN, *Diritto e pace nelle relazioni internazionali. Le Oliver Wendell Holmes Lectures, 1940-41*, Milano, 2009, p. 78 ss.

² L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Storia di Roma tra diritto e potere*, Bologna, 2014, p. 13: «il monopolio di tale sapere [scil. la scienza giuridica], esercitato tanto a lungo dall'aristocrazia senatoria, se non indotto, dovette sicuramente essere agevolato dalla scoperta dell'importanza ai fini dell'organizzazione e della conservazione del potere [...]».

³ Per la teorizzazione della *concordia ordinum* si veda CICERO, *In Catilinam*, 4, 15.

descrizione storica: Capogrossi Colognesi rifiuta l'accostamento del modello romano con la democrazia delle *poleis* greche, perché queste richiedevano la presenza fisica nell'*agorà*, mentre la *civitas* romana emergeva anche come vincolo giuridico di appartenenza⁴. Ancor di più, l'accostamento non vale per i modelli di democrazia successivi, i quali ruotano attorno ai concetti di *libertà* e *rappresentanza*⁵. Giardina rileva come gli antichi conoscessero la tensione interna al potere accentrato: *l'unus* è terribilmente debole e terribilmente potente allo stesso tempo. Solo uno su quattro degli imperatori romani moriva nel proprio letto, mentre il restante trovava la morte altrove. Nonostante ciò, non vi era nessuna legge di successione, a testimonianza di come alto fosse il senso comunitario. Nonostante non vi fosse un unico legislatore, Roma avanzava nel tempo proprio grazie alla sua unitarietà. L'Impero era riuscito a trasformare le sue debolezze in forza.

Il quinto intervento è stato tenuto da Ernesto Galli Della Loggia, il quale ha avuto modo di sottolineare come nel libro si evidenzi il ruolo della tradizione come sostitutiva della legittimazione religiosa a Roma. Peraltro, l'appartenenza familiare determina la politica, la quale – a sua volta – si avvale delle forze familiari. Questa caratteristica è sconosciuta alle nostre democrazie, le quali sembrano invece condurre una lotta contro il potere familiare. Sebbene, ha rilevato Galli Della Loggia, non sia comparabile il modello romano con le democrazie moderne e contemporanee, v'è da dire che una sfumatura di modernità era rintracciabile nell'asprezza della lotta politica: i gruppi sociali, dagli *optimates* ai *populares*, erano costantemente mobilitati per la ricerca del consenso. Si aggiunge come, probabilmente, sia venuto meno – nell'orizzonte contemporaneo – uno dei capisaldi della democrazia, la *fraternité*, la quale nasce come un'evoluzione – in qualche modo – della dimensione comunitaria romana, fondata sui *mores*. Sulla *volonté générale* di Rousseau⁶, ha prevalso il liberalismo di Constant⁷.

⁴ Per la configurazione della cittadinanza come vincolo giuridico si veda CICERO, *De legibus* 2, 3, 5: «...*Ego mehercule et illi et omnibus municipibus duas esse censeo patrias, unam naturae, alteram civitatis; ut ille Cato, quom esse Tusculi natus, in populi Romanus civitatem susceptus est, ita, quom ortu Tuscolanus esset, civitate Romanus, habuit alteram loci patriam, alteram iuris ...*» Cfr. anche 2, 1, 3; 2, 2, 5.

⁵ CAPOGROSSI COLOGNESI, *op. cit.*, p. 14.

⁶ «Avendo i cittadini [di Roma] un solo interesse, il popolo aveva una sola volontà». In questi termini si esprimeva Rousseau, riferendosi ai plebisciti del popolo quando il senato non vi si opponeva, rimarcando la manifestazione della volontà generale, vedi J.J. ROUSSEAU, *Il Contratto Sociale*, Roma-Bari, 2008, p. 155.

⁷ Constant assume – *a contrario* – l'indipendenza individuale come preponde-

L'ultimo intervento è stato realizzato da Cesare Pinelli, il quale ha sostenuto che l'abbandono del paradigma mommseniano⁸ nelle pagine di Capogrossi Colognesi non sia un discostarsi dal formalismo, quanto un rifiuto delle tendenze celebrative dello Stato. Queste vorrebbero tracciare un percorso unitario dalle città-stato ateniesi a oggi. Non è un elemento di discontinuità – secondo Pinelli – l'equiparazione degli elementi statualisti con l'età dei Severi: si tratta di un accostamento specifico e circoscritto nel tempo, dove la dialettica tra potere e diritto tende a una sovrapposizione⁹. Le indeterminanze dell'Impero romano non hanno nulla a che fare con quelle cui abbiamo potuto assistere nel costituzionalismo moderno: l'esercito di Roma non è un apparato dello Stato, ma il popolo stesso, che va in armi e che torna per auto-identificarsi. Altro elemento di indeterminanza è una tendenziale coincidenza fra istituzioni e classi sociali: solo alla luce di ciò può capirsi il *governo misto* di Polibio. Gli equilibri fra le istituzioni sociali cambiano continuamente: il conflitto tra i patrizi e i plebei non comporterà, però, una corruzione del sistema romano, venendo in essere come conflitto di lunga durata entro la storia di Roma. Un altro elemento di indeterminanza è lo spazio lasciato dall'Impero romano alle aggregazioni territoriali: l'Impero 'lascia fare' fino al punto in cui si trova a intervenire militarmente, per riaffermare il potere. Conclude Pinelli con una riflessione di Montaigne, il quale pensava alla sua Francia nel formularla: tutto ciò che oscilla non cade, e ciò per dire che essa era talmente pesante da non cadere, sebbene non avesse radici.

3. Conclusioni

In chiusura, l'Autore del libro ha modo di spiegare le ragioni per le quali questo libro è stato scritto: condurre il lettore in un percorso formativo che vada da un livello di informazione inferiore a un livello superiore, senza pretendere di ricomprendere tutti gli elementi della storia, perché in un libro in cui c'è tutto – a detta di Capogrossi Colognesi – non c'è niente.

rante rispetto al potere sociale, sull'assunto che quest'ultimo lede la prima senza eliminarne il bisogno, v. B. CONSTANT, *La libertà degli antichi paragonata a quella dei moderni*, Torino, 2005, p. 22.

⁸ Mommsen riteneva che – come recitava una sua celeberrima frase – «*populus ist der Staat*», vedi T. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, III-1, Leipzig, 1887, p. 3.

⁹ CAPOGROSSI COLOGNESI, *op. cit.*, p. 19.

GIORGIO FIGÀ-TALAMANCA - GIUDITTA MARRA
ARIANNA MORESCHINI - ALESSANDRA NARDUZZI*

III
I DOVERI NELLA COSTITUZIONE
E I LIMITI DELL'OBIEZIONE DI COSCIENZA

These notes provide a report of the Conference "Constitutional Obligations and Conscientious Objection" hosted by the Faculty of Law of Sapienza University of Rome. The subject has been focused on the comparison between rights and obligations in the context of conscientious objection. The academics examined the topic in a global and dialectical way.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Intervento di Francesco Rimoli. – 3. Intervento di Marco Ruotolo. – 4. Intervento di Luciano Violante. – 5. Considerazioni conclusive.

1. *Introduzione*

Il 3 marzo 2015, presso la Sala delle Lauree della Facoltà di Giurisprudenza, si è svolta la conferenza su "*I doveri nella Costituzione e i limiti dell'obiezione di coscienza*"¹, in cui si è discusso sul volume di Federica Grandi² "*Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*".

* Studenti del Corso di Laurea in Giurisprudenza. Per la redazione di questo lavoro è stata consultata la dott.ssa Federica Grandi.

¹ Cui sono intervenuti Luciano Violante, Francesco Rimoli, Marco Ruotolo, con la coordinazione di Paolo Ridola.

² Dottoressa di ricerca in diritto pubblico presso la Facoltà di Giurisprudenza, Sapienza - Università di Roma.

2. *Intervento di Francesco Rimoli*

Francesco Rimoli³ apre la discussione affermando che: «i doveri che un cittadino assume nella comunità entro cui vive costituiscono i tratti salienti del suo *status* e attengono da un lato al principio di solidarietà, il quale è sì un principio giuridico ma è anzitutto un principio etico, dall'altro si pongono come espressione di *auctoritas* dello stato sovrano, come doveri e obblighi che lo stato impone in conseguenza delle sue opzioni etiche». Al paradigma dei doveri si oppone il paradigma dei diritti. In base all'impostazione proposta inizialmente dal relatore, poi destinata a divenire il filo conduttore dell'intera conferenza, diritti e doveri non possono essere considerati separatamente. Solo attraverso una loro congiunta realizzazione, in una sorta di interazione dialettica, possono acquistare il loro più genuino e qualificante significato. Considerando tale rapporto alla base del superamento dello stato di natura e quindi dell'ingresso nello stato di diritto, si potrebbe affermare allora che diritti e doveri esprimono una relazione sinallagmatica di tipo contrattualistico: l'individuo rinuncia a una quota di libertà per ottenere protezione e sicurezza dal "sovrano", il quale finirà col disporre in parte della libertà dei singoli laddove questa sia da sacrificare per il bene della comunità. Il Prof. Rimoli enuncia una sorta di classificazione dei più importanti doveri costituzionali, modellata su una gradazione dell'intensità con cui si presentano: ad un livello basilare si trova il dovere di fedeltà alla Repubblica, posto dall'articolo 54 della Costituzione; a un livello mediano, il dovere di prestazioni personali e patrimoniali, tra cui l'obbligo fiscale di cui agli articoli 23 e 53 della Costituzione; infine, al limite estremo e più alto, si colloca il sacrificio di sé per la comunità, il "sacro" dovere di difesa della patria di cui all'articolo 52 della Costituzione.

Avvicinandoci al tema dell'obiezione di coscienza, evidentemente centrale nella trattazione, il problema da porre è quello della compatibilità di un modello fondato sui doveri costituzionali, quali che siano, con uno che si basa anche sulla libertà individuale. Il nostro ordinamento costituzionale sembra racchiudere in sé entrambe le istanze. A riprova di ciò il Prof. Rimoli opera quindi un riferimento all'art. 2 della Costituzione, espressione del principio solidarista, sintesi delle due dimensioni complementari, diritti e

³ Professore ordinario presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Teramo.

doveri, nel senso che ambedue compongono una struttura etica di fondo in cui l'individuo, sia come singolo che come parte delle formazioni sociali, svolge la sua personalità.

L'obiezione di coscienza si fonda sulla libertà della coscienza, che uno stato di democrazia pluralista non può negare. Tuttavia l'esercizio di tale libertà può in certi contesti impedire agli altri individui il godimento di un proprio diritto, anch'esso costituzionalmente garantito.

A questo punto viene alla luce una distinzione, data dall'analisi del contesto in cui l'attività si svolge. Ove l'attività in oggetto abbia i caratteri di una funzione pubblica si impone un limite dato dall'obbligo di assicurare l'efficienza minima delle strutture rispetto ai fini legislativamente imposti (livelli essenziali delle prestazioni). Quando l'attività non presenta tali caratteri il problema evidentemente non si pone, perché non si pone un conflitto fra diritti costituzionalmente garantiti.

In relazione all'obbligatorietà o meno del ruolo a cui l'attività si riconnette, si delinea una altrettanto rilevante distinzione, che presuppone la precedente, ma questa volta è inerente alla fonte dell'obbligo contestato: se il ruolo è imposto dalla legge, come accadeva per il soldato di leva, un diritto all'obiezione può essere ammesso. Laddove invece un certo ruolo sia stato assunto volontariamente dal singolo nell'ambito di strutture pubbliche, o sovvenzionate con denaro pubblico, non è ammissibile un'obiezione che rifiuti alcune attività per motivi di coscienza costringendo altri a svolgere quasi esclusivamente quelle stesse attività, con un aggravio in termini materiali e morali. È interessante notare come lo spettro dei soggetti in qualche modo danneggiati da un'obiezione di coscienza si ampli oltre il previsto, comprendendo non solo il (mancato) destinatario del servizio, ma anche gli operatori non obiettori. Secondo il relatore, il medico che si rifiuta di svolgere pratiche abortive è dunque paragonabile al soldato che, una volta in missione, si rifiuta di utilizzare armi: da considerare semplicemente inidoneo al ruolo (volontariamente assunto).

La riaffermazione dei doveri è oggi quindi strettamente funzionale al bisogno dello Stato di salvaguardare il pluralismo, inteso però nella sua espressione più alta, per così dire dialettica e non solo oppositiva, che sappia cioè ricomprendere il bisogno di prendere decisioni rapide ed efficaci per soddisfare la tutela di diritti con cui la libertà della coscienza confligge. Ecco come si ripropone il meccanismo della complementarità.

La riaffermazione dei doveri passa inevitabilmente per il concetto di etica pubblica, che comprende in sé i diritti ma soprattutto i doveri verso l'altro. Ciò che ci si auspica a riguardo è il raggiungimento di una dimensione di convivenza civile in cui il rispetto dell'interesse pubblico sia concepito non come contrapposto all'interesse privato ma come presupposto per la sua stessa realizzazione.

3. *Intervento di Marco Ruotolo*

Il secondo intervento, tenuto da Marco Ruotolo⁴ verte anch'esso su come il fenomeno dell'obiezione di coscienza può mettere in crisi il binomio diritti-doveri, in ragione del quale l'adempimento dei doveri rappresenta una garanzia per la piena attuazione dei diritti. Il prof. Ruotolo prende ad esempio l'art. 9 della legge 194 del 1978 ("Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza") che disciplina la clausola di coscienza del medico in relazione alle pratiche abortive, contemplando, allo stesso tempo, la necessità di garantire la continuità del servizio. Si fa notare che la norma in questione opera un bilanciamento tra la libertà di coscienza del medico e il diritto alla salute e alla autodeterminazione della donna, eppure la sua applicazione ha un esito irragionevole per il fatto che questa possibilità di astensione, come disciplinata dalla legge, risulta eccessivamente vantaggiosa per il medico obietto. Ai fini dell'obiezione è difatti necessaria la sola comunicazione al medico provinciale, a fronte dell'assenza di una previsione che stabilisca l'obbligo di prestare servizi supplementari o il trasferimento del medico ad altro servizio. Le preoccupazioni relative agli effetti di tale disciplina sulla realtà sociale sono comprovate dai dati statistici. Il Prof. Ruotolo afferma a tal proposito che: «i medici obiettori in Italia sono il 69%, e questa percentuale sale in alcune regioni perfino oltre l'80%». Il relatore condivide l'ipotesi avanzata nel libro per cui tale fenomeno potrebbe essere considerato alla stregua di un abuso del diritto, commesso attraverso un aggiramento della *ratio* della norma, che nella realtà storica ha determinato un sostanziale sabotaggio della garanzia della continuità del servizio.

⁴ Professore ordinario di Diritto Costituzionale presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Roma Tre.

Per Ruotolo è centrale la considerazione per cui l'obiezione di coscienza non può divenire lo strumento tramite il quale il pluralismo sociale diviene pluralismo politico senza passare per i percorsi della partecipazione politica e, in particolare, di quella rappresentativa. A riprova di ciò il prof. Ruotolo ricorda il pensiero di Martin Morlock, secondo il quale se con l'ordinamento giuridico si dà un ordine alla convivenza sociale basato sulla reciprocità, che di quell'ordinamento è il tratto essenziale, un ordinamento giuridico presuppone che i suoi membri reciprocamente si proiettino nel rispetto dei diritti e, conformemente, l'osservanza degli obblighi. L'osservanza del diritto va intesa sia da un punto di vista normativo sia da un punto di vista pratico, nel senso che un ordinamento giuridico sarebbe esposto alla progressiva erosione qualora una parte considerevole dei suoi membri non vi si conformasse. In definitiva la conformità all'ordinamento giuridico è sempre legata per l'individuo a perdite e costi in senso lato, che egli è disposto a sopportare solo quando può realisticamente aspettarsi che anche gli altri adempiano ai rispettivi doveri, di modo che ciascuno possa fare affidamento sul sentimento giuridico altrui, inteso come tendenza a conformarsi al diritto.

Alla fine di tale premessa, la disciplina dell'obiezione alle procedure di interruzione della gravidanza si dimostra più volte inadeguata e per aspetti differenti: alla preoccupazione per i disagi suscitati dalla norma specifica fino all'insorgenza di problemi generalissimi, attinenti al possibile venir meno delle condizioni di esistenza dell'ordinamento. Nonostante questo non si perde di vista come tali aspetti non facciano altro che riflettere differenti angolazioni da cui osservare un unico conflitto.

Il prof. Ruotolo dunque conclude: «la deroga all'adempimento di un dovere, come quello di fornire una prestazione sanitaria, in nome dell'esercizio di un diritto, quale è quello della coscienza, non può travalicare il limite del temperamento con il sacrificio del diritto del terzo a ricevere la prestazione sanitaria»; proprio perché l'adempimento del dovere è funzionale alla garanzia di un diritto fondamentale, come quello alla salute e alla autodeterminazione della donna, e più in generale è funzionale al rispetto di quella reciprocità di diritti e doveri che deve caratterizzare il rapporto tra membri di una comunità di diritto. Consentire questo travalicamento significherebbe incidere sulla tenuta stessa di una comunità politica che fonda la sua unità sui doveri costituzionali, di fedeltà alla Repubblica e di osservanza della Costituzione e delle

leggi, e perciò stesso una vittoria dell'individualismo sul principio solidarista.

4. *Intervento di Luciano Violante*

Il terzo intervento, tenuto da Luciano Violante⁵, muove una questione ai costituzionalisti sul motivo per il quale non viene data sufficiente attenzione alla trattazione dei doveri, rispetto a quanto avviene con riguardo ai diritti. Si fa notare che il problema non è solo italiano ma si ripropone anche nella letteratura di altri paesi come Spagna e Francia. In Italia, in particolare, l'ultimo a occuparsi del tema dei doveri è stato nel 1967 Giorgio Lombardi. Dopo di lui solo: «sterminate biblioteche sui diritti e il deserto sui doveri».

Violante pone l'interrogativo sul perché di questa lacuna e, partendo dalla vecchia contrapposizione tra *polis*, regno all'interno del quale si svolgono i rapporti di tipo orizzontale che caratterizzano i doveri, e *oikos*, regno dei diritti, afferma la necessaria condizionalità di queste due realtà. Dopo aver definito la natura dei due poli, il prof. Violante mette in evidenza come la circostanza di non aver colto il valore della relazione fra di essi sia stato alla base della formazione dei meccanismi dissolutori di molte delle moderne società occidentali. Viene quindi sottolineato come la crisi del concetto di comunità politica origini dalla crisi dei partiti politici, nel senso che «i legami di tipo orizzontale che caratterizzano il partito-comunità sono sostituiti da legami verticali, che, seppur consentono l'esplicitazione dei meccanismi di potere, non consentono lo sviluppo di quel partito di cui parla la Costituzione italiana». Violante riafferma che la crisi della comunità è strettamente legata alla debolezza dei doveri e nota come i rapporti di cui sopra si svolgono non in una comunità indistinta ma in una comunità di "altri diversi da me", nella quale il tema dei doveri diventa a maggior ragione fondamentale. Si conclude da questo punto di vista affermando che trascurare la comunità di senso potrebbe concedere uno spazio eccessivo alla comunità di sangue con il rischio di far emergere elementi antidemocratici all'interno della società.

Violante offre un'altra riflessione sull'obiezione di coscienza e sulla sua natura, individuale o collettiva. Prende ad esempio due

⁵ Professore ordinario di istituzioni di diritto e procedura penale presso l'Università di Camerino.

casi, rispettivamente l'interruzione volontaria della gravidanza e la procreazione medicalmente assistita, notando come il fenomeno dell'obiezione di coscienza si sia manifestato non scaturendo da spinte individuali, ma paradossalmente sotto forma di movimento organizzato, la cui finalità di fondo non sembra quella di manifestare e rendere libera l'obiezione quanto piuttosto di bloccare il funzionamento del servizio. I rischi di questo processo sono da un lato il mancato rispetto del diritto della persona, dall'altro il mancato funzionamento del diritto della persona, dall'altro il mancato funzionamento del servizio che invece deve essere necessariamente assicurato, delineandosi un panorama inquietante in cui l'obiezione di coscienza rischia di assurgere al ruolo di clausola risolutiva.

Ormai in chiusura di intervento, il relatore afferma che pensare solo a un diritto (quello dell'obiezione) senza tener conto del funzionamento dell'obiezione a livello sociale ha mostrato un totale disinteresse del legislatore per la funzionalità complessiva del sistema, poiché senza i doveri i diritti restano promesse, non possono diventare realtà.

5. *Considerazioni conclusive*

A partire dagli spunti contenuti negli interventi sopra riportati è possibile trarre alcune conclusioni di carattere generale.

In primo luogo, è emersa con chiarezza l'esistenza di un legame strettissimo fra il concetto di dovere, quello di cittadinanza, e consequenzialmente, quello di unità politica.

Nel pensiero politico occidentale il bene dell'unità, da contrapporsi a quello del disordine, della disgregazione, ha da sempre rappresentato il valore supremo da proteggere. Nel contesto odierno, la realizzazione di tale valore, percepita allo stesso tempo come necessità impellente e traguardo lontano, con riguardo alla situazione nazionale e forse ancor di più a quella sovranazionale, sembra non poter non passare per una riaffermazione dell'importanza della complementarità fra diritti e doveri. Si ambisce quindi al raggiungimento di un equilibrio che possa fondare la convivenza civile su modelli di tipo collaborativo e non sfrenatamente competitivo come quelli che sembrano scaturire da un sovraccarico di pretese individuali a cui non faccia fronte un adeguato "contrappeso" di spinte protese all'offerta e al sacrificio verso la comunità.

Altro rilievo importante, seppur emerso velatamente nel corso della conferenza, è costituito dall'esistenza di un legame fra crisi

dei doveri e crisi della rappresentanza, altro tema di grande attualità. Come rilevato durante la discussione sul libro, un fenomeno sociale come quello dell'obiezione di coscienza, si impone attraverso una sorta di "salto" della fase rappresentativa in favore di una affermazione per così dire incontrollata e immediata di un'istanza del pluralismo sociale, dagli effetti talvolta pregiudizievoli per il prossimo. Poco dopo, e probabilmente non a caso, si descrivevano gli elementi della crisi dei partiti politici, come se la modalità quasi "eversiva" di espressione di certe istanze non fosse determinata esclusivamente da una intrinseca carenza di senso civico, o di leopardiano "amor nazionale" dei consociati, ma da una oggettiva impraticabilità dei canali espressivi che dovrebbero alimentare il processo democratico.

I *cives* hanno forse perso l'abitudine a passare attraverso i percorsi della partecipazione democratica per far valere le proprie pretese individuali perché con la crisi delle strutture di collegamento tali sentieri sono stati erosi fino al punto di diventare invisibili.

ILENIA MESSINA*

IV AMBIENTE E FUTURO

This paper aimed at introducing the conference organized in the context of the “Master in Diritto dell’Ambiente” at “Dipartimento di Scienze Giuridiche” of Sapienza University of Rome. The conference highlighted the connection between the environment and all human activities as well as the primary importance to face the environmental question.

Il 19 febbraio 2015, presso l’aula V della Facoltà di Giurisprudenza si è tenuta la tavola rotonda “Ambiente e futuro”¹ finalizzata a introdurre il master in Diritto dell’ambiente². Si è esposto quanto sia complicato dare una definizione di ambiente, e al contempo indispensabile per il giurista occuparsi di tematiche ambientali. Indispensabile perché nel guardare ai moderni rapporti giuridici non si può fare a meno di notare che, se da un lato i protagonisti sono sempre gli esseri umani, dall’altro è doverosa una riflessione sui beni, sulla loro natura e su come questi si relazionano tra di loro e con gli esseri umani. Per poter tutelare l’ambiente – che risulta essere tutto ciò che ci circonda e non è certo qualcosa di statico ma qualcosa che risente inevitabilmente delle molteplici attività umane sin dalla notte dei tempi – il giurista deve avere una visione molto ampia che abbracci anche le leggi della fisica, della chimica e della biologia. Nel riflettere sulla relazione quasi simbiotica che

* Studentessa del Corso di Laurea in Giurisprudenza. Per la redazione di questo lavoro è stato consultato il prof. Angelo Lalli.

¹ Cui sono intervenuti i professori Angelo Lalli, Filippo Satta, Pierluigi Ciocca e Francesco Karrer.

² Diretto dal professor Angelo Lalli. Questo il link: <http://www.masterambiente.uniroma1.it/>.

intercorre tra ambiente ed economia si è sottolineato che se è innegabile che qualsiasi attività umana si sia ripercossa sull'ambiente in ogni epoca, è altrettanto innegabile che l'economia di mercato capitalistica – che negli ultimi secoli ha portato a uno sviluppo immane delle attività produttive industriali come mai era accaduto prima – ci pone dinanzi alla questione ambientale in modo ancor più evidente. L'economia capitalistica, tra l'altro, ha innestato il perverso meccanismo delle esternalità negative. Si tratta di costi che sfuggono alla sottrazione che l'impresa fa tra costi e ricavi per calcolare il profitto e si riversano sull'ambiente. Riversandosi sull'ambiente provocano un costo non solo in termini economici ma anche meta-economici. Il sistema capitalistico non conosce un meccanismo riequilibrante, pertanto questa macchina sembra inarrestabile e con essa l'ordinamento giuridico è chiamato a confrontarsi. Per emergere da questo meccanismo, si prospettano due possibili soluzioni. La prima, esposta da Nordhaus³, è una soluzione “verde” che, per arrestare le immissioni di anidride carbonica derivanti dalle attività industriali e che determinano un innalzamento della temperatura, auspica una “decrescita serena”. Non sembra però condivisibile dal momento che il capitalismo è una specie di cavallo brado impossibile da domare. Si è osservato, tra l'altro, che «l'ordinamento italiano a partire dagli anni '60 aveva una normativa ambientale che prevedeva il ripristino *ex ante* della situazione». Il concetto era incredibilmente moderno ma il ripristino *ex ante* comporta un costo diseconomico. Le normative comunitarie (ad esempio quelle che hanno introdotto istituti quali la VIA e la VAS), invece, prevedono procedure di valutazione *in itinere* sulle attività e obbligano al miglioramento della tecnologia. Ciò ha un impatto sul PIL. Impatto negativo solo all'entrata in vigore della norma, che diventa positivo man mano che si esercita l'attività di controllo prevista dalla norma stessa. La seconda soluzione parte dall'assunto che il sistema capitalistico è instabile e che solo la crescita può portare maggiore stabilità. L'adozione di una soluzione volta a frenare l'impatto ambientale delle molteplici attività umane deve partire da una maggiore consapevolezza del problema e non può che essere frutto della cooperazione tra tutti i Paesi del globo. È necessario, altresì, che si basi su innovazioni tecnologiche. La tecnologia, infatti, dal '700 in poi ha fornito gli strumenti di soluzione a vari problemi.

³ W. NORDHAUS, *The climate casino. Risk, uncertainty and economics for a warming world*, Yale University press, 2013.