



1506
UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI URBINO
CARLO BO

UUP
URBINO
UNIVERSITY
PRESS

PLURALITÀ & DIRITTO

Alle radici del giuridico

a cura di

Rosa Palavera, Nicola Pascucci, Anna Sammassimo

uup.uniurb.it



**INCONTRI
E PERCORSI**

N.07

INCONTRI E PERCORSI è un collana multidisciplinare che nasce nel 2022 e raccoglie le pubblicazioni di convegni e mostre promossi e organizzati dall'Università di Urbino.

Volumi pubblicati

01.

Le carte di Federico. Documenti pubblici e segreti per la vita del Duca d'Urbino (mostra documentaria, Urbino, Biblioteca di san Girolamo, 26 ottobre - 15 dicembre 2022), a cura di Tommaso di Carpegna Falconieri, Marcella Peruzzi, UUP 2022

02.

Paolo Conte. Transiti letterari nella poesia per musica, contributi di studio a cura di Manuela Furnari, Ilaria Tufano, Marcello Verdenelli, UUP 2023

03.

Il sacro e la città, a cura di Andrea Aguti, Damiano Bondi, UUP 2024

04.

Diritto penale tra teoria e prassi, a cura di Alessandro Bondi, Gabriele Marra, Rosa Palavera, UUP 2024

05.

Federico da Montefeltro nel Terzo Millennio, a cura di Tommaso di Carpegna Falconieri, Antonio Corsaro, Grazia Maria Fachechi, UUP 2024

06.

Penal systems of the sea, edited by Rosa Palavera, UUP 2024



1506
UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI URBINO
CARLO BO

UUP
URBINO
UNIVERSITY
PRESS

PLURALITÀ & DIRITTO

Alle radici del giuridico

a cura di

Rosa Palavera, Nicola Pascucci, Anna Sammassimo

PLURALITÀ & DIRITTO. ALLE RADICI DEL GIURIDICO

a cura di Rosa Palavera, Nicola Pascucci, Anna Sammassimo

Comitato scientifico

Alessandro Bondi, professore ordinario di diritto penale nell'Università degli Studi di Urbino Carlo Bo

Maria Luisa Biccari, professoressa associata di Diritto romano e fondamenti del diritto europeo nell'Università degli Studi di Urbino Carlo Bo

Federica De Iuliis, professoressa associata di Diritto romano e fondamenti del diritto europeo nell'Università degli Studi di Parma

Alberto Fabbri, professore associato di Diritto e religione nell'Università degli Studi di Urbino Carlo Bo

Chiara Gabrielli, professoressa associata di Diritto processuale penale nell'Università degli Studi di Urbino Carlo Bo

Il ciclo di incontri Pluralità & Diritto è stato finanziato dall'Università degli Studi di Urbino Carlo Bo, Dipartimento di Giurisprudenza, nell'ambito del progetto di ricerca Per un diritto penale inclusivo (responsabile scientifico Rosa Palavera).

Progetto grafico

Mattia Gabellini

Referente UUP

Giovanna Bruscolini

PRINT ISBN 9788831205603

PDF ISBN 9788831205580

EPUB ISBN 9788831205597

Le edizioni digitali dell'opera sono rilasciate con licenza Creative Commons Attribution 4.0 - CC-BY, il cui testo integrale è disponibile all'URL:
<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Le edizioni digitali online sono pubblicate in Open Access su:
<https://uup.uniurb.it>

© Gli autori per il testo, 2024

© 2024, Urbino University Press

Via Aurelio Saffi, 2 | 61029 Urbino

<https://uup.uniurb.it/> | e-mail: uup@uniurb.it

L'edizione cartacea del volume può essere ordinata in tutte le librerie fisiche e online ed è distribuita da StreetLib (<https://www.streetlib.com/it/>)

SOMMARIO

LA LEGGE DELLA TERRA: UN'INTRODUZIONE	11
Rosa Palavera, Nicola Pascucci, Anna Sammassimo	

SEZIONE I PLURALITÀ E DISCIPLINA GIURIDICA DELLE ATTIVITÀ ECONOMICO-PRODUTTIVE

LA DIVERSITY NELLA DISCIPLINA DELLA GOVERNANCE SOCIETARIA: ONERE O OPPORTUNITÀ?	19
Elisabetta Righini	

IL PERSEGUIMENTO DEL LUCRO COME CARDINE DELLE SOCIETÀ CAPITALISTE	67
Carlo Emanuele Pupo	

PLURALITÀ E TIPICIÀ PENALE ALLA PROVA DELLA POSTMODERNITÀ	77
Cecilia Valbonesi	

SICUREZZA E LIBERTÀ NELLA PRATICA SPORTIVA IN MONTAGNA: PERCEZIONE DEL RISCHIO E RESPONSABILITÀ PENALE	91
Stefania Rossi	

PLURALITÀ CULTURALI E COMUNICAZIONE DEL RISCHIO NEGLI EVENTI CATASTROFICI: LA COMUNICAZIONE DEL RISCHIO E IL RISCHIO DELLA COMUNICAZIONE	97
Patrizia Di Fulvio	

SEZIONE II PLURALITÀ DI ESIGENZE PROTETTIVE E SISTEMA PENALE: LE VITTIME VULNERABILI

VERSO UN RUOLO SEMPRE PIÙ INCISIVO DELLA VITTIMA VULNERABILE NEL PROCESSO PENALE EUROPEO?	115
Lorenzo Bernardini	

DI VIOLENZA OSTETRICA E GINECOLOGICA, VULNERABILITÀ ED INTERSEZIONALITÀ: PROSPETTIVE EMERGENTI	
---	--

NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI UMANI E DELLA CORTE INTERAMERICANA DEI DIRITTI UMANI	139
Sara Dal Monico	

LE DICHIARAZIONI DELLA PERSONA OFFESA PARTICOLARMENTE VULNERABILE, TRA NUOVE TECNOLOGIE DI DOCUMENTAZIONE E PERDURANTI CRITICITÀ	163
Nicola Pascucci	

LA VITTIMA VULNERABILE NEI REATI DI CUI AL “CODICE ROSSO”. FORME DI TUTELA SOSTANZIALE E PROCESSUALE	189
Cecilia Ascani	

SEZIONE III PLURALITÀ CULTURALE E TUTELA DELLE LIBERTÀ

“TOLLERANZA” RELIGIOSA E TRADIZIONE ROMANA ALL'OMBRA DELL'ALTARE DELLA VITTORIA	207
Margherita Frare	

QUALI LIMITI ALLA LIBERTÀ RELIGIOSA?	233
Anna Sammassimo	

ENDOGAMIA NELL'ORDINAMENTO ISLAMICO, EBRAICO E CANONICO	249
Paolo Lobiati	

LEONARDO SCIASCIA E IL POLITEISMO GIURIDICO. MAFIA E PLURALITÀ DEGLI ORDINAMENTI GIURIDICI	275
Ivan Cecchini	

PARTITI POLITICI E GIUSTIZIABILITÀ. DALL'IMMUNITÀ AI RECENTI CASI DEL PARTITO “MOVIMENTO 5 STELLE”	303
Veronica Montani	

PLURALITÀ DELLE PLURALITÀ. POSTILLA SUL DIRITTO PENALE GLOBALE	329
Rosa Palavera	

LA LEGGE DELLA TERRA: UN'INTRODUZIONE¹

Rosa Palavera, Nicola Pascucci, Anna Sammassimo

«Not Man but men inhabit this planet.
Plurality is the law of the earth»
Hannah Arendt, *The Life of the Mind*

1. DALLA PARTE DELLE RADICI

“Pluralità & Diritto”: titolo semplice, quasi scontato. Senza pluralità, non può darsi significato al diritto. In un mondo di identici trasgressori, il diritto sarebbe ignorato. In un mondo di identici obbedienti, il diritto potrebbe forse – inedita circostanza – *funzionare a meraviglia*, ma sarebbe superfluo. Il diritto è un’impresa umana che nasce tra *diversi* e cerca regole comuni. In questo il suo scopo, in questo la sua difficoltà. In questo la sfida più grande del diritto: cercare, nel comune, l’uomo.

“Alle radici del giuridico”: il sottotitolo di questo volume potrebbe sembrare ambizioso. In realtà, nulla è più *umile* delle radici. Quelle esposte alla vista, che sanno attrarre l’attenzione e affascinare, sono assai rare. Più spesso restano celate, silenti, laboriose. Dalle radici, la pianta non riceve solo ancoraggio e sostegno, ma anche *informazioni* e *nutrimento*. Ogni specie vegetale ha la propria, ma non esiste pianta che possa svilupparsi senza. Da questo spunto è nata l’idea: se davvero senza pluralità non può darsi diritto, la ricerca può rivolgersi anche a quei settori in cui la pluralità non è evidente, in cui *le radici sono nascoste*. Provando a partire dal sottosuolo e a leggere in quella ricchezza celata la storia e le potenzialità di sviluppo del diritto.

Nella sezione I, così, ci si è orientati al mondo della produzione e delle attività imprenditoriali: un’intersezione con il tema della pluralità nel diritto forse non usuale, ma che si è dimostrata assolutamente feconda. Prendendo le mosse dalla più classica delle pluralità, quella di genere, si è

1 Il contributo è frutto della riflessione comune dei tre Curatori; tuttavia, il paragrafo 1 è opera di Rosa Palavera, il paragrafo 2 di Nicola Pascucci e il paragrafo 3 di Anna Sammassimo.

riflettuto sul ruolo dei *diversity boards* nel portare a emersione la capacità generativa e unitiva degli approcci plurali: in altre parole, la diversità come *risorsa*, invece che come problema (Elisabetta Righini).

Si è passati poi, sempre nella prospettiva del diritto commerciale, alla pluralità dei fini dell'agire umano e, in particolare, alla graduazione e alla complessità della realtà delle *società lucrative*: realtà plurale all'interno dell'ordinamento, ma anche rispetto alla quale le diverse tradizioni giuridiche si pongono con pluralità di approcci (Carlo Emanuele Pupo).

La riflessione si snoda poi nel territorio del rischio. Ulisse nel suo viaggio di ritorno a Itaca è l'eroe postmoderno e plurale che offre la chiave di lettura del rapporto, millenario e sempre attuale, tra rischio e complessità. Ed ecco apparire in tutta la sua inadeguatezza l'opzione penalistica – l'inutile tentativo di domare il rischio multiforme guardandolo con la “lente monocromatica e monofocale” della responsabilità colposa – e l'istanza indifferibile di immaginare e costruire invece percorsi di prevenzione e di risposta al reato *plurali e complessi*, che interagiscano con la scienza, con le organizzazioni nella loro interezza, con la comunità (Cecilia Valbonesi).

Seguono poi due ulteriori *focus* sul rischio in diritto penale. Il primo, dedicato all'indagine della pluralità degli approcci al rischio sotto il profilo, per così dire, *soggettivo e di contesto*, a partire dall'esempio paradigmatico della pratica sportiva in montagna (Stefania Rossi). Il secondo, dal ben distante punto prospettico degli *eventi catastrofici*, con particolare riguardo alle procedure di prevenzione e mitigazione del rischio per la popolazione e alla conseguente esigenza di distinguere e integrare forme di comunicazione assai differenti per soggetti obbligati, modalità, contenuti e destinatari (Patrizia Di Fulvio).

Questa prima carrellata di temi, peraltro, offre un ulteriore spunto per la nostra riflessione “a gambe all'aria”. Se si pensa ai disastri idrogeologici osservandoli dal sottosuolo, subito si rammenta come le radici non servano soltanto a tener saldo l'albero, ma anche a rendere coeso il terreno. E proprio in questo scambio ecosistemico si auspica che il diritto possa rispondere alla metafora. Non solo traendo alimento dalla pluralità, ma anche rendendola un fattore di contrasto alla disgregazione sociale. La ricerca prosegue, quindi, interrogandosi sugli strumenti che il diritto può predisporre a questo fine.

2. VITTIME VULNERABILI, PLURALITÀ DI ESIGENZE PROTETTIVE E RADICAMENTO DI VALORI CONDIVISI: UNA SFIDA PER LA GIUSTIZIA PENALE

La sezione II del volume è dedicata alle esigenze protettive delle vittime “vulnerabili”, categoria estremamente eterogenea sia al suo interno che rispetto alla generalità delle vittime, costituente una particolare declinazione della *pluralità* nel sistema penale. Esse acquistano una sempre maggiore centralità, anche sulla spinta della crescente considerazione sopranazionale.

Nel cammino per il riconoscimento di tali esigenze protettive in seno al Consiglio d'Europa e all'Unione europea si evidenzia il ruolo fondamentale della Corte EDU e della Corte di Giustizia. Si preannunciano i futuri passi di questo percorso, ma nel compierli occorre evitare che la prospettiva “vittimo-centrica” finisca per ledere i diritti dell'imputato (Lorenzo Bernardini).

Interessante punto di vista è lo studio della violenza ostetrica e ginecologica nella giurisprudenza della Corte EDU e della Corte interamericana dei diritti umani. Il tema consente di riflettere sui rapporti tra vulnerabilità e intersezionalità, concetto, quest'ultimo, che considera le condizioni di discriminazione in cui maturano tali atti violenti, spesso plurime e operanti in modo simultaneo (Sara Dal Monico).

Sul versante nazionale, centrali sono le dichiarazioni del minorenne e della persona offesa particolarmente vulnerabile. L'obiettivo del legislatore è duplice: ottenere un contributo il più possibile genuino ed evitare traumi al dichiarante. La normativa, però, è stata oggetto di riforme disorganiche, che l'hanno resa asistemica e di difficile interpretazione. Le innovazioni in tema di tecnologie di documentazione evidenziano sì passi avanti, ma anche criticità (Nicola Pascucci).

La necessità di adattare gli strumenti di tutela alle esigenze concrete emerge nitidamente per la vittima dei delitti di violenza domestica e di genere di cui al c.d. “Codice Rosso”, specifica tipologia di persona offesa vulnerabile. Si studia la disciplina in chiave sostanziale e processuale, anche alla luce della normativa europea e riservando la dovuta attenzione ai fondamentali profili dell'assistenza linguistica (Cecilia Ascani).

L'essenzialità di una disciplina *ad hoc* per le vittime particolarmente vulnerabili discende quindi dal previo riconoscimento di una pluralità di condizioni soggettive e deriva dalle loro peculiari caratteristiche, che spesso abbisognano di interventi calibrati sulle rispettive necessità di tutela nel

procedimento penale, diverse da quelle delle altre vittime ed eterogenee tra loro. Un approccio caso per caso, il quale, tuttavia, non può prescindere da un'attenta regolamentazione legislativa, per evitare che l'indefettibile valutazione discrezionale dell'autorità procedente si trasformi in arbitrio.

Nulla di più deleterio che perdere di vista le finalità del processo: non solo accertare i fatti, ma anche proteggere l'imputato, presunto innocente, da forme di giustizia sommaria. La tutela della persona offesa particolarmente vulnerabile non può mai tradursi in un *vulnus* ai diritti difensivi dell'imputato stesso.

Rispondere alle esigenze delle vittime "fragili" significa, in ultima analisi, rivolgersi all'intera comunità, in ossequio alla norma costituzionale per cui «la giustizia è amministrata in nome del popolo» (art. 101 comma 1 Cost.). La loro tutela sostanziale e processuale è un esempio di come il diritto costituisca un insostituibile strumento per conferire unità ad una società plurale: è suscettibile di svolgere funzioni di prevenzione generale positiva, di indirizzo culturale verso il radicamento di valori solidaristici condivisi, con benefici per tutti i consociati.

3. PLURALISMO GIURIDICO, LIBERTÀ E TOLLERANZA

Nella III sezione del volume, quella più specificamente culturale e per questo motivo posta a chiusura del lavoro, il rapporto tra diritto e pluralità è declinato nei termini del pluralismo giuridico, in particolare con riferimento a due essenziali ambiti della socialità: quello della politica e quello della religione.

Al proposito si è voluto innanzitutto ripercorrere, in senso diacronico e sincronico, la teoria del pluralismo giuridico per sottolineare come essa sia ai nostri giorni «una chiave interpretativa» indispensabile «per comprendere la complessità del mondo giuridico contemporaneo» e per mostrare le conseguenze che tale attività ermeneutica produce finanche sulla vita dei partiti politici, prendendo ad esempio il recentissimo caso del "Movimento 5 Stelle" (Silvia Montani).

Sempre rimanendo nell'ambito cd. politico, si è sottolineato come nei romanzi di Sciascia si descriva la complessità del reale attraverso la contrapposizione tra due sistemi giuridici diversi, quello dello Stato e quello della "sua Sicilia" e si richiami la tolleranza volteriana come «unica virtù soggettiva e civile che bisogna diffondere e affermare ovunque per avere sicurezza e felicità» (Ivan Cecchini).

Il concetto di tolleranza è centrale anche nel richiamo ad una ben nota vicenda romana riportata da Simmaco, che già nel IV sec. d.C. rifletteva su come nel costante e immemore intreccio tra politica, religione e cultura la tradizione romana era uno strumento di inclusione nel senso però di apertura verso il diverso e non di semplice accettazione (Margherita Frare).

Sono poi indagati gli approcci nei diversi sistemi giuridici a forte connotazione identitaria di fronte al manifestarsi della *mixité* in ambito matrimoniale, nella sfida della costituzione di una società religiosamente esogamica: il fenomeno dei matrimoni misti si presenta oggi così sempre di più come un banco di prova della multiculturalità e dell'integrazione (Paolo Lobiati).

Infine, non poteva mancare, nel contesto anzi descritto, un approfondimento sul diritto di libertà religiosa e, soprattutto, sui limiti dello stesso: limiti giustamente indefinibili a priori e dipendenti, in larga parte, dal confronto o dallo scontro con altri diritti individuali fondamentali (Anna Sammassimo).

A conclusione della terza sezione, parrebbe non potersi che ribadire l'ovvio e cioè che il diritto è lo strumento indispensabile per gestire la pluralità, perché senza un pluralismo giuridicamente presidiato e tutelato non può esistere un'autentica libertà. Qualche pagina, tuttavia, attende ancora il lettore: lo sguardo del "diritto terribile" sulla pluralità delle pluralità (Rosa Palavera).

Perché anche la ricerca è plurale. E non finisce mai.

SEZIONE I

PLURALITÀ E DISCIPLINA GIURIDICA DELLE ATTIVITÀ ECONOMICO-PRODUTTIVE

LA DIVERSITY NELLA DISCIPLINA DELLA GOVERNANCE SOCIETARIA: ONERE O OPPORTUNITÀ?

Elisabetta Righini

Università degli Studi di Urbino Carlo Bo

*“La donna sarà davvero uguale all’uomo
il giorno in cui verrà dato un incarico
per un posto importante
ad una donna incompetente”*

François Giraud

1. GOVERNANCE SOCIETARIA E RUOLO DELLE MINORANZE

La sottorappresentazione delle minoranze nei board delle società quotate o di grandi dimensioni, come all’interno dei posti di comando nelle principali organizzazioni economiche, politiche e finanziarie (cioè, in sostanza, all’interno dei centri di potere della moderna società capitalistica) è un dato di fatto che accomuna anche i sistemi economico-politici dei più importanti paesi e delle principali economie.

Negli stessi Stati Uniti, ad es. la stragrande maggioranza dei componenti dei consigli di amministrazione delle più importanti società sono uomini e di razza bianca. La situazione non è assai diversa in tutti gli altri paesi, se si eccettuano quegli ordinamenti in cui sono previste obbligatoriamente quote di minoranza all’interno di tali organismi. La discriminazione di genere si somma poi a quella di carattere etnico: se negli USA le persone di colore occupano una netta minoranza dei posti disponibili all’interno dei consigli di amministrazione, la condizione delle donne di colore è ancora peggiore, se esse rappresentano solo una minima percentuale del numero complessivo degli amministratori. Nonostante questo, il numero dei componenti dei board appartenenti al genere femminile e alle

minoranze è in lenta ma costante crescita, soprattutto per alcune categorie, come ad es. quella di origine asiatica e latino-americana¹.

Tuttavia, questi dati non devono spingere ad eccessi di ottimismo: spesso i rappresentanti delle minoranze che siedono nei consigli occupano più posti all'interno delle medesime società, cosicché il numero degli individui effettivamente coinvolti rimane comunque piuttosto ridotto. Questo fenomeno ha determinato, da parte di alcuni², la preoccupazione che possa trattarsi, in realtà, di fenomeni di “facciata”, in cui un numero limitato di professionisti, sempre gli stessi, rappresentativi delle varie minoranze, occupano i pochi posti a disposizione in numerose società, senza determinare un cambiamento sostanziale, anzi affossandolo, nel momento in cui l'ingresso di questi pochi rappresentanti delle minoranze rappresenta un pretesto per non estendere gli sforzi verso un effettivo pluralismo.

Nonostante queste note critiche, resta comunque come fattore positivo il dato che, almeno a livello teorico, il favore verso politiche di tutela della diversità all'interno dei centri decisionali delle società è apparso via via assumere sempre maggiore diffusione. Non sempre del tutto chiaro è, tuttavia, quali potrebbero essere le effettive ragioni, motivazioni e i vantaggi, di questa scelta.

Fondamentalmente, le principali argomentazioni addotte a sostegno delle politiche di diversity si fondano su motivi di equità nell'offrire le medesime opportunità anche agli appartenenti a quei gruppi storicamente esclusi dalle posizioni apicali e di potere, nonché su considerazioni di carattere pratico, che sostengono la maggiore efficienza di una governance societaria fondata su principi di diversità.

1.1 DIVERSITY E PERFORMANCES SOCIETARIE: UNA CORRELAZIONE IMPOSSIBILE?

Abbondano in proposito numerosi studi e ricerche sul tema³ i cui metodi,

1 Per questi dati risalenti a qualche anno fa, ma non distanti dalla realtà attuale v. D. RHODE - a. K. PACKEL, *Diversity on Corporate Boards: How Much Difference Does Difference Make?*, in *Delaware Journal of Corporate Law (DJCL)*, Vol. 39, n. 2, pp. 377-426, 2014, <https://ssrn.com/abstract=1685615>, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1685615>

2 D. M. BRANSON, *initiatives to place women on corporate boards of directors—a global snapshot*, in *journal of corporate law*, 2012, 37, p.793, p. 800 : “Women may be serving on four, five, six, or seven boards of directors.”;

3 In generale sul tema degli effetti della presenza di rappresentanti di generi diversi all'interno degli organi di governo societari v. : R. ADAMS-P. FUNK, *Beyond the Glass Ceiling: Does Gender Matter?*, *European Corporate Governance Institute Working Paper Series in Finance*, 273, 2010; R.

e conseguentemente risultati, appaiono non sempre lineari e pertanto controversi. Infatti, mentre alcuni studi evidenziano correlazioni positive tra la diversità nella composizione dei consigli e le prestazioni economiche aziendali, misurate con varie e differenziate metriche⁴, altre ricerche non rilevano alcuna significativa correlazione in senso positivo⁵. Inoltre, la

ADAMS-D. FERREIRA, *Women in the Boardroom and Their Impact on Governance and Performance*, in *Journal of Financial Economics*, 2009, 2, pp. 291-309; R. ADAMS - D. FERREIRA, *A Theory of Friendly Boards*, in *Journal of Finance*, 2007, 1, pp. 217-250; R. ADAMS - J. NOWLAND - S. GRAY, *is there a case for female directors? Evidence from the Market Reaction to All New Director Appointments*, 23rd Australasian Finance and Banking Conference 2010, 2011; K. FARRELL - P. HERSCH, *Addition to Corporate Boards: the Effect of Gender*, in *Journal of Corporate Finance*, 2005, 11, pp. 85-106; V. KRAMER - A. KONRAD - S. ERKUT - M. HOOPER, *Critical Mass on Corporate Boards: Why three or More Women Enhance Governance*, in *Director Monthly*, 2007, pp. 19-22; C.B. SHRADER - V.B. BLACKBURN - P. ILES, *Women in management and firm financial performance: an explorative study*, in *Journal of Managerial Issues*, 1997, 3, pp. 355-372; R. WINTER-EBMER - J. ZWEIMÜLLER, *Unequal Assignment and Unequal Promotion in Job Ladders*, in *Journal of Labor Economics*, 1997, 1, pp. 43-71. Con specifico riferimento alle conseguenze economiche della diversity nei boards, v.: H. DALE-OLSEN - P. SCHONE - M. VERNER, *Diversity among Norwegian boards of directors: does a quota for women improve firm performance?*, in *Feminist Economics*, 2013, 4, pp. 110-135; N. SMITH - V. SMITH - M. VERNER, *Do women in top management affect firm performance? A panel study of 2,500 Danish firms*, in *International Journal of Productivity and Performance Management*, 2006, 7, pp. 569-593; C. SEIERSTAD - P. GABALDON - H. MENSI-KLARBACH (eds.), *Gender Diversity in the Boardroom*, vol. 1: *The Use of Different Quota Regulations*, Palgrave Macmillan, London, 2017; S. DE MASI, *La diversità di genere negli organi di governo delle imprese*, Giappichelli, Torino, 2019.

4 Fra i molti v. con riferimento a ROE e EBIT v. MCKINSEY, *Women matter 2014-Woman at the top of corporations: making it happen*, McKinsey, 2014, p. 8 e MCKINSEY, *Women Matter, Time to accelerate, Ten years of insights into gender diversity*, McKinsey, 2017; relativamente all'andamento azionario v. CREDIT SWISS, *Gender Diversity and corporate performance*, agosto 2012; https://infocus.credit-suisse.com/data/_product_documents/shop/360145/csri_gender_diversity_and_corporate_performance.pdf e CREDIT SWISS, *CS Gender 3000*, 2019; con riferimento al costo più favorevole del capitale v. F.A. GUL-C. MIN - B. SRINIDI, *Gender Diversity on US Corporate Boards and Cost of Capital*, *American Accounting Association Annual Meeting and Conference on Teaching and Learning in Accounting*, San Francisco, 2011; con riferimento a ROA e Tobin q : R.B. ADAMS - D. FERREIRA, *Women in the boardroom and their impact on governance and performance*, in *Journal of Financial Economics*, 2009, 94, p. 291, ss; in generale v. K. FARRELL - P. HERSH, *Additions to corporate boards: the effect of gender*, cit.; M. SCHWARTZ-ZIV, *Gender and Board Activeness: The Role of Critical Mass*, in *Journal of Financial and Quantitative Analysis*, 2, 2017; A. WITTENBERG-COX - A. MAITLAND, *Why Women Mean Business: Understanding the Emergence of our next Economic Revolution*, 2008, <http://www.oecd.org/dev/poverty/44847251.pdf>; S. TERJESEN - R. SEALY - V. SINGH, *Women Directors on Corporate Boards: A Review and Research Agenda*, in *Corporate Governance: An International Review*, 2009, 17 (3), pp. 320-337; R. CASSELLS - A. DUNCAN, *Gender Equity Insights 2020: Delivering the Business Outcomes*, 2020, BCEC|WGEA Gender Equity Series, Issue 5, <https://bcec.edu.au/assets/2020/06/BCEC-WGEA-Gender-Equity-Insights-2020-Delivering-the-Business-Outcomes.pdf>; M. NOLAND - T. MORAN, *Study: Firms with More Women in the C-Suite Are More Profitable*, in *Harvard Business Review*, 2016, <https://hbr.org/2016/02/study-firms-with-more-women-in-the-c-suite-are-more-profitable>; con riferimento specifico alla situazione italiana v. G.S.F. BRUNO - A. CIAVARELLA - N. LINCIANO, *Boardroom gender diversity and performance of listed companies in Italy*, in *Quaderni di Finanza Consob*, n. 87, settembre 2018, reperibile sul sito della Commissione all'indirizzo <http://www.consob.it/documents/46180/46181/wp87>.

5 Non individuano a questo proposito relazioni significative fra indicatori e performance finan-

maggioranza degli studi si focalizza sui temi di “genere”, dimenticando o trascurando la componente di carattere etnico, che può invece svolgere un ruolo importante nella determinazione dei risultati⁶.

In proposito, è vero che numerosi lavori scientifici a livello internazionale e in vari paesi hanno individuato correlazioni positive tra la presenza di una diversità di genere all'interno dei consigli di amministrazione e l'esistenza di migliori risultati sotto il profilo delle performances economiche e finanziarie, misurate attraverso diversi indicatori.

Tuttavia, assai più difficile, al di là della presenza di semplici correlazioni, è dimostrare l'esistenza di un reale rapporto di causa ed effetto tra i due elementi. I pochi studi che si sono orientati in questo senso hanno

ziarie e la presenza di quote di genere nelle società italiane a quasi dieci anni dall'entrata in vigore della legge Golfo-Mosca R. PROVASI - M. HARASHEH, *Genere e performance delle società quotate italiane*, in C. BUZZACCHI - R. PROVASI (a cura di), *Dalle gender alle diversity quotas. Un impegno per società e istituzioni*, Atti del Convegno del 29 gennaio 2020, Università Milano Bicocca, Giapichelli, Torino, 2021, p. 73 e ss. V. anche S. A. ZHARA - W. W. STANTON, *The Implications of Board of Directors' Composition for Corporate Strategy and Performance*, in *International Journal of Management*, 1988, 5, p. 229, in part. p. 231-233; C. B. SHRADER et al., *Women in Management and Firm Financial Performance: An Exploratory Study*, in *Journal of managerial issues*, 1997, 9, p. 355, in part. p. 365; K. HUSSEIN - B. KIWIA, *Examining the Relationship Between Female Board Members and Firm Performance—A Panel Study of U.S. Firms*, 14 (June 27, 2009), <http://perma.cc/9AGC-UTVQ> (che esclude correlazioni positive tra rappresentanza femminile nel board e ROA o Tobin's Q in uno studio su 250 società quotate U.S.A dal 2000 al 2006), T. MILLER - M. C. TRIANA, *Demographic Diversity in the Boardroom: Mediators of the Board Diversity—Firm Performance Relationship*, in *Journal of Management Studies*, 2009, 46, p.755, in part. p.777; R. B. ADAMS - D. FERREIRA, *Women in the Boardroom and Their Impact on Governance and Performance*, cit., in part. p. 292, pp. 305-307; I. GREGORY-SMITH - B. G.M. MAIN - C. A. O'REILLY III, *Appointments, Pay and Performance in UK Boardrooms by Gender*, in *The Economics. Journal*, 2014, p.109 ss., p.122-123 (“The overall conclusion is . . . that there is no evidence here of any boardroom gender diversity effect showing through to overall company performance.”).

6 Il tema si inserisce in quello più ampio dell'inclusione e delle diversità nelle imprese ad ogni livello, con le relative problematiche in materia di costi/benefici. V. sul punto: M.J. CONYON - L. HE, *Firm performance and boardroom gender diversity: A quantile regression approach*, in *Journal of Business Research*, 2017, 79, pp. 198-211, <https://doi.org/10.1016/j.jbusres.2017.02.006>; L. DE VITA, *The diversity managements approach: new implications for gender policies in Italy*, in *Equality, Diversity and Inclusion: An International Journal*, 2010,8, pp. 724-742. <https://doi.org/10.1108/0261015-1011089492>; A.A. PERRYMAN - G.D. FERNANDO - A. TRIPATHY, *Do gender differences persist? An examination of gender diversity on firm performance, risk, and executive compensation*, in *Journal of Business Research*, 2016, 2, pp. 579-586, <https://doi.org/10.1016/j.jbusres.2015.05.013>. Con specifico riferimento alla situazione italiana v. A. MURGIA - B. POGGIO, *Moving societies and immobile organizational practices: the winding road of diversity management in Italy*, in AA.VV., *International Handbook on Diversity Management at Work*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2014; S. DE MASI, *La diversità di genere negli organi di governo delle imprese*, cit.; R. RICCÒ, *La gestione consapevole delle diversità in impresa: una soluzione strategica ancora da scoprire in Italia*, in AA.VV., *Workshop dei docenti e dei ricercatori di organizzazione aziendale: l'organizzazione fa la differenza?*, Carocci, Roma, 2008; M. BUEMI - M. CONTE - G. GUAZZO, *Il Diversity Management per una crescita inclusiva. Strategie e strumenti*, Franco Angeli, Milano, 2016.

messo in evidenza tutte le difficoltà in materia, spingendosi alcuni fino ad affermare che, al contrario, sarebbe proprio il maggiore successo economico di una società a determinare un aumento della diversità all'interno del consiglio, in quanto tali imprese sarebbero in grado, in virtù del proprio successo, di attrarre i migliori candidati, indipendentemente dal loro genere ed origine etnica⁷. Le stesse imprese avrebbero poi maggiori risorse da destinare al conseguimento di politiche di diversity aziendale⁸, anche per la maggiore pressione da parte dell'opinione pubblica, dei mercati e dei grandi investitori istituzionali, così, come, infine, potrebbero esservi altri e concomitanti fattori idonei a determinare sia una migliore performance economica, sia una maggiore diversità nella composizione del board.

Non mancano, infine, anche gli studi, a livello internazionale, che non hanno individuato alcuna relazione, o al contrario hanno rilevato addirittura relazioni negative, tra politiche di diversità e rendimento aziendale⁹.

Un ulteriore elemento che può rendere inconclusivo questo tipo di studi è infine la loro grande eterogeneità, sia per quanto riguarda aspetti temporali, geografici, di contesto economico e sociale, sia aspetti di ordine politico, societario, regolamentare, finanziario, culturale e così via, oltre ovviamente alla grande varietà dei metodi adottati¹⁰.

Da questo punto di vista, al di là dell'aspetto metodologico, a giocare un ruolo essenziale è la diversità dei contesti socioeconomici e di mercato presi in considerazione dalle molte ricerche. Inoltre, il rapporto tra le caratteristiche nella composizione dei consigli, compresa la diversità, e il rendimento economico-finanziario delle società è per sua natura complesso e gli effetti possono essere di tipo indiretto, giacché le funzioni svolte dal consiglio di amministrazione sono multiple e varie. Pertanto, l'eventuale diversità può esprimere effetti diffusi su ciascuna di tali funzioni, così da rendere assai difficile individuare possibili rapporti di causalità¹¹.

La maggioranza degli studi è concorde nell'affermare la sottorappresentazione di donne e altre minoranze ai livelli più elevati della gover-

7 D. L. RHODE - A. K. PACKEL, *Diversity on Corporate Boards: How Much Difference Does Difference Make?*, cit. p. 390.

8 D.L. RHODE - A.K. PACKEL, *Leadership: Law, Policy, and Management*, Wolters Kluwer Law & Business, 2011.

9 D.L. RHODE - A.K. PACKEL, *Diversity on Corporate Boards: How Much Difference Does Difference Make?*, cit. p.385.

10 D.L. RHODE - A.K. PACKEL, *Diversity on Corporate Boards: How Much Difference Does Difference Make?*, cit. p. 390.

11 Per queste considerazioni v. D. RHODE - A. K. PACKEL, *Diversity on Corporate Boards: How Much Difference Does Difference Make?*, cit. p. 390 ss.

nance societaria, ma ancora non si è riusciti a dimostrare a livello generalizzato una relazione tra diversità e migliori performances economiche.

1.2 DIVERSITY ED EFFICACIA ORGANIZZATIVA DELLA GOVERNANCE

Per questa ragione sempre più diffusa appare l'opinione per cui gli effetti della diversità dovrebbero essere individuati, più che nella performance economica, in elementi quali il miglioramento dei processi decisionali del consiglio, la reputazione aziendale e le capacità di governo della società¹².

Da questo punto di vista, un argomento assai comune, a livello sia accademico sia aziendale, è che la diversità migliori la capacità decisionale del consiglio e le funzioni di controllo, sulla base sia di ricerche nell'ambito delle scienze sociali, sia attraverso l'analisi dei processi decisionali degli organi amministrativi e le esperienze dirette dei loro membri.

In particolar modo, questa opinione si fonda sulla convinzione che la diversità può utilmente contrastare il fenomeno negativo del "pensiero di gruppo", o "groupthink", in cui l'esigenza psicologica dei membri di un organismo collegiale di uniformarsi al pensiero della maggioranza impedisce ad essi di esprimere le ulteriori competenze che potrebbero spingerli verso l'adozione di scelte alternative¹³.

In proposito, in letteratura si alternano tre diverse teorie sulle modalità e i processi attraverso i quali la diversità potrebbe contrastare questo fenomeno¹⁴.

Secondo la prima teoria, l'elemento decisivo è che uomini e donne possiedono diverse caratteristiche e punti di forza, e pertanto politiche maggiormente inclusive potrebbero consentire la presenza, all'interno degli organi decisionali, di una più vasta gamma di capacità¹⁵. Ad es., in ambito finanziario diverse evidenze empiriche sottolineano che le donne sono maggiormente avverse al rischio rispetto agli uomini, elemento che può

12 D. L. RHODE - A. K. PACKEL, *Diversity on Corporate Boards: How Much Difference Does Difference Make?*, cit. p. 393.

13 V. I. L. JANIS, *Victims of groupthink: A psychological study of foreign-policy decisions and fiascoes*, Houghton Mifflin, Boston, Mass, 1972.

14 D. L. RHODE - A. K. PACKEL, *Diversity on Corporate Boards: How Much Difference Does Difference Make?*, cit. p.394 ss.

15 N. AMMON JIANAKOPOLOS - A. BERNASEK, *Are Women More Risk Averse?*, in *Economic Inquiry*, 1998, 36, p. 620, in part. p. 629; E. ERMER et al., *Relative Status Regulates Risky Decision-Making about Resources in Men: Evidence for the Co-Evolution of Motivation and Cognition*, in *Evolution & Human Behaviour*, 2008, 29, p.106, in part.p. 116 (riconoscendo la maggiore propensione al rischio del genere maschile).

contribuire ad una gestione economica e finanziaria più prudente¹⁶. Ciò a sua volta potrebbe contribuire a contrastare le tendenze speculative in grado di influenzare la stessa tenuta dei mercati e delle istituzioni finanziarie, come le recenti crisi globali hanno insegnato. Inoltre, secondo alcune opinioni, le donne si contraddistinguerebbero per il maggiore livello di fiducia e di spirito di collaborazione che connoterebbe il loro approccio professionale, con effetti positivi sulle complesse dinamiche consiliari¹⁷.

Una seconda teoria, circa l'idoneità delle politiche di diversità a migliorare i processi decisionali, si fonda sulla constatazione che donne e rappresentanti di altre minoranze possiedono esperienze di vita diverse rispetto a quelle classiche degli individui maschi caucasici¹⁸. Ciò permetterebbe di prendere in considerazione un più ampio raggio di opzioni e possibili soluzioni ai problemi aziendali¹⁹. In sostanza, il meccanismo positivo innescato dalla diversità consisterebbe nel generare un conflitto cognitivo, determinando una varietà di opinioni contrastanti, conoscenze diversificate, diverse prospettive che comporterebbero a loro volta una più completa considerazione di un vasto ambito di opinioni, interpretazioni, alternative e possibili conseguenze²⁰.

16 K. CARLSON - R.E. COOPER, *A Preliminary Investigation of Risk Behavior in the Real World*, in *Proceedings of the Division of Personality and Society Psychology*, 1974, Vol. 1, n. 1, p. 7-9; N. KOGAN - K. DORROS, *Sex differences in risk taking and its attribution*, in *Sex Roles: A Journal of Research*, 1978, Vol. 4, n. 5, pp. 755-765; M. FACCIO - M. MARCHICA - T. MURA, *CEO gender, corporate risk-taking, and the efficiency of capital allocation*, in *Journal of Corporate Finance*, 2016, Vol. 39, n. C, pp. 193-209.

17 Con riferimento al tema delle differenze specifiche nel comportamento economico di uomini e donne, sotto diversi profili, v.: J. ANDREONI - L. VESTERLUND, *Which is the Fair Sex? Gender Differences in Altruism*, in *Quarterly Journal of Economics*, 2001, 116, pp. 293-312; S. ATHEY - C. AVERY - P. ZEMSKY, *Mentoring and Diversity*, in *American Economic Review*, 2000, 4, pp. 765-786; C.C. ECKEL - PH. J. GROSSMANN, *Differences in the Economic Decision of Men and Women: Experimental Evidence*, in C. PLOTT - V. SMITH (eds.), *Handbook of Experimental Results*, North Holland, Amsterdam, 2008, pp. 509-519; J.E.V. JOHNSON - P.L. POWELL, *Decision Making, Risk and Gender: Are Managers Different?*, in *British Journal of Management*, 1994, 2, pp. 123-138; M. NIEDERLE - L. VESTERLUND, *Do Women Shy Away from Competition? Do Men Compete too Much?*, in *Quarterly Journal of Economics*, 2007, 3, pp. 1067-1101. Sulle differenze nella gestione della leadership in ambito maschile e femminile v. A.H. EAGLY - S.J. KARAU - M.G. MAKHJANI, *Gender and the effectiveness of leaders: a meta-analysis*, in *Psychological Bulletin*, 1995, 1, pp. 125-145; B.M. BASS, in *Bass and Stogdill's Handbook of leadership*, New York, 1990. B.M. BASS - B.J. AVOLIO - L. ATWATER, *The transformational and transactional leadership of men and women*, in *Applied Psychology: An International Review*, 1996,1, pp. 5-34.

18 D. L. RHODE - A. K. PACKEL, *Diversity on Corporate Boards: How Much Difference Does Difference Make?*, cit. p.395 ss.

19 D. J. POLDEN, *Forty Years After Title VII: Creating an Atmosphere Conducive to Diversity in the Corporate Boardroom*, in *University Mem. Law Review*, 2005, 36, p. 67, in part. p. 85.

20 L. L. DALLAS, *The New Managerialism and Diversity on Corporate Boards of Directors*, in

La diversità all'interno degli organi decisionali a carattere collegiale, come il consiglio di amministrazione, potrebbe quindi favorire la qualità delle decisioni collettive e l'esercizio delle funzioni di controllo e di monitoraggio aziendale del consiglio perché i gruppi con una composizione non omogenea e diversificati sarebbero meno inclini a focalizzarsi su posizioni estreme e sono più propensi a dedicare tempo ad analisi approfondite e di migliore qualità²¹.

Altre opinioni ritengono, inoltre, che i consigli a composizione differenziata siano anche meglio in grado di contrastare fenomeni di corruzione interni alla società, in quanto avrebbero il grado di indipendenza necessario per affrontare con il management anche le questioni più scomode e difficili²². Inoltre, le amministratrici, rispetto ai loro colleghi maschi, sarebbero più inclini ad esaminare questioni riguardanti un numero più ampio di stakeholders e tenderebbero ad estendere il raggio degli argomenti in discussione²³. Infine, i gruppi consiliari a composizione mista sarebbero in grado di coinvolgere reti informative più ampie e possederebbero una maggiore creatività e capacità di innovazione²⁴.

Altre ricerche, tuttavia, metterebbero in evidenza che una più efficiente capacità decisionale, in termini di maggiore velocità ed efficacia, non sarebbe collegata tanto alla diversità di composizione del gruppo dal punto di vista demografico, quanto piuttosto ad una composizione articolata dal punto di vista delle competenze, delle funzioni e delle esperienze lavorative dei componenti. In proposito, il bagaglio di esperienze formative, lavorative e socioeconomiche degli amministratori di sesso femminile o appartenenti ad altre minoranze sarebbe in realtà abbastanza simile a quello dei loro colleghi di sesso maschile, dovendo necessariamente avere

Tulane Law Review, 2002, 76, p. 1363, in part. p.1391; F J. MILLIKEN - L. L. MARTINS, *Searching for Common Threads: Understanding the Multiple Effects of Diversity in Organizational Groups*, in *Academic Management Review*, 1996, 21, p. 402, 416.; E. BEECHER-MONAS, *Marrying Diversity and Independence in the Boardroom: Just How Far Have You Come, Baby?*, in *Or. Law Review*, 2007, 86, p. 373, 394.

21 K. W. PHILLIPS et al., *Is the Pain Worth the Gain? The Advantages and Liabilities of Agreeing with Socially Distinct Newcomers*, in *Personality & Social Psychology Bulletin*, 2009, 35, p. 336, in part. p.337, p. 346.

22 S. A. RAMIREZ, *A Flaw in the Sarbanes-Oxley Reform: Can Diversity in the Boardroom Quell Corporate Corruption?*, in *St. John's Law Review*, 2003, 77, p. 837, in part. p.839.

23 V. W. KRAMER et al., *Critical Mass On Corporate Boards: Why Three Or More Women Enhance Governance*, Wellesley Ctrs. for Women, 11, 2006

24 D. VAN KNIPPENBERG - C.K.W. DE DREU-A.C. HOMAN, *Work group diversity and group performance an integrate model an research agenda*, in *Journal of Applied Psychology*, 2014, 89, pp. 8-22.

seguito lo stesso percorso formativo e professionale per sviluppare le richieste competenze²⁵. Inoltre, per quanto riguarda le eventuali difformità di vedute da parte delle amministratrici o di amministratori appartenenti a minoranze etniche, la loro effettiva influenza all'interno del dibattito consiliare sarà molto limitata, quando il loro ruolo sia solo apparente e si tratti di nomine puramente di facciata²⁶.

In conclusione, gli studi sull'influenza della composizione di genere all'interno dei consigli di amministrazione nei processi decisionali portano a indicazioni non omogenee e non conclusive, anche perché alcune ricerche suggerirebbero che uomini e donne tenderebbero a comportarsi in maniera uniforme quando ricoprono i medesimi ruoli²⁷.

Altri studi, poi, addirittura metterebbero in evidenza che la diversità demografica potrebbe determinare un più elevato livello di ansia e conflittualità nel consiglio, che potrebbe contrastare o annullare i benefici forniti da una più ampia capacità di visione e di discussione²⁸.

Esiste infine una terza teoria, che ipotizza che sia la stessa esistenza di una diversità interna e di composizione ad alterare le dinamiche consiliari in senso positivo²⁹. Innanzitutto, un gruppo privo di diversità interna è meno in grado di gestire i conflitti, in quanto inattesi e non abituali. Altri invece sostengono che la diversità di composizione del consiglio offra un importante segnale di credibilità nei confronti degli osservatori esterni³⁰, in quanto trasmetterebbe un'immagine d'impegno in materia di pari opportunità e di sensibilità e attenzione verso una pluralità di stakeholders, e, in generale, una governance avanzata, aperta e progressista, che può incidere positivamente sull'immagine e sulla reputazione aziendale³¹.

25 L. M. FAIRFAX, *The Bottom Line on Board Diversity: A Cost-Benefit Analysis of the Business Rationales for Diversity on Corporate Boards*, in *Wisconsin Law Review*, 2005, p. 795, in part. p. 832-836.

26 M. TORCHIA - C. CALABRÒ - M. HUSE, *Women directors on corporate boards: From tokenism to critical mass*, in *Journal of Business Ethics*, 2011, Vol. 102, pp. 299-317;

27 S. NIELSEN - M. HUSE, *The Contribution of Women on Boards of Directors: Going Beyond the Surface*, in *Corporate Governance: An International Review*, 2010, 18, p. 136, in part. p. 138.

28 L. H. PELLÉD et al., *Exploring the Black Box: An Analysis of Work Group Diversity, Conflict, and Performance*, in *Administrative Sciences Quarterly*, 1999, 44, pp. 1, 2, 20-24; L. M. FAIRFAX, *The Bottom Line on Board Diversity: A Cost-Benefit Analysis of the Business Rationales for Diversity on Corporate Boards*, cit., p. 834.

29 D. L. RHODE - A. K. PACKEL, *Diversity on Corporate Boards: How Much Difference Does Difference Make?*, cit. p.398 ss.

30 J.L. WALLS -A.J. HOFFMAN, *Exceptional boards: environmental experience and positive deviance from institutional norms*, in *Journal of Organizational Behaviour*, 2013, 2, pp. 253- 271.

31 L. M. FAIRFAX, *The Bottom Line on Board Diversity: A Cost-Benefit Analysis of the Business*

Nonostante un numero minore di studi su questa linea, diverse evidenze scientifiche sono a favore di questa teoria. As es., alcuni studi rilevano una relazione positiva tra la proporzione di amministratecrici all'interno del consiglio e il numero di funzionari donna che la società impiegherà probabilmente in futuro anche in posizioni apicali³².

Altri studi hanno messo in evidenza che, in alcuni settori produttivi e industriali, la presenza di amministratori donne, o appartenenti alle minoranze, può migliorare la reputazione aziendale nei confronti dei consumatori³³.

Un campo di indagine su cui alcuni studi hanno posto, inoltre, l'attenzione è se la diversità possa influenzare positivamente la probabilità e l'efficacia del whistleblowing, in quanto, secondo questa teoria, la maggiore posizione di indipendenza degli amministratori appartenenti alle minoranze e la maggiore probabilità che essi abbiano sperimentato situazioni di ingiustizia e sopruso potrebbe incrementare la loro predisposizione a denunciare e ad accogliere positivamente eventuali denunce³⁴. Analogamente, le società con una forte governance femminile sembrano meno portate a comportamenti speculativi, e a frodi e scandali finanziari³⁵. Inoltre, le società con forte governance femminile si caratterizzano per una maggiore attenzione e scrupolosità nei controlli contabili e nella trasparenza dell'informazione verso il pubblico e gli azionisti³⁶.

Rationales for Diversity on Corporate Boards, cit., p. 852.

32 R. J. BURKE, *Women on corporate boards of directors: A needed resource*, in *Journal of Business Ethics*, 1997, Vol. 16, pp. 909-915; C.M. DAILY - D.R. DALTON - A.A. CANNELLA, *Corporate governance: Decades of dialogue and data*, in *Acad. Management Review*, 2003, Vol. 28, n. 3, pp. 371-382; D.A. MATSA - A.R. MILLER, *Chipping away at the glass ceiling: Gender spillovers in corporate leadership*, in *American Economic Review*, 2011, Vol. 101, pp. 635-639; S. SKAGGS - K. STAINBACK - P. DUNCAN, *Shaking things up or business as usual? The influence of female corporate executives and board of directors on women's managerial representation*, in *Social Science Research*, 2012, Vol. 41, pp. 936-941; A. COOK - C. GLASS, *Women and top leadership positions: Towards an institutional analysis*, in *Gender, Work and Organization*, 2014, Vol. 21, pp. 91-103; Id., *Diversity begets diversity? The effects of board composition on the appointment and success of women CEOs*, in *Social Science Research*, 2015, Vol. 53, pp. 137-147.

33 D. L. RHODE - A. K. PACKEL, *Diversity on Corporate Boards: How Much Difference Does Difference Make?*, cit. p. 401

34 M. P. MICELI - E. J. P. NEAR, *Blowing The Whistle: The Organizational And Legal Implications For Companies And Employees*, Lexington, New York, 1992, p.120; M. P. MICELI - J. P. NEAR - E. T. MOREHEAD DWORKIN, *Whistle-Blowing In Organizations*, Routledge, London, 2008, p. 60-61.

35 L.J. ABBOTT - S. PARKER - T.J. PRESLEY, *Female Board Presence and the Likelihood of Financial Restatement*, in *Accounting Horizons*, 2012, Vol. 26, (4), pp. 607-629.

36 L.J. ABBOTT - S. PARKER - T.J. PRESLEY, *Female Board Presence and the Likelihood of Financial Restatement*, cit., pp. 607-629; A. MARK - M.A. CLATWORTHY - M.J. PEEL, *The impact of voluntary audit and governance characteristics on accounting errors in private companies*, in *Journal of Accounting and Public Policy*, Vol. 32(3), pp. 1-25; D. CUMMING - T.L. LEUG - O. RIU, *Gender Diversity*

Un altro aspetto rispetto al quale si rileva l'importanza di una composizione differenziata degli organi amministrativi riguarda la maggiore propensione dei board con elevata presenza femminile verso politiche di CSR, ESG, sostenibilità e attenzione per gli stakeholders³⁷.

Data la complessità, e a volte la contraddittorietà, dei risultati delle molteplici ricerche, dovuta anche a limiti di ordine metodologico, in sostanza i benefici in termini finanziari delle politiche di diversità nella governance societaria non devono essere sopravvalutati. Allo stesso tempo, tuttavia, tale rilevanza non deve essere sottovalutata, tenendo conto anche degli importanti aspetti valoriali, in termini di equità, giustizia e pari opportunità, che esse offrono, oltre che del significato simbolico che esse rivestono nei confronti dei vari stakeholders. La diversità di composizione nel board, in termini di genere, mette in evidenza che il punto di vista

and Securities Fraud, in *Academy of Management Journal*, 2015, Vol. 58(5), pp. 1572-1593; I. GAVIOUS - E. SEGEV - R. YOSEF, *Female directors and earnings management in high-technology firms*, in *Pacific Accounting Review*, 2012, Vol. 24, pp. 4-32; F.A. GUL - M. HUTCHINSON - K.M.Y. LAI, *Gender-diverse boards and properties of analyst earnings forecasts*, in *Accounting Horizons*, 2013, Vol. 27, pp. 511-538; M.B. LARKIN - R.A. BERNARDI - S.M. BOSCO, *Does female representation on boards of directors associate with increased transparency and ethical behavior?*, in *Accounting and the Public Interest*, 2013, Vol. 13, pp. 132-150; G. RICHARDSON - G. TAYLOR - R. LANIS, *Women on the board of directors and corporate tax aggressiveness in Australia*, in *Accounting Research Journal*, 2016, Vol. 29, pp. 313-331; B. SRINIDHI - F.A. GUL - J. TSUI, *Female directors and earnings quality*, in *Contemporary Accounting Research*, 2011, Vol. 28, pp. 1610-1644; A. UPADHYAY - H. ZENG, *Gender and ethnic diversity on boards and corporate information environment*, in *Journal of Business Research*, 2014, Vol. 67, pp. 2456-2463.

37 R.B. ADAMS - N. AMIR - N. LICHT - L. SAGIV, *Shareholders and Stakerholders: how do directors decide?*, in *Strategic Management*, 2011, 12; E. WEBB, *An examination of socially responsible firms' board structure*, in *Journal of Management and Governance*, 2004, 8, pp. 255-277; J.L. WALLS - A.J. HOFFMAN, *Exceptional boards: environmntal experience and positive deviance from istitutional norms*, cit.; C. GLASS - A. COOK - A.R. INGERSOLL, *Do women leaders promote sustainability? Analyzing the effect of corporate governance composition on environmental performance*, in *Business Strategy and the Environment*, 2015; R. PROVASI - M. HARASHEH, *Genere e performance delle società quotate italiane*, cit.; S. BEAR - N. RAHMAN - C. POST, *The impact of board diversity and gender composition on corporate social responsibility and firm reputation*, in *Journal of Business Ethics*, 2010, Vol. 97, pp. 207-221; I. BOULOUTA, *Hidden connections: The link between board gender diversity and corporate social performance*, in *Journal of Business Ethics*, 2013, Vol. 113, pp. 185-197; A. COOK - C. GLASS, *Women and top leadership positions: Towards an institutional analysis*, in *Gender, Work and Organization*, 2014, Vol. 21, pp. 91-103; A. COOK - C. GLASS, *Diversity begets diversity? The effects of board composition on the appointment and success of women CEOs*, cit. pp. 137-147; T. HAFSI - G. TURGUT, *Boardroom diversity and its effect on social performance: Conceptualization and empirical evidence*, in *Journal of Business Ethics*, 2013, Vol. 112, pp. 463-479; M. HARIOTO - I. LAKSMANA - R. LEE, *Board diversity and corporate social responsibility*, in *Journal of Business Ethics*, 2015, Vol. 132, pp. 641-660; C.A. MALLIN - G. MICHELON, *Board reputation attributes and corporate social performance: An empirical investigation of the US best corporate citizens*, in *Accounting and Business Research*, 2011, Vol. 41, pp. 119-144; C. POST - N. RAHMAN - C. MCQUILLEN, *From board composition to corporate environmental performance through sustainability-themed alliances*, in *Journal of Business Ethics*, 2015, Vol. 130, pp. 423-435.

femminile è importante all'interno di un'organizzazione e che esiste un impegno concreto verso la parità di genere. Inoltre, la diversità consente alle società di accedere ad una più vasta platea di talenti con una composizione variegata di competenze dirigenziali e manageriali³⁸.

1.3 POLITICHE DI INCLUSIONE ED INTERESSE DEGLI INVESTITORI

Se le politiche di diversità trovano quindi sicuramente un riscontro sotto il profilo della responsabilità sociale dell'impresa e dell'attenzione nei confronti degli stakeholders, proprio questo aspetto è stato di recente messo sotto accusa, sostenendo che l'adozione di politiche di inclusività potrebbe in realtà rappresentare un costo che appesantisce i conti delle società, a danno di azionisti e investitori³⁹.

A tal fine un'interessante indagine è stata condotta, proprio con lo scopo di verificare se gli investitori, a livello aggregato di valore di mercato, assegnino o meno un valore positivo alle politiche societarie di diversità e inclusione⁴⁰.

In proposito, la ricerca ha analizzato gli effetti di un esperimento sociale, unico nel suo genere, attuato nello stato USA della Florida, dove, sin dal 2022, le autorità locali, seguendo un orientamento politico conservatore, hanno adottato lo "Stop WOKE Act", il primo esempio di legislazione che ha proibito l'attuazione di iniziative di inclusione in ambito lavorativo, vietando pertanto alle società la possibilità di adottare politiche di diversity.

38 Con riferimento a questi vari aspetti a sostegno di una legislazione che imponga un riequilibrio di genere nella composizione degli organi societari v. V. M. CALLEGARI - E. DESANA - M. SARALE, *Dai soliti noti" alla "gender diversity": come cambiano gli organi di amministrazione e di controllo delle società*, in *Giur. it.*, 2015, p. 2245 e p. 2515; C. BUZZACCHI, *Il rilancio delle quote di genere della legge Golfo-Mosca: il vincolo giuridico per la promozione di un modello culturale*, in *Federalismi*, 8 luglio 2020, p. 35 ss., federalismi.it; A. BLANDINI - F. MASSA, *Dell'equilibrio fra i generi: principi di fondo e "adattamenti del diritto societario"*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, pp. 443.

39 In questo senso si è espresso infatti recentemente in diverse dichiarazioni sui social media il miliardario Elon Musk, (<https://twitter.com/elonmusk/status/1745158868676546609>; <https://www.forbes.com/sites/forbesbusinessdevelopmentcouncil/2023/05/11/the-business-case-for-diversity-equity-and-inclusion/?sh=1f44984c2838>; <https://hbr.org/2020/03/the-right-thing-to-do>) sollevando critiche alle politiche DEI (Diversity, Equity, Inclusion) in quanto pregiudizievoli per gli shareholders della società (v. H. BRISCOE-TRAN, *Do Investors Value DEI?*, in *Faculty Of Law Blogs / University Of Oxford*, 15 luglio 2024).

40 H. BRISCOE-TRAN, *Do investors value DEI? Evidence from the Stop WOKE Act*, (June 13, 2024). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4865475> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4865475>.

Attraverso l'analisi della reazione dei mercati a tale provvedimento, è stato possibile riscontrare un netto crollo del valore delle società con sede in Florida pari all'1,80 per cento (per un valore annualizzato del 61%) in più rispetto alle società statunitensi con sede in altri stati. Tradotto in termini monetari, l'effetto è stato equivalente in media a circa 96 milioni di dollari per ogni società quotata con sede nello stato, valore superiore a quello della reazione dei mercati ad un evento drammaticamente serio quale la morte improvvisa dell'amministratore delegato. Inoltre, non si è trattato di un fenomeno temporaneo e provvisorio: la reazione negativa del mercato si è protratta per mesi a partire dall'annuncio iniziale.

Al fine di consolidare i risultati della ricerca, sono state valutate anche altre finestre temporali, diverse modalità di selezione delle società esaminate, varie tipologie di imprese e attività produttive, e sempre il risultato finale è stato decisamente nel senso di riconoscere che effettivamente gli investitori e il mercato assegnano una valutazione nettamente positiva alle iniziative di diversità e inclusione delle imprese.

Circa le possibili spiegazioni di tale riscontro positivo, sono state avanzate tre possibili ipotesi: la prima riguarda l'esistenza di un possibile maggiore valore reale intrinseco delle azioni come effetto delle politiche di diversità e inclusione, la seconda il maggiore supporto che a seguito di tali politiche le società riceverebbero dagli stakeholders più rilevanti, la terza l'esistenza di una vera e propria preferenza degli azionisti per l'adozione da parte della società di politiche di responsabilità sociale. In particolar modo, è quest'ultima la teoria che appare maggiormente fondata, alla luce dell'indagine svolta, e pertanto gli azionisti delle società prese in considerazione dall'indagine (specialmente in quei settori economici dove le politiche di diversity assumono un ruolo strategico anche dal punto di vista finanziario). Al fine di dare maggiore consistenza a questa conclusione, lo studio ora analizzato ha preso in considerazione anche altre variabili, come gli eventuali costi di attuazione di queste politiche, e le reazioni al provvedimento legislativo esaminato anche in altri settori, come quello dell'educazione e dell'istruzione, oltre che in ambito economico e finanziario, ma le risultanze sono rimaste invariate. Specificamente, un evento che ha fornito significativi elementi di prova si è verificato nell'agosto del 2022, a seguito del provvedimento di un giudice federale che temporaneamente sospese l'applicazione dello Stop Woke Act, determinando un aumento della quo-

tazione delle azioni delle società che avevano precedentemente sofferto per l'entrata in vigore di tale provvedimento normativo.

Può quindi conclusivamente affermarsi che lo studio in questione attesta in maniera consistente l'esistenza di una preferenza di fondo degli shareholder verso le politiche di diversità e inclusione, anche se questo fenomeno non è omogeneo in tutte le società, essendo più evidente in quelle di minori dimensioni, e quindi meno in grado di salvaguardare il valore dei loro titoli sul mercato.

2. IL TEMA DELLA DIVERSITÀ DI GENERE NELLA REALTÀ ITALIANA. POLITICHE, PRASSI E NORMATIVE

Il tema della diversità, nell'esperienza italiana, è stato prevalentemente affrontato nell'ottica della diversità di genere. Infatti, tradizionalmente il nostro Paese si segnala, anche tra quelli più avanzati, per la persistenza di una forte disparità della condizione femminile rispetto a quella maschile⁴¹, soprattutto con riferimento alle condizioni economiche e lavorative delle donne e alla loro partecipazione ai centri decisionali della vita politica e sociale⁴². Questo nonostante, negli ultimi decenni, il ruolo delle donne nell'economia italiana abbia subito profondi cambiamenti. In passato, la società italiana era fortemente patriarcale, con le donne relegate principalmente ai ruoli di mogli e madri e limitate alle attività domestiche. Tuttavia, nonostante recenti evoluzioni abbiano portato a un significativo aumento della partecipazione femminile nell'economia e nella società, l'influsso del precedente retaggio continua ad essere persistente. La trasformazione è stata influen-

41 Il *Report* del Forum Economico Mondiale 2020 colloca l'Italia al 76° posto nella classifica globale del divario di genere e al 117° per la partecipazione femminile nel mercato del lavoro, su 153 Paesi (WORLD ECONOMIC FORUM 2020, *Global Gender Gap Report*, 2020). In Italia, il tasso di occupazione femminile è molto basso, pari nel 2019/2020 (CENSIS-PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI-DIPARTIMENTO PER LE PARI OPPORTUNITÀ, *Rspct* Respect. Stop Violence against Women, Indagine Censis-Respect*, 2019) al 53,1%, con le donne concentrate in pochi settori, spesso meno prestigiosi e meno remunerativi rispetto a quelli dominati dagli uomini. In Italia, molte donne lavorano in posizioni dequalificate rispetto ai loro titoli di studio e sperimentano condizioni lavorative più precarie rispetto agli uomini. Il 48,2% degli italiani ritiene che le donne debbano studiare di più per ottenere gli stessi risultati degli uomini. Le donne sono sottorappresentate nei ruoli dirigenziali, con solo il 27% dei dirigenti, sei punti percentuali sotto la media europea. Il "soffitto di cristallo" rimane un fenomeno diffuso, ostacolando l'avanzamento delle donne nelle carriere in tutti i settori a causa di stereotipi e disparità di genere.

42 V. in generale sul punto: M. D'ASCENZO, *L'illusione del cambiamento*, in C. BUZZACCHI - R. PROVASI (a cura di), *Dalle gender alle diversity quotas. Un impegno per società e istituzioni*, *Atti del Convegno del 29 gennaio 2020*, Università Milano Bicocca, Giappichelli, Torino, 2021, p. 34.e ss.

zata da vari fattori, tra cui un maggiore accesso all'istruzione per le donne, politiche di parità di genere a livello nazionale e internazionale e cambiamenti culturali che hanno messo in discussione i tradizionali ruoli di genere. Nonostante i progressi compiuti, le donne italiane affrontano tuttavia ancora notevoli sfide per raggiungere la piena parità economica e sociale.

Queste difficoltà sono riconducibili ad una pluralità di fattori, fra cui innanzitutto la persistenza di stereotipi, che rendono la marginalità del lavoro femminile e la disparità di genere ancora prevalenti⁴³, privando il Paese di risorse intellettuali ed economiche. Questo fenomeno è il risultato di una cultura patriarcale che vede la casa come il “luogo ideale delle donne” e il loro ruolo principale come quello di prendersi cura della famiglia. Altre difficoltà sono determinate da numerose disparità in materia salariale e di welfare, per cui, da un lato, le limitazioni all'entrata femminile nel mondo del lavoro sono rafforzate dalla mancanza di un sistema di welfare adeguato, che sfocia poi in rapporti di lavoro meno tutelati e meno retribuiti, e spesso in part-time involontari. Questi e altri fattori influenzano le pari opportunità lavorative, fra cui la maternità è uno dei principali. Le donne con figli hanno meno opportunità di assunzione e carriera e, a parità di lavoro svolto, guadagnano meno (con penalizzazioni in termini di impiego, leadership e salario). Infatti, nel sistema italiano, i compiti di accudimento e di cura delle persone, sia bambini sia anziani e disabili, sono ancora prevalentemente affidati alle donne, anche per la carenza di adeguate misure di welfare familiare e aziendale, inclusi servizi di assistenza come asili e supporto agli anziani, oltre a misure di welfare aziendale con congedi, incentivi economici e tutele previdenziali per malattie, infortuni e maternità⁴⁴.

43 Sulla disparità economica e il pregiudizio antifemminile v. L. ROSTI, *Dirigenti senza laurea e laureate senza dirigenza*, in *Alley Oop-Il Sole 24 Ore*, 6 luglio 2020; P. BORDALO - K. COFFMAN - N. GENNAIOLI - A. SHLEIFER, *Beliefs about Gender*, in *American Economic Review*, 3, 2019. V. Anche C. QUARTARARO - E. RUPPINI, *Il genere nell'università. Il Centro di ricerca interdipartimentale per gli studi di genere ABCD*, in C. BUZZACCHI - R. PROVASI (a cura di), *Dalle gender alle diversity quotas. Un impegno per società e istituzioni, Atti del Convegno del 29 gennaio 2020, Università Milano Bicocca, Giappichelli*, Torino, 2021, p. 113 e ss.

44 Sulle cause che determinano la posizione di svantaggio delle donne all'interno della sfera economica e professionale in Italia v. B. FALCOMER - U. SAUERWALD, *Donne e lavoro: una sfida in corso. L'esperienza di Valore D e delle aziende associate*, in C. BUZZACCHI - R. PROVASI (a cura di), *Dalle gender alle diversity quotas. Un impegno per società e istituzioni, Atti del Convegno del 29 gennaio 2020, Università Milano Bicocca, Giappichelli*, Torino, 2021, p. 159 e ss., in part. p. 166 ss.; FONDAZIONE STUDI CONSULENTI DEL LAVORO, *Meno figli, meno lavoro. La conciliazione che ancora manca per le donne italiane*, 2020; SAVE THE CHILDREN, *Le Equilibriste: la maternità in Italia*, 2020; A. CASARICO - S. LATTANZIO, *Quanto mi costi: l'effetto della maternità sulle donne*, in *LaVoceInfo*, 6 marzo 2020. Per un'analisi sociologica della condizione lavorativa e professionale delle donne in Italia, v. G. M. CVALETTO - M. OLAGNERO, *Ancora troppo poche. Le regole invisibili delle carriere femminili*,

Significativo, da questo punto di vista, il fatto che l'Italia possieda un Gender Equality Index⁴⁵ (come rilevato nel 2019) inferiore alla media dei Paesi dell'Unione Europea. L'indice, sviluppato dall'European Institute for Gender Equality, assegnava all'Italia un punteggio di 63, rispetto a una media europea di 67,4. Il risultato più basso per l'Italia si registrava nella sezione dedicata al potere, dove il punteggio era di 47,6, contro una media europea di 51,9⁴⁶. L'ultima rilevazione del 2023 (relativa a dati del 2021-2022), rileva un netto miglioramento per l'Italia, con un indice complessivo di 68,2, tuttavia sempre inferiore alla media europea, che nel periodo è salita al 70,2, superando per la prima volta i 70 punti. Anche per quanto riguarda il potere il punteggio italiano si è alzato, arrivando a 62,7 e superando in questo caso una media europea di 59,1, soprattutto per merito delle quote di genere. Infatti, il dato relativo al potere economico è pari a 54,7 a livello europeo mentre sale a 66,6 in Italia. Con riferimento all'indice generale, il nostro Paese si pone comunque, come si è visto, complessivamente un poco al di sotto della media europea, contro un punteggio massimo di paesi come la Svezia pari ad 82,2⁴⁷.

Il contesto sociale complessivo rimane, in ogni caso, penalizzante per le donne italiane e incide negativamente sulla loro condizione economica e lavorativa, ma anche sulla condizione economica e lo sviluppo del Paese nel suo insieme. Infatti, una leadership femminile insufficiente, con la scarsa presenza di donne in ruoli di leadership, incide negativamente sullo sviluppo economico, sociale e politico, determinando una condizione complessiva di arretratezza. In proposito, è importante tenere presenti i costi anche economici della mancanza di diversità: limitare la presenza delle donne a pochi ruoli progettuali e decisionali ha un costo elevato per il Paese, che si traduce in una crescita lenta e priva la società di visioni e competenze cruciali per ripensare e costruire il futuro con prospettive più ampie e diverse.

Come accennato in precedenza, numerose ricerche, come quelle precedentemente citate, dimostrano che la diversità di genere migliora il processo decisionale nei consigli di amministrazione, con le donne che portano maggiore eterogeneità. Le consigliere partecipano alle riunioni ben preparate e consapevoli delle loro responsabilità, così come il complessivo

in M. CALLEGARI – E. R. DESANA – M. SARALE (a cura di), *Speriamo che sia femmina: l'equilibrio fra i generi nelle società quotate e a controllo pubblico nell'esperienza italiana e comparata*, Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino, Torino, 2021 p. 31 ss.

45 EIGE, *Gender Equality Index*, 2019, <https://eige.europa.eu/gender-equality-index/2019>.

46 M. D'ASCENZO, *L'illusione del cambiamento*, cit., p. 34.e ss.

47 EIGE, *Gender Equality Index*, 2023, <https://eige.europa.eu/gender-equality-index/2023/IT>

atteggiamento delle donne dirigenti dimostra una maggiore apertura rispetto agli uomini nel riconoscere la mancanza di competenze e informazioni. Le donne si mostrano più inclini a fare domande e a porre le questioni, anche scottanti, sul tavolo. Infine, non va dimenticato l'impatto positivo complessivo della presenza femminile: le donne arricchiscono le discussioni, rendendole più sfumate e profonde. In Italia, specificamente, come vedremo, l'esperienza delle quote di genere con la Legge Golfo-Mosca (l. n. 120/2011) ha portato ulteriori benefici alle organizzazioni: la presenza di più donne nei consigli di amministrazione ha contribuito a un aumento del livello di istruzione (data l'elevata qualificazione delle donne selezionate) e a una riduzione dell'età media dei membri dei CdA⁴⁸.

Per contrastare la situazione di arretratezza, diviene indispensabile adottare interventi normativi e sociali che garantiscano l'integrazione di un numero significativo di donne capaci e meritevoli nelle posizioni di vertice delle aziende pubbliche, private e del terzo settore, così come nella magistratura, nella sanità, nell'istruzione, nei media, nei partiti politici, negli enti locali, nel parlamento, nel governo, nelle autorità garanti e negli enti governativi. In sostanza, in tutte le dimensioni e strutture che costituiscono la società e lo Stato. Le donne in posizioni di vertice hanno una responsabilità particolare nel diventare modelli positivi per le altre donne, soprattutto per le giovani, promuovendo il cambiamento attraverso metodi di lavoro alternativi. L'uguaglianza di genere è essenziale per lo sviluppo personale e professionale di ogni individuo, e ogni limitazione alle opportunità di crescita rappresenta un freno per lo sviluppo collettivo. Aumentare la presenza femminile ai vertici è fondamentale poi per ridefinire un linguaggio inclusivo che superi il sessismo e favorisca il confronto leale⁴⁹.

Tre aspetti chiave della vita professionale delle donne richiedono un intervento istituzionale: l'ingresso nel mercato del lavoro, la permanenza nel mondo del lavoro e la valorizzazione delle diversità. Affrontare il divario di genere è un compito complesso che necessita di tempo e politiche continuative, capaci di adattarsi ai cambiamenti del mercato del lavoro. Interventi legislativi a lungo termine sono essenziali per promuovere un cambiamento culturale. Incentivi per le aziende che adottano politiche inclusive posso-

48 G.S.F. BRUNO - A. CIAVARELLA - N. LINCiano, *Boardroom gender diversity and performance of listed companies in Italy*, cit.

49 M. CARADONNA, *Mondo delle professioni. Abbattere il «soffitto di cristallo» ripensando il lavoro e la conciliazione in una prospettiva nuova*, in C. BUZZACCHI - R. PROVASI (a cura di), *Dalle gender alle diversity quotas. Un impegno per società e istituzioni*, Atti del Convegno del 29 gennaio 2020, Università Milano Bicocca, Giappichelli, Torino, 2021, p. 181.e ss., in part. p. 186.

no favorire la creazione di valore culturale ed economico, mentre politiche mirate possono sostenere le donne nella loro permanenza nel mondo del lavoro, in particolare durante la maternità. Per migliorare l'equilibrio tra vita lavorativa e privata, è fondamentale non solo potenziare il welfare aziendale e facilitare l'accesso ai servizi per la famiglia, ma anche adottare modalità organizzative flessibili, all'interno di una leadership partecipativa, basata sull'inclusione, sull'ascolto e con un focus particolare sull'equità di genere⁵⁰. Uomini e donne partecipano spesso ai processi di sviluppo economico in modo diverso, rendendo necessaria la promozione della parità di genere attraverso un approccio di "gender equity" che consideri le diverse esigenze in termini di diritti, doveri, benefici e opportunità. I risultati più duraturi si otterranno solo costruendo una reale alleanza tra uomini e donne e creando reti tra imprese, associazioni e altre realtà orientate al cambiamento. I servizi di welfare dovrebbero considerare le esigenze familiari lungo tutto il ciclo di vita, riconoscendo il valore del lavoro di cura e promuovendo la condivisione dei carichi tra uomini e donne. Per sostenere lo sviluppo delle donne nella vita lavorativa è essenziale considerare la loro dualità di madri e lavoratrici e le difficoltà di conciliare vita privata e lavoro⁵¹.

Ma prima di tutto, è necessario un cambiamento culturale per superare gli stereotipi, per smantellare quei meccanismi obsoleti che ancora purtroppo gravano sulle donne e sulla società. Si tratta di percorso educativo che, per portare cambiamenti duraturi e diffusi, dovrebbe iniziare già dalle scuole. Per abbattere le barriere e superare gli stereotipi che frenano lo sviluppo professionale delle donne, è necessario infatti intervenire sul fronte culturale, promuovendo un'educazione che favorisca l'empowerment femminile fin dalle scuole e supporti la parità salariale e la condivisione dei carichi di cura⁵².

L'importanza di un percorso che si articoli in questo senso, è riconosciuta anche da una serie importante di interventi a livello internazionale ed europeo. Basti a questo proposito innanzitutto menzionare l'Agenda 2030 delle Nazioni Unite⁵³, che dedica il goal 5, articolato poi in successivi tar-

50 V. B. FALCOMER - U. SAUERWALD, *Donne e lavoro: una sfida in corso. L'esperienze di Valore D e delle aziende associate*, cit., p. 171 ss.

51 M. CARADONNA, *Mondo delle professioni. Abbattere il «soffitto di cristallo» ripensando il lavoro e la conciliazione in una prospettiva nuova*, cit., p. 187.

52 M. CARADONNA, *Mondo delle professioni. Abbattere il «soffitto di cristallo» ripensando il lavoro e la conciliazione in una prospettiva nuova*, cit., p.186.

53 L'Agenda ONU 2030 per lo Sviluppo Sostenibile, sottoscritta nel settembre 2015 dai governi dei 193 paesi membri, include diciassette obiettivi globali che danno seguito ai risultati degli Obiet-

get, proprio al tema della parità di genere. In particolare il goal 5 individua i seguenti target: porre fine alla discriminazione verso donne e ragazze in ogni contesto, eliminare la violenza contro donne e bambine, inclusi il traffico e lo sfruttamento sessuale, abolire pratiche abusive come i matrimoni forzati e le mutilazioni genitali femminili, valorizzare la cura e il lavoro domestico non retribuito, fornendo infrastrutture di supporto e promuovendo la responsabilità condivisa in ambito familiare, garantire la piena partecipazione femminile, in posizioni decisionali politiche, economiche e pubbliche, assicurare l'accesso universale alla salute sessuale e riproduttiva e ai diritti riproduttivi, promuovere riforme per dare alle donne pari diritti all'accesso alle risorse economiche, proprietà e servizi finanziari, rafforzare l'uso delle tecnologie per l'emancipazione delle donne, adottare politiche e leggi per promuovere la parità di genere e l'emancipazione di donne e bambine a tutti i livelli.

In particolar modo, ai nostri fini, rilievo particolare assumono il target 5.5., che si propone di “garantire piena ed effettiva partecipazione femminile e pari opportunità di leadership ad ogni livello decisionale in ambito politico, economico e della vita pubblica” e i target 5.a. e 5.c., che si riferiscono alla necessità di “avviare riforme per dare alle donne uguali diritti di accesso alle risorse economiche così come alla titolarità e al controllo della terra e altre forme di proprietà, di servizi finanziari, eredità e risorse naturali, in conformità con le leggi nazionali” e di “adottare e intensificare una politica sana ed una legislazione applicabile per la promozione della parità di genere e l'emancipazione di tutte le donne e bambine, a tutti i livelli”.

Inoltre, anche il Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza individua la parità di genere come una priorità trasversale e prevede una Strategia Nazionale per la Parità di Genere 2021-2026, allineata con la Strategia Europea. Questo piano mira a colmare il divario di inclusione sociale e rilanciare l'economia dopo la crisi. La Strategia coinvolge amministrazioni centrali, regioni, province e comuni, con un monitoraggio basato su specifici indicatori e target. In tal modo viene espressamente riconosciuta l'importanza dell'inclusione e della partecipazione femminile per lo sviluppo non solo sociale ma anche economico della società europea.

Sono inoltre numerosi i provvedimenti normativi che il legislatore italiano ha adottato al fine di assicurare il raggiungimento della parità di genere. Fra questi deve essere in primis ricordata la già citata l.12 luglio 2011, n.

120 (Legge Golfo-Mosca), poi prorogata con la l. 27 dicembre 2019, n.160) che ha introdotto un meccanismo per equilibrare la rappresentanza di genere negli organi collegiali delle società italiane quotate e delle società controllate dalle pubbliche amministrazioni. La l. 5 novembre 2021, n. 162 ha poi istituito la certificazione della parità di genere per attestare le misure adottate dai datori di lavoro per ridurre il divario di genere in vari ambiti lavorativi. L'Italia ha inoltre ratificato la Convenzione ILO OIL n. 190 del 2019 contro la violenza di genere nel mondo del lavoro, riconoscendo la violenza e le molestie come violazioni dei diritti umani. Inoltre, la legge di bilancio 2021 (l. 30 dicembre 2020, n. 178) ha aumentato i giorni del congedo di paternità, avanzando verso la parità di genere e la sensibilizzazione culturale⁵⁴.

Anche a livello europeo non sono mancati i provvedimenti volti a riequilibrare la parità fra uomini e donne in ambito sociale ed economico

Nel novembre 2022, l'Unione Europea ha approvato la direttiva (UE) 2381/2022 che impone alle aziende degli Stati membri di realizzare entro il 2026 l'obiettivo di avere il quaranta per cento di donne tra gli amministratori non esecutivi nei consigli di amministrazione delle società quotate. La Direttiva (UE) 2023/970 del Parlamento Europeo e del Consiglio, adottata il 10 maggio 2023, rafforza la parità di retribuzione tra uomini e donne per lavori di pari valore tramite la trasparenza retributiva. Il regolamento del Consiglio sulla trasparenza retributiva del 24 aprile 2023, obbliga le imprese a fornire informazioni sulle retribuzioni e ad agire se il divario retributivo di genere supera il cinque per cento. La direttiva prevede risarcimenti per le vittime di discriminazione retributiva e sanzioni, incluse ammende, per i datori di lavoro non conformi.

3. LA DISCIPLINA DELLE QUOTE DI GENERE NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

Come accennato, una disciplina legislativa specifica sulle quote di genere è stata introdotta nel nostro ordinamento (secondo temporalmente solo alla Norvegia, che aveva adottato analoghe disposizioni nel 2003)⁵⁵ con la l. 12

54 Per una prima raccolta commentata di leggi in materia di pari opportunità v. AA. Vv. *Codice delle Pari Opportunità. Le norme commentate con dottrina e giurisprudenza*, La Tribuna, Milano, 2017.

55 Successivamente anche altri paesi hanno adottato misure idonee ad incrementare la presenza femminile nei consigli di amministrazione v. sul punto: H. DALE-OLSEN - P. SCHONE - M. VERNER, *Diversity among Norwegian boards of directors: does a quota for women improve firm performance?*, cit.; R.M. DE CABO - R. GIMENO - L. ESCOT, *Disentangling discrimination on Spanish boards of*

luglio 2011, n. 120 , c.d. Legge Golfo-Mosca, dal nome delle parlamentari⁵⁶, appartenenti a contrapposte coalizioni politiche, che, con un’iniziativa bipartisan hanno presentato la proposta legislativa, poi appoggiata da un numero considerevole di esponenti dei diversi schieramenti.

La legge Golfo-Mosca, con i suoi successivi sviluppi di cui alla Legge n.160/2019, ha rappresentato sicuramente un punto di svolta nelle prassi delle società quotate italiane, dove la presenza femminile nelle posizioni dirigenziali e ancor di più nei consigli di amministrazione era assolutamente sporadica e carente, ed è stata preceduta da un ampio dibattito all’interno dei media e della società civile.

In particolare, la legge 12 luglio 2011, n. 120, ha introdotto importanti modifiche al Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, per garantire la parità di genere nell’accesso agli organi di amministrazione e controllo delle società quotate nei mercati regolamentati e delle società pubbliche, andando a modificare gli artt. 147-ter, 147-quater e 148, del Testo Unico sull’intermediazione finanziaria n. 58 del 1998 (“TUF”) , riguardanti l’elezione e la composizione degli organi di amministrazione e controllo di tali società, con la conseguente modifica ad opera della Consob del Regolamento Emittenti n. 11971 del 1999.

La legge opera su due livelli: per le società quotate in borsa, l’equilibrio di genere è regolato da disposizioni di rango primario (cioè la legge n. 120/2011); per le società a controllo pubblico, i principi sono stabiliti dal d.p.r. 251 del 20 novembre 2012 e dal d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, poi aggiornato con la l. 5 novembre 2021, n. 162. In sintesi, le pubbliche amministrazioni devono garantire che nella scelta degli amministratori sia rispettato il principio di equilibrio di genere, con una rappresentanza minima inizialmente di un terzo, poi portata a due quinti. Inoltre, se la società ha un organo amministrativo collegiale, lo statuto deve prevedere che la nomina degli amministratori avvenga in conformità ai criteri della legge n. 120/2011, con l’aggiunta di un regolamento che assicuri una disciplina uniforme per tutte le società a controllo pubblico.

directors, in *Corporate Governance: An International Review*, 2011, 1, pp. 77-95; C. YARU, *Board diversity in Singapore*, in *Singapore Academy of Law Journal*, 2015, 27, pp. 304-339; M. WANG - E. KELAN, *The gender quota and female leadership: Effects on the Norwegian gender quota on board chair and CEOs*, in *Journal of Business Ethics*, 2013, 3, pp. 449-466; V. SINGH - S. POINT - Y MOULIN, *French supervisory board gender composition and quota threat: changes from 2008 to 2010*, in *Gender in Management: An International Journal*, 2015, 7, pp. 551-571; N. SMITH - V. SMITH - M. VERNER, *Do women in top management affect firm performance? A panel study of 2,500 Danish firms*, cit.

56 La senatrice PDL Lella Golfo e l’onorevole PD Alessia Mosca.

In sostanza, per le società a controllo pubblico, l'art. 3 della legge Golfo Mosca si è limitata ad estendere i principi delle società quotate anche a quelle controllate da pubbliche amministrazioni, demandando a un regolamento la definizione delle modalità di attuazione e vigilanza. Questa disciplina è stata pertanto introdotta col d.p.r. 251 del 30 novembre 2012. Tale ultima normativa, tuttavia, si intreccia con quella del successivo d.lgs. 175/2016, Testo Unico sulle società a partecipazione pubblica (TUSPP), e precisamente con le norme di cui all'art. 11, 4° comma, del TUSPP e con quella della citata legge n. 162/2021.

La vigilanza e l'applicazione delle sanzioni sul rispetto delle disposizioni sulle quote di genere è stata affidata alla Consob per le società quotate e alla Presidenza del Consiglio dei Ministri o al Ministro per le Pari Opportunità per le società a controllo pubblico, come stabilito, per quest'ultimo caso, dalle disposizioni attuative del d.p.r. 251/2012 e non direttamente dalla legge Golfo-Mosca.

La legge di bilancio 2020 n. 160/2019, del 27 dicembre 2019, come accennato, ha garantito poi la continuità delle quote di rappresentanza di genere previste dalla legge n. 120/2011 per le società quotate. In particolare, ha esteso da tre a sei mandati la durata della "legge Golfo-Mosca" e ha aumentato la quota minima per il genere meno rappresentato negli organi amministrativi e di controllo dal trentatré per cento (1/3) al quaranta per cento (2/5). Questo nuovo criterio si applica a partire dal primo rinnovo degli organi, con la Consob che continua ad essere incaricata di vigilare sul rispetto delle norme.

3.1 LA DISCIPLINA DELLE QUOTE DI GENERE NELLE SOCIETÀ QUOTATE

Con riferimento all'ambito di applicazione, la normativa, sia nella sua versione iniziale del 2012, sia in quella successiva del 2019 presenta una lacuna nella mancata previsione delle cariche specifiche riservate al genere meno rappresentato. Infatti, si fa riferimento genericamente ai componenti dell'organo collegiale, mentre nessuna prescrizione è contenuta relativamente ai ruoli di presidente del consiglio di amministrazione o del collegio sindacale e di amministratore esecutivo, che attribuiscono maggiori poteri decisionali e rispetto ai quali non sussistono vincoli di genere. La parità assicurata è così pertanto una parità più formale che sostanziale, giacché

l'accesso ai posti di comando viene mantenuto attraverso le tradizionali regole sociali⁵⁷.

In particolare, per garantire la parità di genere, la normativa dispone che le società quotate debbano adottare negli statuti clausole che assicurino la presenza del genere meno rappresentato nei consigli di amministrazione e negli organi di controllo nella misura minima prevista dalla legge, e definiscono le modalità di formazione delle liste elettorali e le procedure per sostituire i membri in caso di necessità, sempre nel rispetto delle quote di genere. Sotto il profilo sanzionatorio, il mancato rispetto di queste disposizioni comporta sanzioni amministrative pecuniarie e può portare alla decadenza dei membri eletti.

La normativa che impone le quote di genere nei consigli di amministrazione e negli organi di controllo delle società quotate si applica anche alle società con sistema dualistico. Sia il consiglio di sorveglianza sia il consiglio di gestione (se composto da almeno tre membri) devono pertanto rispettare le quote di genere previste dalla legge, ai sensi degli artt. 148, comma 4-bis, e 147-quater, comma 1-bis, TUF.

Per le società con sistema monistico, l'obbligo delle quote di genere si applica solo al consiglio di amministrazione. Il comitato per il controllo sulla gestione, in quanto organo interno al consiglio di amministrazione, non è soggetto a questa regola. Il legislatore⁵⁸ ha deciso di escludere il comitato per il controllo perché ritiene che i requisiti già previsti per i suoi membri (indipendenza, professionalità, ecc.) siano sufficienti a garantire una composizione equilibrata. Tuttavia, le società possono scegliere di applicare volontariamente la quota di genere anche al comitato per il controllo interno.

In attuazione della normativa di legge la Consob ha adottato la delibera n. 18098/2012 dell'8 febbraio, di modifica del Regolamento Emittenti n. 11971 del 1999, inserendo in esso il Capo I bis "Equilibrio tra generi nella composizione degli organi di amministrazione e controllo"), contenente l'art. 144-undecies I in tema di "Equilibrio tra generi". Successivamente, le modifiche introdotte dalla l. n. 160/2019 al Testo Unico della Finanza (TUF) hanno determinato il conseguente adeguamento del Regolamento

57 V. M. E. MUSUMECI, *Gli adempimenti delle società quotate e il procedimento sanzionatorio*, in M. CALLEGARI - E. R. DESANA - M. SARALE (a cura di), *Speriamo che sia femmina: l'equilibrio fra i generi nelle società quotate e a controllo pubblico nell'esperienza italiana e comparata*, Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino, Torino, 2021, p. 95, in part. p. 96.

58 V. Atti del Governo, VI Commissione Permanente delle Finanze, 2 dicembre 2010.

Emittenti da parte della Consob, con la modifica del citato art. 144 undecies I mediante la Delibera n. 21359 del 13 maggio 2020. Attraverso la modifica della norma, è stato specificato che il principio dell'arrotondamento per eccesso all'unità successiva rispetto alla regola dei due quinti non si applica in caso di un organo con solo tre componenti, con una disposizione che è stata oggetto di critiche in quanto riduttiva della portata della disciplina.

Analogamente, è stata criticata la scelta del legislatore di non prevedere procedure semplificate, come avvenuto invece in altre occasioni, per le modifiche degli statuti, al fine di adeguarli alla disciplina sulle quote di genere⁵⁹. L'importanza di tale aspetto appare tuttavia mitigata dalla circostanza per cui, a determinare l'applicazione della sanzione da parte della Consob, è la sola concreta disapplicazione della quota di genere nella misura prevista dalla legge, e non la mancata introduzione di una corrispondente previsione nello statuto sociale. Pertanto, il mancato adeguamento dello statuto potrà al limite costituire violazione degli obblighi di diligenza da parte degli organi sociali ai sensi degli articoli del codice civile e del TUF (art. 2392 e 2392 bis e 2403 c.c., e artt. 187-quinquiesdecies e art. 149 TUF), ma non determinerà l'applicazione della procedura sanzionatoria da parte della Consob, se la percentuale di legge del genere meno rappresentato sia di fatto rispettata nella composizione degli organi sociali^{60 61}.

Quanto al possibile contenuto delle clausole statutarie, il legislatore ha lasciato ampia libertà di scelta agli emittenti, ma con alcune limitazioni. Gli articoli 147-ter e 148 del TUF stabiliscono quote minime per il genere meno rappresentato e la durata della loro applicazione, lasciando alle società la possibilità di definire negli statuti il criterio di riparto in base alla loro struttura proprietaria e organizzativa, purché rispettino i requisiti minimi di legge. In alternativa, esse possono semplicemente fare riferimento alle disposizioni legali vigenti.

59 V. M. E. MUSUMECI, *Gli adempimenti delle società quotate e il procedimento sanzionatorio*, cit., p. 98 ss.

60 M. E. MUSUMECI, *Gli adempimenti delle società quotate e il procedimento sanzionatorio*, cit., p. 101.

61 Circa ulteriori aspetti applicativi della legge sulle quote di genere nelle società quotate, la Consob, con la Comunicazione n. DIE n. 0061499 del 18 luglio 2013, ha stabilito che, pur precisando che la normativa sulle quote di genere non si applica alle società quotate a partire dal primo giorno di inizio delle negoziazioni, ma al momento del primo rinnovo degli organi sociali successivo alla quotazione, è auspicabile che la società si adatti spontaneamente a tale regola prima della quotazione, per i benefici in termini gestionali che ciò determina. Analogamente la Consob ha indicato nella Comunicazione n. DSR/DCG/12010283 del 13 febbraio 2012, circa l'applicabilità della legge a società con azioni ordinarie non quotate e azioni di risparmio quotate.

Le modalità di presentazione delle liste per la nomina degli organi sociali delle società quotate sono soggette a limitazioni imposte dalla normativa secondaria di attuazione, e non direttamente dal legislatore con la l. n. 120/2011. In particolare, la delibera Consob n. 18098 del 2012 vieta l'obbligo statutario di rispettare le quote di genere per liste con meno di tre candidati, per agevolare la presentazione di liste di minoranza. Tuttavia, le liste con due candidati possono comunque indicarne uno per genere. La Consob raccomanda poi l'inserimento negli statuti di meccanismi correttivi, come le procedure di "scorrimento," per garantire il rispetto delle quote di genere nel caso in cui a seguito dell'elezione non venissero per qualche ragione rispettate. Le società devono inoltre, secondo la previsione della Consob, disciplinare nei propri statuti le modalità di sostituzione dei membri dimissionari per mantenere l'equilibrio di genere.

Infine, relativamente all'organo di controllo, la Consob ha esteso l'obbligo di regolamentare nello statuto il rispetto delle quote di genere, anche se il legislatore non ha richiesto specifiche clausole statutarie per tale organo. Infatti, l'art. 144-undecies I del Regolamento Emittenti, applicabile sia agli organi di amministrazione sia a quelli di controllo, stabilisce che gli statuti delle società devono regolamentare le modalità di formazione delle liste e la sostituzione dei componenti degli organi sociali, in conformità con il principio di equilibrio di genere previsto dagli articoli 147-ter e 148 del TUF. Questo implica la necessità di introdurre clausole statutarie che facilitino anche la selezione di "supplenti" di entrambi i generi, garantendo così una rapida sostituzione del componente effettivo del genere meno rappresentato in entrambi gli organi.

La Consob, inoltre, pur in assenza di una delega esplicita per definire i contenuti delle clausole statutarie, ha stabilito ulteriori limitazioni e disposizioni attraverso l'art. 144-undecies I del Regolamento Emittenti, recentemente aggiornato dopo l'entrata in vigore della L. 160/2019, con la citata Delibera n. 21359 del 13 maggio 2020. Oltre a vietare l'obbligo di rispettare il criterio di riparto nelle liste con meno di tre candidati, la Consob ha chiarito che le società quotate che consentono a uno o più soci di nominare singoli membri degli organi sociali, ai sensi dell'articolo 2449, 4° comma, c.c., devono prevedere nei propri statuti modalità di esercizio di tali diritti che non contrastino con le disposizioni relative alle quote di genere.

La Commissione ha inoltre precisato che, ferma restando la proporzione delle quote di genere previste dalla legge, il numero di componenti del genere meno rappresentato deve essere un numero intero e "arrotondato

per eccesso”. Tale disposizione non deve necessariamente essere inserita negli statuti, ma deve essere applicata di fatto durante la nomina degli organi sociali. La ratio di questa norma è evidente: poiché il numero di seggi da riservare varia in base alla composizione dell’organo sociale, un arrotondamento per difetto non garantirebbe il rispetto delle quote di genere, riservando una quota inferiore a quella prevista dalla legge. L’unica eccezione alla regola dell’arrotondamento per eccesso si applica agli organi sociali composti da soli tre membri. In questo caso, infatti, si verificherebbe un problema nel rispetto della quota di due quinti per il genere meno rappresentato, recentemente introdotta in sostituzione della precedente quota di un terzo, poiché matematicamente non è possibile applicare la proporzione richiesta dalla legge.

In materia, con la citata Delibera n. 21359 del 13 maggio 2020, la Consob ha modificato il comma 3 dell’articolo 144 undecies I del Regolamento emittenti, stabilendo, come si è visto, espressamente che l’arrotondamento per eccesso non si applichi agli organi sociali composti da tre membri, per i quali si prevede invece l’arrotondamento per difetto, anche sotto la nuova disciplina legislativa del 2019 che ha portato la quota minima di genere da un terzo ai due quinti.

Infine, la Commissione ha fornito ulteriori chiarimenti riguardo ai rinnovi parziali dell’organo amministrativo, noti come sistema di “staggered board”, in cui un terzo del consiglio viene rinnovato ogni anno. Secondo la Consob (come indicato nel documento contenente gli esiti della consultazione dell’8 febbraio 2012), la quota di genere deve essere rispettata per tre interi mandati consecutivi “relativamente a ciascuna porzione del board” e deve essere calcolata “con riferimento alla composizione del consiglio nel suo complesso”⁶².

Per quanto riguarda gli aspetti sanzionatori, relativamente alle società quotate la l. n. 120/2011 ha previsto che la Consob definisca, mediante un suo specifico regolamento, la procedura sanzionatoria in caso di violazione del criterio di riparto di genere, stabilendo i criteri per la quantificazione delle sanzioni, entro i limiti indicati nell’articolo 1 della stessa legge, diffidando e sanzionando le società quotate che non rispettino le normative sul riparto di genere. Inoltre, la l. n. 160/2019, al comma 305, ha introdotto l’ulteriore compito per la Consob di comunicare annualmente al Dipartimento per le Pari Opportunità della Presidenza del Consiglio dei

62 Relativamente a questi aspetti v. M. E. MUSUMECI, *Gli adempimenti delle società quotate e il procedimento sanzionatorio*, cit., p.103-104.

Ministri gli esiti delle verifiche sull'attuazione dei commi da 302 a 304 della stessa legge.

Relativamente ai primi due compiti, la Consob ha emesso la delibera n. 18098 dell'8 febbraio 2012, rinviando, per la procedura sanzionatoria, al procedimento tradizionale di cui all'articolo 195 TUF, e per la quantificazione delle sanzioni, ai criteri generali dell'articolo 11 della l. 24 novembre 1981, n. 689. Pertanto, la Consob non ha previsto un procedimento sanzionatorio ad hoc e semplificato per l'applicazione delle sanzioni ex artt. 147-ter e 148 TUF, scelta che potrebbe sollevare dubbi riguardo alla tempestività e all'efficacia del suo intervento. Tuttavia, facendo leva sul suo potere di moral suasion, la Consob ha raramente dovuto emettere diffide, che comunque sono sempre state rispettate; non sono state quindi applicate sanzioni amministrative né è stata dichiarata la decadenza di organi sociali di società quotate, come previsto in caso di inosservanza della diffida ad adempiere al relativo obbligo.

Circa l'entità delle sanzioni pecuniarie previste, la l. n. 120/2011 prevede una sanzione da Euro 100.000,00 a 1.000.000,00 per irregolarità dell'organo amministrativo e da Euro 20.000,00 a 200.000,00 per irregolarità dell'organo di controllo, a cui si aggiunge la decadenza dell'organo stesso in caso di perdurante inottemperanza nonostante la diffida.

Rispetto infine alla comunicazione, da parte della Consob, al Dipartimento per le Pari Opportunità, essa rappresenta una novità legislativa mirata a rendere più efficace il monitoraggio sugli effetti della normativa, decorrente a partire dal 2020⁶³.

3.2 ... E NELLE SOCIETÀ PARTECIPATE PUBBLICHE

Per quanto riguarda invece le società a partecipazione pubblica⁶⁴, l'art. 3 della l. n. 120/2011 estende le disposizioni di queste alle società controllate da pubbliche amministrazioni, non quotate in mercati regolamentati. Tuttavia, a differenza delle società quotate, per le quali la legge stabilisce chiaramente l'autorità di vigilanza e il sistema sanzionatorio, per le società a controllo pubblico la definizione dei termini e delle modalità di attuazione è stata demandata a un regolamento da adottare entro due mesi dall'entrata

63 Per gli aspetti sanzionatori in dettaglio v. M. E. MUSUMECI, *Gli adempimenti delle società quotate e il procedimento sanzionatorio*, cit., p.105 ss.

64 Sul punto v. E. DESANA, *L'equilibrio di genere nelle società a "controllo pubblico": figlie di un dio minore?*, in *Giur. It.*, 2015, II, p. 2526.

in vigore della legge. Questo regolamento, emanato con ritardo nel d.p.r. n. 251 del 30 novembre 2012, è entrato in vigore solo il 12 febbraio 2013. Successivamente, nuove fonti primarie sono intervenute per aggiornare le normative: la l. n. 160/2019 per le società quotate e il d.lgs. n.175 /2016, Testo Unico sulle partecipate pubbliche (TUSPP), art. 11, comma 4°, nonché la l. n. 162/2021 per le società partecipate pubbliche.

Circa l'ambito di applicazione di queste disposizioni, esso è definito dall'art. 3 della l.n. 120/2011, integrato dall'art. 1 del d.p.r. n. 251/2012, e si riferisce alle società costituite in Italia, controllate da pubbliche amministrazioni e non quotate in mercati regolamentati. La definizione di amministrazioni pubbliche include un ampio spettro di enti statali e locali, comprese le istituzioni scolastiche ed universitarie, le Regioni, i Comuni, e altri enti pubblici non economici, le autorità indipendenti, in conformità all'art. 1, comma 2, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 1657. La normativa si applica a tutte le società controllate da queste amministrazioni, indipendentemente dalla loro natura od oggetto sociale. Per il concetto di controllo, si fa riferimento alla nozione di cui all'art. 2359 c.c.

Il quadro normativo sulle partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche è stato modificato dalla l. 7 agosto 2015, n. 2015, che ha delegato al Governo il compito di riordinare la materia, con l'adozione del citato d.lgs. n. 175/2016 (TUSPP). Questo testo unico, all'articolo 11, comma 4, ha introdotto disposizioni sull'equilibrio di genere negli organi amministrativi delle società a partecipazione pubblica, richiamando i criteri della l. n. 120/2011 e prevedendo ulteriori tutele, come l'obbligo per le P.A. di garantire almeno un terzo di rappresentanza di genere nelle nomine annuali complessive, anche per le società con organi amministrativi monocratici, oltre che di rispettare la quota di un terzo per le società con organi collegiali. Un aspetto importante di questa riforma riguarda la circostanza per cui l'obbligo viene in questo caso a gravare non solo sulla società partecipata, come avveniva alla luce della sola l. n. 120/2011, ma anche sull'amministrazione che procede alla nomina, rafforzando così la portata della disposizione. Inoltre, l'art. 11 del TUSPP non sembrava prevedere più una limitazione temporale all'applicazione del principio delle quote di genere, che, pertanto, a differenza di quanto previsto dalla legge per le società quotate, appariva così un dato stabile e strutturale⁶⁵.

65 T. S. MUSUMECI, *L'equilibrio di genere negli organi sociali delle società a controllo pubblico: le novità del TUSPP*, in M. CALLEGARI - E. R. DESANA - M. SARALE (a cura di), *Speriamo che sia femmina: l'equilibrio fra i generi nelle società quotate e a controllo pubblico nell'esperienza italiana e*

Le principali criticità riguardanti le disposizioni per le società a controllo pubblico, emerse dopo l'approvazione della Legge Golfo-Mosca e l'introduzione del TUSPP, riguardavano comunque due aspetti: l'individuazione delle entità soggette alla normativa e la vigilanza sul rispetto delle regole. A differenza delle società quotate, per le quali esiste uno specifico elenco, non esiste una lista ufficiale delle società a controllo pubblico, rendendo difficile identificarle. Inoltre, la vigilanza è stata assegnata, tramite il regolamento n. 251/2012 a un organo politico (il Presidente del Consiglio o il Ministro per le pari opportunità), incaricato di riferire periodicamente al Parlamento sull'applicazione della disciplina e sull'attività di controllo. Un punto debole della disciplina era costituito in proposito dalla mancanza di strumenti coercitivi per imporre l'obbligo di comunicazione e dall'assenza di sanzioni pecuniarie, che invece sono previste per le società con azioni quotate. A ciò deve aggiungersi che, a differenza che per queste ultime, dove sono previsti in via generale rigorosi criteri di selezione, nulla di simile viene previsto dal regolamento citato per le società in mano pubblica e la scelta dei loro amministratori⁶⁶.

Le osservazioni sopra riportate indicano che la normativa sulle pari opportunità nelle società a controllo pubblico presentava ancora carenze, ereditate dalla formulazione della legge Golfo-Mosca e dai successivi interventi normativi. Per superarle, alcune specifiche previsioni sono state introdotte con la l. 5 novembre 2021, n. 162, che ha esteso alle società a controllo pubblico l'obbligo di riservare due quinti degli amministratori al genere meno rappresentato, come già previsto per le società quotate. Questa legge chiarisce anche la durata di tale obbligo, applicabile per sei mandati consecutivi, assicurandone così la temporaneità, come per le società quotate, e sembra estendere anche il regime sanzionatorio e la vigilanza della Consob alle partecipate pubbliche. Tuttavia, alcuni aspetti rimangono incerti e necessitano di essere ulteriormente chiariti⁶⁷.

comparata, Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino, Torino, 2021, p. 121 ss..

66 Per queste criticità v. E. R. DESANA, *L'equilibrio di genere nelle società a "controllo pubblico": figlie di un dio minore?*, in M. CALLEGARI - E. R. DESANA - M. SARALE (a cura di), *Speriamo che sia femmina: l'equilibrio fra i generi nelle società quotate e a controllo pubblico nell'esperienza italiana e comparata, Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino, Torino, 2021, p. 111 ss..*

67 Sulle nuove norme introdotte con la l. n. 162/2021 v. G. MELLI, *La normativa italiana sulle quote di genere dopo la legge Golfo-Mosca*, in *CamminoDiritto.it*, 1° giugno 2022; CAMERA DEI DEPUTATI, *Relazione L'attuazione della normativa in materia di equilibrio di genere negli organi delle società controllate dalle pubbliche amministrazioni*, 31 gennaio 2023, <https://www.camera.it/>

4. LA LEGGE GOLFO-MOSCA COME AZIONE POSITIVA

Se la legge Golfo-Mosca si è rivelata particolarmente efficace, secondo le stesse parole di una delle sue ispiratrici, l'On. Alessia Mosca, è stato anche grazie alle severe sanzioni previste in caso di mancato rispetto, che, come si è visto, includono sanzioni pecuniarie elevate e lo scioglimento del consiglio, non conforme alla normativa in tema di quote, nonché la sua estensione anche alle società partecipate pubbliche, che ne ha fortemente ampliato l'ambito di influenza⁶⁸, nonostante le criticità sopra indicate.

L'idea centrale era promuovere l'equa rappresentanza di genere nelle posizioni apicali delle aziende, partendo dai consigli di amministrazione. Si sperava che intervenendo su questo gruppo, ristretto ma influente, si potesse innescare un cambiamento culturale a cascata anche nei livelli inferiori. Prima della legge Golfo-Mosca, solo il 6% dei membri dei consigli di amministrazione delle grandi aziende in Italia erano donne, evidenziandosi la necessità di una "forzatura" per rompere il "soffitto di cristallo"⁶⁹. Per accelerare questo cambiamento, si è deciso di imporre per legge una quota minima di donne nei consigli di amministrazione, in modo da influenzare più rapidamente il panorama aziendale.

Nonostante i benefici della legge, inizialmente ci furono ostacoli e opposizioni, paradossalmente da parte delle stesse donne che avrebbero beneficiato dalle quote. Alcune temevano un "effetto riserva," dove le donne ai vertici sarebbero state percepite come meno meritevoli rappresentanti di una specie protetta. Tuttavia, con l'approvazione della legge, le aziende iniziarono a selezionare membri dei consigli di amministrazione con criteri più rigorosi e trasparenti, migliorando la qualità complessiva dei candidati.

temiap/2023/01/31/OCD177-6125.pdf

68 A. MOSCA, *Le quote di genere: una storia di successo. un cammino ancora in atto*, in C. BUZZACCHI - R. PROVASI (a cura di), *Dalle gender alle diversity quotas. Un impegno per società e istituzioni*, Atti del Convegno del 29 gennaio 2020, Università Milano Bicocca, Giappichelli, Torino, 2021, p. 25.e ss.

69 Con questa espressione, divenuta ormai di uso comune, si intende indicare L'insieme di ostacoli artificiali, fondati su pregiudizi attitudinali e strutturali, che impediscono a persone qualificate di avanzare e raggiungere posizioni dirigenziali nell'organizzazione in cui operano. v. C. HYMOWITZ - T.D. SCHELLHARDT, *The Glass-Ceiling: Why Women Can't Seem to Break the Invisible Barrier that Blocks Them from Top Jobs*, in *The Wall Street Journal*, 57, 1986. V. anche J. BAXTER - E.O. WRIGHT, *The Glass Ceiling Hypothesis: A Comparative Study of the United States, Sweden, and Australia*, in *Gender and Society*, 2000, 2, pp. 275-294; A. BOOTH, *The Glass Ceiling in Europe: Why Are Women Doing Badly in the Labour Market?*, in *Swedish Economic Policy Review*, 2007, 14, pp. 121-144; FEDERAL GLASS CEILING COMMISSION, *Glass Ceiling Commission-A Solid Investment: Making Full Use of the Nation's Human Capital*, Federal Publications, Washington, 1995, <https://ecommons.cornell.edu/handle/1813/79349>.

Quando si è capito, infatti, che la norma sarebbe stata approvata, le aziende hanno iniziato a implementare processi di selezione più efficienti, migliorando la qualità dei candidati nei consigli di amministrazione. Questo ha portato a un abbassamento dell'età dei membri e a una selezione di curricula di maggior valore. Nonostante le quote siano considerate un mezzo imperfetto, sono state essenziali per avviare cambiamenti significativi nella governance delle aziende⁷⁰.

La legge ha tuttavia contribuito a sfatare anche il luogo comune secondo cui le donne non saprebbero collaborare. Dall'introduzione della legge alla sua applicazione, i risultati hanno dimostrato chiaramente che le donne possono e sanno lavorare insieme con successo.

La legge n. 120/2011 ha dunque reso i consigli di amministrazione più giovani e diversificati, spingendo le aziende a migliorare la qualità dei membri scelti. Nel 2017, la presenza femminile nei CDA ha superato il limite di legge del 30 per cento raggiungendo quasi il 40 per cento e arrivando al 41 per cento nel 2021 e al 43 a fine 2023. Tuttavia, il cambiamento strutturale auspicato non si è pienamente realizzato. Nonostante l'aumento significativo delle donne nei consigli e nei collegi sindacali, solo l'8,4% delle donne ricopriva nel 2017 posizioni di vertice nelle aziende quotate o partecipate, arrivando a fine del 2023 a ricoprire il ruolo di amministratore delegato o di presidente dell'organo amministrativo solo rispettivamente in 20 e 31 casi, pari al 2,3% e 3,6% delle donne con incarichi di consigliere di amministrazione. La maggior parte delle donne nei Cda rivestono infatti il ruolo di amministratore indipendente (precisamente il 74,9% nel 2023). Nonostante un leggero calo, alto rimane il numero delle donne che rivestono incarichi in più consigli (il dato nel 2023 è pari al 28,9%, contro il 34,9 del 2019), sempre comunque superiore a quello relativo agli amministratori uomini⁷¹.

Questi dati mostrano che la cultura aziendale è ancora resistente al cambiamento⁷².

70 Esprimono un giudizio positivo sugli effetti della normativa: A. BLANDINI - F. MASSA FELSANI, *Dell'equilibrio tra i generi: principi di fondo e "adattamenti" del diritto societario*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, p. 443; A. CATANIA, *L'emersione della distinzione di genere nella disciplina normativa dell'impresa*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2018, p. 1030.

71 CONSOB, *Rapporto 2023 sulla corporate governance delle società quotate italiane*, https://www.consob.it/web/area-pubblica/abs-rcg/-/asset_publisher/D4UvV7Ug51WY/content/report-corporate-governance-2023/11973.

72 V. il Rapporto di CERVED E FONDAZIONE BELLISARIO, *Le donne ai vertici delle imprese*, 2020, https://know.cerved.com/wp-content/uploads/2020/02/PPT- Cerved_Bellisario_FEB_2020.pdf

Nel contesto delle società quotate, la maggior parte ha mostrato di rispettare la normativa sulle quote di genere, con pochi casi di mancata conformità. Tuttavia, nelle società a controllo pubblico, la situazione è stata più disomogenea, soprattutto nel sud Italia, dove la presenza femminile nei CdA è ancora inferiore al 20% in alcune regioni. La rappresentanza femminile è più bilanciata negli organi di controllo, ma in generale il coinvolgimento delle donne nei ruoli apicali spesso si limita al minimo richiesto dalla legge, con pochi CdA e collegi sindacali che superano le quote obbligatorie e ancor meno società che affidano alle donne il ruolo di presidente, amministratore delegato e in generale compiti esecutivi. Infatti, nonostante l'aumento del numero di donne nei consigli di amministrazione delle società quotate, poche di esse occupano ruoli di responsabilità elevata. Nel 2017, solo il 7,9% delle società quotate aveva una amministratrice delegata e il 10,1% una presidente. Quindi, sebbene più donne siano entrate nei board, il loro accesso a posizioni di maggior prestigio e responsabilità rimane limitato⁷³.

I dati di Consob mostrano inoltre che l'introduzione della legge Golfo-Mosca ha ridotto significativamente la presenza di amministratrici appartenenti alla famiglia proprietaria nelle società quotate, scese dal 50% nel 2008-2011 all'11,8% nel 2016. Parallelamente, è aumentata la percentuale di donne qualificate come consigliere indipendenti, passando dal 17,9% nel 2008 al 72% nel 2019, al 74,9 del 2023. Questi dati suggeriscono che le quote di genere hanno favorito l'inclusione di nuove figure femminili, spesso senza precedenti legami con società quotate, ma con esperienze qualificate in altri settori⁷⁴. Le nuove amministratrici, pur provenendo spesso da contesti esterni ai gruppi di potere preesistenti, tendono ad accumulare incarichi più dei loro colleghi uomini una volta entrate nei board delle società quotate. Mentre la percentuale di uomini con incarichi multipli è diminuita dal 30,7% nel 2008 al 18,2% nel 2016, quella delle donne è aumentata dal 20,8% al 29,8% nel 2023. Questo indica che, dopo un'apertura iniziale dovuta all'introduzione delle quote di genere, l'élite societaria italiana ha ristabilito dinamiche di protezione degli insider. Inoltre, alcune aziende potrebbero adottare strategie difensive, come l'ampliamento del

73 J. DAGNES, *Dalla compliance formale alla parità sostanziale: un'analisi sociologica della legge Golfo-Mosca*, in M. CALLEGARI – E. R. DESANA - M. SARALE (a cura di), *Speriamo che sia femmina: l'equilibrio fra i generi nelle società quotate e a controllo pubblico nell'esperienza italiana e comparata*, Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino, Torino, 2021, p. 53 ss., in part. p. 56-57.

74 J. DAGNES, *Dalla compliance formale alla parità sostanziale: un'analisi sociologica della legge Golfo-Mosca*, cit., p. 68.

numero di componenti del CdA, per preservare le strutture di potere preesistenti⁷⁵. Tra le società a controllo pubblico tale fenomeno appare intensificato: infatti, si è osservata una crescita significativa della gestione tramite amministratore unico tra il 2014 e il 2017, passando dal 29,2% al 39,8%. In questa configurazione, il 91,7% degli amministratori unici erano uomini, e solo 3 su 103 erano donne. Questo tipo di gestione, in cui le quote di genere non si applicano, pur se eventualmente motivata da altre ragioni pratiche e di convenienza, riduce drasticamente le opportunità di nomina per le donne, nonostante i progressi fatti con la legge Golfo-Mosca. L'analisi dei dati quantitativi relativi all'esperienza italiana evidenzia dunque come, nonostante il rispetto formale delle norme, i gruppi di potere esistenti possano adottare strategie adattive e decisioni che, attraverso una regolazione non ufficiale, ostacolano il pieno raggiungimento degli obiettivi legislativi⁷⁶.

Considerando i risultati ottenuti e il mancato radicamento di un cambiamento culturale profondo, nel dicembre 2019, come si è detto, è stata approvata una modifica alla legge n. 120/2011, prorogandola per altri sei mandati (18 anni) e aumentando dal 33% al 40% (esattamente da un terzo ai due quinti) la quota minima di rappresentanza di genere nei consigli di amministrazione e nei collegi sindacali.

4.1 AMMISSIBILITÀ COSTITUZIONALE DELLE QUOTE DI GENERE COME AZIONE POSITIVA

Alla base della soluzione delle quote obbligatorie di genere, adottata dalla legge Golfo – Mosca e dalle sue successive estensioni, è l'idea, emersa con sempre maggiore forza, che politiche soft e interventi di moral suasion non siano sufficienti per ottenere un equilibrio di genere significativo. Invece, regole impositive accompagnate da sanzioni severe si sono rivelate più efficaci. L'obiettivo di una presenza equilibrata dei generi nei vertici degli operatori economici è coerente con la Costituzione italiana, in particolare con gli articoli 37, 51 e 3. La legge n. 120/2011 si inserisce in questo contesto come una misura di “affirmative action”, temporaneamente applicata per raggiungere l'equilibrio di genere auspicato⁷⁷.

⁷⁵ J. DARNES, *Dalla compliance formale alla parità sostanziale: un'analisi sociologica della legge Golfo-Mosca*, p. 69.

⁷⁶ J. DARNES, *Dalla compliance formale alla parità sostanziale: un'analisi sociologica della legge Golfo-Mosca*, p. 70-71.

⁷⁷ Sulla l. Golfo -Mosca come esempio di azione affermativa v. M. SARALE, *Quote di genere e sistema monistico: precisazioni e omissioni nella legge Golfo Mosca*, in *Analisi giuridica dell'eco-*

Il tema della parità di genere in ambito economico rappresenta, infatti, da parte dell'ordinamento italiano espressione di una più ampia tematica, che si riferisce alla stessa applicazione dei principi fondanti della nostra Costituzione⁷⁸. Da questo punto di vista la circostanza per cui le donne siano frequentemente escluse da molti settori della vita sociale e professionale, fra cui quello politico-rappresentativo, contrasta in primo luogo con il principio di eguaglianza, formale e sostanziale, di cui all'art. 3 Cost., che significativamente inserisce espressamente il genere come il primo fra gli elementi di una possibile discriminazione⁷⁹. La limitata presenza femminile nelle istituzioni, specialmente nei luoghi della rappresentanza, evidenzia un deficit democratico, un problema che caratterizza la storia costituzionale italiana sin dal 1948, ma che ha radici ancora più antiche. Sebbene la Costituzione affronti il tema della rappresentanza femminile in diversi articoli (artt. 3, 48, comma 1, 51 e 117, comma 7), soprattutto con riferimento alla piena partecipazione politica delle donne, ancora da raggiungere in toto, questa tematica esprime i suoi riflessi anche su quella della partecipazione alla vita e al potere economico⁸⁰.

Specificamente, il tema dell'uguaglianza di genere in ambito politico e sociale trova un primo fondante riconoscimento nel fatto che la discrezionalità dei poteri pubblici è vincolata dalla Costituzione (artt. 3 e 51), che vieta discriminazioni basate sul sesso e promuove la parità con espresso riferimento al tema della rappresentanza in ambito politico. Le misure promozionali per la parità di genere, in quest'ottica, potrebbero essere giustificate solo come strumenti temporanei per educare la società e le istituzioni all'importanza del pluralismo nella rappresentanza. Tuttavia, l'adozione di

nomia, 2016, 1, p. 216 ss.; R. NUNIN, *Effettività ed efficacia dei sistemi di quote riservate nei boards. L'applicazione della l. n. 120/11*, in *Lavoro nella giurisprudenza*, 2014, 7, p. 647; C. BUZZACCHI, *Il rilancio delle quote di genere della legge Golfo-Mosca: il vincolo giuridico per la promozione di un modello culturale*, in C. BUZZACCHI - R. PROVASI (a cura di), *Dalle gender alle diversity quotas. Un impegno per società e istituzioni*, Atti del Convegno del 29 gennaio 2020, Università Milano Bicocca, Giappichelli, Torino, 2021, p.43 ss.; M. D'AMICO - A. PUCCIO (a cura di), *Le quote di genere nei consigli di amministrazione delle imprese*, Giuffrè, Milano, 2013; C. GARILLI, *Le azioni positive nel diritto societario: le quote di genere nella composizione degli organi delle società per azioni*, in *Europa e diritto privato*, 2012, 3, p. 891 ss.; E. DESANA, *L'equilibrio di genere: la Legge Golfo-Mosca nel quadro delle azioni positive*, in *Giur. It.*, 2015, II, p. 2515 ss.

78 C. BUZZACCHI, *Il rilancio delle quote di genere della legge Golfo-Mosca: il vincolo giuridico per la promozione di un modello culturale*, cit., p. 35 ss.

79 L. PALADIN, *Eguaglianza* (voce), in *Enciclopedia del Diritto*, XIV, Giuffrè, Milano, 1965, p. 523

80 A. APOSTOLI, *Qualche ulteriore riflessione sul complicato rapporto tra rappresentanza e parità di genere*, in C. BUZZACCHI - R. PROVASI (a cura di), *Dalle gender alle diversity quotas. Un impegno per società e istituzioni*, Atti del Convegno del 29 gennaio 2020, Università Milano Bicocca, Giappichelli, Torino, 2021, p.15 ss.

quote di genere potrebbe essere vista in conflitto con la Costituzione se non rispetta il principio di ragionevolezza e non mira all'uguaglianza sostanziale. La Costituzione, infatti, richiede che le misure adottate siano proporzionate e volte a rimuovere gli ostacoli alla partecipazione effettiva di tutti alla vita del Paese. Pertanto, i sistemi di riequilibrio della rappresentanza politica, economica e sociale, potrebbero essere considerati costituzionalmente legittimi se temporanei e finalizzati a promuovere effettivamente l'uguaglianza, rimuovendo gli ostacoli di ordine culturale e sociale che ad essa si frappongono⁸¹.

In proposito, sul punto della compatibilità delle azioni affermative, e segnatamente delle quote di genere, con i principi della costituzione italiana, non sono mancati gli interventi della Corte Costituzionale, che si è pronunciata in riferimento all'adozione di tale sistema nell'ambito della partecipazione alla rappresentanza elettiva nelle cariche pubbliche. Sul punto, la giurisprudenza della Corte si è caratterizzata per una significativa evoluzione. Infatti, la Corte costituzionale, inizialmente, ha ritenuto che qualsiasi legge volta a proteggere o favorire un genere fosse incompatibile con il principio di eguaglianza formale. Nella sentenza n. 422/1995⁸², la Corte ha stabilito che ogni differenziazione basata sul sesso è discriminatoria, poiché riduce i diritti fondamentali di alcuni cittadini a vantaggio di altri considerati svantaggiati. La Corte ha affermato che non sono coerenti con l'eguaglianza sostanziale le azioni che non rimuovono gli ostacoli per le donne, ma che attribuiscono loro direttamente i risultati desiderati, senza eliminare le disparità di condizioni, come l'introduzione di quote di genere⁸³.

Successivamente, però, la posizione della Corte è mutata, orientandosi in senso favorevole. In particolar modo, nel 2003, la Corte costituzionale, esaminando una legge regionale che obbligava le liste elettorali a includere candidati di entrambi i sessi, ha riconosciuto che il quadro costituzionale si era evoluto rispetto alla sentenza del 1995. A differenza di quella precedente, la sentenza n. 49 del 2003⁸⁴, anche a seguito della

81 A. APOSTOLI, *Qualche ulteriore riflessione*, cit., p. 21-22.

82 Corte cost. 12 settembre 1995, n. 422, in *Giur. It.*, 1996, I, 597

83 Per un commento alla sentenza v. U. DE SIERVO, *La mano pesante della Corte sulle «quote» nelle liste elettorali*; G. BRUNELLI, *Elettorato attivo e passivo (e applicazione estesa dell'illegittimità consequenziale) in due recenti pronunce costituzionali*, e G. CINANNI, *Leggi elettorali e azioni positive in favore delle donne*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1995; S. BARTOLE, *Una dichiarazione di illegittimità consequenziale qualificata dalla speciale importanza della materia*, in *Le Regioni*, 2, 1996.

84 Corte Cost., n. 49 13 febbraio 2003.

modifica dell'art. 51 Cost. con la l. cost. 30 maggio 2003 n. 1, ha escluso che si trattasse di misure legislative diseguali o di vantaggi ingiustificati per gruppi svantaggiati, affermando che non si stava creando disuguaglianza, ma piuttosto garantendo una rappresentanza equilibrata⁸⁵. Con la sentenza del 2003 la giurisprudenza ha adottato la categoria della neutralità, ritenendo fondamentale l'uso di un linguaggio neutro in materia di rappresentanza politica. Nella sentenza del 2003, si è riconosciuto che l'obiettivo della parità di genere è giustificato da uno squilibrio storico e ancora attuale nella rappresentanza politica, a svantaggio delle donne. La Corte ha ritenuto costituzionalmente legittime le regole che impongono vincoli legali nella formazione delle liste elettorali, poiché queste non incidono sui diritti degli elettori o sulla parità delle opportunità nella competizione elettorale, ma mirano a evitare discriminazioni di genere, in particolar modo non mettendo vincoli sull'appartenenza ad un genere specifico degli eletti, ma solo dei partecipanti alle liste, così sostanzialmente risultando "neutra" rispetto alla scelta definitiva degli elettori (che potrebbero in realtà scegliere anche rappresentanti tutti del medesimo genere).

Rispetto alla normativa ora ricordata, si è messo in evidenza come la posizione assunta dalla legge Golfo-Mosca sia più decisa e sbilanciata, nel senso di imporre la scelta di componenti degli organi di governo societari appartenenti ad un genere ben preciso⁸⁶. Infatti, la legge Golfo-Mosca rappresenta una forte azione positiva, andando oltre la semplice parità di opportunità tra i generi. Essa crea condizioni per garantire l'effettiva presenza del genere meno rappresentato negli organi decisionali, prevedendo sanzioni in caso di mancato rispetto. Questo approccio innovativo, che mira a un risultato concreto, segna una rottura rispetto alla tradizionale prudenza della Corte costituzionale riguardo alle azioni positive, essendosi essa sempre segnalata a favore di azioni che si limitino a garantire parità di chances, senza imporre uno risultato specifico in un senso o in un altro. La temporaneità della legge è pensata per risolvere lo squilibrio di genere en-

85 Hanno commentato la sentenza: G. BRUNELLI, *Un overruling in tema di norme elettorali antidiscriminatorie*, in *Le Regioni*, 5, 2003; L. CALIFANO, *Corte e Parlamento in sintonia sulle "pari opportunità"*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2003; L. CARLASSARE, *La parità di accesso alle cariche elettive nella sentenza n. 49: la fine di un equivoco*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1, 2003; A. DEFFENU, *Parità tra i sessi in politica e controllo della Corte: un revirement circondato da limiti e precauzioni*, in *Le Regioni*, 5, 2003; S. MABELLINI, *Equilibrio dei sessi e rappresentanza politica: un revirement della Corte*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1, 2003; L. RONCHETTI, *L'equilibrio dei sessi nella rappresentanza dinanzi alla Corte costituzionale*, in *Giur. It.*, 1, 2004.

86 C. BUZZACCHI, *Il rilancio delle quote di genere della legge Golfo-Mosca: il vincolo giuridico per la promozione di un modello culturale*, cit. p. 48.

tro un periodo definito, evitando discriminazioni inverse, e risultando così conforme all'orientamento sopra segnalato, in quanto l'eventuale discriminazione risulterà limitata al tempo strettamente necessario perché una posizione di parità sostanziale si affermi di fatto all'interno delle istituzioni economiche e sociali. La legge mira, infatti, a stabilizzare nel tempo la presenza femminile, favorendo l'equilibrio di genere. Di conseguenza, le misure della l. n. 120/2011 possono essere considerate conformi ai principi di giustificabilità, temporaneità e proporzionalità, evitando discriminazioni irragionevoli verso i soggetti non preferiti, proprio in virtù di tale temporaneità. Nonostante la natura temporanea e proporzionata delle misure iniziali, il legislatore ha deciso nel 2019 di prorogare l'obbligo, ritenendo che, per raggiungere effettivamente l'obiettivo prefissato, sia necessario mantenerlo in vigore.

Occorre segnalare, tuttavia, che se, inizialmente, la temporaneità delle misure introdotte dalla legge Golfo-Mosca era considerata essenziale per garantirne la costituzionalità, successivamente è emersa l'idea che la diversità nella composizione degli organi, anche se imposta per legge, sia compatibile con la libertà economica e con il principio di eguaglianza sostanziale della Costituzione⁸⁷. Questo ha portato a un superamento, forse non del tutto consapevole, della dimensione temporale, come indicato dal TUSPP, che, con il nuovo art. 11, comma 4, per le società a partecipazione pubblica, non sembrava fissare un termine finale per l'applicazione di queste disposizioni. Nello stesso senso, appare anche la posizione adottata dal Codice di Autodisciplina delle società quotate del Comitato sulla corporate governance di Borsa Italiana S.p.a., che, già nella sua versione del 2018, e prima che della proroga dell'efficacia della legge Golfo Mosca tramite la legge di bilancio 2020, aveva previsto l'applicazione a tempo indeterminato della regola delle quote di genere nelle società quotate, assicurando una partecipazione di almeno il trenta per cento del genere meno rappresentato, attraverso apposite clausole statutarie o altri mezzi, come politiche di diversità, orientamenti agli azionisti o lista del consiglio uscente. Lo stesso codice, nella versione del 2020, ha confermato tale principio nell'art. 2, Raccomandazione n. 8, stabilendo che le società debbano definire i criteri di diversità degli organi sociali di amministrazione e controllo, assegnan-

87 V.: E. R. DESANA, *La legge Golfo-Mosca (e i successivi sviluppi) nel quadro delle azioni positive: inquadramento e riflessi sui temi ESG*, in M. CALLEGARI - E. R. DESANA - M. SARALE (a cura di), *Speriamo che sia femmina: l'equilibrio fra i generi nelle società quotate e a controllo pubblico nell'esperienza italiana e comparata*, Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino, Torino, 2021, p.75 ss., in part. p. 87.

done almeno un terzo al genere meno rappresentato, individuandone lo strumento più idoneo per l'attuazione.

Infatti, l'obiettivo della legge sulle quote di genere all'interno degli organi societari non appare perseguire solo la finalità di assicurare l'eguaglianza sostanziale fra i generi in ambito economico, ma è ispirata anche ad ulteriori principi e obiettivi. In proposito, l'obiettivo di diversificare la presenza di genere negli organi societari è considerato dalla letteratura economica internazionale un fattore cruciale per migliorare la qualità del lavoro e delle decisioni. Tuttavia, la cosiddetta "diversity" non è positiva solo perché promuove la presenza delle donne, ma perché una composizione eterogenea, che include competenze diverse, come si è già visto, rende la governance più rappresentativa e pluralistica. Una maggiore partecipazione femminile nei vertici aziendali aumenta l'efficienza e la competitività, poiché le donne apportano competenze e stili manageriali complementari a quelli maschili, favorendo migliori decisioni e contribuendo alla crescita economica del Paese⁸⁸.

È opinione diffusa, infatti, che le disposizioni volte a garantire l'equilibrio di genere negli organi di amministrazione delle società, come la l. n. 120/2011, si basano sull'idea che donne e uomini apportino valori e inclinazioni diverse. Un'equilibrata presenza di entrambi i generi ai vertici aziendali, eliminando fenomeni negativi come il groupthink non solo promuove l'uguaglianza di genere, ma migliora anche le performance aziendali, la competitività, i profitti e l'indipendenza del management. La diversità di genere è quindi vista dalla normativa e dai suoi commentatori come un mezzo per superare dinamiche di potere consolidate e migliorare la governance aziendale⁸⁹.

Pertanto, alla base dell'intervento normativo sulle quote di genere, oltre all'obiettivo di riequilibrare la rappresentanza di genere negli organi delle società quotate e a controllo pubblico, ai sensi dell'art. 3 Cost., c'è un'altra previsione costituzionale da considerare: la libertà di iniziativa

88 D. DEL BOCA - L. MENCARINI - S. PASQUA, *Valorizzare le donne conviene*, Il Mulino, Bologna, 2012; G. ROSSI, *Tempo di donne negli organi di governo delle società: la prospettiva economico-aziendale*, in M. BROLLO - S. SERAFIN (a cura di), *Donne, politica e istituzioni: il tempo delle donne*, Forum Edizioni, Udine, 2013.

89 E. DESANA, *La legge 120 del 2011: luci, ombre e spunti di riflessione*, in *Rivista di diritto societario*, 2017, p. 539 s.s.; U. MORERA, *Sulle ragioni dell'equilibrio di genere negli organi delle società quotate*, in *Studi dedicati a Mario Libertini*, I, Milano, 2015, p. 532; L. CALVOSA - S. ROSSI, *Gli equilibri di genere negli organi di amministrazione e controllo delle imprese*, in *Odcc, Osservatorio Diritto civ. e comm.*, 2013, p. 5; E. R. DESANA, *La legge Golfo-Mosca (e i successivi sviluppi) nel quadro delle azioni positive: inquadramento e riflessi sui temi ESG*, cit. p. 89 ss.

economica tutelata dall'art. 41 della Costituzione⁹⁰. Questa libertà può essere limitata in nome dell'eguaglianza sostanziale, e pertanto la legge può imporre regole sulla composizione degli organi di governo delle aziende, influenzando così le loro decisioni gestionali e lo svolgimento dell'attività economica. Questa limitazione, pertanto, appare pienamente giustificata nell'ambito del fine sociale del riequilibrio di genere, e all'interno dei limiti che esso pone, anche ai sensi delle previsioni della Costituzione economica.

Si tratta di una prospettiva che, come già accennato, trova riscontro anche all'interno del Codice di Corporate Governance per le società quotate, che, a partire dalla versione del 2020, riconosce l'importanza della *gender diversity* all'interno dei consigli e degli organi di controllo e adotta il principio del «*comply or explain*», imponendo alle società di giustificare la necessità di discostarsi nel caso specifico da tale principio. Nella versione del codice approvata a fine gennaio 2020, come già visto, il Comitato per la Corporate Governance di Borsa Italiana, infatti, ha rinnovato le raccomandazioni di rispettare i criteri di diversità, mantenendo una quota di almeno un terzo per il genere meno rappresentato negli organi di amministrazione e controllo delle società quotate, a partire dal primo rinnovo successivo alla scadenza delle disposizioni legislative che attualmente impongono una quota pari o superiore a quella raccomandata dal Codice stesso.

In proposito, Il Codice appare fare proprio, in tema di parità di genere all'interno delle società quotate (principio che viene esteso anche oltre l'ambito delle quote di genere, a tutta l'organizzazione societaria), l'orientamento per cui politiche di partecipazione e di *diversity*, oltre ad avere un impatto positivo sull'andamento economico e gestionale della società, rientrano all'interno della più ampia tematica della responsabilità sociale delle imprese, del rispetto dei principi ESG e della sostenibilità. Questi principi oggi trovano accoglimento e tutela anche nella previsione normativa in tema, prima di informazioni non finanziarie di cui alla Direttiva 2014/95/UE e al d.lgs. 254 del 2016, e ora di bilancio di sostenibilità di cui alla CSRD (Direttiva UE 2022/2624 del 14 dicembre 2022). Inoltre, la maggiore propensione del genere femminile per i problemi e le questioni sociali potrebbe determinare, come già visto, attraverso l'applicazione del

90 C. BUZZACCHI, *Il rilancio delle quote di genere della legge Golfo-Mosca: il vincolo giuridico per la promozione di un modello culturale*, cit., p. 51. In senso contrario, ritengono che la normativa sulle quote di genere si ponga in contrasto con l'art. 41 Cost., limitando la libertà di iniziativa economica privata: M. BENEDETTI, *Le quote nei consigli di amministrazione delle imprese a partecipazione pubblica*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2013, p. 719 (sul punto p. 723); F. CUCCU, *Il diritto diseguale delle quote di genere nelle società*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2019, p. 1155.

sistema delle quote all'interno degli organi sociali, una maggiore attenzione per le tematiche ESG e l'adozione di politiche aziendali più sostenibili⁹¹.

5. LA DIRETTIVA EUROPEA SULLE QUOTE DI GENERE

A livello europeo è inoltre importante ricordare che il 14 novembre 2012 la Commissione europea aveva proposto una direttiva (Com 2012 (614) Final), in seguito a una consultazione pubblica, mirante a migliorare l'equilibrio di genere tra gli amministratori senza incarichi esecutivi delle società quotate in Borsa. La proposta, riconoscendo la scarsa presenza del genere meno rappresentato (principalmente le donne) nei ruoli apicali, sollecitava gli Stati membri a prendere misure per aumentare il numero di amministratori non esecutivi appartenenti a tale genere. La proposta di direttiva della Commissione europea mirava a garantire un equilibrio di genere tra gli amministratori senza incarichi esecutivi delle società quotate, stabilendo una quota minima del 40% da raggiungere entro il 2020 (poi posticipato al 2022). Tuttavia, la proposta ha incontrato ostacoli e non è stata rapidamente approvata, nonostante fosse una priorità dell'agenda europea⁹².

L'approvazione è tuttavia successivamente intervenuta verso la fine del 2022, quando è stata approvata la Direttiva (UE)2022/2381 del 23 novembre 2022, riguardante il miglioramento dell'equilibrio di genere fra gli amministratori delle società quotate e relative misure. In particolar modo, la direttiva (art. 6) prevede per gli Stati membri l'obbligo di garantire che, entro il 30 giugno 2026, le società quotate con sede legale all'interno dello Stato raggiungano uno dei seguenti obiettivi: il 40% dei posti di amministratore non esecutivo oppure il 33% del totale dei posti di amministratore, con o senza incarichi esecutivi, siano occupati dal sesso sottorappresentato.

91 R. DESANA, *La legge Golfo-Mosca (e i successivi sviluppi) nel quadro delle azioni positive: inquadramento e riflessi sui temi ESG*, cit. p. 91-92.

92 Su questi aspetti v. M. CALLEGARI - E. R. DESANA - M. SARALE, *Introduzione*, in M. CALLEGARI - E. R. DESANA - M. SARALE (a cura di), *Speriamo che sia femmina: l'equilibrio fra i generi nelle società quotate e a controllo pubblico nell'esperienza italiana e comparata*, Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino, Torino, 2021 p.18 - 19; M. CALLEGARI, *La Gender equality e gli interventi dell'Unione Europea: a quando l'armonizzazione?*, in *Giur. It.*, 2015, II, p. 2529 ss. Sul processo di approvazione della direttiva v. M. CALLEGARI, *Riflessioni conclusive in tema di gender equality alla luce degli interventi dell'Unione Europea e dei modelli adottati dai diversi ordinamenti*, in M. CALLEGARI - E. R. DESANA - M. SARALE (a cura di), *Speriamo che sia femmina: l'equilibrio fra i generi nelle società quotate e a controllo pubblico nell'esperienza italiana e comparata*, Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino, Torino, 2021 p. 289 ss.

Le società esentate dall'obiettivo del 33%, in quanto già raggiungono quello del 40% devono comunque fissare obiettivi individuali per migliorare l'equilibrio di genere tra gli amministratori esecutivi, da raggiungere entro la stessa data (art.5 comma 2).

In caso di arrotondamento, il numero di posti richiesto deve essere quello più vicino a queste proporzioni, senza superare il 49%.

Quale strumento per realizzare gli obiettivi sopra indicati la direttiva prevede che gli Stati membri debbano garantire che le società quotate che non raggiungono gli obiettivi di rappresentanza di genere adeguino la procedura di selezione per i posti di amministratore, basandosi su criteri chiari e non discriminatori. In caso di candidati ugualmente qualificati, si deve dare priorità al sesso sottorappresentato, salvo eccezioni motivate. Le società devono informare i candidati non selezionati sui criteri di selezione e le valutazioni effettuate. In caso di ricorso legale, spetta alla società dimostrare che non vi è stata discriminazione. Le società devono anche fornire informazioni dettagliate ai votanti in caso di selezione tramite voto.

La direttiva prevede, comunque, all'art. 12, una possibilità di esenzione per gli stati membri. Infatti uno Stato membro può sospendere l'applicazione dell'articolo 6 e, se del caso, dell'articolo 5, paragrafo 2, se entro il 27 dicembre 2022 erano state soddisfatte le seguenti condizioni: il sesso sottorappresentato occupava almeno il 30% dei posti di amministratore non esecutivo o il 25% del totale dei posti di amministratore (sia esecutivo che non esecutivo) nelle società quotate; oppure se il diritto nazionale prevede tali percentuali con misure di esecuzione efficaci e impone alle società non coperte di fissare obiettivi individuali, condizione quest'ultima già soddisfatta nell'ordinamento italiano che dal 2020 prevede una percentuale del 40% del genere meno rappresentato. Se le condizioni non sono più soddisfatte, gli articoli sospesi si applicheranno entro sei mesi.

La direttiva riconosce pertanto notevole importanza al principio di trasparenza, sia nel processo di selezione sia nella rendicontazione dei risultati. Infatti, gli Stati membri devono prevedere l'obbligo per le società quotate di fornire annualmente, nella rendicontazione societaria, informazioni sulla rappresentanza di genere nei consigli e sulle misure adottate per raggiungere gli obiettivi previsti, pubblicandole sui loro siti web. Se gli obiettivi non sono raggiunti, le società devono spiegarne le ragioni e descrivere le azioni correttive, in conformità al citato principio "complain or explain".

A garanzia dell'effettività dei risultati, gli Stati membri devono stabilire sanzioni efficaci e proporzionate per le violazioni, che possono in-

cludere ammende o l'annullamento delle decisioni di selezione. Inoltre, la direttiva prevede un obiettivo di armonizzazione minima e possono quindi essere introdotte normative con requisiti più elevati a livello di singolo Stato per promuovere l'equilibrio di genere. Ogni Stato deve infine designare un'autorità specifica per monitorare e sostenere gli obiettivi della normativa.

La direttiva prevede l'obbligo di adeguamento degli Stati membri entro il 28 dicembre 2024, con l'obbligo ulteriore di informarne subito la Commissione, includendo un riferimento alla direttiva stessa. Se uno Stato membro ha invece sospeso l'applicazione dell'articolo 6, deve fornire immediatamente alla Commissione prove che le condizioni previste sono soddisfatte. Inoltre, deve essere comunicato alla Commissione il testo delle principali disposizioni di diritto interno adottate in conformità alla direttiva stessa.

Anche la direttiva ha durata temporanea, come la disciplina nazionale della legge Golfo – Mosca, infatti è prevista la sua scadenza per il 31 dicembre 2038. Al fine di monitorare i progressi verso il conseguimento dell'obiettivo dell'integrazione di genere, entro il 29 dicembre 2025, e poi ogni due anni, gli Stati membri devono inviare alla Commissione una relazione sull'attuazione della direttiva, includendo dettagli sulle misure adottate per raggiungere gli obiettivi di rappresentanza di genere. Gli Stati che hanno sospeso l'applicazione di alcuni articoli devono fornire periodiche informazioni su come stiano continuando a rispettare le condizioni previste. La Commissione, a partire dal 29 dicembre 2026 e poi ogni due anni, valuterà se tali condizioni siano state in generale soddisfatte e se la direttiva sia stata efficace. A partire dal 31 dicembre 2030 e successivamente ogni due anni la Commissione riesaminerà infine l'applicazione della direttiva anche per valutare se sia necessario prorogarla oltre il 2038 o modificarla.

Rispetto alla normativa di cui alla direttiva 2022/2381 quella italiana presenta già evidenti elementi di conformità, sia nel citato principio di temporaneità (fra l'altro anche la normativa italiana, a seguito della modifica del 2019 prevede anch'essa come ultima scadenza la fine del 2038) sia nel prevedere già da ora l'obbligo di una percentuale di almeno il 40% del genere meno rappresentato tra tutti gli amministratori, esecutivi e non. La direttiva si segnala invece per una particolare attenzione ai temi della trasparenza delle procedure di scelta dei candidati e delle candidate e dei risultati ottenuti. Per quanto riguarda l'ambito di applicazione, la direttiva si riferisce solo alle società con azioni quotate, mentre la disciplina italiana si estende anche a quelle in mano pubblica. Anche per le società non quotate viene però ammessa la possibilità di un'estensione, a seguito della sua

futura revisione, della normativa, con l'esclusione comunque delle PMI, rispetto alle quali l'obbligo di rappresentanza paritaria negli organi di governo appare eccessivamente onerosa.

Sotto il profilo delle motivazioni che hanno spinto il legislatore comunitario ad adottare la normativa in questione, la direttiva medesima al considerando 23 si prefigge "l'obiettivo di aumentare la presenza delle donne nei consigli in tutti gli Stati membri per rilanciare la crescita economica, incoraggiare la mobilità sul mercato del lavoro, rafforzare la competitività delle società quotate e realizzare un'effettiva parità di genere sul mercato del lavoro." Viene pertanto riconosciuto espressamente (considerando n. 16) che "numerosi studi hanno dimostrato che la diversità porta a un modello aziendale più proattivo, a decisioni più equilibrate e a migliori standard professionali nei consigli di amministrazione che rispecchiano meglio le realtà sociali e le esigenze dei consumatori, oltre a incoraggiare l'innovazione. Numerosi studi hanno inoltre mostrato che esiste una relazione positiva fra la diversità di genere a livello di alta dirigenza e i risultati finanziari e la redditività di un'impresa, il che determina una considerevole crescita sostenibile a lungo termine. Il raggiungimento dell'equilibrio di genere nei consigli è pertanto di vitale importanza per garantire la competitività dell'Unione in un'economia globalizzata e offrirebbe un vantaggio comparativo rispetto ai paesi terzi". La logica per l'adozione delle quote di genere viene pertanto rinvenuta non soltanto in esigenze di equità e nel rispetto del principio di non discriminazione fondata sul sesso, di cui all'art. 21 della comunicazione del 5 marzo 2010 dal titolo «Maggiore impegno verso la parità tra donne e uomini — Carta per le donne», (38 considerando) ma anche in ragioni di efficienza economica e buon governo aziendale, nell'interesse sia della società sia dell'intero sistema economico europeo.

In aggiunta alla direttiva (UE)2022/2381 la Direttiva (UE)2013/36 (CRD IV), riguardante la governance delle banche, già da tempo promuove una diversificazione dei board, sottolineando l'importanza della varietà di età, sesso, provenienza e formazione per favorire indipendenza e senso critico⁹³. In particolare, questa direttiva si segnala per le affermazioni contenute nel 60° considerando, il quale espressamente riconosce che "per favorire l'indipendenza delle opinioni e il senso critico, occorre che la composizione degli organi di gestione degli enti sia sufficientemente di-

93 In ordine alla quale v. L. ENRIQUES - D. ZETZSCHE, *Quack Corporate Governance, Round III? - Bank Board Regulation Under the New European Capital Requirement Directive*, ECGI, Law Working Paper n. 249/2014.

versificata per quanto riguarda età, sesso, provenienza geografica e percorso formativo e professionale, in modo da rappresentare una varietà di punti di vista e di esperienze” e che «l’equilibrio tra uomini e donne sia particolarmente importante al fine di garantire una rappresentazione adeguata della popolazione», in tal modo confermando come la ratio di queste disposizioni non consista solo in una questione di equità e parità sociale, ma anche di efficienza e buon governo societario. Rispetto alla direttiva (UE)2381/2022, la direttiva in questione non prevede limiti temporali di applicazione, considerando la diversità nella composizione degli organi di governo un dato stabile della buona governance bancaria.

Lo stesso dicasi, sempre in ambito bancario, anche per l’aggiornamento n. 35 del 30 giugno 2021 alla Circolare della Banca d’Italia n. 285 del 17 dicembre 2013, che ha imposto a tutte le banche di adottare un regolamento interno che garantisca al genere meno rappresentato almeno il 33% dei posti negli organi con funzione di supervisione strategica e di controllo. Inoltre, viene raccomandato come buona prassi che le cariche di presidente dell’organo di supervisione strategica, presidente dell’organo di controllo, amministratore delegato e direttore generale non siano tutte ricoperte da persone dello stesso genere.

6. EFFICACIA E LIMITI DELLA NORMATIVA

In conclusione, tuttavia, nonostante gli aspetti positivi della legislazione sulle quote di genere, residuano ancora alcune questioni critiche di natura cruciale, che riguardano l’efficacia e la durata degli interventi legislativi per la parità di genere. In particolar modo, tali elementi problematici si identificano nella presenza di limiti temporali degli interventi legislativi, che una volta scaduti, lasciano aperto il dubbio se essi abbiano realmente portato a cambiamenti duraturi o se possano essere facilmente neutralizzati con il rinnovo degli organi societari, visto che persistono atteggiamenti resistenti all’interno del mondo economico e sociale.

Allo stesso modo, residuano ostacoli sottili all’esercizio del potere, per cui le donne spesso vengono nominate solo come amministratrici non esecutive, limitando il loro accesso a ruoli di effettivo potere gestionale, dato che la legge non prevede obblighi di quota relativamente alle posizioni esecutive. La parità di genere tutelata dalla legge sulle quote di genere è circoscritta alle società quotate e a partecipazione pubblica, nonostante

queste rappresentino solo una minoranza delle imprese italiane. Rimane poi irrisolto il problema della disparità salariale e dell'efficacia delle sanzioni per chi non adegui statuti e comportamenti alle nuove norme in tema di emancipazione, soprattutto con riferimento alle società a partecipazione pubblica e al periodo successivo all'efficacia temporale della normativa⁹⁴.

Nonostante questi limiti della legislazione vigente, che non appare di per sé sufficiente a cambiare il modo di pensare, affidarsi tuttavia solo a strategie di convincimento e acculturazione, come i codici di autodisciplina non vincolanti, rischia di essere inefficace, soprattutto in un contesto in cui riemergono pregiudizi maschilisti e razzisti. Pertanto, è da apprezzare l'approccio pragmatico del legislatore italiano, di cercare un equilibrio tra l'imposizione di soluzioni permanenti e la necessità di stabilire barriere contro possibili ritorni di pregiudizi e resistenze sotterranee⁹⁵.

7. L'ADOZIONE DI BUONE PRASSI PER LA PARITÀ DI GENERE

L'adozione di politiche, anche normative, come quelle sulle quote di genere nelle società quotate, ha sicuramente il pregio di consentire la realizzazione di un'effettiva diversità nella composizione dei consigli di amministrazione che può determinare, sotto diversi profili, un miglior funzionamento dell'organo di governo societario (così come in quello di controllo a cui le medesime norme si applicano). Spesso, poi, questa maggiore efficienza del management e della governance societaria potrà tradursi anche in migliori risultati di ordine economico per le imprese.

Tuttavia, al di là delle incertezze e delle perplessità che la verifica di questi risultati comporta, la politica della diversità e delle quote di genere all'interno degli organi apicali delle società esercita sicuramente un ruolo importante, rappresentando un forte sprone per il conseguimento di un'effettiva parità di genere all'interno delle imprese a tutti i livelli. La funzione delle quote di genere è infatti anche quella di sviluppare una particolare sensibilità, all'interno delle imprese stesse, a partire dall'organo

94 Per queste osservazioni critiche v. G. COTTINO, *Prefazione*, in M. CALLEGARI – E. R. DESANA – M. SARALE (a cura di), *Speriamo che sia femmina: l'equilibrio fra i generi nelle società quotate e a controllo pubblico nell'esperienza italiana e comparata*, Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino, Torino, 2021 p. 13.

95 G. COTTINO, *Prefazione*, cit. p. 15.

di governo, per i temi della partecipazione femminile. Aprire alle donne la porta della governance aziendale ai massimi livelli significa innanzitutto creare una nuova classe dirigente femminile capace di portare avanti con convinzione le istanze di genere ai vertici delle imprese, di creare una rete di professioniste ad alta qualificazione che spezzi il monopolio maschile, offrire un modello positivo alle giovani donne che si affacciano nel mondo del lavoro, creare i presupposti per migliorare la condizione femminile in tutti gli ambiti, nell'impresa e nella società.

La realizzazione di questi obiettivi, tuttavia, non può conseguirsi senza l'adozione di buone pratiche per la parità di genere all'interno delle aziende stesse, pratiche che sarà compito delle donne al vertice favorire e sostenere⁹⁶.

Queste pratiche riguardano l'adozione di azioni positive in tema di parità salariale per favorire il dialogo sociale anche tramite la contrattazione collettiva. Implementare politiche di equità salariale e introdurre comitati specifici può aiutare a monitorare e ridurre il divario di genere. La trasparenza nelle retribuzioni e nella rendicontazione è fondamentale per garantire equità. Un aspetto assai importante, anche se spesso trascurato, riguarda la prevenzione della violenza di genere anche sul luogo di lavoro. Un approccio di tolleranza zero verso la violenza di genere è cruciale. Le aziende dovrebbero adottare politiche e misure di sensibilizzazione per migliorare la cultura aziendale su questo punto. Fornire supporto alle vittime e includere la violenza domestica nelle valutazioni dei rischi sul lavoro sono passi importanti per creare un ambiente sicuro e inclusivo.

Essenziale poi è il tema della conciliazione tra lavoro e vita privata, dato che nell'esperienza italiana il carico delle incombenze familiari grava soprattutto sulle donne. Le aziende devono impegnarsi a prevenire la discriminazione sia diretta sia indiretta contro le donne incinte e i lavoratori con responsabilità familiari. Questo include il congedo di paternità retribuito, il rientro al lavoro dopo la gravidanza e la predisposizione di ambienti lavorativi adeguati per l'allattamento. La presenza di asili nido in ufficio o nelle vicinanze e la flessibilità lavorativa sono misure fondamentali per supportare i lavoratori e le lavoratrici con figli.

96 Sul tema delle politiche aziendali di gender e diversity management per favorire la partecipazione femminile e a ogni livello in ambito aziendale v. L. BRACCHITTA - A. MAZZUCHELLI - V. PAGAN - C. PEITI - A. ROSSANO - G. VIOLA, *Gender & diversity management nel settore delle utility lombarde. indagine sulle imprese associate a Confservizi Cispel Lombardia*, in C. BUZZACCHI - R. PROVASI (a cura di), *Dalle gender alle diversity quotas. Un impegno per società e istituzioni, Atti del Convegno del 29 gennaio 2020, Università Milano Bicocca*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 89 e ss., in part. p. 102 ss.

Al fine di monitorare i risultati raggiunti in termini di parità e le condizioni delle lavoratrici all'interno dell'azienda è poi essenziale dotarsi di adeguati e specifici indicatori di performance e strumenti di reportistica. Le aziende devono raccogliere e analizzare dati dettagliati sulle assunzioni, le promozioni e gli stipendi suddivisi per genere. La certificazione ISO 30415:2021 sulla Diversità e Inclusione, introdotta di recente, permette alle aziende di dimostrare a livello internazionale il loro impegno nelle pratiche inclusive, con una componente specifica dedicata al genere.

Ma soprattutto, al fine di garantire un'adeguata rappresentazione femminile anche ai vertici, le imprese devono perseguire politiche volte a favorire le pari opportunità anche a livello di leadership. Le aziende possono promuovere programmi di mentoring e coaching per sviluppare la leadership femminile. Offrire opportunità di formazione, miglioramento delle competenze e riqualificazione professionale è essenziale. È importante adottare politiche che garantiscano la partecipazione delle donne, puntando ad elevate percentuali di presenza femminile (almeno il trenta per cento) in tutti i settori aziendali e a tutti i livelli.

Le conclusioni così raggiunte trovano conforto anche in una indagine sui generis condotta recentemente, durante la quale sei accademiche dell'ECGI (associazione scientifica internazionale senza scopo di lucro che fornisce un forum di dibattito e dialogo tra accademici, legislatori e professionisti, concentrandosi sulle principali questioni di governance societaria) hanno discusso la partecipazione femminile nei ruoli di leadership aziendale durante interviste realizzate in occasione dell'8 marzo 2024⁹⁷.

Questi sono i risultati dell'indagine: innanzitutto le intervistate hanno individuato alcuni fattori come determinanti per la sottorappresentanza femminile all'interno e ai vertici delle società. In proposito tali elementi vanno identificati in fattori di ordine sociale e culturale, dato che la maggior parte dei compiti di assistenza è ancora a carico delle donne, e molti paesi non forniscono sufficiente supporto istituzionale. Inoltre, le donne subiscono atteggiamenti culturali negativi nei confronti del loro lavoro. In termini di aspettative e riconoscimenti, le donne devono affrontare aspettative più elevate e ricevono meno riconoscimenti rispetto agli uomini. Vi sono poi ostacoli specifici: le donne affrontano barriere come reti sociali e professionali limitate, mancanza di modelli di ruolo e di mentoring, e difficoltà nell'equilibrio tra vita lavorativa e privata. Infine, l'ambiente

97 Le interviste sono reperibili al link: <https://ecgi.global/publications/news/iwd-2024-interview-with-prof-michelle-lowry>

aziendale è sicuramente rilevante. La cultura aziendale può essere tossica e sfavorevole per le donne, contribuendo alla loro sottorappresentanza.

Le intervistate hanno poi individuato le seguenti strategie per promuovere una cultura aziendale inclusiva. Innanzitutto, sono importanti momenti e occasioni di ascolto e analisi. Le organizzazioni dovrebbero porre più domande e ascoltare per comprendere le radici della scarsa rappresentanza femminile. Altro aspetto rilevante è il ruolo trainante del mentoring e della leadership femminile. È cruciale fornire mentoring efficace e aumentare il numero di donne in posizioni di leadership per promuovere una cultura inclusiva. Le organizzazioni devono inviare messaggi chiari di supporto alle pari opportunità e garantire che le opportunità di avanzamento siano offerte equamente. Infine, è essenziale adottare iniziative di formazione e pianificazione della leadership, creando e pianificando una pipeline di leadership diversificata.

Le intervistate hanno poi formulato, sulla base delle loro esperienze, questi consigli per le aspiranti leader donne. Bisogna imparare a riconoscere gli ostacoli non fondati su basi scientifiche: le donne devono capire che molti ostacoli verso la loro affermazione sono artificiosi e non scientificamente fondati. È importante poi costruire reti che includano persone di vari livelli e genere, e acquisire confidenza e assertività. Le donne devono essere sicure di sé e pronte a difendere i propri diritti. È poi necessario ricordare che non esiste un perfetto equilibrio tra vita e lavoro, ma una rete di supporto può aiutare. Infine, è necessario sapere cogliere le sfide come opportunità. Le donne dovrebbero accettare sfide fuori dalla loro zona di comfort e essere pronte a cogliere opportunità stimolanti.

In sostanza, anche queste interviste sottolineano l'importanza di un cambiamento culturale e strutturale nelle aziende per migliorare la rappresentanza femminile nei ruoli di leadership, ciò che rappresenta l'obiettivo ultimo a cui la normativa sulla diversità e sulle quote di genere tende a realizzare, nell'interesse sia dell'equità sociale sia della redditività dell'impresa e per il buon funzionamento dell'intero sistema economico.

IL PERSEGUIMENTO DEL LUCRO COME CARDINE DELLE SOCIETÀ CAPITALISTE

Carlo Emanuele Pupo

Università degli Studi di Urbino Carlo Bo

Non posso che esordire esplicitando la mia consapevolezza che l'intervento che andrò a proporre reca con sé un rischio che tenterò, per quanto possibile, di scongiurare, ovvero quello di connotarsi per un'eccessiva aridità.

Si tratta, in effetti, di un rischio sempre presente quando la tematica che si affronta ricade nell'ambito del diritto commerciale, ovvero di quello che è in buona sostanza – e ricorro qui volutamente a una terminologia assolutamente prosaica – il diritto degli affari.

Non si può però ignorare che il rischio in questione è ancora più incombente nel momento in cui l'oggetto della riflessione è sostanzialmente il lucro, ossia allorché si viene invitati a soffermarsi su quelle situazioni in cui l'agire umano è mosso da una mera prospettiva di guadagno.

Una parte significativa di queste situazioni pertiene, com'è noto, alla sfera dell'impresa, ovvero a una tipologia di attività che innegabilmente contribuisce al benessere collettivo, quantomeno nella misura in cui è funzionale alla creazione di prodotti, servizi e occasioni di lavoro.

La tipologia in questione si presenta – e anche questo è noto – estremamente articolata e complessa, in quanto suddivisa in un numero imponente di fattispecie connotate da elementi distintivi vuoi di natura oggettiva vuoi di natura soggettiva; ciò non toglie, però, che non si fa fatica a individuare al centro del sistema – non fosse altro per il loro rilievo macroeconomico – le società lucrative, a loro volta distinte – e sul punto non si insisterà oltre – in società di persone e società di capitali.

In relazione a esse, ecco allora che l'aggettivo "lucrativo" trova la sua ragion d'essere nel fatto che l'art. 2247 c.c. statuisce che lo scopo di tali strutture è per l'appunto quello di far sì che i soci delle stesse possano dividersi gli utili derivanti dall'attività svolta, ovvero conseguire il cosiddetto lucro soggettivo.

Perché ciò sia possibile, è peraltro prima ancora necessaria la realizzazione del c.d. lucro oggettivo: tali società svolgono cioè la propria attività imprenditoriale con l'auspicio di giungere a un supero dei ricavi sui costi. In altre parole, esse hanno l'obiettivo di fare in modo che i costi affrontati nel ciclo economico – vale a dire tutti quelli necessari a far sì che il prodotto o servizio offerto venga infine ceduto sul mercato di riferimento – siano inferiori a quanto per l'appunto ricavato dalla cessione di tale prodotto o servizio, e qualora ciò accada si avrà un incremento della ricchezza detenuta dalla società, il quale diverrà in un secondo tempo – ossia nel momento del lucro soggettivo – incremento della ricchezza propria dei soci.

È questo, dunque, lo scopo-fine di tali società: in particolare nella fase di *start-up*, infatti, i costi di produzione e di commercializzazione vengono sopportati attraverso ciò che i soci costituenti hanno scelto di investire. In altri termini, costoro attribuiscono alla società una parte del loro patrimonio personale in tal modo esponendolo al rischio d'impresa¹, ovvero al rischio di perderlo definitivamente qualora accada il contrario di quanto sperato, cioè nell'eventualità che i ricavi – ammesso che ve ne siano! – risultino inferiori ai costi.

Sul punto, però, è per l'appunto bene specificare che da tempo la dottrina in materia distingue un lucro soggettivo e un lucro oggettivo.

Perché ricorra il primo è sufficiente, come già si diceva, che i ricavi dell'esercizio siano superiori ai costi: viene in tal modo realizzato un utile, il quale concretizza un aumento del patrimonio della società.

Il lucro soggettivo, invece, consegue al lucro oggettivo e consiste in quello che è giuridicamente un trasferimento del lucro dalla società ai suoi soci. Questo passaggio non è peraltro inevitabile nelle società di capitali, per le quali è prevista la possibilità che la ricchezza realizzata venga trattenuta nel patrimonio sociale².

Già quanto detto sembrerebbe allora aver reso sufficientemente chiaro che la società è costituita dai soci per una finalità propria degli stessi. Appare cioè innegabile che gli enti in questione sono volti a perseguire un interesse puramente privato e questa evidenza ha dato vita a una lettura del fenomeno societario tradizionalmente definita “contrattualismo”³, in quan-

1 Su cui v., *ex plurimis*, C. SOTTORIVA, *Introduzione al sistema dei rischi d'impresa: inquadramento economico-aziendale, classificazioni e politiche d'impresa*, in *Riv. dei dottori commercialisti*, 1999, p. 551 ss.

2 E v., sul punto, tra gli altri, G.F. CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale*, 8ª ed. a cura di M. Campobasso, Utet, Milano, 2022, p. 309.

3 Su cui v., ad esempio, C. ANGELICI, *Note sul “contrattualismo societario”: a proposito del pen-*

to sino a pochi decenni orsono era per l'appunto il contratto l'unico atto di autonomia privata utile a dare vita alle società in questione.

Residuano, peraltro, ancora oggi dei dubbi su come tale interesse privato debba essere concretamente perseguito. Ci si domanda cioè – e anche in questo caso non potrò che procedere per sintesi – se l'attività della società debba essere volta a massimizzare il patrimonio – e dunque l'utile distribuibile – o non piuttosto il valore di mercato delle azioni.

È però forse ancor più interessante segnalare come l'interpretazione contrattualista sia stata per lunghissimo tempo, per quanto possa apparire singolare, totalmente negletta, divenendo in definitiva dominante in Italia – dove peraltro è ancora oggi in una certa, minima misura osteggiata – solo dal secondo Dopoguerra.

A essa è stata infatti a lungo preferita l'esegesi c.d. istituzionalista⁴, la quale negava persino la matrice contrattuale del fenomeno societario riscontrando, all'origine dello stesso, non già per l'appunto un contratto bensì un non meglio definito “atto collettivo”.

Peraltro anche l'istituzionalismo – a somiglianza del contrattualismo – ha avuto numerose declinazioni e anche al riguardo i limiti di questo mio intervento mi consentono di illustrare unicamente le due principali.

Ecco allora che non posso che ricordare che da un lato è stato spesso affermato che l'interesse che la società lucrativa deve perseguire è proprio della medesima società.

Si tratta però, con tutta evidenza, di una chiave di lettura oggettivamente pericolosa. Nella realtà fattuale non è difatti mai dato di rinvenire il “soggetto-società”. Il termine “società” o comunque la denominazione della stessa non identifica cioè mai un soggetto reale – come ripeto spesso ai miei studenti: non abbiamo una società Alfa s.p.a. che la mattina si alza dal letto e si prepara la colazione – ma semplicemente un soggetto giuridico, e ciò significa che questa ipotizzata Alfa s.p.a. certamente è priva di una struttura mentale, conseguentemente non è in grado di elaborare pensieri e per ciò stesso non può nutrire un interesse, ovvero porsi un obiettivo da perseguire⁵. Ciò significa, dunque, che parlare di interesse della società significa inevitabilmente che non potranno che essere dei soggetti reali a

siero di Francesco Denozza, in *Riv. dir. comm.*, 2018, p. 191 ss.

4 Su cui v., ad esempio, G. COTTINO, *Contrattualismo e istituzionalismo (variazioni sul tema da uno spunto di Giorgio Oppo)*, in *Riv. soc.*, 2005, p. 693 ss.

5 Per un approfondimento di tale tematica, si rinvia il cortese lettore al mio *La persona giuridica - Fenomenologia e significato dal diritto romano al diritto commerciale*, Giuffrè, Milano, 2015, *passim*.

concretamente individuare – a questo punto, quasi per definizione, in modo non trasparente – quale sia il supposto “interesse della società” e il riferimento è ovviamente al socio maggioritario, agli amministratori dell’ente o addirittura a soggetti esterni a quest’ultimo, ed è evidentemente significativa la possibilità che costoro in definitiva privilegino un interesse proprio o in ogni caso un interesse di terzi rispetto all’interesse di quella totalità dei soci che pure, come detto, pone a rischio, nel costituire la società, una parte del proprio patrimonio personale.

Vi è poi quella corrente istituzionalista che identifica, in buona sostanza, l’interesse della società con l’interesse dello Stato o se si vuole, con formula forse più moderna, con l’interesse della collettività.

Al di là delle apparenze, si tratta però di una lettura dell’istituto societario analogamente pernicioso e non sarà difficile mostrare perché.

Emblematica di questa modalità di intendere l’interesse sociale è la risposta che negli anni Venti dello scorso secolo ebbe a dare Walter Rathenau⁶ agli azionisti della compagnia armatrice tedesca Norddeutscher Lloyd, ovvero che “la società in questione non era stata creata per distribuire dividendi a lorsignori, ma per far navigare i battelli sul Reno”, vale a dire – è l’evidente sottinteso – per svolgere un’attività di peculiare importanza per l’intera nazione tedesca.

Non si può però non osservare che se lo scopo ultimo e irrinunciabile delle società di capitali fosse davvero quello di svolgere l’attività per la quale sono state costituite, non solo verrebbe posto in secondo piano l’obiettivo di conseguire un lucro attraverso la valorizzazione delle risorse investite, ma verrebbe implicitamente e però inequivocabilmente legittimata la pauperizzazione del patrimonio sociale: se si ritiene cioè assolutamente necessario che i battelli navighino sul Reno, si farà in modo che questi navighino anche a costo di chiudere l’esercizio in perdita ed è facile comprendere dove può condurre una simile scelta esegetica. Sul piano microeconomico, una successione di esercizi in perdita condurrà all’azzeramento del patrimonio sociale: a dispetto dei propositi di partenza, dunque, i battelli in questione non navigheranno comunque più e quindi l’interesse della collettività non verrà in ogni caso soddisfatto. Sul piano macroeconomico, si creeranno le condizioni perché i privati vengano evidentemente scoraggiati dall’investire nell’attività d’impresa in quanto il loro investimento, lungi

6 L’episodio è ricordato, tra l’altro, da G. MICCICHÈ, *L’economia, le regole e i ‘Battelli del Reno’*, reperibile all’indirizzo www.avantionline.it/leconomia-le-regole-e-i-battelli-del-reno/, 28 ottobre 2014 (consultato il 30 luglio 2024).

dal produrre un rendimento, sarà invece andato perso e si badi che il termine “investimento” non è qui impiegato in modo casuale, in quanto in questo caso il tema che si pone è quello del rischio d’impresa: ovvero in linea di principio i privati possono essere disposti a rischiare di perdere una parte del proprio patrimonio personale conferendolo in una società, solo perché attratti dalla possibilità di un guadagno, ma se è già *a priori* previsto che l’attività societaria si sviluppi strutturalmente in perdita, è pressoché inevitabile che i suddetti privati cercheranno di valorizzare in modo differente il proprio risparmio.

Non stupisce, dunque, che in linea di massima un’attività che si sviluppi programmaticamente in perdita, non può che essere demandata allo Stato e ai vari enti pubblici, ferma ovviamente restando la necessità che in tal caso la stessa risponda a un interesse della collettività, sia perché la cura di un tale interesse costituisce lo scopo dei suddetti enti sia perché, più prosaicamente, si tratterebbe di un’attività alimentata attraverso risorse della collettività.

In questo senso, un esempio emblematico è quello incentrato sui c.d. farmaci orfani⁷ – ma sarebbe forse più appropriato parlare di “malattie orfane” – ovvero conseguente a un’attività di ricerca e, in un momento successivo, di produzione di farmaci destinati alle malattie estremamente rare e di cui sono perciò portatori un numero esiguo di soggetti, cosicché l’eventuale vendita di tali farmaci non può in ogni caso “coprire” – essendo il bacino dei potenziali compratori così ristretto – gli abitualmente esorbitanti costi di ricerca e produzione.

È sempre il settore sanitario a offrirci d’altronde un altro dato su cui è bene riflettere.

Il riferimento è a quanto avvenuto dopo l’insorgere della pandemia da Covid-19 e, in particolare, dopo che l’imprenditoria farmaceutica riuscì a porre a disposizione dell’utenza mondiale quei 4-5 vaccini di cui tutti noi serbiamo ancora oggi il ricordo.

Ebbene, in quell’occasione numerose voci si levarono per domandare l’eliminazione della tutela brevettuale, ovvero la sterilizzazione dello strumento giuridico che consentiva a chi aveva prodotto tali vaccini di conseguire per l’appunto un utile – e quindi un lucro – dalla loro commercializzazione.

È allora fuori discussione che si trattasse di un’istanza originata da motivazioni etiche di indubbia consistenza e che per questo è in generale

⁷ Su cui v. l’ancora interessante – pur se in taluni aspetti ormai datato – contributo di F. FICICCHIA, *Malattie rare e farmaci orfani, profili giuridici*, in *Contratto e impresa - Europa*, 2007, p. 428 ss.

bene emergano, ma non si può non considerare che se è vero che 4-5 case farmaceutiche furono in grado di realizzare un vaccino sostanzialmente efficace, ben più di 100 altre imprese del settore tentarono inutilmente di produrne uno. In pratica, la disponibilità di quei pochi vaccini si è concretizzata solo perché un numero imponente di aziende scelse di assoggettarsi a uno specifico rischio d'impresa – pagandone poi pegno, ovvero dilapidando, nella più parte dei casi, una quantità significativa di ricchezza – perché attratte dalla prospettiva di un possibile (e ingentissimo) lucro. Ecco allora che se tale prospettiva già *a priori* non sussistesse, si avrebbe una situazione in cui quasi nessuna azienda privata sarebbe disposta a investire nella ricerca di nuovi medicinali, come peraltro abbiamo avuto modo di sperimentare proprio in Italia. Nel nostro Paese, infatti, finché sussisteva il divieto di brevettazione dei farmaci sancito dall'art. 14 del regio decreto n. 1127/1939 – e dunque fino alla sentenza della Corte costituzionale n. 20/1978, la quale di fatto abrogò il divieto in questione – la ricerca e gli investimenti nel campo farmaceutico languivano palesemente.

Come ho subito avvertito, quello che sto proponendo può quindi per l'appunto sembrare un discorso decisamente arido, ma forse questa sensazione può essere superata se si tengono nella dovuta considerazione due distinti elementi. Il primo, di solare evidenza, è che nell'attuale società ogni essere umano necessita di un reddito per il proprio sostentamento. Il secondo è che si tratta altresì di considerare che il reddito realizzato – ovvero la ricchezza generata – da una società di capitali presto o tardi andrà a riversarsi sulla collettività in cui è attiva la società in questione. Una volta cioè che l'utile sarà stato distribuito ai soci, questi ultimi lo impiegheranno nell'acquisto di beni e servizi e quand'anche ciò non venisse fatto dai soci in questione, sarà comunque presto o tardi fatto dai loro eredi.

Tutto quanto sin qui esposto avvalora dunque in modo indiscutibile la conclusione per la quale l'istituto delle società lucrative va giustappunto letto in chiave contrattualista. Si tratta cioè di riconoscere che tali società non sono altro che uno strumento dei soci – che per l'appunto nella maggior parte dei casi lo creano attraverso un contratto – e che per tale motivo l'interesse che esse sono chiamate necessariamente a perseguire non è altro che quello dei suddetti soci a un rendimento, ossia a vedere valorizzato quanto da essi investito.

Giunti a questo punto, il discorso potrebbe ovviamente, ancora una volta, complicarsi. Ho già ricordato che da tempo ci si domanda se la soddisfazione di questo interesse privato pretenda la massimizzazione del pa-

trimonio netto della società o non piuttosto la massimizzazione del valore di mercato delle partecipazioni azionarie, e posso ora aggiungere che allo stesso modo ci si chiede quale prospettiva temporale debba in ogni caso governare tale attività di massimizzazione, ossia se nel condurla si sia chiamati a necessariamente privilegiare lo *short-termism* o, tutto al contrario, il *long-termism*⁸.

In questa sede, però, intendo piuttosto a questo punto soffermarmi – ancorché, *more solito*, brevemente – su un’altra delle questioni che abitualmente ci si pone quando si riflette su queste tematiche, ossia sul fatto che inevitabilmente ci si interroga, una volta assodata la necessità di perseguire l’interesse dei soci a un rendimento, sulla possibilità che ciò non significhi che non si debbano giocoforza perseguire anche altri interessi facenti capo all’intera collettività o comunque a esponenti della stessa non coincidenti con i soci, quali ad esempio l’interesse alla sostenibilità, quello allo sviluppo tecnologico o quello dei lavoratori della società al mantenimento della propria occupazione.

Mi sento però di poter dire che dare una risposta a tale quesito è in fondo più agevole di quanto si pensi.

Abbiamo in fondo già escluso che gli interessi da ultimo citati posano far premio su quello lucrativo, anche perché – si può ora aggiungere – gli amministratori che sposassero una tale linea di condotta verrebbero ben presto sostituiti.

Ecco perché solitamente si parla, al riguardo, di “limiti”: l’attività di massimizzazione sarebbe cioè “limitata” dalla necessità di perseguire uno o più dei summenzionati interessi collettivi.

Sul punto bisogna però intendersi. Se i “limiti” in questione non sono stati puntualmente tracciati in sede statutaria, il loro eventuale rispetto espone nuovamente gli amministratori a un altissimo rischio di revoca. Infatti, non vedo come gli investitori potrebbero accettare un lucro inferiore a quanto sarebbe stato possibile in considerazione del fatto che la realizzazione di tale lucro è stata penalizzata dalla destinazione di una parte delle risorse della società ad attività certamente commendevoli ma al tempo stesso non in grado di generare un ritorno economico. Mi pare cioè oltremodo difficile che i soci possano essere contenti del fatto che il rendimento del loro investimento non sia stato massimizzato in quanto i *director* dell’ente hanno in definitiva impiegato denaro non loro – bensì dato loro in gestione

8 Per una riflessione su tali concetti si rinvia il cortese lettore al mio *Azioni a voto maggiorato e azionista “leale” – Dato empirico e proposte di riforma*, Il Mulino, Bologna, 2022, p. 39 ss.

– per conseguire un obbiettivo che certamente non era quello cui miravano i suddetti soci. Si tratta cioè di riconoscere, in definitiva, che tale modo di procedere potrebbe essere accettato solo nell’eventualità che fossero stati i soci stessi – nel redigere per l’appunto lo statuto societario – a esprimere la propria preferenza per un’attività sociale condotta in tal modo. È cioè in altre parole necessario che siano gli investitori privati, all’esito di una loro libera e informata scelta, a dirsi disponibili a rinunciare a parte del possibile lucro allo scopo di favorire iniziative utili per la collettività, e non posso allora non segnalare che da qualche anno è divenuto possibile concretizzare tale decisione attraverso lo strumento della società *benefit*⁹, ovvero di una tipologia societaria introdotta nel 2015 (con la legge n. 208), la quale si caratterizza per uno statuto in cui ci si prefigge non soltanto di realizzare degli utili, bensì anche di sviluppare un’attività avente “*una o più finalità di beneficio comune*” per il tramite di una gestione volta a creare un bilanciamento nel perseguimento dei vari obiettivi. Si tratta insomma di società programmaticamente volte al conseguimento di uno scopo complesso e dunque è sin dal principio chiaro che gli amministratori delle stesse saranno chiamati a gestire tale complessità.

Si tratta di un istituto che nasce negli Stati Uniti – e più precisamente in Maryland, dove è stato introdotto nell’ottobre del 2010 – e ciò non può stupire per due distinti motivi: il primo è che quella statunitense è una realtà in cui la filantropia è ben più diffusa che nel nostro Paese; il secondo è che è spesso accaduto che lo Stato che per primo ha conosciuto una situazione di capitalismo avanzato abbia anche per primo elaborato delle soluzioni alle problematiche che tale situazione ha via via posto. Basti pensare, ad esempio, a come proprio gli Stati Uniti abbiano avviato già nel 1890, tramite lo *Sherman act*¹⁰, alla necessità di dotarsi di una disciplina *antitrust*.

Per quanto riguarda la realtà italiana, mi sembra però anche di poter dire che la tipologia delle società *benefit* non ha sin qui avuto un impatto macroeconomico così consistente come quello che forse ci si attendeva¹¹.

Se ciò è vero, è possibile che il motivo sia da ritrovare in un fenomeno di *path dependence* che vede i privati desiderosi di perseguire finalità altruistiche, privilegiare quei modelli di ente storicamente nati per conse-

9 Su cui v. P. GUIDA, *La evoluzione normativa in tema “no-profi”: la “società benefit”*, in *Notariato*, 2023 p. 623 ss.

10 Su cui v. M. BENVENUTO, *Lo Sherman Act: un modello funzionante e insuperato*, in *Ann. Fac. Giurispr. Genova*, 2000, p. 167 ss.

11 Cfr., sul punto, G.M. NORI, *La società benefit un (nuovo?) mezzo per (non) fare impresa*, in *Riv. dir. soc.*, 2021, p. 787 ss.

guire utilità diverse da quella lucrativa e il riferimento è naturalmente alle fondazioni e alle associazioni (ovvero a una tipologia di enti che per l'appunto possono anche caratterizzarsi per uno scopo egoistico ma giammai per lo scopo lucrativo). Com'è noto, infatti, tali strutture organizzative possono anche svolgere un'attività imprenditoriale e perciò conseguire quel famoso lucro di cui ho forse sin troppo parlato, ferma restando la possibilità che quest'ultimo venga poi giustappunto destinato – all'esito di quello che è comunque, in definitiva, un momento di espressione di autonomia privata – a iniziative di interesse per l'intera collettività¹².

12 E v., su tale tematica, ancora G.F. CAMPOBASSO, *Manuale*, cit., p. 36 ss.

PLURALITÀ E TIPICITÀ PENALE ALLA PROVA DELLA POSTMODERNITÀ

Cecilia Valbonesi

UnitelmaSapienza Università degli Studi di Roma

1. LA CULTURA DEL PLURALE NELLA SOCIETÀ POSTMODERNA

Avvicinarsi al diritto penale con la lente della pluralità permette di coglierne l'essenza più profonda.

Anche se la stretta legalità e le sue declinazioni ci impongono l'ossequio alla lettera e, quindi, alla stretta fenomenologia oggettiva e soggettiva della fattispecie¹, la sua forma monadica altro non è che il compendio necessario, la selezione forzata di una complessità che inevitabilmente si trasforma per prestare ossequio a scopi garantisti e parimenti assicurare una efficacia applicativa altrimenti neppure postulabile².

Tipicità e frammentarietà nascono lo sforzo di una *reductio ad unitatem* rivelatrice di una pluralità che il Diritto penale non può e non vuole ignorare³.

1 Per un inquadramento essenziale sul tema si vedano G. MARINI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege* (dir. Pen.), in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, p. 950 ss.; F. CORDERO, *Legalità penale*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1990; G. VASSALLI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. pen.*, VIII, Torino, 1994, p. 281 ss.

2 Anche se, come noto, messa in pericolo da un patente disequilibrio di poteri a favore di una funzione giurisprudenziale sempre più performativa, come riconosciuto da T. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *Ind. pen.*, 1999, p. 527 ss.; ID., *Il diritto sostanziale e il processo*, in L. FOFFANI R. ORLANDI (a cura di), *Diritto e processo penale fra separazione accademica e dialettica applicativa*, Bologna, 2016, p. 81 ss.; G. FIANDACA, *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova, 2006, *passim*; O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006, *passim*; F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, in *Quaderni fiorentini*, 2007, p. 1279 ss.; ID., *Principio di legalità e giustizia penale*, in *Cass. pen.*, 2016, 2695 ss.; D. PULITANO, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, p. 29 ss.; ID., *Tra jus facere e ius dicere*, in *Criminalia*, 2016, p. 205 ss.; A. MANNA, *La sentenza Contrada ed i suoi effetti sull'ordinamento italiano: doppio vulnus alla legalità penale?* in *www.pena-lecontemporaneo.it*, 4 ottobre 2016; D. MICHELETTI, *Jus contra lex. Un campionario dell'incontenibile avversione del giudice penale per la legalità*, in *Criminalia*, 2016, p. 161 ss.; C. BERNASCONI, *Alle radici dell'imprevedibilità del diritto giurisprudenziale*, in *Criminalia*, 2016, p. 193 ss.

3 Su questo profilo, essenziali appaiono le considerazioni di F. PALAZZO, voce *Legge penale*, in *Dig.*

Alla prassi si consente di tessere maglie interpretative nella rigida trama dell'analogia mentre, sul piano strutturale, la latitudine incriminatrice si declina nei solidi sentieri dell'omissione, del tentativo, del concorso di persone e del concorso di reati, nel tentativo di inquadrare il caleidoscopio della vita in matrici identitarie predefinite e per questo necessariamente carenti.

Il tentativo di tipizzare la pluralità, affidandola al terreno concettuale delle forme di manifestazione del reato⁴, se ha veicolato negli stretti e irrinunciabili canali della legalità e della colpevolezza⁵ la complessità intrinseca che si cela dietro alla fattispecie monosoggettiva e monofenomenica, non ha tuttavia (ancora) permesso di dischiudere le porte alla comprensione e all'accettazione della molteplicità che si cela in alcune pieghe della realtà, ancora poco frequentate tanto dal legislatore quanto dall'interprete⁶.

Una di queste è senz'altro rappresentata dal rischio, figura proteiforme e di difficile inquadramento, capace, tuttavia, di insinuarsi nelle categorie del diritto penale scardinandone l'impianto strutturale e contribuendo ad erodere un garantismo per molti versi già oggetto di profondi vulnera⁷.

Eppure, quello fra rischio e pluralità appare un rapporto fortemente radicato nella cultura occidentale, nella storia e ancor prima nel mito.

Infatti, quel πολύτροπος che contiene la radice di polus, plurale, molteplice, rappresenta la principale fra le qualità che connotano il primo eroe postmoderno, chiamato a fronteggiare, proprio grazie alle sue qualità versatili, un complesso novero di rischi naturali e antropici che ne costellano il difficile ritorno a verso Itaca⁸.

disc. pen., 1993, Torino, p. 340, che «la sanzione criminale è la matrice logica e storia dei principi della legge penale, e così se ne segna anche l'ambito di operatività, concorrendo alla qualificazione appunto "penalistica" della legge. Innanzitutto, sono pertanto norme penali, o frammenti di norme penali, tutte quelle che in qualsiasi modo concorrono a fondare, modificare, escludere o estinguere la applicazione della sanzione criminale».

4 Sul cui approfondimento, per tutti, si rivela essenziale G. DE FRANCESCO, *Le forme di manifestazione del reato*, Torino, 2011, *passim* e L. RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole di incriminazione suppletiva*, Milano, 2001, *passim*.

5 Il serrato dibattito dottrinale ha focalizzato la sua attenzione, in questo senso, sul reato colposo, come perfettamente delineato da F. GIUNTA, *La legalità della colpa*, in *Criminalia*, 2008, p. 166.

6 Su questo aspetto, se ci si consente, v. C. VALBONESI, *Prima tipicità della condotta colposa nelle attività rischiose lecite*, Napoli, 2023, p. 19. Sul tema, autorevolmente, G. DE FRANCESCO, *Pericolo, rischio, incertezza. Il controllo penale e i suoi confini nella temperie della postmodernità*, in M. GOLDONI E. SIRSI (a cura di), *Regole dell'agricoltura e regole del cibo. Produzione agricola, sicurezza alimentare e tutela del consumatore*, Atti del convegno, Pisa, 2005, p. 126; C. SOTIS, *Le «regole dell'incoerenza». Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Roma, 2012, p. 11 ss.

7 Come icasticamente scolpito nelle parole di V. MILITELLO, *Diritto penale del rischio e rischi del diritto penale fra scienza e società*, in R. BORSARI (a cura di), *Processo alla scienza*, Padova, 2016, p. 142.

8 Il rapporto di Ulisse con il Novecento e le sue sfide umane e tecniche è oggetto di ampia rifles-

Una pluralità, i rischi affrontati da Ulisse, la cui eziologia è ricondotta, dalla cultura greca, all'intervento delle varie divinità offese dall'eroe, le quali puntualmente si vendicano attraverso l'afflizione di supplizi che molto hanno in comune con i fini repressivi e intrinsecamente mortificanti delle moderne pene.

Oggi, certo più laicamente ma forse non più razionalmente, il rischio è appannaggio della scienza, della tecnica e del diritto che attraverso lo strumento della responsabilità penale di matrice colposa si illude di imprimere una matrice regolatoria alla fase di prevenzione e di gestione di un potenziale nocumento, sperando così di limitare le conseguenze infauste che ne possono fisiologicamente derivare⁹.

Ma lo strumento della responsabilità, soprattutto della responsabilità penale, quando è chiamato ad intervenire sul rischio, presenta due aspetti di profonda criticità.

Il primo risiede nella falsa aspettativa, ingenerata nella società civile, sulla idoneità della responsabilità, soprattutto nel suo volto colposo, a rappresentare tanto un valido deterrente destinato a conferire alle condotte dei gestori del rischio una efficacia *cautelare* o *cautelativa* volta a scongiurare accadimenti dannosi, quanto una sanzione adeguata e proporzionata all'eventuale offesa dei beni giuridici che dalla gestione del rischio può scaturire¹⁰.

Questa funzione asseritamente performativa, conformativa e sanzionatoria della responsabilità per il rischio origina ed al contempo alimenta, in un andamento circolare non virtuoso, il secondo degli aspetti disfunzionali, il quale risiede nel difficile rapporto fra scienza e diritto penale¹¹.

sione, fra la quale si può richiamare P. BOITANI, *L'ombra di Ulisse*, Bologna 1992; S. NICOSIA (a cura di), *Ulisse nel tempo. La metafora infinita*, Venezia, 2003; D. SUSANETTI, *Favole antiche. Mito greco e tradizione letteraria europea*, Roma, 2005.

9 Nella vasta letteratura sul tema si vedano le parole di G. DE FRANCESCO G. MORGANTE (a cura di), *Il diritto penale di fronte alle sfide della «società del rischio»*, Torino, 2017, p. XIX.

10 Lo sottolinea, icasticamente, R. BARTOLI, *Giustizia vendicatoria, giustizia riparativa, costituzionalismo*, in C. PIERGALLINI G. MANNOZZI C. SOTIS C. PERINI M. SCOLETTA F. CONSULICH (a cura di), *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, Milano, 2022, in particolare p. 529 ss. Si tratta di una «illusione che la pena retributiva possa riequilibrare, quasi per una forza catartica propria, lo scompenso nelle relazioni sociali prodotte dal reato», come affermato da L. EUSEBI, *Modelli della giustizia e sanzioni penali*, in *Dizionario di dottrina sociale della Chiesa. Le cose nuove del XXI secolo*, 2022, 4, p. 34.

11 Come dimostrano gli esiti di alcune vicende processuali di grande rilievo, fra le quali quelle legate allo stabilimento di Porto Marghera: Cass. pen., sez. IV, 17 maggio 2006 (dep. 6 febbraio 2007), n. 4675, in *DeJure*. Sulla vicenda si vedano, C. PIERGALLINI, *Attività produttive e imputazione per colpa: prove tecniche di diritto penale del rischio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1490; ID., *Il paradigma della colpa nell'età del rischio: prove di resistenza del tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005,

La lettura di questo rapporto attraverso la lente monofocale ed in qualche modo deterministica della responsabilità ha dato luogo, sino ad ora, al mancato incontro fra due mondi necessariamente complementari e oserei dire necessari l'uno all'altro¹².

Il problema attiene non soltanto alla dimensione processuale della responsabilità per il rischio, triste teatro di monologhi di scienziati e giuristi, nel quale la sentenza rappresenta nulla più che il compendio delle reciproche incomprensioni, ma riguarda, piuttosto, anche alla dimensione regolatrice.

Ivi, salvo casi invero rari e comunque ben perfetibili come la materia della sicurezza sul lavoro¹³, gli aspetti tecnici di gestione del rischio, per essere attuati, devono assumere la forma regolamentare¹⁴ (o pararegolamentare) che presuppone, per così dire, una sintesi espressiva convenzionale di concetti scientifici in un linguaggio giuridicamente compatibile attraverso il quale si possano dettare regole espressione della miglior scienza ed esperienza destinate a contenere o neutralizzare ogni potenziale nocumento¹⁵.

p. 1684 ss.; D. PULITANÒ, *Gestione del rischio da esposizioni professionali*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 787; ID., *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 649 ss.; A. MASSARO, «Concretizzazione del rischio» e prevedibilità dell'evento nella prospettiva della doppia funzione della colpa, in *Cass. pen.*, 2009, 157 ss.; D. MICHELETTI, *I reati propri esclusivi del datore di lavoro*, in F. GIUNTA D. MICHELETTI (a cura di), *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano, 2010, p. 214; F. PALAZZO, *Morti da amianto e colpa penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 187.
12 C. CONTI E. BONZANO, *Scienza ed epistemologia giudiziaria verso l'affermazione di nuovi paradigmi*, in A. AMATO G. FLORA C. VALBONESI (a cura di), *Scienza, diritto e processo penale nell'era del rischio*, Torino, 2019, p. 11.

13 Su questo profilo G. MORGANTE, *Spunti di riflessione sul diritto penale e sicurezza del lavoro nelle recenti riforme legislative*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 3329. Sulla centralità e la criticità dell'aspetto regolatore nella salute e sicurezza sul lavoro si veda R. PALAVERA, *Fiducia e deterrenza: due paradigmi compatibili? Note in margine all'affermazione di responsabilità penale del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2023, p. 83.

14 Basti pensare alle Norme Tecniche per le Costruzioni – NTC 2018.

15 Problema particolarmente avvertito dopo l'entrata in vigore della Legge Gelli-Bianco che come noto ha introdotto una diversa disciplina della colpa medica (art. 590 sexies c.p.) legata all'ossequio di linee guida e protocolli. Sul tema la letteratura è molto vasta. Per tutti si vedano, per tutti, on esclusivo riferimento agli aspetti penalistici della legge Gelli-Bianco, *ex multis*, F. CENTONZE M. CAPUTO, *La risposta penale alla malpractice: il dedalo di interpretazioni disegnato dalla riforma Gelli-Bianco*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, p. 1361; G. AMATO, *Professionisti «salvi» se l'evento dannoso è dovuto a imperizia*, in *Guida dir.*, 2017, 15, p. 51; A. PALMA, *Molto rumore per nulla: la legge Gelli-Bianco di riforma della responsabilità penale del medico*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, p. 523; M. CAPUTO, *La responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria dopo la L. n. 24 del 2017 ... «quo vadit»? Primi dubbi, prime risposte, secondi dubbi*, in *Danno e responsabilità*, 2017, p. 293; ID., *I nuovi limiti della sanzione penale*, in M. LOVO L. NOCCO (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria. Le novità introdotte dalla Legge Gelli*, Milano, 2017, p. 26; C. BRUSCO, *La nuova legge sulla responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie*, in www.ilpenalista.it, 1°

Ebbene, questo tentativo di *astrazione tipizzante* non sempre si traduce in uno sforzo efficace, proprio per la mancanza di una reale riflessione in ordine alla complessità delle matrici culturali destinate ad incontrarsi.

Infatti, la lettura del rischio attraverso la lente monocromatica e monofocale della responsabilità colposa appare inadeguata e non scevra da conseguenze drammatiche che insistono sulle categorie fondamentali del diritto penale.

Dunque, per contrastare le disfunzionalità della risposta illusoriamente semplificatrice di una responsabilità colposa costruita su presupposti fallaci, l'unico antidoto è quello di recuperare il rischio ad una sua fisiologica dimensione di pluralità, provando di conseguenza a ricodificare l'approccio giuridico all'esistente alla luce di una lente invece multifocale che ci permetta di cogliere i risvolti della complessità.

Tre sono gli aspetti cruciali attraverso i quali questo volto plurale del rischio nella postmodernità può essere messo in luce:

1. Le criticità che insistono sull'aspetto concettuale e linguistico del rischio;
2. La natura geneticamente plurisoggettiva dei rischi della modernità e i riflessi applicativi;
3. L'importanza del ruolo della comunità offesa dalle conseguenze infauste del rischio anche con riferimento alle misure di riparazione del reato.

2. LA POLISEMIA OCCULTA DEL RISCHIO NELLA DIMENSIONE POSTMODERNA

La dimensione plurale del rischio è oggi scarsamente apprezzata da molte delle categorie coinvolte, sia nella sua gestione che nella repressione delle conseguenze infauste.

marzo 2017; ID., *La colpa penale e civile*, Milano, 2017, spec. p. 233; G. DE FRANCESCO, *In tema di dovere terapeutico, colpa medica e recenti riforme*, in www.lalegislazionepenale.eu, 2 maggio 2017; L. RISICATO, *Il nuovo statuto penale della colpa medica: un discutibile progresso nella valutazione della responsabilità del personale sanitario*, in www.lalegislazionepenale.eu, 5 giugno 2017; A. DE LIA, *La «colpa medica»: dal tramonto del modello «Balduzzi» all'alba di un nuovo sistema. Brevi note su di una riforma in stile «pulp»*, in www.archiviopenale.it, 27 giugno 2017; M. DI FLORIO, *Riflessioni sulla nuova fattispecie della responsabilità colposa in ambito sanitario (ex art. 590 sexies c.p.) come introdotta dalla legge Gelli-Bianco*, in www.archiviopenale.it, 30 maggio 2017; M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino, 2017, *passim*.

La mancata considerazione di questo aspetto deve ricondursi, in prima battuta a due fenomeni che definiremmo un artificio (o un raggirio) concettuale e una deplorevole semplificazione linguistica.

Esaminiamo separatamente questi due aspetti per cercare di portare alla luce come dietro alla parola *rischio* si celi una meravigliosa complessità idonea ad incidere in modo profondissimo sulle categorie penalistiche, sugli assetti regolamentari e sulle responsabilità alle quali sono chiamati i soggetti deputati alla sua gestione.

Il primo. Il rischio rappresenta oggi un *artificio* e forse anche un *raggiri* concettuale idoneo ad ingenerare un errore grave potenzialmente capace di influenzare in modo drammatico l'intero volto della responsabilità penale colposa.

Infatti, il diritto penale chiama e tratta come rischio ciò che non sempre è tale.

In particolare, la sovrapposizione strumentale con il concetto di pericolo appare in alcuni abiti decisamente evidente.

Al di fuori del virtuoso perimetro nella salute e sicurezza sul lavoro, nella quale il d.lgs. 81 del 2008 si preoccupa di offrire due chiare definizioni per due fenomeni molto diversi e dove il pericolo «si esprime in termini almeno potenzialmente eziologici verso un evento di danno», mentre il rischio «non è un fattore determinato ma l'interazione dinamica di fattori presenti in una situazione data»¹⁶ che non necessariamente andrà ad evolvere nel danno, la promiscuità fra i due concetti appare foriera di conseguenze di non poco momento.

Si fa riferimento, in particolare, al contesto delle responsabilità penali per le conseguenze di fenomeni naturali, ove autorevoli sociologi, in particolare Luhmann¹⁷, hanno evidenziato come la società contemporanea qualifichi come rischi quelli che un tempo erano ritenuti pericoli per la pubblica incolumità e lo fa ritenendo conseguenza di una decisione dell'uomo ciò che un tempo era ascrivito a forze naturali, al caso o ad altri fattori incontrollabili.

Il progresso delle conoscenze conduce oggi ad una pretesa di controllo, la quale determina, a sua volta, una forte antropizzazione del rischio.

16 Si richiama qui T. PADOVANI, *Il destino sistematico e politico delle contravvenzioni e le riforme del diritto penale del lavoro in Italia*, in M. DONINI (a cura di), *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*, Milano, 2003, p. 155.

17 N. LUHMANN, *Soziologie des Risikos*, Berlin, 1991, trad. it. *Sociologia del rischio*, Milano, 1996, p. 4.

Le calamità naturali, divenute conseguenza necessaria dell'attività umana, conducono tanto la società civile quanto la giurisprudenza, che ne interpreta le istanze, ad una indefettibile individuazione dei colpevoli anche in relazione ad eventi non preconizzabili¹⁸.

Dietro all'abuso del concetto di rischio si cela, dunque, il tentativo di affermare come la complessità dell'esistente debba ricondursi alla sola condotta e alla sola responsabilità dell'uomo senza tenere in adeguato conto il ruolo di forze naturali la cui portata è invece talvolta insensibile all'efficacia di qualsivoglia cautela¹⁹.

Il secondo fattore foriero di una scarsa percezione della complessità del rischio si annida nella cronaca del mancato riconoscimento, già a livello linguistico, delle sue peculiarità²⁰.

La sovrapposizione fra rischio e pericolo, in tutte le declinazioni dei fenomeni e delle attività potenzialmente foriere di un nocumento, non ha infatti permesso di evidenziare adeguatamente come il vocabolo *rischio* costituisca nient'altro che una sineddoche, una parte per il tutto.

Paradigmatico in questo senso è il rischio naturale, il quale costituisce il prodotto dei fattori di pericolosità, esposizione e vulnerabilità.

La formula con la quale nell'ambito scientifico si definisce e si connota il rischio è, infatti: $R \text{ (rischio)} = P \times E \times V$.

Se nei rischi naturali P indica la «pericolosità», ovvero la probabilità che un fenomeno di una determinata intensità si verifichi in un certo periodo di tempo, in una data area, V indica la «vulnerabilità», ovvero la propensione di un elemento (persone, edifici, infrastrutture, attività economiche) a subire danneggiamenti in conseguenza delle sollecitazioni indotte da un evento di una certa intensità, mentre E indica l'«esposizione» la quale coincide con il numero di unità (o «valore») di ognuno degli elementi a rischio presenti in una data area, come le vite umane o gli insediamenti²¹.

Il concetto di rischio, quale prodotto dei diversi fattori indicati, potrebbe assumere rilevanza ad esempio anche in altri ambiti, quali quello

18 A. GARGANI, *Omesso impedimento di calamità naturali? La problematica posizione di garanzia posta a carico dei titolari di protezione civile*, in www.lalegislazionepenale.eu, 6 novembre 2015. In questo senso anche P. SAVONA, *Dal pericolo al rischio: l'anticipazione dell'intervento pubblico*, in *Dir. amm.* 2010, p. 355 ss.

19 Lo sottolinea Così F. GIUNTA, *Culpa culpae*, in *Criminalia*, 2018, p. 569 ss.

20 Su questo punto, nel contesto dei disastri naturali, si veda A. AMATO, *L'incertezza della scienza dei terremoti e il problema dei linguaggi: il caso del processo «Grandi rischi» a L'Aquila*, in R. BORSARI (a cura di), *Processo alla scienza*, cit., p. 83 ss.

21 La definizione è tratta dalla banca dati disponibile sul sito www.protezione-civile.it.

medico, dove esso sia il prodotto della pericolosità, legata al coefficiente di potenziale nocimento derivante da una patologia o dalle cure destinate a fronteggiarla, dell'esposizione, ovvero la possibilità di ammalarsi o di essere coinvolti in processi legati ad errori medici e, infine, della vulnerabilità la quale coincide con lo stato di salute e le carenze che rendono il paziente più fragile in concreto²².

La formula potrebbe ben applicarsi anche in relazione al rischio legato alla sicurezza del lavoro, impregiudicato l'ossequio alle peculiarità delle formule definitorie offerte dal d.lgs. 81 del 2008.

Ad ogni voce nella quale esso si declina, soprattutto quando il rischio si attualizza, corrisponde infatti una sfera di competenza diversa, caratterizzata da proprie leggi tecnico-scientifiche, le quali contribuiscono a plasmare gli obblighi e i poteri impeditivi, così come i doveri di diligenza e le relative cautele rilevanti ai fini della configurazione della condotta attiva od omissiva²³.

I riflessi di questa pluralità sono, dunque, relevantissimi e lo saranno sempre di più innanzi all'inarrestabile espansione della scienza e della tecnica.

Paradigmatica, in questo senso, appare la prognosi applicativa degli *early warning* sismici e dei riflessi che essi sono destinati ad imprimere sul diritto penale²⁴.

In molti Paesi tali sistemi sono ampiamente utilizzati e presentano una efficacia collaudata e condivisa. In Italia la sperimentazione è in fase di progressivo avanzamento soprattutto sulla rete ferroviaria nazionale²⁵.

È ben possibile che anche nel nostro Paese si ponga, dunque, ben presto, un problema di potenziale responsabilità per la mancata o scorretta disseminazione di questi sistemi di allerta. È dunque imprescindibile aver

22 Il rischio clinico si definisce come «la probabilità che un paziente sia vittima di un evento avverso, cioè subisca un qualsiasi danno o disagio imputabile, anche se in modo involontario, alle cure mediche prestate durante il periodo di degenza, che causa un prolungamento del periodo di degenza, un peggioramento delle condizioni di salute o la morte» (Kohn, Institute of Medicine, 1999).

23 Per questi aspetti D. MICHELETTI, *Il criterio della competenza sul fattore di rischio concretizzatosi nell'evento. L'abbrivio dell'imputazione colposa*, in *Criminalia*, 2015, p. 524.

24 La definizione di EEWS è «*The provision of timely and effective information, through identified institutions, that allows individuals exposed to a hazard to take action to avoid or reduce their risk and prepare an effective response*», come si può evincere da www.unisdr.org/2005/wcdr/intergover/drafting-committee/terminology.pdf.

25 Si fa riferimento al progetto PRESTo sviluppato dall'Università di Napoli Federico II, sul quale si veda S. COLOMBELLI F. CAROTENUTO L. ELIA A. ZOLLO, *Design and Implementation of a mobile Device App for Network-Based Earthquake Early Warning Systems (EEWSs): Application to the PRESTo EEWS in Southern Italy*, in *NHESS*, 2020, p. 921.

contezza una precisa differenziazione dei fattori di rischio per comprendere la titolarità delle aree di competenza e le responsabilità che vi scaturiscono.

Ove, ad esempio, si verifichi il decesso di una persona per il crollo di una casa a seguito di un terremoto per il quale vi è stata altresì una mancata o scorretta allerta, occorrerà sempre verificare se la vulnerabilità dell'edificio avrebbe comunque comportato tale decesso anche in presenza di un *early warning* tempestivo. La responsabilità per omicidio colposo non potrà, dunque, essere sempre acriticamente attribuita a chi è chiamato ad inviare il messaggio di allerta e stabilire le stime scientifiche dello stesso, ma dovrà essere posta al vaglio della verifica in ordine a quale declinazione del rischio ha avuto una reale incidenza causale nel caso concreto.

La consapevolezza del volto plurale del rischio, oltre che favorire l'ossequio dei principi cardine della responsabilità penale, permetterà altresì di non scivolare verso quella prassi delle allerte difensive suscettibile di innescare il meccanismo di *crying wolf* destinato a vanificare ogni sforzo²⁶.

3. LA PLURALITÀ SEMANTICA E PLURALITÀ GENETICA DEL RISCHIO

La pluralità linguistica nella quale si compendiano i diversi volti del rischio è, dunque, anche e soprattutto una pluralità genetica.

La eziologia complessa del rischio ne rappresenta un tratto distintivo, suscettibile di assumere una rilevanza diversa alla luce dei meccanismi che governano la nostra post-modernità.

In questo contesto, il rischio risulta sempre più spesso il prodotto di una pluralità soggettiva che ne determina un mutamento qualitativo e quantitativo rispetto al passato.

La dimensione plurale del rischio può incarnare, dunque, una matrice criminogena: i rischi che insorgono nelle organizzazioni complesse possono presentare una connotazione difforme o peculiarmente più grave rispetto a quelli che hanno luogo in un contesto monosoggettivo²⁷.

26 Come evidenziato da A. CERASE, *Quale idea della comunicazione del rischio? Tra teoria, prassi e assunti impliciti*, in A. AMATO A. CERASE F. GALADINI (a cura di), *Terremoti, comunicazione, diritto. Riflessioni sul processo alla «Commissione Grandi Rischi»*, Roma, 2015, p. 153.

27 Per comprendere l'eziologia e i risvolti applicativi è imprescindibile A. GARGANI, *Impedimento pluri-soggettivo dell'offesa. Profili sistematici del concorso omissivo nelle organizzazioni complesse*, Pisa, 2023, *passim*. Nella letteratura sociologica questi aspetti sono trattati da M. CATINO, *Capire le organizzazioni*, Bologna, 2012, *passim*.

Pensiamo ai rischi industriali suscettibili di riverberarsi sulla salute e la sicurezza dei lavoratori, o ai rischi ambientali la cui portata disastrosa trova origine nelle disfunzioni dolose o colpose perpetrate dagli organismi deputati alla gestione delle matrici più rilevanti²⁸.

Soggetto complesso per antonomasia, nel quale la dimensione della responsabilità si crea in una interazione plurisoggettiva è certamente la persona giuridica, responsabile in relazione ai reati presupposto individuati dal d.lgs. 231 del 2001²⁹.

Quella che per certi versi appare come una indefettibile plurisoggettività del rischio, racchiudendo un potenziale dannoso o pericoloso di maggiore portata e diffusività, implica mutevoli effetti in tema di tipicità del delitto colposo.

Pensiamo alla progressione insita nel passaggio fra inquinamento e disastro ambientale, dove quest'ultimo sottende una condotta ed implica un evento la cui peculiare gravità pare appannaggio prevalente, anche se non esclusivo, di un contesto capace di esprimere un'offesa più grave al bene giuridico.

Ma questa spiccata connotazione plurisoggettiva importa anche una diversa e forse ben più grave conseguenza in termini di rispetto del principio di colpevolezza.

La pluralità dei rischi e la complessità del contesto nel quale si sviluppano le sue conseguenze infauste rende talvolta molto difficile individuare e delimitare l'area delle competenze che insistono in modo sincronico e diacronico sul fattore di potenziale nocimento³⁰.

Il nocimento arrecato al principio di colpevolezza è suscettibile di assumere volti diversi.

È infatti ben possibile che sul singolo ricadano le responsabilità di scelte collettive delle quali egli è solo fragile ingranaggio, così come è possibile che innanzi a macro-eventi connotati da uno sviluppo temporale incerto si delineino posizioni di garanzia del tutto avulse dall'innescio del fattore di rischio che ha dato luogo al danno penalmente rilevante.

28 Anche sul tema ambientale centrali sono le riflessioni di A. GARGANI, *Jus in latenti. Profili di incertezza del diritto penale dell'ambiente*, in *Criminalia*, 2020, p. 111 ss.

29 Su questo profilo si veda, V. MONGILLO, *Il dovere di adeguata organizzazione della sicurezza tra responsabilità penale individuale e responsabilità da reato dell'ente: alla ricerca di una plausibile differenziazione*, in A.M. STILE A. FIORELLA V. MONGILLO (a cura di), *Infortuni sul lavoro e doveri di adeguata organizzazione: dalla responsabilità penale individuale alla «colpa» dell'ente*, Napoli, 2014, p. 19 ss.

30 A. GARGANI, *Fattispecie deprivate. Disastri innominati e atipici in materia ambientale*, in www.lalegislationepenale.eu, 3 febbraio 2020, p. 1 ss.

Infatti, al di là dei pur critici aspetti soggettivi del rimprovero, notevoli ostacoli si incontrano, in particolar modo, nella ricostruzione di quella «complessa 'genealogia' delle posizioni di garanzia» che conduce ad una «difficoltà di personalizzazione del giudizio di colpevolezza»³¹.

La ricorrente stratificazione di diversi livelli di offesa funzionali alla produzione di un evento, soprattutto di disastro, implica la fisiologica compresenza di più garanti il contributo dei quali appare teleologicamente avvinto nella figura di una «macro condotta unitaria» idonea a travolgere i fragili confini della ascrizione autenticamente personale della responsabilità penale³².

4. LA PLURISOGGETTIVITÀ PASSIVA NELL'EPOCA DELLA PLURALITÀ

Ma la pluralità soggettiva del rischio non sempre rileva quale vera o presunta plurisoggettività attiva nella commissione del reato.

La pluralità del rischio coinvolge, oggi, proprio per le ragioni che abbiamo detto, una dimensione di plurisoggettività passiva, che vede intere popolazioni coinvolte nelle conseguenze dannose o pericolose che si determinano.

Il soggetto passivo del reato, ancor prima che il singolo, o i singoli di rettamente colpiti dall'evento, può essere la comunità i cui equilibri sociali sono turbati dall'offesa penalmente rilevante.

La circostanza è bene compresa da quegli ordinamenti nei quali un modello di *shame culture* porta alla composizione di ferite profonde senza il ricorso alla magistratura.

Nella ricerca delle responsabilità, il Paese del Crisantemo e della Spada, per evocare il bellissimo libro di Ruth Benedict³³, ha coinvolto le autorità giudiziarie soltanto con riferimento ad ipotizzate responsabilità

31 A. GARGANI, *Il rischio nella dinamica dei reati contro l'incolumità pubblica e nei reati di pericolo astratto*, in G. DE FRANCESCO G. MORGANTE (a cura di), *Il diritto penale di fronte alle sfide della «società del rischio». Un difficile rapporto fra nuove esigenze di tutela e classici equilibri di sistema*, cit., p. 25.

32 A. GARGANI, *Il rischio nella dinamica dei reati contro l'incolumità pubblica e nei reati di pericolo astratto*, cit., p. 26.

33 R. BENEDICT, *The Chrysanthemum and the Sword. Patterns of Japanese Culture*, I ed. 1947, Secker & Warburg, London, tradotto in italiano con il titolo *Il crisantemo e la spada. Modelli di cultura giapponese*, Bari, 2017.

per le scelte legate alle misure protettive dalla centrale nucleare di Fukushima³⁴. Piuttosto, il Parlamento giapponese ha istituito una Commissione Indipendente di Indagine la quale, dopo aver completato il suo lavoro, ha reso pubblico l'Official report of The Fukushima Nuclear Accident³⁵.

Il rapporto afferma: «Ciò che deve essere ammesso - molto dolorosamente - è che questo è stato un disastro 'Made in Japan'. Le sue cause fondamentali sono da ricercare nelle convenzioni radicate della cultura giapponese: la nostra obbedienza riflessiva, la nostra riluttanza a mettere in discussione l'autorità, la nostra devozione ad 'attenersi al programma', il nostro far gruppo e la nostra insularità. Se altri giapponesi fossero stati nei panni di coloro che hanno la responsabilità di questo incidente, il risultato sarebbe stato lo stesso»».

In una diversa dimensione, questa davvero attuabile nel nostro ordinamento, il rischio naturale e la riparazione delle sue conseguenze, possono coinvolgere la comunità in modo virtuoso³⁶.

Mi riferisco alle opportunità e alle criticità che risiedono nella Riforma Cartabia, d.lgs. n. 150 del 2022, la quale affianca gli strumenti della giustizia riparativa a quelli della sanzione penale, anche nel peculiare ambito dei delitti colposi.

Mutuando riflessioni già espresse dalla dottrina, ci si permette qui di avanzare una critica alla recente riforma, la quale costituisce l'occasione mancata per un necessario ripensamento in ordine alla risposta retributiva e rieducativa al reato colposo.

Il permanere di una tipologia sanzionatoria omogenea fra delitto doloso e delitto colposo disconosce le peculiarità del secondo sancendo l'aggravarsi della distanza fra gestori del rischio e vittime, destinata a cristallizzarsi in assenza di risposte diverse da quella strettamente penale.

Il volto «separato» della colpa e la sua tipicità, nutrita da una pluralità di fonti pressoché sconfinata, tratteggia il volto di una responsabilità per la violazione di un canone di condotta alla quale occorre rispondere

34 I dirigenti della Società Tepco, coinvolti nel processo penale celebrato innanzi alla Corte penale di Tokio, sono stati assolti anche nel secondo grado di giudizio.

35 *The National Diet of Japan, The official report of The Fukushima Nuclear Accident Independent Investigation Commission*, disponibile on-line, in lingua inglese, su www.nirs.org/wp-content/uploads/fukushima/naaic_report.pdf.

36 Sulle potenzialità degli strumenti di giustizia riparativa nei delitti colposi maturati in coincidenza con i più significativi disastri naturali si veda, se ci è concesso, C. VALBONESI, *Colpa e riparazione. Nuove configurazioni della responsabilità per i macroeventi nell'ordinamento giuridico italiano e cilenio*, in *Diritto penale XXI Secolo*, 2023, 2, p. 319 ss.

recuperando il reo sul terreno del suo atteggiamento antidoveroso, ovvero sull'osservanza della regola cautelare³⁷.

Se l'identità della responsabilità colposa si radica nella doppia misura della regola cautelare inosservata e dell'attribuibilità soggettiva di tale inosservanza al reo, la sola risposta dotata di efficacia retributiva e rieducativa è quella che si mantiene nei confini della struttura della colpa³⁸.

Senza poter o voler eguagliare gli sforzi sistematici della dottrina più autorevole, possiamo dire come il delitto colposo riparato può trovare la sua tipicità nella attuazione *ex post* della cautela violata.

Su questo l'esperienza maturata in Cile può costituire un valido paradigma³⁹.

A seguito del terremoto e dello tsunami che aveva investito le coste del Cile nel 2010, cagionando quasi 500 morti, 180 dei quali da ascrivere alla scorretta gestione dell'allerta, gli imputati del relativo processo avevano beneficiato della *suspensión condicional del procedimiento*. La decisione era subordinata all'adozione di misure riparative quali le pubbliche scuse e l'organizzazione di seminari sulla gestione del rischio tsunami da tenere presso le popolazioni colpite.

In questo senso, appare centrale la decisione di imporre misure riparative che nel solco della regola cautelare violata, ne ripensano il contenuto e la declinazione applicativa, come è accaduto in questo caso con l'organizzazione e la conduzione di seminari rivolti alla popolazione sul rischio tsunami.

Il programma di giustizia riparativa attuato attraverso l'offerta di un contenuto educativo rappresenta il collegamento ideale fra il sistema cileno e quello italiano, alla luce del quale possiamo muovere per formulare alcuni auspici in merito alla costruzione di un rapporto fra responsabilità colposa e giustizia riparativa.

37 Parla di una «risposta al reato intesa come 'progetto'» L. EUSEBI, *La fraternità ferita: colpa, pena e giustizia riparativa*, in R. RAGONESE (a cura di), *Fraternità ferita e riconciliazione*, Milano, 2017, p. 51. Tale soluzione sarebbe ammessa, attesa anche l'assoluta libertà nella scelta delle misure riparatorie che possono avere un contenuto simbolico come sottolineato da E. MATTEVI, *Giustizia riparativa: disciplina organica e nuove intersezioni con il sistema penale*, in D. CASTRONUOVO M. DONINI E.M. MANCUSO G. VARRASO (a cura di), *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, Padova, 2023, p. 255.

38 Questa proposta si avvicina alla tesi della «pena agita», sostenuta da M. DONINI, *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 2, p. 236 ss.

39 Su questa vicenda si veda C. VALBONESI, *Rischio terremoto e rischio maremoto. Sistemi di prevenzione e modelli di responsabilità in un confronto fra diritto penale cileno e diritto penale italiano*, Napoli, 2022, *passim*.

Così, *de iure condito*, sembra oggi necessario valorizzare l'importanza essenziale dell'incontro fra «la persona indicata come autore dell'offesa» e le vittime affinché queste ultime e la comunità ferita possano avere contezza, in tempi più rapidi rispetto a quelli garantiti dalla giustizia penale, delle reali cause sottese al verificarsi dell'evento infausto, le quali spesso originano nella fisiologica incertezza scientifica che domina molti settori del sapere e nella complessità sistemica di molte strutture deputate alla gestione del rischio.

In questo senso, essenziale appare la scelta di ammettere alla partecipazione del percorso riparativo e all'attuazione delle relative misure non soltanto il soggetto che ha violato una cautela, bensì coinvolgere l'intera organizzazione nella quale si è consumato questo *errore*, in modo da poter sviluppare rinnovate strategie di prevenzione, di intervento e di controllo funzionali a governare i rischi più insidiosi.

Fondamentale appare il percorso di neutralizzazione della logica del *capro espiatorio* che permette di contenere una non più tollerabile frattura fra scienza, diritto e società le quali, nel loro volto plurale, aspirano a divenire comunità⁴⁰, nella speranza che la postmodernità non diventi una *postumanità*.

40 Sulla propensione della magistratura, come dell'opinione pubblica, ad individuare figure che assolvono la funzione di capro espiatorio, si veda, per tutti, P. GRECO, *Nuvole e orologi. L'incertezza della scienza e le certezze dei media*, in A. AMATO A. CERASE F. GALADINI (a cura di), *Terremoti, comunicazione, diritto. Riflessioni sul processo alla «Commissione Grandi Rischi»*, cit., p. 9.

SICUREZZA E LIBERTÀ NELLA PRATICA SPORTIVA IN MONTAGNA: PERCEZIONE DEL RISCHIO E RESPONSABILITÀ PENALE

Stefania Rossi

Università degli Studi di Trento

Uno dei tratti distintivi della società contemporanea è rappresentato dalla ricerca della sicurezza in più settori. Tale “società” si ispira a modelli culturali nei quali il calcolo del rischio non ammette approssimazione o errore; tutto deve rientrare all’interno di una prevedibilità matematica e statistica e sostanzialmente in una violazione “misurabile”, *alias* calcolabile, delle regole e delle procedure codificate.

In tale valutazione del rischio prevale l’oggettività e si riduce la rilevanza soggettiva della responsabilità (etico-morale e giuridica), creando i presupposti della c.d. “de-responsabilizzazione” che connota sempre più il contesto delle attività sportive in montagna.

Se, da un lato, l’ampia casistica degli incidenti sciistici in contesti gestiti è riconducibile proprio a tale concezione del rischio calcolato, dall’altro, specie nel settore del fuori pista, entra in gioco l’imprevedibilità della montagna; ambiente nel quale non si può eliminare totalmente un fattore d’incertezza, intesa – più correttamente – come pericolosità.

Sappiamo, infatti, che il rischio zero in ambiente alpino non esiste; esiste, semmai, un “rischio residuo”, ovvero un margine di rischio che permane nonostante gli interventi apprestati per migliorare il livello di sicurezza nell’esercizio di determinate attività, il quale per la comunità degli sportivi appassionati, a livello culturale, rappresenta una componente imprescindibile (e attrattiva) dell’attività stessa.

In questo peculiare settore è anche vero, tuttavia, che il fatto di aver demandato alla tecnica, all’equipaggiamento, alle dotazioni sempre più performanti, un livello maggiore di sicurezza ha ingenerato una “distorsione” nella percezione del rischio e ridotto sensibilmente le misure di autodisciplina e di auto-responsabilizzazione da parte degli utenti.

A livello concettuale, peraltro, occorre fare un'importante puntualizzazione: "rischio" e "pericolo" non si equivalgono perfettamente: nella misura in cui il rischio calcolato è in grado di prevedere o anticipare ogni situazione, l'alea del pericolo non ha alcun senso. Si produce, così, uno scontro di percezione e di rappresentazione fra una cultura della prevedibilità (legata al rischio) ed una cultura della imprevedibilità (connessa al pericolo). Se trasferiamo tali assunti teorici alla pratica della montagna, andiamo incontro al grande conflitto fra "libertà" e "sicurezza": un conflitto in cui si evidenzia che un incremento di sicurezza fa arretrare gli spazi di libertà, mentre un incremento di libertà mette in crisi il sistema di sicurezza¹.

Orbene, a livello di regolamentazione, si comprende l'esigenza della sicurezza: il fine dichiarato è quello di porre al riparo chi svolge attività (pericolose) dai danni derivanti dall'esercizio di tali pratiche. E in quest'ottica va intesa la disciplina delle attività sportive invernali, prima per effetto della legge n. 363/2003 e, da ultimo, attraverso il d.lgs n. 40/2021.

Da notare che, a fronte di una controversa giurisprudenza penale, la quale, in applicazione della legge n. 363/2003, aveva esteso progressivamente i doveri precauzionali del gestore e la sua responsabilità, in specie nel caso di omessa segnalazione o neutralizzazione dei c.d. "pericoli atipici" (insidie, pericoli che lo sciatore non si aspetta di trovare), interviene ora la nuova normativa, che veicola un preciso messaggio: lo sciatore non deve più incorrere in false aspettative sulla sicurezza e in pretese di "protezione totale"².

La Riforma, in definitiva, incentiva un mutamento nella condotta dello sciatore, il quale deve maturare un approccio diverso nei confronti del pericolo, superando l'impostazione volta a delegare a terzi un dovere di sicurezza che egli può attuare in prima persona, attraverso un comportamento prudente. La previsione di una serie di precise regole comportamentali (dentro e fuori le piste), finalmente incentrate sul concetto di autoresponsabilità, nondimeno, riallinea l'ordinamento italiano rispetto ai contenuti del

1 Più diffusamente in S. ROSSI, A. SALSA, *Valanghe e responsabilità, Il pericolo di un diritto "incerto"*, in *Riv. dir. sport.*, 1/2018, Torino, p. 135 ss.

2 Per una puntuale disamina degli aspetti più rilevanti della Riforma, sia consentito rinviare a quanto già pubblicato in argomento: S. ROSSI, *La riforma delle discipline sportive invernali e le principali norme di comportamento: il progressivo riconoscimento del principio di autoresponsabilità*, in *Riv. dir. sport.*, 1/2022, Torino, pp. 9 ss.; R. CRUCIOLI, *Il D.lgs. n. 40/21 Luci ed ombre. Profili penali*, in *Riv. dir. sportivo on-line*, dd. 29 aprile 2021; E. BALLARDINI, G. CESARI, (a cura di), *La nuova legislazione sulla sicurezza nelle discipline sportive invernali (D.lgs. 28 febbraio 2021, n. 40)*, Milano, 2022.

c.d. “Decalogo dello sciatore” e, soprattutto, uniforma la normativa italiana al contesto internazionale.

Il nuovo modello di comportamento si impone per la costruzione di un sistema di sicurezza efficiente, attraverso cui il singolo sciatore viene responsabilizzato nell’adozione di condotte consapevolmente volte ad un migliore “governo del pericolo-rischio”. E, a parere di chi scrive, merito principale della Riforma è proprio quello di aver esplicitato, attraverso il dettato normativo, il canone giuridico dell’autoresponsabilità, in ottica di prevenzione (si vedrà, poi, con quale reale incidenza nella prassi, sul piano dei giudizi di responsabilità).

Rispetto a quanto detto finora, diverso è il caso della pratica di attività sportive in territorio aperto o in fuori pista (escursionismo, scialpinismo o free ride), che non sono soggette a regolamentazione normativa e dove non si rinvergono dei soggetti garanti, al pari del gestore di aree sciabili. Gli ambienti naturali “non gestiti” richiamano, per definizione, la libertà di azioni fondate sull’esperienza individuale, sulla preparazione personale, sulla trasmissione culturale, e, molto spesso, sull’intuito e sulla capacità di “fiutare il pericolo”.

Come accennato, in tema di sci, è molto importante operare la distinzione tra “pista” e “fuori pista”: nel primo caso si tratta di veri e propri “terreni di gioco”, in cui la prevedibilità diventa oggettivamente misurabile e fenomeni aleatori (come, ad esempio, le valanghe) non dovrebbero costituire fattori di pericolo per l’offerta dei comprensori sciistici. La pratica dello sci in tali contesti dovrebbe rappresentare, pertanto, un tipico esempio di rischio calcolato, anche e soprattutto in virtù delle precauzioni imposte ai gestori.

Per contro, il contesto del “fuori pista” risulta più controverso e difficile da interpretare proprio perché le istanze coinvolte sono tipicamente soggettive e attengono all’autoregolazione del singolo.

Interessante notare che, a livello penale, la prassi rimanda, essenzialmente, ad imputazioni per il reato di valanga colposa. Orbene, in simili casi, nel riconoscimento del “penalmente rilevante”, assume particolare rilievo il tema dell’antropizzazione dell’area alpina: localizzare uno scaricamento di neve serve a riconoscere la sussistenza della minaccia all’incolumità pubblica e, a seconda dell’interpretazione che viene accolta in tema di antropizzazione, il diritto penale estende o restringe i propri confini.

È un dato di fatto che l’economia turistica di molti territori montani si sia focalizzata sul c.d. fuori pista (tendenza emersa nel periodo della pan-

demia, con gli impianti chiusi ed un numero crescente di scialpinisti, free riders, ma anche escursionisti e ciaspolatori). Negli ultimi anni, pertanto, si è assistito ad un esponenziale aumento delle attività sportive outdoor in ambienti pericolosi e l'eventualità di scaricamenti nevosi si è fatta sempre più frequente, data la convergenza di una pluralità di fattori: umani (la massiccia frequentazione della montagna-antropizzazione) e ambientali (cambiamenti climatici, innalzamento della temperatura, diversa stagionalità delle perturbazioni e via dicendo).

Tutti questi elementi hanno condotto ad una interessante riflessione sulla configurazione del reato di valanga colposa; in particolare ci si è chiesti se nell'identificare (penalmente) un territorio antropizzato ci si possa limitare alla presenza di un'area sciabile (gestita), di edifici, insediamenti turistici, di una viabilità (sentieri o strade) o di infrastrutture di trasporto di vario tipo; oppure se sia necessario tener conto, indipendentemente dall'opera di urbanizzazione, della percorribilità del luogo da parte di un numero indeterminato di persone (non identificate o identificabili) e, quindi, del suo potenziale affollamento. Ci si è chiesti, in definitiva, se può avere rilievo anche un'area di fatto antropizzata, in cui si può prevedere la reale, contestuale, presenza di più individui³.

L'antropizzazione di un territorio è un concetto dirimente, poiché si è accertato che molte delle archiviazioni e delle assoluzioni in processi penali per valanga colposa sono state motivate proprio dal fatto che i distacchi non erano avvenuti in "zone antropizzate". Peraltro, sono noti i problemi nel ricostruire, in simili contesti, la dinamica dei fatti nonostante le perizie disposte: oltre al luogo di scaricamento, occorre verificare la natura dello stesso (in base alla tipologia di valanga) e il rapporto di derivazione causale dello scaricamento rispetto alla condotta dell'utente.

Altro profilo di interesse per il penalista concerne l'elemento soggettivo della colpa. Secondo il modello della responsabilità colposa, l'evento dovrà essere, in ogni caso, (*ex ante*) prevedibile e riconoscibile da parte dell'agente e, ai fini dell'accertamento giudiziale, sorge, dunque, la necessità di determinare il parametro di riferimento per esprimere tale giudizio sulla prevedibilità, che, in un ambiente come quello della montagna, risulta particolarmente complesso da ricostruire.

Dottrina e giurisprudenza sono concordi nel ritenere che il giudizio di prevedibilità ed evitabilità dell'evento vada effettuato in base al para-

3 Per un approfondimento, si rinvia ad A. MELCHIONDA, S. ROSSI (a cura di), *Prevenzione dei sinistri in area valanghiva. Attività sportive, aspetti normativo-regolamentari e gestione del rischio*, Napoli, 2019.

metro dell'agente modello: ovvero, di un soggetto che (nel caso di specie) dovrebbe essere consapevole delle condizioni ambientali mutevoli; essere in grado di valutare i rischi cui si espone; essere nelle condizioni di adottare le opportune cautele.

Agli occhi di tale agente modello la prevedibilità dello scaricamento di neve dovrebbe risultare quasi certa (o, quantomeno, altamente probabile) in presenza di indizi oggettivi quali: il pericolo "marcato" (es. di grado 3) indicato sul bollettino nivometeorologico; la rilevante quantità di neve fresca; la presenza di venti da moderati a forti; la precedente caduta di valanghe nello stesso luogo. E ciò dovrebbe comportare un dovere di astensione nell'intraprendere l'escursione, il fuoripista etc.

Tuttavia, nella casistica giurisprudenziale si ritrovano numerose ipotesi di colpa cosciente o con previsione in cui, a fronte della rappresentazione del possibile scaricamento (per le ragioni esposte), il soggetto affronta ugualmente la discesa o l'escursione. Non è, dunque, un caso l'elevato numero (statisticamente accertato) di incidenti occorsi ad individui esperti in situazioni di pericolo evidente⁴.

Di fronte di questa "anomalia" è opportuno interrogarsi sul soggetto agente (*free rider*, scialpinista, ciaspolatore) per meglio ricostruire i meccanismi mentali posti alla base di determinate azioni.

Si impone, pertanto, un'indagine, in tema di obblighi precauzionali e gestione del pericolo valanghe, che muova da colui che intraprende la pratica sportiva: sci alpinisti e *free riders* sono le due categorie che, pur differenziandosi notevolmente per il *background* e il tipo di esperienza, sono accomunate dal processo cognitivo posto alla base della decisione di svolgere l'attività sportiva. Come hanno dimostrato importanti studi, in questi soggetti l'autoregolazione cognitiva può essere "deviata" da errori, percezioni alterate, *bias* cognitivi, fino a raggiungere una irrazionale fiducia nella correttezza dei propri giudizi che spinge l'individuo a superare i propri limiti pur in presenza di evidenti pericoli (c.d. "*Overconfidence*")⁵.

Orbene, l'insieme di una serie di conoscenze (non soltanto tecniche e giuridiche) è davvero indispensabile per valutare la rilevanza penale di uno

4 Cfr. S. ROSSI, G. RISPOLI, *Il "pericolo valanghe" tra prevenzione e responsabilità*, in A. MELCHIONDA, S. ROSSI (a cura di), *Prevenzione dei sinistri in area valanghiva. Attività sportive, aspetti normativo-regolamentari e gestione del rischio*, cit., pag. 21 ss.

5 Cfr. L. SALVADORI, *Percezione del rischio valanghe ed errori cognitivi*, in *Riv. dir. sport.*, 1/2018, Torino, pag. 139 ss.; E. RETTORE, *Gli errori cognitivi nella valutazione del rischio valanghe*, in A. MELCHIONDA, S. ROSSI (a cura di), *Prevenzione dei sinistri in area valanghiva. Attività sportive, aspetti normativo-regolamentari e gestione del rischio*, cit., pag. 135 ss.

scaricamento nevoso e l'attribuibilità soggettiva della responsabilità. La difficoltà sta, dunque, anche nella comprensione di ciò che il rischio (connesso a questa tipologia di sinistri) rappresenta per gli utenti della montagna, sia in relazione ai diversi livelli di autoregolazione cognitiva, che con riferimento ad attitudini al rischio "inconsapevoli" ed "irrazionali" e di come tale percezione possa essere positivamente orientata in ottica precauzionale⁶.

In questo peculiare settore l'approccio interdisciplinare, e dunque la pluralità dei saperi, è dato imprescindibile, poiché entrano in gioco materie giuridiche, scienze statistiche, cognitivo-comportamentali, sociologiche ed antropologiche; così come è importante ricordare che, al di là del dato tecnico, la montagna è uno spazio fisico (ma anche mentale) che insegna, di per sé, il senso del limite invalicabile. Limite soggettivo e non assoluto, al quale si può essere, però, educati, instillando un approccio più consapevole alla pratica di queste discipline sportive.

6 Tali aspetti sono stati oggetto del progetto di ricerca "Natural Hazards in the Mountain Environment: Risk Management and Responsibility", finanziato dalla Provincia autonoma di Bolzano-Alto Adige, Ripartizione Innovazione, Ricerca, Università e Musei, attraverso il bando "Ricerca Südtirol/Alto Adige", anno 2019. I risultati della ricerca sono raccolti nel volume M. HELFER, A. MELCHIONDA, K. SUMMERER (a cura di), *Rischio e responsabilità penale in montagna*, Torino, 2023.

PLURALITÀ CULTURALI E COMUNICAZIONE DEL RISCHIO NEGLI EVENTI CATASTROFICI: LA COMUNICAZIONE DEL RISCHIO E IL RISCHIO DELLA COMUNICAZIONE

Patrizia Di Fulvio

Istituto Nazionale di Geofisica e Vulcanologia

1. IL SISTEMA NAZIONALE DI PROTEZIONE CIVILE E I CONCETTI DI RISCHIO, COMUNICAZIONE, EVENTI CALAMITOSI

Desidero, innanzitutto, esprimere un sentito ringraziamento per l'invito a intervenire al ciclo di incontri "Pluralità & Diritto" e a partecipare con il mio contributo a questo volume.

Lo specifico tema di indagine a me assegnato suggerisce di tratteggiarne, preliminarmente, il contesto di riferimento, che è quello del Sistema Nazionale di Protezione Civile.

Istituito con la nota legge n. 225 del 1992, oggi abrogata e sostituita dal decreto legislativo n. 1 del 2018 ("Codice della protezione civile"), il Servizio Nazionale della protezione civile è «il sistema che esercita la funzione di protezione civile costituita dall'insieme delle competenze e delle attività volte a tutelare la vita, l'integrità fisica, i beni, gli insediamenti, gli animali e l'ambiente dai danni o dai pericoli di danni derivanti da *eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo*» (art. 1, comma 1), distinti in:

«a) emergenze connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che possono essere fronteggiati mediante interventi attuabili dai singoli enti e amministrazioni competenti in via ordinaria;
b) emergenze connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che per loro natura o estensione comportano l'intervento coordinato di più enti o amministrazioni e debbono essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo, disciplinati dalle Regioni e dalle Province autonome

di Trento e di Bolzano nell'esercizio della rispettiva potestà legislativa;
c) emergenze di rilievo nazionale connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che in ragione della loro intensità o estensione debbono, con immediatezza d'intervento, essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo ai sensi dell'art. 24 del codice» (art. 7).

Gli *eventi emergenziali* che gli operatori di protezione civile sono chiamati a gestire sono, cioè, classificati sulla base della loro *natura o estensione* e *intensità*, in una scala di gravità che richiede, a seconda della consistenza in concreto di tali parametri, una reazione a livello comunale, regionale o nazionale.

Ciò comporta, da un lato, un modello di gestione del rischio *a geometria variabile*, il quale presuppone che l'evento calamitoso si sia verificato e, dall'altro, un "sistema policentrico", multilivello e multidisciplinare - come vedremo - nel quale le *attività di protezione civile* sono «volte alla previsione, prevenzione e mitigazione dei rischi, alla gestione delle emergenze e al loro superamento» (art. 2, comma 1).

La *previsione* «consiste nell'insieme delle attività, svolte anche con il concorso di soggetti dotati di competenza scientifica, tecnica e amministrativa, dirette alla identificazione e allo studio, anche dinamico, degli scenari di rischio possibili, per le esigenze di allertamento del Servizio nazionale, ove possibile, e di pianificazione di protezione civile» (art. 2, comma 2); la *prevenzione*, invece, «nell'insieme delle attività *di natura strutturale e non strutturale*, svolte anche in forma integrata, dirette a evitare o a ridurre la possibilità che si verifichino danni conseguenti a eventi calamitosi anche sulla base delle conoscenze acquisite per effetto delle attività di previsione» (art. 2, comma 3).

Tra le *attività di prevenzione non strutturale* rientrano, in particolare, quelle concernenti:

«la diffusione della conoscenza e della cultura di protezione civile anche con il coinvolgimento delle istituzioni scolastiche, allo scopo di promuovere la resilienza delle comunità e l'adozione di comportamenti consapevoli e misure di autoprotezione da parte dei cittadini» (art. 2, comma 4, lett. e);

«la promozione e l'organizzazione di esercitazioni ed altre attività addestrative e formative, anche con il coinvolgimento delle comunità, sul territorio nazionale al fine di promuovere l'esercizio integrato e partecipato della funzione di protezione civile» (art. 2, comma 4, lett. g);

«l'informazione alla popolazione sugli scenari di rischio e le relative nor-

me di comportamento nonché sulla pianificazione di protezione civile» (art. 2, comma 4, lett. f).

Secondo il disposto dell'art. 18, comma 1, infine, «la pianificazione di protezione civile [...] è l'attività di prevenzione non strutturale basata sulle attività di previsione e, in particolare, di identificazione degli scenari di cui all'articolo 2, comma 2, finalizzata: [...] b) ad assicurare il necessario raccordo informativo con le strutture preposte all'allertamento del Servizio nazionale; c) alla definizione dei flussi di comunicazione tra le componenti e strutture operative del Servizio nazionale interessate; d) alla definizione dei meccanismi e delle procedure per la revisione e l'aggiornamento della pianificazione, per l'organizzazione di esercitazioni e per la relativa informazione alla popolazione, da assicurare anche in corso di evento».

2. PLURALITA' CULTURALI E RISCHIO. CARATTERIZZAZIONE DEI RISCHI DI COMPETENZA DELLA PROTEZIONE CIVILE

La stessa *formula* in cui si traduce il *rischio* ($R = P \times V \times E \times PeR$) è il risultato di una pluralità e, segnatamente, della combinazione tra loro di diversi elementi.

La Pericolosità (P): che è la probabilità del verificarsi di un evento avverso, ossia che un fenomeno di una determinata intensità si verifichi in un certo periodo di tempo in una data area.

La Vulnerabilità (V): che è la propensione di un bene giuridico (persone, edifici, infrastrutture, attività economiche, ecc.) a subire danneggiamenti o comunque ricadute pregiudizievoli in conseguenza del verificarsi di un evento avverso, ossia delle sollecitazioni indotte da un evento di una certa intensità.

L'Esposizione o valore esposto (E): che è il numero di unità (o "valore") di ognuno dei beni giuridici esposti al rischio, nell'ipotesi in cui l'evento lesivo si verifichi, presenti in una data area.

La Percezione del rischio (PeR): ossia la consapevolezza e la valutazione soggettiva che un individuo o una comunità ha riguardo alla probabilità e alle conseguenze di un evento pericoloso.

Quello della percezione del rischio, in particolare, è un elemento centrale nel contesto della nostra analisi e dello stesso assetto funzionale del Sistema di protezione civile; correlato al concetto di rischio reale e strettamente connesso all'ulteriore concetto – parimenti centrale nel Siste-

ma - di capacità e resilienza. Del binomio rischio reale/rischio percepito e degli aspetti di capacità e resilienza si tratterà diffusamente nel paragrafo dedicato a pluralità culturali e comunicazione del rischio.

Sempre nell'ottica della pluralità, l'articolo 16 del codice si occupa della *tipologia dei rischi di protezione civile*, suddividendoli in due categorie: *rischi naturali e rischi antropici*.

Appartengono alla prima i rischi: *sismico, vulcanico, da maremoto, idraulico, idrogeologico, da fenomeni metereologici avversi, da deficit idrico e da incendi boschivi* (art. 16, primo comma).

Rientrano, invece, nella seconda i rischi: *chimico, nucleare, radiologico, tecnologico, industriale, da trasporti, ambientale, igienico-sanitario e da rientro incontrollato di oggetti e detriti spaziali* (art. 16, secondo comma).

Come efficacemente evidenziato da autorevole Dottrina:

«il rischio assegnato alla Protezione civile non è il rischio di verifica dell'evento calamitoso *in quanto tale*, che dal punto di vista eziologico può risultare sostanzialmente non dominabile da parte degli addetti alle funzioni di soccorso (come dimostrano emblematicamente i rischi naturali); il rischio affidato agli agenti della protezione civile è piuttosto quello che promana *dall'evento calamitoso* in danno – attuale o potenziale – dei beni tutelati individuati dalla legge (appunto, i generici beni della vita, ecc.).»¹

Si tratta, cioè, di un *rischio residuo*. Sotto altro profilo, osserva questa stessa Dottrina che:

«il rischio di competenza degli operatori di protezione civile è sempre un *rischio imposto*, cioè un rischio che essi prendono in carico per dovere istituzionale, senza avere la possibilità di *correrlo* o meno, a differenza di quanto accade per i rischi promananti dalle attività pericolose socialmente utili rimesse ai privati che si determinano discrezionalmente e volontariamente alla relativa *assunzione*.»²

Ed ancora che:

«quando è il rischio antropico a produrre l'evento calamitoso e quindi a generare il rischio di competenza della Protezione civile, occorre essere consapevoli del fatto che tale evento è di per sé il *prodotto* del

1 C. PERINI, *Una lettura penalistica della valutazione del rischio di competenza della Protezione civile*, p. 79 ss., in *Protezione civile e responsabilità*, (collana a cura di) Dipartimento della Protezione Civile della Presidenza del Consiglio dei Ministri e Fondazione CIMA.

2 C. PERINI, *op. cit.*, p. 82.

fallimento di un sistema di gestione del rischio *precedente* rispetto a quello di competenza della Protezione civile; un sistema che l'ordinamento ha previsto in relazione a singole attività pericolose ma lecite in quanto socialmente utili. Il caso paradigmatico può essere individuato nel sistema di gestione del rischio legato al rischio di incidenti rilevanti in ambito industriale disciplinato dal d. lgs. n. 334/1999. E' chiaro che, in tale ipotesi, il rischio preso in carico dalla valutazione degli operatori della protezione civile è, per così dire, *di secondo grado* – o *derivato* – rispetto al rischio affidato, sempre a scopo preventivo, in via *primaria* all'esercente – di norma un soggetto privato – dell'attività pericolosa ma consentita.»³

Detto in altri termini: il rischio antropico si connota ulteriormente per essere un *rischio di secondo grado o derivato* (rispetto al quale gli operatori di protezione civile sono operatori “di seconda istanza”).

Infine, il rischio di competenza della protezione civile, sia esso di origine naturale o antropica, si connota come *rischio interferenziale* in presenza di una pluralità di posizioni di garanzia e della successione nelle posizioni di garanzia. Fenomeno, quest'ultimo, sul quale si tornerà nel paragrafo seguente.

3. PLURALITA' CULTURALI E COMUNICAZIONE DEI RISCHI DI COMPETENZA DELLA PROTEZIONE CIVILE

Veniamo ora alla relazione intercorrente tra pluralità, (*informazione*) e *comunicazione* del rischio.

La analizzeremo rispetto ai tempi della comunicazione; ai *destinatari* della comunicazione (anche in relazione ai profili del rischio reale/percepito, della capacità, della resilienza e della “cittadinanza attiva”); ai soggetti *obbligati ex lege* alla comunicazione e alla connessa tematica delle *posizioni di garanzia* e della *successione nelle posizioni di garanzia*); in fine ai soggetti *non legittimati*.

In tema di pluralità culturali e *tempi* della comunicazione, occorre prendere le mosse dal terremoto verificatosi nel 1908 a Messina, poiché fu questo l'evento da cui ebbe origine il processo che portò alla prima normativa organica in materia di protezione civile. L'art. 1 del Regio Decreto - Legge 2389/1919 recita: “*appena le segnalazioni di un disastro tellurico*

3 C. PERINI, *op. cit.*, p. 82.

o di altra calamità che abbia recato gravi danni in una zona del territorio nazionale giungono al Ministro per i lavori pubblici, questi ne dà notizia al Presidente del Consiglio dei ministri ed a tutti i ministri”.

E' stato, al riguardo, acutamente osservato:

«il punto è: ci si inizia a preoccupare non nel momento in cui si verifica l'evento, ma quando gli organi centrali vengono a sapere che l'evento si è verificato. Ovviamente siamo nel 1908, i sistemi di comunicazione sono quelli che sono e ciò spiega una filiera che può attivarsi anche diversi giorni dopo l'accadimento. E questo spiega anche la scelta dell'allocazione della responsabilità di governo che viene attribuita al Ministro dei lavori pubblici [...] il mio problema è ricostruire [...].

Anche l'alluvione di Firenze innesca una modifica normativa [...]. Pochissimi anni dopo l'alluvione di Firenze, nel 1970, viene adottata una nuova legislazione in materia di contrasto alla calamità, che anticipa il momento di attivazione della risposta alla calamità: non ci si mobilita più solo quando le informazioni degli eventi giungono al Governo, ma ci si attiva all'insorgere degli eventi stessi. Coerentemente, la responsabilità politica viene trasferita dal Ministero dei lavori pubblici al Ministero dell'interno, cioè il Ministero che gestiva (e tuttora gestisce) le risorse operative presenti sul territorio più immediatamente impiegabili nell'attività di soccorso: il Corpo Nazionale dei Vigili del Fuoco, le Prefetture e le Forze dell'Ordine.

Sempre proseguendo in questa carrellata nel tempo, arriviamo ad un'altra pietra miliare della storia nazionale: il terremoto del 1980 (n.d.r.: dell'Irpinia, del 23 novembre 1980) [...] Questo evento drammatico ebbe una caratteristica peculiare: se, infatti, le attività di soccorso e la mobilitazione furono sicuramente massicce, altrettanto sicuramente non furono tempestive. La mancanza di un collegamento tra le informazioni scientifiche, pur disponibili ma non integrate stabilmente nel sistema di protezione civile, e i centri decisionali responsabili della mobilitazione dei soccorsi fece sì che, giunta in termini molto generici la notizia del terremoto, le risorse e i mezzi di soccorso furono mobilitati e inviati verso la zona colpita, ma, avvicinandosi ad essa, iniziarono a trovare situazioni di crollo e di danneggiamento, persone bisognose di aiuto, e, ragionevolmente, si fermarono ad operare. Questo accadde perché non avevano la visione esatta di dove fosse l'epicentro e, quindi, le zone più colpite furono raggiunte con ritardo. Un ritardo che, sicuramente, inflù sul numero delle vittime che, in caso di terremoto, è una variabile molto collegata con la tempestività dell'intervento [...].

Proseguiamo e arriviamo alle evoluzioni ulteriori che ci portano sino alla legge 225 [...] del 1992, che è la *pietra angolare* sulla quale il sistema di protezione civile italiano, per come lo conosciamo, si è costruito e sviluppato. Una norma che parla, appunto, di un ciclo di attività: la previsione, la prevenzione, l'intervento d'emergenza e il superamento dell'emergenza [...]. Da questa legge, che è del 1992, una serie di ulteriori eventi non solo hanno provocato una serie di modifiche che sono state, successivamente, integrate nella disposizione originaria, ma hanno anche segnato, in qualche modo, la strada che ci avrebbe portato fino al nuovo Codice del 2018 [...]»⁴

Il *tema della comunicazione* è, dunque, strettamente connesso a quello della individuazione dei soggetti gravati da un vero e proprio *obbligo giuridico* alla comunicazione; al tema cioè della *posizione di garanzia* e della *successione nella posizione di garanzia*; nonché al concetto di *rischio interferenziale*.

Impossibile non richiamare, al riguardo, il “*caso Sarno*”. Il riferimento è a quanto accaduto la sera del 5 maggio 1998, quando una serie di colate rapide di fango staccatesi dal Pizzo d'Alvano investirono i paesi situati alle pendici del monte, provocando la morte di oltre 160 persone e il crollo di numerosi edifici.

A seguito dei richiamati fatti, il sindaco di Sarno fu indagato per omicidio colposo plurimo per aver, secondo l'assunto accusatorio, sottovalutato la gravità della situazione; per aver omesso di: (i) avvisare tempestivamente la popolazione del pericolo imminente; (ii) disporre l'evacuazione delle persone residenti nelle zone a rischio; (iii) convocare e insediare il comitato locale per la protezione civile; (iv) dare idoneo allarme alla prefettura fornendo, invece, informazioni rassicuranti e impedendo, in tal modo, l'attivazione dei competenti organi. In relazione a tale vicenda giudiziaria, la Corte di Cassazione ha pronunciato sentenza di condanna (sentenza Cass. pen. sez. 4, n. 16761/2010), ribaltando l'esito assolutorio cui erano pervenuti i Giudici del merito ed affermando quanto segue in punto di posizione di garanzia e di successione nella posizione di garanzia: «*fino a che il prefetto non abbia assunto, anche di fatto, la direzione delle operazioni, il sindaco, nell'ambito del territorio comunale, mantiene tutti i poteri e gli obblighi derivanti dalla qualità di autorità locale di protezione civile. Non è certo sufficiente, per liberare il sindaco dei suoi obblighi, che*

4 R. GIAROLA, *Il sistema nazionale di protezione civile: il quadro normativo*, p. 16 ss., in *Protezione civile e responsabilità*, (collana a cura di) Dipartimento della Protezione Civile della Presidenza del Consiglio dei Ministri e Fondazione CIMA.

il prefetto sia in possesso di tutte le informazioni “necessarie e sufficienti per far scattare tutti i predetti meccanismi di prevenzione” [...] se, di fatto, questi non siano scattati.»

Detto in altri termini, anche qualora un evento superi le capacità di risposta tipiche del livello comunale, non si verifica una successione di garanti, non vi è alcun trasferimento di posizioni di garanzia. Al contrario, la comunicazione dell'aggravamento della situazione comporta un semplice mutamento nei poteri del Sindaco, che si comprimono – dovendo collaborare ed eventualmente sottostare alle indicazioni del Prefetto - ma non vengono mai meno.

3.1 LA COMUNICAZIONE DEL RISCHIO E IL RISCHIO DELLA COMUNICAZIONE. MANCATE ALLERTE E FALSE ALLERTE

Gli ulteriori profili inerenti la perimetrazione e caratterizzazione dei doveri comunicativi (e, segnatamente, i profili inerenti: i soggetti non legittimati alla comunicazione dei rischi di protezione civile; la distinzione tra informazione e comunicazione; l'apporto del sapere scientifico nel processo di valutazione e comunicazione del rischio; il tema degli errori di comunicazione e segnatamente delle mancate allerte e delle false allerte) possono essere utilmente trattati attraverso il richiamo di taluni tra i principali passaggi della sentenza che la Corte di Cassazione ha pronunciato su un altro *leading case* in materia. Il riferimento è alla vicenda giudiziaria nota come “Processo alla Commissione Nazionale Grandi Rischi”, scaturita dal terremoto che colpì la città dell'Aquila la notte del 6 aprile 2009 provocando la morte di 309 persone ed il ferimento di oltre 1.600 persone.

Questi i fatti. A partire dal mese di giugno del 2008, il comprensorio abruzzese venne colpito da uno “sciame sismico” di intensità e frequenza crescente che, dal gennaio 2009, si concentrò nella zona dell'aquilano ove, anche a causa dell'incremento della frequenza e della magnitudo delle scosse, iniziò a generare un certo allarmare tra la popolazione.

In tale contesto, i media cominciarono a dare risalto a qualsiasi tipo di affermazione proveniente da sedicenti esperti, ponendole sullo stesso piano delle informazioni istituzionali e delle considerazioni di scienziati accreditati. Ciò indusse il Capo Dipartimento della Protezione Civile a programmare una riunione della Commissione Nazionale Grandi Rischi, che si tenne il 31 marzo a L'Aquila.

Immediatamente prima della riunione della Commissione Grandi Rischi, il Vice Capo Dipartimento della Protezione Civile, Bernardo De

Bernardinis, rilasciò un'intervista ad una TV locale, mentre al termine della stessa ne rilasciò un'altra il Presidente della Commissione Nazionale Grandi Rischi, Franco Barberi. Entrambe furono oggetto di continui rilanci giornalistici dai media, nei giorni a seguire, come di un'amplificazione dei relativi contenuti rassicuranti. Pochi giorni dopo, si verificò il tragico terremoto innanzi detto.

L'addebito mosso agli imputati (oltre a quello di una carente analisi di rischio) fu di aver indotto parte della popolazione aquilana, attraverso una scorretta attività di informazione, a dismettere i consueti comportamenti autoprotettivi di risposta al sisma, consistenti nell'uscire in strada e rimanere all'aperto per un certo lasso di tempo, rimanendo, per contro, in casa, dove trovarono la morte a causa dei crolli provocati dal violento sisma verificatosi alle ore 0.32 della notte tra il 5 e il 6 aprile 2009.

Senza entrare nel merito della problematica appena accennata in punto di nesso di causalità psichica (su cui pure vi sarebbe molto da dire), di seguito si riportano taluni fra i più significativi passaggi della sentenza della Cassazione "Grandi Rischi" inerenti al tema oggetto di indagine (Cass. pen. sez. IV, n. 12478/2016).

La sentenza (p. 51) muove dal«*l'esigenza di inquadrare il senso della comunicazione e dell'informazione pubblica, da parte degli organi del Dipartimento della Protezione Civile, in una prospettiva che ne accenti la particolare qualificazione funzionale, siccome attività dirette, non già (o non tanto) al banale rilancio di un contenuto informativo (più o meno elaborato sul piano professionale), bensì a concorrere alla realizzazione delle specifiche finalità operative di prevenzione e di protezione proprie del Dipartimento.*

Vuole alludersi qui - precisa la Corte - al ruolo funzionale, nell'ambito dell'attività di prevenzione e di protezione civile, rivestito dalla gestione e dal controllo, attraverso l'informazione pubblica, dei comportamenti collettivi, come "leva" essenziale per l'impostazione delle policies di tutela collettiva contro i rischi volta a volta affrontati».

Conseguentemente, evidenzia (p. 52) il «*rilevante spessore "tecnico" della gestione dell'informazione pubblica da parte dell'amministrazione della Protezione Civile, spettando agli organi di quest'ultima il compito di rendere compatibili, con l'obbligo della trasparenza, della correttezza (segnatamente sul piano scientifico) e della verità dei contenuti informativi diffusi [...], la necessità del controllo emotivo della pubblica opinione [...]*».

Qualifica (p. 53): «la comunicazione sociale del rischio (come forma qualificata di informazione sull'incidenza di pericoli collettivi); obblighi da assolvere in forme coerenti con le finalità (oltre che di informazione “pura”, altresì) di “guida” del comportamento collettivo, rispettose del delicatissimo crinale che tiene insieme, con il controllo del panico e dell'ansia comuni, la conservazione dei tradizionali meccanismi dell'autoprotezione individuale obiettivamente funzionale: misure spontanee di fondamentale e (talora) decisivo rilievo nella realistica attuazione di qualunque programmazione di prevenzione e di protezione civile».

Sottolinea che «appartiene al novero delle conseguenze di tale rilievo l'impegno, imposto dalla natura della comunicazione, a una particolare cura nella scelta dei contenuti e delle forme del linguaggio comunicativo, tenuto conto del contesto sociale di destinazione, psicologicamente turbato e allarmato dalle circostanze del rischio incombente, oltre che sprovveduto (in termini generali) sul piano delle cognizioni scientifiche. E tenuto altresì conto della prevedibile e sempre possibile alterazione dei contenuti della comunicazione nell'inevitabile transito attraverso il filtro del sistema mediatico: evenienza tale da imporre il massimo possibile dell'inequivocità nella trasmissione del messaggio affidato al rilancio del sistema dell'informazione pubblica».

E che «correttezza scientifica, chiarezza, univocità, comprensibilità, avvedutezza e prudenza assumono in tal senso un ruolo determinante nella qualità del “gioco linguistico” della comunicazione del rischio, avuto riguardo alle qualificate finalità e all'indole complessa dei relativi piani funzionali, sì da renderne del tutto distinta la collocazione rispetto ad ogni altro tipo di “gioco linguistico”, in primo luogo di quello propriamente scientifico, per sua natura libero dalle immediate preoccupazioni prudenziali e dalle finalità tipiche dell'amministrazione operativa della Protezione civile.

Evidenzia quindi che «proprio in tale prospettiva si comprende il senso dell'impianto legislativo che impone la preventiva trasmissione diretta degli elaborati degli organi scientifici della Protezione civile (quale ad es. la Commissione nazionale per la previsione e la prevenzione dei grandi rischi) ai relativi organi amministrativi (e non quindi con immediatezza alla fruizione della pubblica opinione) affinché questi ultimi abbiano – nell'esercizio delle proprie qualificate competenze operative – a filtrarne i contenuti e ad elaborarne le forme della comunicazione in coerenza al complesso dei profili funzionali e delle finalità in precedenza descritte».

Inoltre che «[...] L'ambito di prevedibilità dei comportamenti collettivi indotti da un'errata comunicazione del rischio sismico (imprudentemente accentuato, in ipotesi, sul versante della sottovalutazione o della minimizzazione del rischio) deve necessariamente ritenersi comprensivo, secondo l'ambito prospettico dell'agente modello, della possibile contrazione della soglia di tensione dei meccanismi di autoprotezione individuale come correlato del bisogno di assicurazione in presenza di condizioni psicologiche particolarmente stressate: occorrenza cui certamente appare riconducibile il caso della scelta di permanere all'interno di luoghi chiusi pur in occasione di primi accenni di un fenomeno sismico in atto, che i responsabili della Protezione civile abbiano già imprudentemente sottovalutato o minimizzato (nella diffusione dell'informazione pubblica) sotto il profilo della relativa pericolosità o rischiosità».

Consequentemente ribadisce che «[...] l'organo della Protezione civile, che provvede a fornire informazioni alla pubblica opinione circa la previsione, l'entità o la natura di paventati eventi rischiosi per la pubblica incolumità, esercita una concreta funzione operativa di prevenzione e di protezione, ed è a tal fine tenuto ad adeguare il contenuto della comunicazione pubblica a un livello ottimale di trasparenza e correttezza scientifica delle informazioni diffuse, e ad adattare il linguaggio comunicativo ai canoni della chiarezza, oggettiva comprensibilità e inequivocità espressiva».

Si arriva in tal modo al passaggio a mio parere cruciale della sentenza (p. 134): «Non può sfuggire che il Tribunale, e con esso i ricorrenti, hanno avanzato la pretesa di costruire una camicia di contenzione al processo di conoscenza, forse per il riflesso della distorcente assimilazione dell'attività cognitiva a quella informativa. Ben diversamente, l'esplorazione intellettuale deve vedersi riconosciuto uno statuto di piena libertà; la responsabilità sociale dello scienziato inizia laddove il prodotto del suo operare diviene pubblico; inizia con la comunicazione sociale della scienza».

(p. 137): «Non v'è alcun dubbio che l'identificazione di una dimensione comunicativa dell'operato degli esperti sia stato il postulato a partire dal quale si è dipanata, da parte dell'accusa pubblica, poi dal Tribunale, la narrazione giudiziaria di quanto accaduto a L'Aquila il 31.3.2009. E, conseguentemente, la rilettura della vicenda da parte della Corte di Appello trova un caposaldo essenziale nella destrutturazione di quel postulato [...]. E' segno inequivocabile dell'ipoteca imposta da quell'assunto [...]».

Coerentemente con siffatta impostazione, la Suprema Corte evidenzia come, al contrario, (p. 139): «il quadro normativo restituisca una

chiara ripartizione di compiti tra il Dipartimento della Protezione civile e la Commissione Grandi Rischi, con il primo unico titolare del potere-dovere di gestire la comunicazione funzionale alla necessità di prevenzione e protezione della popolazione affidate alla sua cura. Sul tema della valenza della comunicazione sociale quale modalità di esercizio della funzione operativa di prevenzione e protezione [...] il sistema di Protezione civile delineato dal legislatore prevede una complessa architettura, che contempla anche la presenza e le funzioni dell'organo consultivo denominato Commissione Grandi Rischi e di suoi singoli componenti; in tale sistema la comunicazione alla popolazione compete in via esclusiva – se non “avvocata” dalla Presidenza del Consiglio – all'organo tecnico operativo della Protezione civile. Ne deriva che l'interlocuzione tra organi del medesimo apparato non può avere carattere “pubblico”, nel senso che qui rileva di comunicazione alla popolazione. Si tratta, invece, di quella comunicazione interna che è necessario veicolo all'organo operativo delle acquisizioni dell'organo consultivo, frutto dell'attività di valutazione, di ricognizione, di verifica o di indagine da questo esperita [...]. Le rispettive sfere di competenza fanno sì che ciascuno sia tenuto ad adempiere diligentemente il compito assegnatogli dalla legge, ma anche che non possa essere chiamato a rispondere dell'esercizio di competenze ad altri attribuite.

Ovviamente – puntualizza - , poiché il diritto penale non può assumere se non una prospettiva effettuale, ove l'organo consultivo svolga di fatto competenze altrui, varranno anche nei suoi confronti quelle regole cautelari che ne disciplinano le modalità di esercizio [...].

Pertanto, nel sistema nazionale della Protezione civile, al tempo dei fatti per cui è processo, l'organo consultivo Commissione Grandi Rischi era tenuto a rendere all'organo operativo un contributo, fondato sulle competenze scientifiche dei suoi componenti, che doveva corrispondere allo standard correlato alle migliori conoscenze scientifiche del momento; non è rilevante – ai fini della valutazione di diligenza – il processo di formazione del parere, della proposta, della analisi, ma il prodotto di tale processo. Esulava dai compiti istituzionali dell'organo consultivo, secondo la legislazione al tempo vigente, la gestione della comunicazione esterna, affidata in esclusiva all'organo titolare dei compiti di prevenzione, che si attuano anche mediante attività non strutturali concernenti (tra le altre) l'informazione alla popolazione.

Il trasferimento delle determinazioni dell'organo valutativo a quello amministrativo presenta aspetti di particolare delicatezza, tanto da rendere

opportuna l'espressa previsione di una procedura di trasferimento delle informazioni dal primo al secondo, oltre all'esclusivo potere dell'organo amministrativo di filtrare i contenuti e individuare le forme della comunicazione "esterna" [...].

La procedimentalizzazione della comunicazione interna renderebbe possibile segnare con maggiore evidenza il perimetro entro il quale si situano le rispettive responsabilità (ed eventualmente quelle comuni), definendo con nettezza modalità di formazione e di comunicazione all'organo operativo del prodotto dell'attività consultiva.

[...] una simile procedura si intravede anche nella disciplina della Protezione civile, laddove viene previsto che l'operato della Commissione Grandi Rischi si traduce in una "deliberazione", adottata con il voto della maggioranza dei presenti, che non possono essere inferiori a dieci.

Dimostrazione dell'autonomia e della compiutezza che nel disegno del legislatore deve caratterizzare l'attività di consulenza; [...] interamente in capo all'organo operativo la responsabilità dell'utilizzo dell'attività di consulenza».

E così conclude: «L'assetto delle competenze sin qui delineato permette di condensare il seguente principio: "Nel sistema nazionale della Protezione civile, come disciplinato alla data del 31.3.2009, la competenza in materia di comunicazione alla popolazione, quale misura non strutturale della prevenzione dei rischi di cui all'art. 2 della legge n. 225/1992, spettava in via esclusiva all'organo tecnico-operativo, ferme restando le attribuzioni della Presidenza del Consiglio. Il trasferimento tra quello e l'organo consultivo tecnico-scientifico denominato Commissione nazionale per la previsione e la prevenzione dei grandi rischi – connesso agli esiti delle analisi, delle ricognizioni, delle verifiche e delle indagini, come delle proposte e dei pareri provenienti da quest'ultimo – non assumeva carattere di comunicazione alla popolazione, anche quando destinatario delle informazioni fossero state articolazioni territoriali del servizio nazionale della Protezione civile.

A questo punto si può dare risposta al quesito [...] se gli esperti avrebbero dovuto osservare particolari regole di cautela nella discussione per la presenza di soggetti, sì componenti del sistema nazionale della Protezione civile, e tuttavia, appunto, profani.

Alla luce di quanto sin qui esposto risulta evidente che la risposta va rinvenuta ancora nel riparto delle competenze tra organo operativo ed organo consultivo, dovendosi considerare che non vi può essere trasgres-

sione cautelare penalmente rilevante in assenza di una competenza rispetto al rischio inверatosi nell'evento pregiudizievole».

Sottolinea e distingue (p. 151): *«Il parametro di valutazione dell'operato dell'organo consultivo – la perizia – [...]; il rapporto si pone tra il giudizio degli esperti e il patrimonio di conoscenza della comunità scientifica in materia di terremoti; l'accertamento processuale conduce a ritenere che questa correttezza è registrabile se il giudizio è di ineliminabile incertezza. Il parametro di valutazione dell'operato dell'organo operativo è essenzialmente quello della prudenza; in condizioni di incertezza, che quindi non permettano affermazioni di verifica dell'evento, ma non lo escludano, occorre adottare comportamenti coerenti alla possibilità – non congetturale – che l'evento si realizzi».*

Quale che sia il giudizio che si ha della richiamata vicenda giudiziaria, occorre - da un lato - rilevare come l'atteggiamento dei soggetti gravati da un obbligo giuridico di comunicazione dei rischi di eventi calamitosi sia mutato in modo radicale a seguito della stessa. Si è parlato di “protezione civile difensiva” con riguardo all'atteggiamento di accettazione del rischio di fornire *false allerte* pur di evitare di incorrere anche in una sola mancata allerta e nel conseguente rischio giudiziario; dall'altro – è il punto a mio avviso cruciale -, prendere atto della inadeguatezza o quanto meno della insufficienza della risposta penale alle problematiche sottese alla comunicazione del rischio negli eventi catastrofici (ed ai conseguenti risvolti di rischio che la comunicazione reca con sè). Partendo proprio dai punti fermi tracciati e dai preziosi spunti offerti dalla sentenza “Cassazione Grandi Rischi” (oggetto di critica demolitoria totale - a mio modesto avviso non condivisibile - da molti commentatori).

In sintesi: gli obblighi normativi di protezione, in tema di comunicazione sociale del rischio negli eventi catastrofici e di gestione dell'informazione pubblica gravano sull'Amministrazione della protezione Civile e sui suoi organi.

Si tratta di obblighi imposti dalla natura della comunicazione, tenuto conto: (i) del contesto sociale di destinazione, (psicologicamente turbato e allarmato dalle circostanze del rischio incombente, sprovvisto sul piano delle cognizioni scientifiche); (ii) della prevedibile e sempre possibile alterazione dei contenuti della comunicazione nell'inevitabile transito attraverso il filtro del sistema mediatico.

Ciò che si riflette sul contenuto della comunicazione e sul linguaggio comunicativo, del tutto distinti da quello propriamente scientifico, pur

sua natura libero dalle immediate preoccupazioni prudenziali e dalle finalità tipiche dell'amministrazione operativa della Protezione civile.

Il quadro normativo (oggi del Codice della Protezione Civile) restituisce, cioè, una chiara ripartizione di compiti, individuando nel Dipartimento della Protezione Civile l'unico titolare del potere – dovere di gestire la comunicazione funzionale alla necessità di prevenzione e protezione della popolazione affidata alla sua cura (se non “avvocata” dalla Presidenza del Consiglio).

La parola chiave è “procedimentalizzazione” della comunicazione (sia interna che esterna).

Ma non è l'unica. Ve ne sono, a mio avviso, altre due: la prima è “multidisciplinarietà”, “trans-disciplinarietà”. La seconda, la più importante a mio avviso, è “cittadinanza attiva”: nel solco tracciato dal Codice di Protezione Civile, che necessita assolutamente di essere effettivamente ed efficacemente implementato sul punto. Senza l'adempimento di questo essenziale profilo in cui si estrinseca nell'ordinamento positivo l'obbligo di protezione della popolazione sub specie di comunicazione del rischio di eventi catastrofici continueranno ad esserci innumerevoli vicende come quella oggetto di analisi.

SEZIONE II

PLURALITÀ DI ESIGENZE PROTETTIVE E SISTEMA PENALE: LE VITTIME VULNERABILI

VERSO UN RUOLO SEMPRE PIÙ INCISIVO DELLA VITTIMA VULNERABILE NEL PROCESSO PENALE EUROPEO?

Lorenzo Bernardini

University of Luxembourg

Bisogna capovolgere l'opinione generale e riconoscere che non è la durezza della situazione o le sofferenze che essa impone a dar luogo alla concezione di un altro stato di cose nel quale tutto il mondo migliorerebbe; invece, è appunto dal giorno in cui si può concepire un altro stato di cose che una luce nuova cade sulle nostre pene e sulle nostre sofferenze, e allora noi decidiamo che sono intollerabili.

Jean Paul Sartre, *L'essere e il nulla*

1. INTRODUZIONE

Oggetto di questa relazione sarà l'analisi storico-giuridica dei principali approcci adottati dal legislatore dell'Unione europea (UE) e dai vari organi del Consiglio d'Europa in materia di diritti delle vittime vulnerabili. La ricostruzione qui operata prenderà in considerazione, anzitutto, la normativa in materia di prerogative delle vittime *lato sensu* (più risalente storicamente), per poi concentrarsi su quella relativa alle vittime vulnerabili, di più recente introduzione.

2. LA “VITTIMA VULNERABILE” NELLO SPAZIO GIURIDICO EUROPEO

Il carattere ormai consolidato della figura della “vittima vulnerabile” entro lo spazio giuridico europeo sembra oggi poggiare su basi solide; e ciò vale sia per il diritto di matrice convenzionale, che per quello eurounitario. La progressiva emersione di siffata categoria, come è noto, è potuta avvenire solamente attraverso il graduale ma incessante lavoro del legislatore

dell'Unione e degli organi politici del Consiglio d'Europa, da un lato, e l'attività ermeneutica delle due corti europee, dall'altro¹. Ad esempio, è attraverso una giurisprudenza dinamica – e, per molti versi, innovativa – che i giudici di Strasburgo hanno impiegato la nozione di vulnerabilità per sviluppare una propria linea argomentativa che imponesse agli Stati Parte vere e proprie *positive obligations* nei confronti di alcune tipologie di vittime². Dal canto suo, la Corte di Giustizia è stata chiamata più volte a svolgere la propria funzione nomofilattica in relazione a quegli atti di diritto secondario in materia di vittime di reato, fornendo preziosi spunti interpretativi alle autorità degli Stati membri, talvolta anche in materia di “vulnerabilità” delle persone offese³.

Storicamente, quindi, tanto il Consiglio d'Europa quanto l'Unione europea hanno dimostrato una particolare sensibilità nei confronti delle vittime da reato, segnatamente, sin dalla seconda metà del secolo scorso. Ma ciò è avvenuto, in un primo periodo, con due approcci nettamente differenti. Invero, mentre la strategia perseguita dall'ordinamento di Strasburgo parrebbe orientata *ab origine* da motivi di stampo solidaristico (ispirati al riconoscimento di certi interessi delle vittime nel procedimento penale), ragioni squisitamente mercantilistiche, orientate al godimento individuale delle libertà economiche entro l'Unione (in specie, la libertà di movimento) sembrerebbero aver orientato l'approccio eurounitario *in subiecta materia*⁴.

Tuttavia, vale la pena premettere sin da ora un tratto comune degli approcci embrionali elaborati dai due ordinamenti europei in tema di vittime; il riferimento è alla mancata riflessione – almeno, non in maniera esplicita – in merito alla possibilità che entro il *genus* delle vittime di reato potesse essere identificata una categoria più ristretta di persone offese meritevoli di specifiche misure protettive, data la loro situazione di particolare vulnerabilità. Inizialmente, pertanto, le vittime vengono considerate come un'unica, mo-

1 M. VENTUROLI, *La tutela della vittima nelle fonti europee*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, 3-4, p. 86 ss.

2 Per una recente ricognizione, si v. L. GRANS, *The Impact of Vulnerability on State Obligations in Criminal Proceedings on Domestic Violence: Interpreting the Istanbul Convention and the European Convention on Human Rights*, in *Women and Criminal Justice*, 2023, p. 1 ss.

3 L. LUPÁRIA - J. DELLA TORRE, *Victims of Crime in the Area of Freedom, Security and Justice*, in S. IGLESIAS SÁNCHEZ - M. GONZÁLEZ PASCUAL (eds.), *Fundamental Rights in the Area of Freedom, Security and Justice*, Cambridge, 2021, p. 312 ss.

4 Ciò rifletterebbe, peraltro, la differente assiologia delle due organizzazioni sovranazionali: l'una, fondata sulla promozione dei diritti umani, la democrazia e lo stato di diritto in Europa (Consiglio d'Europa), l'altra, espressione di un progetto politico di ricostruzione economica in Europa, al fine di evitare futuri conflitti militari, attraverso l'interdipendenza economica degli Stati membri (l'Unione europea, inizialmente costituita come Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio [CECA]).

nolitica classe personologica. È solo col tempo che, timidamente, si potranno cogliere i segni di un cambio di paradigma, più attento a discernere con più nitidezza quel sottogruppo di vittime bisognose di una protezione *diversa* – e, verosimilmente, *più intensa* – rispetto alle vittime *tout court*.

Tracciate le summenzionate coordinate, possiamo ora passare all'analisi dell'approccio che i due ordinamenti europei hanno adottato in materia di *victims' rights*. Si possono distinguere, in particolare, tre fasi storiche: (1) una prima fase, in cui la figura della vittima è considerata nella sua genericità, seppure con qualche sfumatura concettuale, che sembrerebbe tradire una embrionale consapevolezza rispetto all'esistenza di certe categorie delle stesse connotate da maggiore fragilità; (2) una seconda fase, in cui sia l'Unione che il Consiglio d'Europa oscillano tra l'identificazione della vulnerabilità della vittima in relazione al reato per il quale si procede o a certe caratteristiche personologiche (e.g., la minore età), e l'idea che siffatta caratteristica vada esaminata caso per caso; (3) una terza fase, il cui spartiacque si ha nell'adozione della direttiva sui diritti delle vittime⁵, tuttora in vigore, da parte del legislatore dell'Unione, che sposa l'approccio casistico, contribuendo così all'armonizzazione di norme minime in materia in tutti gli Stati membri.

2.1 PRIMA FASE: UNA FIGURA INNOMINATA (MA IMMANENTE)

Per comprendere appieno la nascita del concetto di vittima vulnerabile nello spazio giuridico europeo, è necessario ricostruire, sia pur brevemente, lo sviluppo concettuale che siffatto concetto ha attraversato sin dagli anni '70 del secolo scorso⁶. Va perciò ricordato che fu una Risoluzione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa a costituire uno dei primi strumenti di *soft-law* in materia di «*victims of crime*»⁷. L'ispirazione solidaristica è evidente dalle prime righe. Si menzionano «*reasons of equity and social*

5 Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, *che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI* [GU L 315 del 14.11.2012, p. 57–73] (di seguito: “direttiva sui diritti delle vittime”). Per un primo commento, si v. S. ALLEGREZZA, *Il ruolo della vittima nella direttiva 2012/29/UE*, in L. LUPÁRIA (a cura di), *Lo statuto europeo delle vittime di reato*, Milano, 2015, p. 3–17.

6 Per un quadro storico, E. MULLER-RAPPARDS, *Perspectives on the Council of Europe's Approach to the Issue of Basic Principles of Justice for Victims of Crime*, in *Human Rights Quarterly*, 1990, p. 231 ss.

7 *Resolution (77) 27 on the compensation of victims of crime (adopted by the Committee of Ministers on 28 September 1977, at the 275th meeting of the Ministers' Deputies)*, p. 1-2.

solidarity» e l'«*interest of the victim*» quali valori ispiratori dell'atto⁸, che mirava a fornire principi guida ai legislatori nazionali in materia di indennizzo in favore delle vittime di illeciti penali. Tra le vittime, l'esigenza più pressante affinché il risarcimento sia effettivo e congruo rispetto all'offesa subita si rivolgerebbe, in particolare, a quelle persone offese che abbiano sofferto «*severe bodily injury as a result of a crime*» e a coloro i quali dipendano da una persona che è deceduta in ragione della commissione di un reato⁹. Nonostante non vi sia alcun esplicito riferimento ad una condizione di vulnerabilità che potenzialmente potrebbe affliggere una certa tipologia di persone offese, la Risoluzione suggerisce però – con espressione genericissima – che l'entità della compensazione andrebbe commisurata alla «*nature*» e alle «*consequences*» dell'offesa¹⁰. Viene infine stabilita, nei confronti dei cittadini stranieri, la possibilità per gli Stati Parte di applicare «*wholly or partially*» il principio di reciprocità¹¹. In un'epoca in cui solamente Regno Unito e Germania possiedono meccanismi compensatori in favore delle vittime, l'idea di regolare un ambito evidentemente sensibile per gli ordinamenti interni dimostrerebbe la lungimiranza del Consiglio d'Europa, che si pone, quindi, “un passo avanti” rispetto agli Stati Parte, stimolando questi ultimi ad introdurre istituti *ad hoc*.¹²

Pochi anni più tardi, il Parlamento europeo, richiamando l'importanza dell'iniziativa della Risoluzione (77) 27, approva una Risoluzione a propria volta¹³. Qui il primo richiamo è sì alla «tutela sociale», ma in «stretto rapporto» con il diritto alla «libera circolazione all'interno della Comunità europea»¹⁴. Il paradigma è differente, perché, come anticipato, lo scopo dell'allora Comunità europea era lo sviluppo del mercato interno

8 Ivi, p. 1. Tra gli altri valori, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa menziona pure il bisogno di conseguire una «*greater unity among its members*». Si sottolinea poi che la necessità di elaborare siffatte linee-guida sia prodromica ad «*harmonising national provisions in this field*». L'*Explanatory Report* allegato al documento illustra che «*the presence of numerous foreigners on the Parties' territories (migrant workers, tourists, students, etc.) makes such co-operation necessary*».

9 Ivi, punto 1(a) e (b), e il Considerando 2 (si noti il «*in particular of...*»).

10 Ivi, punto 5.

11 Ivi, punto 13.

12 N.C. KATSORIS, *The European Convention on the Compensation of Victims of Violent Crimes: A Decade of Frustration*, in *Fordham International Law Journal*, 1990, p. 186 ss.

13 Risoluzione sull'indennizzo delle vittime di atti di violenza, 13 marzo 1981 [GU C 77 del 6.4.1981, p. 77–78].

14 Ivi, punto 1. Interessante è pure il richiamo ai doveri solidaristici «di ogni collettività» (punto 2), la frammentazione degli ordinamenti nazionali (punto 3) e, in particolare, la possibilità che in certi Stati esista una disciplina a doppio binario, che distingua le vittime straniere da quelle aventi la cittadinanza dello Stato ove l'illecito si sia verificato (punto 4).

attraverso il godimento – e, se necessario, il potenziamento – delle libertà economiche individuali, prima fra tutti, la libertà di movimento delle persone. Prendendo atto della frammentazione tra gli ordinamenti nazionali, prima fra tutte la diversità dei regimi di indennizzo «per i propri cittadini e per gli stranieri», il Parlamento esorta la Commissione ad elaborare una proposta di direttiva che identifichi «criteri di minima» in materia, ponendo altresì in capo agli Stati membri l'obbligo di corrispondere siffatti risarcimenti indipendentemente dalla cittadinanza della vittima stessa¹⁵. Ecco che, in particolare, anche la necessità di evitare la discriminazione degli individui in base alla loro nazionalità riveste un ruolo importante nel forgiare l'approccio eurounitario alla vittima. Qui l'approccio è meramente mercantilistico, strumentale alla libera circolazione dei cittadini europei all'interno del mercato unico. Ed infatti, non vi sono nel testo sfumature concettuali dalle quali supporre una qualche consapevolezza di un gruppo differenziato di persone offese, bisognose di particolare protezione: per sua natura, quindi, l'Unione resta più interessata all'effettivo godimento delle libertà economiche entro il mercato unico che, almeno per il momento, al riconoscimento di un preciso *status* personologico della vittima (sia vulnerabile che non). Una sintesi efficace di siffatto approccio si può rinvenire nella nota sentenza *Cowan*,¹⁶ emessa nel 1989, laddove il diritto all'indennizzo viene così tratteggiato:

«Allorché il diritto comunitario garantisce la libertà per le persone fisiche di recarsi in un altro Stato membro, *la tutela dell'integrità personale in detto Stato membro costituisce*, alla stessa stregua dei cittadini e dei soggetti che vi risiedono, *il corollario della libertà di circolazione*. Ne discende che il principio di non discriminazione va applicato ai destinatari di servizi ai sensi del trattato quanto alla protezione contro i rischi di aggressione ed il diritto di ottenere una ripara-zione pecuniaria contemplata dal diritto nazionale allorché un'ag-gressione si sia verificata. La circostanza che l'indennizzo di cui è causa sia finanziato dal pubblico erario non può modificare il regime di tutela dei diritti garantiti dal trattato (...) se la legislazione penale e le norme di procedura penale, nel novero delle quali rientra la contro-versa disposizione nazionale, sono in linea di principio riservate alla competenza degli Stati membri, tuttavia, dalla giurisprudenza costante della Corte (...) risulta che il diritto comunitario pone dei limiti a tale competenza. *Le norme considerate non possono infatti porre in essere discriminazioni nei confronti di soggetti cui il diritto comu-*

¹⁵ *Ivi*, punto 5.

¹⁶ Corte giust., 2 febbraio 1989, *Cowan v Trésor public*, causa C-186/87, ECLI:EU:C:1989:47.

nitario attribuisce il diritto alla parità di trattamento né limitare le libertà fondamentali garantite dal diritto comunitario»¹⁷.

Sia pure con forme espressive diverse, nello stesso anno, il Parlamento europeo approva un'ulteriore Risoluzione in materia di «*victims of violence*»¹⁸. Il richiamo è, ancora una volta, alla stretta connessione tra la necessità di armonizzare i sistemi nazionali e l'esigenza di evitare discriminazioni in base alla nazionalità e, soprattutto, di garantire una piena libertà di circolazione all'interno del mercato interno¹⁹. Tuttavia, siffatta Risoluzione manifesta per la prima volta una consapevolezza diversa in relazione alle vittime. Infatti, il preambolo ricalca fedelmente quello della Risoluzione 77 (27) del Consiglio d'Europa, intriso di considerazioni solidaristiche²⁰. Si tratta di un primo cambio di passo, una timida convergenza che, poi, condurrà ad una sensibilità nuova di entrambi gli ordinamenti europei in materia, originata dalla mutua influenza che ciascuno ha progressivamente esercitato sull'altro.

Un documento fondamentale in tal senso, che avrebbe poi avuto fortuna negli anni a venire, è la raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa del 1985²¹. Che sia in corso un cambio di paradigma lo si avverte sin dalle prime righe. Si fa riferimento, per la prima volta, alla «*position*» nella vittima nel procedimento penale, tralasciando quindi i profili meramente connessi alla tutela indennitaria (che pure sono presenti, e conservano una loro importanza, ma, questa volta, restano “sullo sfondo”). Ancora, viene statuito cristallinamente che «*it must be a fundamental function of criminal justice to meet the needs and to safeguard of the victim*».²² In antitesi, poi, con la prospettiva sin qui abbozzata nei vari atti di *soft law* – che considerano il gruppo-vittima come unico ed omogeneo – il Comitato dei Ministri esorta gli Stati Parte a considerare il «*physi-*

17 Ivi, punti 17 e 19, corsivi aggiunti.

18 *Resolution on the victims of violence*, Doc. A 3-13/89, 12 settembre 1989 [GU C 256 del 9.10.89, p. 32–33].

19 Ivi, punti D-E.

20 Ivi, punti A-C.

21 *Recommendation No. R (85) 11 of the Committee of Ministers of the Council of Europe to the Member States on the position of the victim in the framework of criminal law and procedure (adopted by the Committee of Ministers on 25 June 1985, at the 387th meeting of the Ministers' Deputies)*, p. 1-2. V. anche la *Recommendation No. R (85) 4 of the Committee of Ministers of the Council of Europe to the Member States on violence in the family (adopted by the Committee of Ministers on 26 March 1985, at the 382nd meeting of the Ministers' Deputies)*, p. 1–3.

22 *Recommendation No. R (85) 11*, cit., *Considerando 3*.

*cal, psychological, material and social harm suffered by the victim, and to consider what steps are desirable to satisfy his need in these respects»*²³, ponendo le basi, poi, per un approccio istituzionale verso le persone offese che tenga in debito conto le loro peculiarità individuali (e, quindi, anche le specifiche esigenze di protezione).

Le tracce di questo cambiamento, implicitamente più attento alla caratterizzazione di ogni vittima, sono sparse all'interno della raccomandazione ma ne costituiscono i tratti salienti. Ad esempio, si prevede che il personale di polizia sia formato in modo da trattare le vittime in maniera «*sympathetic, constructive and reassuring manner*»²⁴. Ma il vero cambio di paradigma risiede probabilmente nella disposizione relativa all'interrogatorio della persona offesa. Qui, per la prima volta forse in maniera così esplicita, si dà conto non solo della possibilità che certe vittime possano presentare particolari debolezze, ma si fa pure riferimento a due categorie – i minori e gli infermi – per cui dovrebbe essere prevista una procedura di esame differenziata. E ciò, si badi, senza alcun riferimento al reato per il quale si procede. Con le parole del Comitato: «*At all stages of the procedure, the victim should be questioned in a manner which gives due consideration to his personal situation, his rights and his dignity. Whenever possible and appropriate, children and the mentally ill or handicapped should be questioned in the presence of their parents or guardians or other persons qualified to assist them*».²⁵

Parimenti fondamentali sono le disposizioni in materia di «*protection of privacy*», laddove si prevede che qualora – in ragione della fattispecie per cui è causa o del «*personal status or personal situation and safety of the victim*» – si renda necessaria l'adozione di misure di «*special protection*» al fine di proteggere la vittima da ogni pubblicità che ne pregiudichi la vita privata o la dignità, gli Stati dovrebbero prevedere udienze protette ed evitare, per quanto possibile, l'indebita *disclosure* di informazioni dannose²⁶. Infine, con particolare riferimento ai procedimenti relativi a fattispecie di criminalità organizzata, il Comitato dei Ministri esorta gli Stati a prevedere misure efficaci contro l'intimidazione delle vittime nonché il rischio di «*retaliation by the offender*»²⁷.

23 *Ivi*, Considerando 5.

24 *Ivi*, punto A, n. 1.

25 *Ivi*, punto C, n. 8.

26 *Ivi*, punto F, n. 15.

27 *Ivi*, punto G, n. 16.

Appare evidente, anche per le espressioni utilizzate, la progressiva “messa a fuoco” della vittima vulnerabile come idealtipo personologico. Tuttavia, il termine di riferimento è, ancora per il momento, tratteggiato (si parla di «*personal situation*» o «*status*») ma di lì a poco esso troverà nuova linfa negli atti del legislatore eurounitario. Nondimeno, si può identificare sin da ora la *vexata quaestio* che attanaglia da sempre la disciplina della vittima vulnerabile, ovverosia: se sia opportuno ricollegare la situazione di vulnerabilità *alla fattispecie criminosa per la quale si procede*; se sia, diversamente, più appropriato demandare all’autorità giudiziaria il vaglio concreto di vulnerabilità, secondo un *approccio casistico*; o se, infine, *combinare i due approcci*, in maniera più o meno bilanciata, a seconda degli obiettivi di politica criminale da perseguire.

Negli anni '90 la nascita dell'Unione europea e la creazione dello Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia segnano un'ulteriore svolta in materia di vittime entro lo spazio giuridico europeo²⁸. Si amplia, nell'ordinamento dell'Unione, l'interesse per il tema, al punto che esso diventerà di lì a poco una priorità per il legislatore eurounitario²⁹. Il *Piano d'azione per attuare le disposizioni del Trattato di Amsterdam* del dicembre 1998 contribuisce a suffragare tale convinzione³⁰, laddove il Consiglio e la Commissione ritengono che la materia di «assistenza alle vittime» rappresenti «un settore di importanza transnazionale e d'interesse comune» meritevole di essere regolato in maniera uniforme in tutta l'Unione³¹. Vi è poi l'esortazione a ravvicinare, entro il successivo quinquennio, talune norme di diritto penale negli Stati membri, ivi comprese quelle relative all'azione civile connessa agli illeciti penali, senza trascurare il risarcimento alle vittime dei reati³². Entro il medesimo arco temporale, il Consiglio e la Commissione suggeriscono di effettuare un'analisi comparata sui quadri normativi in materia di tutela indennitaria per le persone offese, valutando quindi la possibilità di «agire a livello dell'Unione»³³. Intrecciando fra loro tali esor-

28 L. LUPÁRIA - J. DELLA TORRE, *Victims of Crime*, cit., p. 312 (gli A. parlano di vero e proprio «breakthrough»).

29 L. O'DRISCOLL, *Towards a rights-based approach: victims of violent crime, state-funded compensation and the European Union*, in *NJEC*, 2023, p. 303 ss.

30 Piano d'azione del Consiglio e della Commissione *sul modo migliore per attuare le disposizioni del Trattato di Amsterdam concernenti uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia* (Testo adottato dal Consiglio Giustizia e Affari interni del 3 dicembre 1998) [GU C 19 del 23.1.1999, p. 1–15].

31 *Ivi*, punto 19, *in fine*.

32 *Ivi*, punto 50, lett. a, *in fine*.

33 *Ivi*, punto 51, lett. c.

tazioni, appare evidente la maturazione dell'ordinamento eurounitario sul tema, sempre più concentrato alla tutela della vittima in quanto tale, e non più (solo) come portatrice di istanze risarcitorie o, come si è visto, come mera utilizzatrice della libertà di movimento entro il mercato interno.

Appena un anno dopo, è la Commissione ad emanare una Comunicazione *ad hoc* sul tema³⁴, a riprova della serietà con cui le istituzioni europee paiono voler affrontare la questione. Il preambolo conferma il cambio di passo già *in nuce*, laddove è l'esecutivo comunitario ad ammettere che un approccio ai diritti delle vittime che consideri solo l'aspetto compensatorio sarebbe per sua natura parziale³⁵. Esso, infatti, ometterebbe di considerare tutto ciò che avviene *prima* rispetto momento in cui la persona offesa domanda il relativo indennizzo. Da tale assunto discendono una serie di considerazioni che non possiamo ora analizzare nel dettaglio (e.g., in materia di prevenzione, assistenza, accesso alla giustizia, tutela risarcitoria). Tuttavia, in materia di vulnerabilità, vi è almeno un aspetto da segnalare, per la sua straordinaria importanza concettuale ma anche terminologica. Fa ingresso, nel dibattito sui diritti delle vittime, il concetto di «*secondary victimisation*»³⁶, vale a dire quel fenomeno per cui una vittima, già lesa dalla fattispecie criminosa, subisce ulteriori pregiudizi a causa di comportamenti inappropriati, negligenti, financo meramente insensibili, da parte di membri delle istituzioni, dell'autorità giudiziaria, delle forze di polizia o della società civile. Questa forma di vittimizzazione si manifesta quando la persona offesa è soggetta a colpevolizzazione, scetticismo, mancanza di supporto adeguato o, in casi più frequenti, a procedimenti penali che, per le modalità di svolgimento, aggravano il suo stato di sofferenza³⁷. Al fine di evitare siffatto fenomeno, la Commissione ribadisce l'importanza che si prenda in debito conto la «*sensitive situation*» (si noti la sostituzione

34 Comunicazione della Commissione, al Consiglio, al Parlamento europeo e al Comitato economico e sociale – *Vittime di reati nell'Unione europea – Riflessioni sul quadro normativo e sulle misure da prendere*, 14 luglio 1999, COM(1999) 349 definitivo.

35 *Ivi*, p. 2.

36 *Ivi*, p. 8.

37 La letteratura sul punto è ormai sterminata. In ottica squisitamente processuale v., tra gli altri, S. QUATTROCOLO, *Vittima e processo penale: commistioni di ruoli e funzioni*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, p. 587 ss.; G. DI CHIARA, *L'offeso. Tutela del dichiarante vulnerabile, sequenze dibattimentali, vittimizzazione secondaria, stress da processo*, in G. SPANGHER (a cura di), *La vittima del processo. I danni da attività processuale penale*, Torino, 2017, p. 451 ss., spec. p. 456–462; M. MONTELEONE-V. CUZZOCREA, *Le dichiarazioni delle vittime vulnerabili nei procedimenti penali*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, 1, p. 93 ss.; A. CAPONE, *Incidente probatorio e tutela della vittima del reato*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 349 ss. In prospettiva vittimologica, si v. le considerazioni pionieristiche di S. WALKLATE, *Victimology. The Victim and the Criminal Justice Process*, Londra, 1989.

terminologica rispetto alla «*personal situation*» cui faceva riferimento la raccomandazione R (85) 11 del Consiglio d'Europa) delle vittime, soprattutto durante le audizioni e, in ogni caso, durante qualsiasi «*contact*» con le stesse da parte delle autorità³⁸. Ecco, quindi, un ulteriore passo avanti verso il riconoscimento che, per dirla con una battuta, “non tutte le vittime sono uguali”; esiste, infatti, una specifica area di vulnerabilità, che non va meramente *identificata* da chi procede, ma va *vagliata* durante l'intero procedimento, se del caso attivando le relative garanzie, qualora sia necessario. Ed è proprio tenendo conto delle preziose indicazioni della Comunicazione che il Consiglio Europeo, riunito a Tampere nel dicembre 1999, elabora una precisa strategia politica in materia di tutela delle vittime del reato³⁹, esortando la Commissione a proporre «norme minime» con lo scopo di tutelare, da un lato, l'accesso alla giustizia e, dall'altro, i diritti risarcitori in capo alle vittime⁴⁰, riconoscendo la particolare situazione di certe persone offese che subiscano condotte criminose di particolare gravità⁴¹.

2.2 SECONDA FASE: TENTATIVI DEFINITORI (2001-2011)

È nella fase post-Tampere che viene approvato il primo atto normativo secondario dell'Unione in materia di diritti delle vittime: una decisione quadro «relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale»⁴². Si tratta di una pietra miliare per due ragioni. In primo luogo, perché essa costituisce il *primo strumento vincolante a livello internazionale* che riguarda i diritti delle vittime nei procedimenti penali; prima di allora, come si è visto, esistevano solo strumenti di *soft law* (come risoluzioni e raccomandazioni non vincolanti). In secondo luogo, perché la decisione quadro richiede agli Stati membri di implementarne rapidamente le disposizioni

38 Comunicazione della Commissione, *Vittime di reati*, cit., p. 8.

39 Consiglio europeo di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999, *Conclusioni della Presidenza*. Sull'impatto del Consiglio di Tampere sulla creazione di uno Spazio europeo di Libertà, Sicurezza e Giustizia, v., da ultimo, V. MITSILEGAS, *20 Years from Tampere. The Constitutionalisation of Europe's Area of Criminal Justice*, in S. CARRERA - D. CURTIN - A. GEDDES (eds.), *20 Years Anniversary of the Tampere Programme. Europeanisation Dynamics in the EU Area of Freedom, Security and Justice*, 2020, San Domenico di Fiesole, p. 219 ss., e D. BRODOWSKI, *European Criminal Justice – From Mutual Recognition to Coherence*, in S. CARRERA - D. CURTIN - A. GEDDES (eds.), *20 Years*, cit., p. 225 ss.

40 *Conclusioni della Presidenza*, cit., punto 32.

41 Ivi, punto 23. Il riferimento è alla tratta di esseri umani e allo sfruttamento economico dei migranti.

42 Decisione quadro del Consiglio 2001/220/GAI, del 15 marzo 2001, *relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale* [GU L 82 del 22.3.2001, p. 1–4] (di seguito “decisione quadro 2001/220/GAI”).

a livello nazionale (entro un anno)⁴³, dimostrando così il progressivo superamento della tradizionale riluttanza dell'UE a intervenire in materia di giustizia penale⁴⁴.

Numerosi sarebbero gli aspetti della decisione quadro da discutere: il fatto che fornisca per la prima volta una definizione di «vittima» senza tuttavia individuare esplicitamente la nozione di «vittima vulnerabile»; il riconoscimento alla vittima di una serie di prerogative di matrice processuale (e.g., il diritto alla partecipazione, quello ad essere sentita, quello di essere informata in merito all'andamento del procedimento, quello alla protezione ed infine quello al risarcimento); l'attenzione al problema, piuttosto frequente già all'epoca (ed oggi probabilmente esacerbato sulla scia dei fenomeni di globalizzazione) delle vittime residenti in un altro Stato membro⁴⁵. Ci concentreremo, tuttavia, sui profili relativi alle vittime vulnerabili sebbene, come si è anticipato, si dovrà ancora aspettare a lungo affinché tale concetto faccia breccia, a livello generale, anche nel diritto secondario europeo.

Anzitutto, va segnalato il lodevole sforzo definitorio profuso dal legislatore dell'Unione. Viene fornita una prima esplicitazione del termine «vittima» entro l'ordinamento eurounitario; si tratta della «persona fisica che ha subito un pregiudizio, anche fisico o mentale, sofferenze psichiche, danni materiali causati direttamente da atti o omissioni che costituiscono una violazione del diritto penale di uno Stato membro»⁴⁶. La formulazione non include, tuttavia, le persone giuridiche (come pure la Corte di Giustizia ha confermato nelle sentenze *Dell'Orto*⁴⁷ e *Eredics e Sápi*⁴⁸ aderendo alle richieste dell'Avvocato Generale Kokott⁴⁹), né consente di ricavare una delimitazione di un eventuale sottogruppo di vittime vulnerabili, né, infine, comprende i familiari della vittima⁵⁰.

43 Con l'eccezione dell'art. 10 (5 anni) e degli artt. 5 e 6 (3 anni) della decisione quadro 2001/220/GAI; cfr. l'art. 17 decisione quadro 2001/220/GAI.

44 Questo aspetto viene evidenziato dal *report* del progetto finanziato dall'UE ed intitolato *Victims in Europe*, 2009, disponibile al seguente URL: <https://bit.ly/3ZrSDa8> (accesso 10 settembre 2024).

45 Si v. *amplius* M. VENTUROLI, *La tutela*, cit., p. 90–93.

46 Art. 1, lett. a, decisione quadro 2001/220/GAI.

47 Corte giust., 28 giugno 2007, *Giovanni Dell'Orto*, causa C-467/05, ECLI:EU:C:2007:395.

48 Corte giust., 21 ottobre 2010, *Eredics e Sápi*, causa C-205/09, ECLI:EU:C:2010:623.

49 V. le Conclusioni dell'AG Juliane Kokott, presentate l'8 marzo 2007, nella causa C-467/05, *Giovanni Dell'Orto* ECLI:EU:C:2007:152 e le Conclusioni dell'AG Kokott, presentate il 1° luglio 2010, nella causa C-205/09, *Eredics e Sápi*, ECLI:EU:C:2010:396.

50 Per un'analisi critica, v. M.D. BLÁZQUEZ PEINADO, *La Directiva 2012/29/UE ¿Un paso adelante en materia de protección a las víctimas en la Unión Europea?*, in *Revista de Derecho Comunitario*

In secondo luogo, va accolto con favore l'approccio olistico in relazione alle «esigenze della vittima», che vanno prese in considerazione «in maniera globale e coordinata», al fine di evitare soluzioni «frammentarie ed incoerenti che possano arrecarle pregiudizi ulteriori»⁵¹. Qui il richiamo del legislatore eurounitario è alla necessaria valutazione generale che colga, nell'insieme, tutti i fattori fisici e psicologici che caratterizzano la vittima, al fine di prevenire fenomeni di vittimizzazione secondaria.

In terzo luogo, pur in mancanza di una definizione, la decisione quadro affronta specificamente il tema delle vittime «particolarmente vulnerabili». Ne riconosce le particolarità, ne distingue la posizione rispetto alle vittime *tout court* e, a tal fine, calibra l'approccio differenziato da seguire durante le varie scansioni procedimentali. L'attributo “vulnerabile/i” compare per tre volte nel testo:

1. Quasi “in silenzio”, senza premettere un *Considerando* che espliciti la portata di siffatta vulnerabilità, l'art. 2, § 2 pone a carico degli Stati membri – ed è una prima volta assoluta – l'obbligo di assicurare che «le vittime particolarmente vulnerabili beneficino di un trattamento specifico che risponda in modo ottimale alla loro situazione». Va da sé che, in assenza di ulteriori spunti ermeneutici, delimitare l'ambito di tale *status* resti rimesso all'autonomia degli Stati membri;
2. In tema di «diritto alla protezione», agli Stati membri viene imposto un obbligo – in modo più netto rispetto al passato – di tenere in debito conto i diritti delle persone «più vulnerabili», soprattutto in determinate scansioni procedimentali (come le deposizioni in pubblica udienza), ai sensi dell'art. 8, § 4;
3. L'art. 14, § 1, infine, esorta gli Stati ad incentivare apposite iniziative per la formazione professionale per quelle persone che interagiscano, a vario titolo, con le vittime, «con particolare riferimento alle necessità delle categorie più vulnerabili».

Ancorché importante per lo sviluppo di una coscienza comune sul trattamento *ad hoc* da riservare alle vittime «particolarmente vulnerabili», i successivi monitoraggi affidati alla Commissione dimostrano, sia nel

Europeo, 2013, vol. 46, p. 897 ss., spec. p. 906–911.

51 *Considerando* 5, decisione quadro 2001/220/GAI.

2004⁵² che nel 2009⁵³, il basso grado di attuazione della decisione quadro negli Stati membri; segno che, ancora, i tempi non sono del tutto maturi per un completo e definitivo passo in avanti verso la creazione di uno spazio giuridico europeo in cui norme minime in materia di diritti delle vittime – anche, e soprattutto, di quelle più vulnerabili – possano essere concretamente elaborate e, poi, implementate dagli Stati membri. Certamente, il fatto che alla mancata attuazione di una decisione quadro – in quanto atto appartenente all’*ex* “terzo pilastro” di competenze dell’UE (i.e., la cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale) – non possa seguire una procedura di infrazione (e una conseguente condanna da parte della Corte di Giustizia), gioca sicuramente a favore di tale *status quo* di deficitaria implementazione⁵⁴.

Negli anni seguenti, tanto nella “grande” come nella “piccola Europa”, numerose iniziative di *hard* e *soft law* hanno come loro fulcro la tutela delle vittime. In questo contesto, va ricordato come l’adozione del Trattato di Lisbona nel 2009 segna un vero e proprio spartiacque per i diritti delle vittime⁵⁵. Per ciò che qui rileva, al fine di evitare che le Decisioni quadro si rivelino un’arma “spuntata” per i motivi sopra menzionati, il Trattato prevede – in materia di *victims’ rights* – una nuova base legale, individuata all’art. 82, § 2, lett. c, TFUE, che così recita:

«Laddove necessario per facilitare il riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e la cooperazione di polizia e giudiziaria nelle materie penali aventi dimensione transnazionale, il Parlamento europeo e il Consiglio possono stabilire norme minime deliberando mediante direttive secondo la procedura legislativa ordinaria. Queste tengono conto delle differenze tra le tradizioni giuridiche e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri. Esse riguardano: (...)»

c) i diritti delle vittime della criminalità».

Non vi è spazio qui per discutere dei vantaggi pratici, a livello legislativo, di questo cambiamento epocale (e.g., il fatto che l’adozione delle direttive *ex art.* 82, § 2, lett. c TFUE possa avvenire secondo la procedura legislativa ordinaria, con il coinvolgimento del Parlamento e del Consi-

52 *Relazione della Commissione*, COM(2004) 54 def.

53 *Relazione della Commissione*, COM(2009) 166 def.

54 Su questo aspetto, v. S. ALLEGREZZA, *Il ruolo*, cit., p. 4–5.

55 Lo rilevava già I. WIECZOREK, *A Needed Balance between Security, Liberty and Justice: Positive Signals Arrive from the Field of Victims’ Right*, in *ECL Rev*, 2012, p. 141 ss.

glio; il superamento dell'unanimità; la possibilità per gli Stati negligenti di essere sottoposti a procedura di infrazione per la mancata attuazione delle direttive)⁵⁶. Nondimeno, nel prosieguo dovrà essere considerato che, a partire dal 2009, l'Unione acquisisce una competenza *diretta*, nei termini sopra illustrati, in materia di diritti delle vittime.

Ciò premesso, possiamo ora identificare tre “binari” di intervento entro cui l'azione politico-legislativa dell'Unione si sviluppa a seguito dell'adozione della decisione quadro 2001/220/GAI: (i) la *tutela indennitaria* della vittima; (ii) la tutela della vittima *in generale* (i.e., senza riferimento al reato per il quale si procede); (iii) la tutela della vittima *in relazione a fattispecie criminose di particolare gravità*.

In relazione alla tutela indennitaria, l'Unione approva, dopo un brevissimo *iter* legislativo (poco più di un anno), la direttiva 2004/80/CE sull'indennizzo delle vittime di reato, tuttora in vigore⁵⁷.

In relazione alla tutela generale delle vittime da reato, vanno menzionate, tra le altre, la raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa Rec(2006)8 sull'assistenza alle vittime di reato⁵⁸; il *Report* della Commissione LIBE del Parlamento europeo *per lo sviluppo di uno Spazio europeo di giustizia penale*⁵⁹, poi approvato nella raccomandazione del Parlamento europeo recante la stessa dicitura⁶⁰; le Conclusioni del Consiglio su una *strategia volta ad assicurare la realizzazione dei diritti delle vittime della criminalità e a migliorare il sostegno offerto a tali vittime sull'Unione europea*⁶¹; il c.d. Programma di Stoccolma del 2010⁶²;

56 L. O'DRISCOLL, *Towards a rights-based approach*, cit., p. 320.

57 Direttiva 2004/80/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004, *relativa all'indennizzo delle vittime di reato* [GU L 261 del 6.8.2004, p. 15–18], tuttora in vigore.

58 *Recommendation Rec(2006)8 of the Committee of Ministers to member states on assistance to crime victims (adopted by the Committee of Ministers on 14 June 2006 at the 967th meeting of the Ministers' Deputies)*. Al punto 3.4., il Comitato raccomanda che «*States should ensure that victims who are particularly vulnerable, either through their personal characteristics or through the circumstances of the crime, can benefit from special measures best suited to their situation*».

59 *Report with a proposal for a European Parliament recommendation to the Council on development of an EU criminal justice area* (2009/2012(INI)), A6-0262/2009.

60 *European Parliament recommendation of 7 May 2009 to the Council on development of an EU criminal justice area* (2009/2012(INI)), disponibile al seguente URL: <https://bit.ly/4erLivt>.

61 Progetto di conclusioni, 12944/09, 7 settembre 2009 (cfr. spec. p. 5, dove si fa riferimento alla necessità di assicurare «un'attenzione e un trattamento particolari» alle vittime in stato «particolarmente vulnerabile».

62 *Programma di Stoccolma – Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini* [GU C 115 del 4.5.2010, p. 1–38]. Particolarmente pregnante il passaggio secondo cui: «le persone più vulnerabili o in situazioni particolarmente a rischio, come le persone vittime di violenze reiterate nelle relazioni strette, le vittime della violenza di genere o le persone vittime di altre forme di reato in uno

infine, la Comunicazione della Commissione sul rafforzamento dei diritti delle vittime nell'Unione europea⁶³. È quest'ultimo documento, in particolare, che cristallizza in maniera definitiva il nuovo approccio eurounitario alle vittime, che potremmo definire "post-Lisbona". Paradigmatico l'*incipit* della sezione relativa alle vittime particolarmente vulnerabili: «alcune vittime sono esposte più di altre al rischio di subire danni ulteriori durante il procedimento penale e le loro particolari esigenze di protezione e assistenza devono pertanto essere soddisfatte»⁶⁴. Ancorché la Commissione identifichi «per la prima volta» le categorie di vittime vulnerabili in maniera esplicita (i minori, le persone disabili, e le vittime di violenza sessuale e tratta di esseri umani)⁶⁵, resta comunque aperta la strada per un *assessment* casistico della vulnerabilità; essa, infatti può essere desunta da talune caratteristiche personali della persona offesa, così come dalla fattispecie criminosa per la quale si procede.

In relazione della vittima in relazione a fattispecie criminose di particolare gravità, infine, va ricordato che altre fonti dell'Unione e del Consiglio d'Europa hanno ad oggetto la protezione delle vittime di specifici reati. La vulnerabilità, in tal contesto, è considerata alla stregua di un fattore intrinsecamente dipendente proprio dal reato per cui si procede⁶⁶. Su questa base, vengono elaborate le Convenzioni del Consiglio d'Europa in materia di terrorismo⁶⁷, tratta di esseri umani⁶⁸ e protezione dei minori⁶⁹. A livello

Stato membro di cui non hanno la cittadinanza o in cui non risiedono *necessitano di un sostegno particolare e di protezione giuridica*. Occorre anche assicurare particolare attenzione, sostegno e riconoscimento sociale alle vittime del terrorismo. È necessario un *approccio integrato e coordinato alle vittime*, in linea con quanto indicato nelle conclusioni del Consiglio su una strategia volta ad assicurare la realizzazione dei diritti delle vittime della criminalità e a migliorare il sostegno offerto a tali vittime» (corsivi aggiunti).

63 Comunicazione della Commissione, *Rafforzare I diritti delle vittime nell'Unione europea*, COM(2011) 274 def., 18 maggio 2011.

64 *Ivi*, p. 8.

65 Qui il riferimento è, da un lato, a certe caratteristiche personologiche della vittima (minori e disabili), dall'altro, al tipo di reato per cui si procede.

66 In relazione alle fonti UE, esse sarebbero dirette alla «prevenzione della vittimizzazione per particolari reati, da realizzarsi attraverso la forza intimidatrice del diritto penale» (M. VENTUROLI, *La tutela*, cit., p. 95).

67 Convenzione del Consiglio d'Europa per la prevenzione del terrorismo, fatta a Varsavia il 16 maggio 2005 (spec., l'art. 13).

68 Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani, fatta a Varsavia il 16 maggio 2005 (spec., gli artt. 4, lett. a; 5, §§ 2 e 5; 12, § 7).

69 Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e gli abusi sessuali, fatta a Lanzarote il 25 ottobre 2007 (spec., l'art. 11, relativo alle misure *ad hoc* previste per le vittime delle condotte previste e punite dalla Convenzione).

eurounitario, sulla stessa scia, vengono adottate – nel contesto legislativo pre-Lisbona – Decisioni quadro con espliciti riferimenti alla «vulnerabilità» delle vittime di certi reati di particolare gravità: la lotta alla tratta degli esseri umani⁷⁰, il terrorismo⁷¹; lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile⁷²; il razzismo e la xenofobia⁷³. A seguito dell'adozione del Trattato di Lisbona, tre di queste Decisioni quadro vengono sostituite con altrettante direttive (in materia di tratta di esseri umani⁷⁴, abuso e sfruttamento sessuale dei minori⁷⁵ e lotta contro il terrorismo⁷⁶), mantenendo la preesistente impostazione “differenziata” in tema di vulnerabilità. Fu proprio la direttiva in materia di tratta di esseri umani, peraltro, a codificare per la prima volta la nozione di «vulnerabilità», intesa come quella situazione in cui la vittima «non ha altra scelta effettiva ed accettabile se non cedere all'abuso di cui è vittima».⁷⁷ Definizione imperniata, quindi, sull'assenza di scenari alternativi concretamente a disposizione della vittima, che non avrebbe altra opzione se non quella di subire la condotta criminosa. Infine, degno di interesse è il riferimento alla procedura di «valutazione individuale dei rischi» cui le vittime di tratta di esseri umani⁷⁸ e abuso e sfruttamento sessuale dei minori⁷⁹ devono essere sottoposte, sviluppando ulteriormente le disposizioni già codificate nella decisione quadro 2001/220/GAI.

70 Decisione quadro 2002/629/GAI del Consiglio, del 19 luglio 2002, *sulla lotta contro la tratta degli esseri umani* [GU L 203 del 1.8.2002, p. 1–4].

71 Decisione quadro del Consiglio, del 13 giugno 2002, *sulla lotta contro il terrorismo* [GU L 164 del 22.6.2002, p. 3–7].

72 Decisione quadro 2004/68/GAI del Consiglio, del 22 dicembre 2003, *relativa alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile* [GU L 13 del 20.1.2004, p. 44–48].

73 Decisione quadro 2008/913/GAI del Consiglio, del 28 novembre 2008, *sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale* [GU L 328 del 6.12.2008, p. 55–58].

74 Direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2011, *concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI* [GU L 101 del 15.4.2011, p. 1–11].

75 Direttiva 2011/92/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, *relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile, e sostituisce la decisione quadro 2004/68/GAI del Consiglio* [GU L 335 del 17.12.2011, p. 1–14].

76 Direttiva (UE) 2017/541 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2017, *sulla lotta contro il terrorismo e che sostituisce la decisione quadro 2002/475/GAI del Consiglio e che modifica la decisione 2005/671/GAI del Consiglio* [GU L 88 del 31.3.2017, p. 6–21].

77 Art 2, § 2, direttiva 2011/36/UE.

78 Art. 12, § 3, direttiva 2011/36/UE.

79 Art. 19, § 3, direttiva 2011/92/UE.

2.3 TERZA FASE: VERSO UNA NUOVA IDEA DI VULNERABILITÀ (2012)

In questo contesto magmatico, il 18 maggio 2011, la Commissione propone di sostituire la decisione quadro 2001/220/GAI con una nuova direttiva recante *norme minime riguardi i diritti, l'assistenza e la protezione delle vittime di reato*⁸⁰.

La necessità di un nuovo strumento – che porterà a quella che è stata definita la «riscoperta della vittima nella giustizia penale europea»⁸¹ – emerge in risposta a numerose lacune identificate nella protezione dei diritti delle vittime di reato all'interno dell'Unione Europea⁸². Come già anticipato, nonostante l'esistenza della summenzionata decisione quadro 2001/220/GAI, gli obiettivi di questa normativa non vennero pienamente raggiunti, in particolare in merito alla garanzia di un trattamento equo e uniforme per le vittime in tutti gli Stati membri. Così, la mancata attuazione delle norme esistenti rischiava di causare una *perdita di fiducia reciproca* tra le autorità giudiziarie degli Stati membri, così minando l'efficacia del principio di mutuo riconoscimento delle sentenze e delle decisioni giudiziarie, cardine della cooperazione giudiziaria in materia penale⁸³. Inoltre, l'assenza di *standard* comuni provocava disparità nel trattamento delle vittime, a seconda del Paese in cui si trovavano, riducendo così la loro capacità di accesso alla giustizia. In questo contesto, la Proposta della Commissione risponde anche alla crescente mobilità dei cittadini dell'UE, che aumenta il numero di vittime di reati transfrontalieri, rendendo cruciale l'adozione di norme uniformi per garantire diritti adeguati indipendentemente dal luogo in cui un crimine viene commesso⁸⁴. In definitiva essa mira, dunque, a stabilire uno *standard* minimo per i diritti delle vittime, tra cui il diritto all'informazione, al supporto e alla protezione, riducendo le barriere che

80 COM(2011) 275 def (di seguito: "la Proposta").

Il 10 giugno 2011, il Consiglio si impegna a esaminare tale proposta in via prioritaria. Si v. la Risoluzione del Consiglio, del 10 giugno 2011, *relativa a una tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti e della tutela delle vittime, in particolare nei procedimenti penali* [GU C 187 del 28.6.2011, p. 1–5].

81 S. ALLEGREZZA, *La riscoperta della vittima nella giustizia penale europea*, in S. ALLEGREZZA - H. BELLUTA - M. GIALUZ - L. LUPÁRIA (a cura di), *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Torino, 2012, p. 1 ss.

82 F. FONSECA MORILLO - I. BELLANDER TODINO, *The Victims' Right Directive: Origins and Expectations*, in M. BARGIS - H. BELLUTA (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale: la ricerca dei nuovi equilibri*, 2017, Torino, p. 3 ss.

83 *Ivi*, p. 2–3.

84 *Ivi*, p. 3.

ostacolano l'accesso alla giustizia, specialmente in situazioni transfrontaliere. Peraltro, la Proposta si pone in coerenza con le iniziative legislative europee riguardanti specifiche categorie di vittime vulnerabili (come quelle del traffico di esseri umani, abusi sessuali e crimini contro i minori) mirando a fornire un quadro orizzontale che affronti i bisogni di tutte le vittime di reato⁸⁵. Quindi, se da un lato si riconosce la vulnerabilità in sé di certe categorie personologiche, dall'altro si ammette un meccanismo di valutazione individuale che consenta di individuare vittime vulnerabili anche al di fuori dell'area della vulnerabilità presunta.

Con le parole della Commissione:

«Mentre gli strumenti specifici riguardanti, ad esempio, il terrorismo, la tratta, l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pedopornografia affrontano le particolari esigenze di certi gruppi di vittime di determinati reati, la presente proposta stabilisce il quadro orizzontale per trattare le *necessità di tutte le vittime*, indipendentemente dal tipo di reato o dalle circostanze o dal luogo in cui è stato commesso (...) La presente direttiva non avrà alcuna ripercussione sulle disposizioni contenute in altri atti dell'UE che affrontano in modo più mirato le specifiche esigenze delle vittime particolarmente vulnerabili. (...) Conformemente all'approccio adottato per le vittime della tratta degli esseri umani, per l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e per la pornografia infantile, questa proposta terrà conto delle *particolari esigenze delle vittime vulnerabili* (...)

Tutte le vittime di reato sono, in sé, vulnerabili, e di conseguenza devono essere trattate con sensibilità e attenzione. Certe vittime, tuttavia, sono particolarmente esposte al rischio di ulteriore vittimizzazione o di intimidazione da parte della persona imputata o indagata o dei suoi complici, e alcune corrono il rischio che la loro partecipazione al procedimento penale – con deposizioni o in altre forme – possa essere fonte di ulteriore sofferenza o pregiudizio. Per queste vittime devono essere previste misure speciali che riducano al minimo la probabilità di essere ulteriormente danneggiate (...) al tempo stesso che le vittime sono individui che reagiscono al reato in modo diverso e che hanno diverse esigenze e fragilità. Una vittima può quindi essere vulnerabile pur non rientrando in una specifica categoria di vittime vulnerabili, e va quindi predisposto un meccanismo di valutazione

85 Ivi, p. 3–4. Secondo L. CARACENI, *Le garanzie processuali per gli stranieri vittime di caporalato*, in G. DE SANTIS - S.M. CORSO (a cura di), *Nuove dimensioni della responsabilità datoriale*, Napoli, 2024, p. 468–469, nello sviluppo di un ruolo sempre maggiore delle vittime nel procedimento penale, «un tassello importante (...) è stata l'attribuzione di una identità alla vittima». Invero, l'art. 2, dir. 2012/29 ne fornisce una definizione «piuttosto ampia» che fa rientrare non solo la persona fisica-titolare del bene giuridico protetto, ma anche i familiari ed il danneggiato (ivi, p. 469).

individuale per garantire che tutte le vittime vulnerabili siano riconosciute e adeguatamente protette»⁸⁶.

La Proposta, al suo art. 18, prevede che due categorie di vittime vadano sempre considerate «vulnerabili» dagli Stati membri. Si tratta dei «minori» e dei «disabili», la cui caratterizzazione in termini di fragilità viene adottata in ragione delle loro caratteristiche personali⁸⁷. In base al tipo o natura del reato subito, invece, si presumono «vulnerabili» le vittime di violenza sessuale o tratta di esseri umani⁸⁸. Per tali categorie la valutazione individuale non andrebbe operata, in quanto si *presume* che essere rientrano *de iure* nel sottogruppo delle vittime vulnerabili, bisognose pertanto di ulteriore protezione. Diversamente «tutte le altre vittime» devono essere sottoposte ad *individual assessment* al fine di individuare, se del caso, profili di vulnerabilità⁸⁹. L'intera procedura è rimessa, però, agli ordinamenti degli Stati membri, ben contenti di preservare la propria «sovranità» in un ambito sì delicato (si noti, per inciso, che alla declaratoria di vulnerabilità consegue l'attivazione di misure specifiche – quali, ad es., le audizioni protette – che potrebbero inficiare l'equità complessiva del procedimento, in particolare nei confronti dei diritti della difesa in capo all'indagato/imputato⁹⁰), fatta salva la *facoltà* di adattare siffatto vaglio secondo la gravità del reato e il grado di danno subito dalla vittima⁹¹.

Durante l'*iter* legislativo, tuttavia, tale approccio «a doppio binario» viene abbandonato. Tra gli altri, il Comitato economico e sociale europeo paventa i rischi di una gerarchizzazione delle vittime, incoraggiando, al tempo stesso, l'utilizzo, in ogni caso, della valutazione individuale, quale metodo privilegiato per individuare i profili di vulnerabilità di ogni vittima⁹². Di diverso avviso, invece, il Comitato europeo delle Regioni che, al contrario, promuove lo *status quo* contenuto nella Proposta, arrivando a

86 Ivi, p. 3–4 e 8–9.

87 Art. 18, § 1 della Proposta.

88 Art. 18, § 2 della Proposta.

89 Art. 18, §§ 3–5 della Proposta.

90 Sottolinea l'importanza di elaborare soluzioni che mantengano l'equilibrio tra i diritti delle vittime e la presunzione di innocenza nei procedimenti penali e i diritti ad un equo processo e della difesa, più in generale, il Comitato europeo delle Regioni (*Parere sul pacchetto legislativo sui diritti delle vittime*, CIVEX-V-022, 94a sessione plenaria, 15 e 16 febbraio 2012, CdR 197/2011 fin, punti 6 e 14)

91 Art. 18, § 5 della Proposta.

92 *Parere del Comitato economico e sociale europeo*, SOC/419 (I diritti delle vittime nell'UE), Rel. Walker Shaw, 7 dicembre 2011, punti 1.8 e 4.3.9.

proporre una forma «sostegno speciale per i bambini più piccoli o per i minori vittima di reati particolarmente gravi»⁹³.

È l'intervento del Parlamento a risolvere in via definitiva l'*impasse*. Infatti, esso approva in prima lettura una riscrittura pressoché totale dell'art. 18 della Proposta (poi collocato all'art. 22 del testo finale), proponendo di individuare un gruppo di «vittime con specifiche esigenze di protezione», da valutarsi caso per caso, secondo una serie di criteri specifici, quali «le caratteristiche personali della vittima; il tipo o la natura del reato, nonché le circostanze del reato»⁹⁴. È sempre il Parlamento a proporre di obbligare gli Stati a tenere in «debita considerazione» una certa tipologia di vittime (terrorismo, criminalità organizzata, tratta di esseri umani, violenza di genere, violenza nelle relazioni strette, violenza o dello sfruttamento sessuale, reati basati sull'odio e le vittime disabili) benché pur sempre soggetta alla valutazione individuale⁹⁵. Infine, il medesimo organo legislativo suggerisce di riconoscere una presunzione di vulnerabilità in favore dei minori, nei confronti dei quali la valutazione individuale andrebbe operata non già per riconoscerne le specifiche esigenze di protezione, quanto per definirne le modalità di godimento⁹⁶. La motivazione di siffatto cambio di prospettiva – che bilancia, da un lato, l'importanza dell'approccio casistico e la necessità di riservare una particolare attenzione a certe categorie vittimologiche, dall'altro – viene così sviluppata dalle Commissioni LIBE e FEMM, riunite congiuntamente durante l'*iter* legislativo:

«Pur concordando con la proposta della Commissione di fare riferimento in modo specifico alle vittime vulnerabili, i relatori preferiscono utilizzare l'espressione “vittime con esigenze specifiche”. La terminologia utilizzata nella proposta della Commissione, che individua questa categoria di vittime con la denominazione “vittime vulnerabili”, potrebbe essere considerata come involontariamente discriminatoria. Molte vittime, tra cui quelle della violenza di genere,

93 Comitato europeo delle Regioni, *Parere*, cit., punto 20, secondo capoverso.

94 Posizione del Parlamento europeo definita in prima lettura *in vista dell'adozione della direttiva 2012/.../UE del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI, TC1-COD(2011)0129*, 12 settembre 2012. V. l'art. 22, §§ 1-2 (versione emendata dal Parlamento).

95 Art. 22, § 3 (versione emendata dal Parlamento). Parimenti, alla posizione di chi ha subito un «notevole danno» in relazione alla «gravità del reato», alle vittime di reati ispirati dal fine discriminatorio, ed a chi si trova «particolarmente espost[o] per la [sua] relazione e dipendenza nei confronti dell'autore del reato» va dedicata «particolare attenzione» da parte delle autorità, nell'ambito della procedura di valutazione individuale.

96 Art. 22, § 4 (versione emendata dal Parlamento).

non desiderano essere associate alla vulnerabilità. Le vittime di una violenza di genere possono tuttavia avere esigenze specifiche senza essere viste come vulnerabili. La proposta della Commissione individua correttamente i minori e i disabili quali vittime vulnerabili in ragione delle loro caratteristiche personali. Anche se effettivamente sembra logico definire “vittima vulnerabile” una persona affetta da disabilità, una donna che ha subito una violenza sessuale o un minore, le caratteristiche personali delle vittime prima di aver subito un crimine non dovrebbero essere considerate quale unico criterio per la definizione. I relatori preferiscono pertanto individuare questo gruppo con il nome di “vittime con esigenze specifiche”, proponendo speciali misure di protezione nei loro confronti (...).

I relatori ritengono pertanto che la valutazione individuale rappresenti un elemento importante sin dal momento in cui avviene il pregiudizio. Tale valutazione permette di individuare le esigenze della vittima prima, durante e dopo il procedimento penale»⁹⁷.

Il Consiglio approva la posizione del Parlamento senza ulteriori modifiche⁹⁸, e la direttiva viene infine adottata nell’ottobre 2012⁹⁹. Ed è così che la valutazione individuale entra a pieno titolo nel diritto eurounitario come “via maestra” per il riconoscimento delle specifiche esigenze di protezione di una certa categoria di vittime¹⁰⁰. Di fatto, anche le vittime di certe condotte criminose di particolare gravità – e già regolate dal diritto UE (come la tratta di esseri umani, o il terrorismo) – sono soggette all’*individual assessment*, senza che operino in loro favore presunzioni di vulnerabilità. Solamente per i minori, come si è detto, il legislatore eurounitario riconosce siffatta presunzione, sia pur assoggettandoli alla valutazione individuale, per meglio calibrare in concreto le misure di protezione da assicurare. Così, la neonata direttiva 2012/92/UE, tuttora in vigore, recepisce un’impostazione caratterizzata da un netto *favor* per la procedura di vaglio individuale¹⁰¹.

97 Relazione sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce norme minime riguardanti i diritti, l’assistenza e la protezione delle vittime di reato, Commissioni LIBE e FEMM (rel. Teresa Jiménez-Becerril Barrio e Antonia Parvanova), A7-0244/2012, 18 luglio 2012.

98 V. il comunicato stampa del 4 ottobre 2012, *Council endorses minimum standards for crime victims across the EU*, 14472/12, PRESSE 412.

99 Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, *che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI* [GU L 315 del 14.11.2012, p. 57–73].

100 S. QUATTROCOLO, *Vulnerabilità e individual assessment: l’evoluzione dei parametri di individuazione*, in M. BARGIS - H. BELLUTA (a cura di), *Vittime di reato*, cit., p. 297 ss.

101 Per una ricognizione più approfondita, si v. S. ALLEGREZZA, *Il ruolo*, cit., p. 3–17.

3. CONCLUSIONI

Giunti al termine di questa digressione storico-giuridica – utile a comprendere le linee di faglia lungo le quali è maturata la gestazione della disciplina eurounitaria sulle vittime di reato – possiamo tentare di sviluppare alcune considerazioni conclusive.

In primo luogo, ci si dovrebbe domandare quale impatto ha riverberato la disciplina europea sul diritto interno. Il tema è amplissimo e non può affrontarsi esaustivamente in questa sede. Tuttavia, preme rilevare come l'approccio casistico promosso a livello eurounitario potrebbe risolvere alcuni problemi di coerenza logico-sistematica presenti nel nostro codice di rito penale. Il riferimento corre a quegli istituti la cui applicabilità dipende dall'accertata vulnerabilità della persona offesa. Si pensi, ad es., all'incidente probatorio, istituto che, dopo travagliate riforme, consente oggi l'assunzione del dichiarante vulnerabile durante le indagini preliminari (derogando al principio-cardine che vede il dibattimento come luogo naturale di formazione delle prove dinanzi al giudice che, poi, dovrà emettere la sentenza basandosi su *quel* materiale probatorio, in ossequio al principio di immediatezza). La normativa codicistica in materia di incidente probatorio oggi prevede un "doppio binario" procedimentale, a seconda che il *loquens* sia vittima di certi reati (elencati tassativamente)¹⁰² o meno¹⁰³. In pratica, per i primi opera una presunzione di vulnerabilità (risultando esentati dalla valutazione individuale ex art. 90-*quater* c.p.p.), che invece non opera per i secondi, i quali vanno quindi sottoposti ad *individual assessment* in quanto condizione di ammissibilità per il rito incidentale. Ci si limita qui a domandarsi se la normativa interna, espressione di quella legislazione "per catalogo" che incide «sulla stessa idea di codice come stabile sistema normativo»¹⁰⁴, possa ancora dirsi compatibile – quantomeno a livello di politica criminale – con gli stimoli provenienti dalla normativa eurounitaria, che rifugge le presunzioni *assolute* di vulnerabilità¹⁰⁵. Sarebbe forse più

102 Si tratta di vari delitti contro l'assistenza familiare (art. 572 c.p.) e contro la libertà individuale (artt. 600, 600-*bis*, 600-*ter* e 600-*quater*, anche se relativi al materiale pornografico di cui all'articolo 600-*quater*.1, 600-*quinquies*, 601, 602, 609-*bis*, 609-*quater*, 609-*quinquies*, 609-*octies*, 609-*undecies* e 612-*bis* c.p.).

103 Si tratta dei casi codificati all'art. 392, comma 1-*bis*, c.p.p. (rispettivamente, primo e secondo periodo).

104 A. NAPPI, *Il codice dei cataloghi*, in *Leg. pen.*, 9 novembre 2016, p. 8.

105 Notava già questa aporia tra ordinamento interno e stimoli eurounitari, M.G. COPPETTA, *Il contributo dichiarativo del minorenne nell'incidente probatorio*, in C. CESARI (a cura di), *Il minorenne fonte di prova nel processo penale*, 2ª ed., Milano, 2015, p. 196.

appropriato, al fine di evitare una gerarchizzazione delle vittime, iniziare una riflessione sulla portata che le presunzioni assolute di vulnerabilità dovrebbero rivestire nel nostro ordinamento, fermo restando che, qualora si vogliano preservare, una motivazione precisa e coerente dovrebbe essere fornita dal legislatore¹⁰⁶. Altrimenti, il rischio potrebbe essere quello di trovarsi di fronte non solo a vittime *più vulnerabili* di altre ma anche, al contempo, a vittime (incomprendibilmente) *non abbastanza vulnerabili* da essere ritenute tali per via presuntiva¹⁰⁷.

In secondo luogo, andrebbe operata un'ulteriore riflessione sul futuro dei diritti delle vittime in Europa. La direttiva 2012/92/UE ha rappresentato una pietra miliare in materia. Superando i *deficit* della decisione quadro 2001/220/GAI, essa è riuscita a stimolare gli Stati membri ad elaborare *standard* minimi in materia. Ma allora: *Roma locuta, causa finita*?

Che la nuova fase iniziata nel 2012 sia solo l'inizio di un ulteriore percorso verso il rafforzamento delle prerogative delle vittime prima, durante, e dopo il processo penale, si può evincere (almeno) da tre circostanze. Anzitutto, la Commissione ha elaborato – per la prima volta – una *Strategia UE sui diritti delle vittime*, di durata quinquennale (2020-2025)¹⁰⁸; ha poi proposto una nuova direttiva sui diritti delle vittime, che andrà ad emendare la direttiva 2012/92/UE, per ciò che qui rileva, introducendo un nuovo art. 9-*bis* in materia di servizi di assistenza mirati e integrati per i minori, un nuovo art. 10-*bis* sul servizio di assistenza presso i locali giudiziari ed infine un nuovo art. 22, attraverso la cui riscrittura la Commissione propone che la disciplina della valutazione individuale venga ulteriormente rifinita e chiarificata¹⁰⁹. Infine, è degna di nota la recente raccomandazione Rec (2023)2 del Consiglio d'Europa, che contiene non solo una definizione esplicita di «*secondary victimization*» ma anche un'apposita disposizione in materia di «*individual assessment of the needs and vulnerabilities of the victim*»¹¹⁰.

106 Per un elenco di condivisibili riforme *de iure condendo* con riferimento alla testimonianza della vittima minorenne, si v. N. PASCUCCHI, *La testimonianza della persona offesa minorenne*, Torino, 2020, p. 279 ss., spec. 284 ss.

107 Per una più approfondita analisi del problema, con particolare riferimento alle vittime di caporalato ma con implicazioni di portata più generale, v. L. BERNARDINI, *Vittime di caporalato e incidente probatorio: aporie sistemiche di una disciplina a geometria variabile*, in G. DE SANTIS - S.M. CORSO (a cura di), *Nuove dimensioni*, cit., p. 503–530.

108 COM(2020) 258 final.

109 COM(2023) 424 final.

110 Rec(2023)2 of the Committee of Ministers to member States on rights, services and supports for victims of crime (adopted by the Committee of Ministers on 15 March 2023, at the 1460th meeting of the Ministers' Deputies).

Da ciò emerge una nuova consapevolezza dei due ordinamenti europei sul tema delle vittime, ed in particolar modo in tema di vulnerabilità. Certo, il progressivo affermarsi dei diritti delle vittime dovrà comunque evitare di riverberare un impatto negativo sui diritti della difesa e ad un processo equo¹¹¹ (questo, forse, il fattore più rilevante e che giustificherebbe la timida risposta di certi ordinamenti alla decisione quadro 2001/220/GAI e alla Direttiva 2012/29/UE).

Tuttavia, con i giusti ed imprescindibili accorgimenti in tal senso, la piena implementazione dei diritti delle vittime nei procedimenti penali andrebbe verso la direzione di riconoscere che le loro prerogative «non si fondano solo sul principio di giustizia, ma anche su altri valori costituzionali, come la libertà e l'uguaglianza. Questi diritti non possono essere visti solo come un esercizio di giustizia retributiva, ma devono essere compresi come diritti umani universali, interdipendenti e indivisibili. Il pieno riconoscimento di questi diritti contribuisce alla sicurezza umana e alla dignità condivisa, ma la loro realizzazione richiede investimenti efficienti in risorse personali, materiali e culturali, oltre che un'educazione ai valori che li supportano»¹¹². D'altronde, se è vero che certe politiche «vittimo-centriche» restano strettamente connesse allo *ius puniendi*, è forse giunto il momento di ripensarle proprio alla luce delle *necessità* delle vittime, considerate non come un'entità statica, ma come *persone in trasformazione* verso processi di *de-vittimizzazione*, che sono sempre di carattere personale, interpersonale e sociale¹¹³. Il tutto al fine di evitare, con sapiente bilanciamento, che i diritti delle vittime possano divenire incompatibili con quelli dell'indagato/imputato¹¹⁴. Dopotutto, la creazione di un genuino Spazio di Libertà, Sicurezza Giustizia in Europa dipende anche da questo.

111 A. KLIP, *On Victim's Rights and its Impact on the Rights of the Accused*, in *Eur. J. Cr. Crim. Law and Crim. Just.*, 2015, p. 177 ss.

112 COSÌ M. POELEMANS - G. VARONA, ¿Del compromiso al cumplimiento? La reforma de la Directiva 2012/29/UE sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delito, in *Revista de Victimologia*, 2023, p. 50.

113 *Ivi*, p. 48.

114 Riprendo l'efficace espressione di S. ZAPPALÀ, *The Rights of Victims v. the Rights of the Accused*, in *J. Int'l Crim. Just.*, 2010, p. 137 ss. (che analizza il tema nel contesto del diritto penale internazionale).

DI VIOLENZA OSTETRICA E GINECOLOGICA, VULNERABILITÀ ED INTERSEZIONALITÀ:

prospettive emergenti nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti Umani e della Corte Interamericana dei Diritti Umani

Sara Dal Monico

Università Ca' Foscari Venezia

1. INTRODUZIONE

Nonostante la crescente attenzione a livello globale da parte delle istituzioni preposte al monitoraggio e alla salvaguardia dei diritti umani, il fenomeno della violenza ostetrica e ginecologica (VOG) rimane latente, non soltanto a causa del vuoto normativo che lo caratterizza – ad esempio, per la mancanza di una definizione vincolante a livello internazionale – ma soprattutto per il forte stigma associato tutt’ora ai diritti della salute sessuale e riproduttiva delle donne. Questo aspetto è stato ben colto dalla Relatrice Speciale per le Nazioni Unite sulla violenza contro le donne, le sue cause e conseguenze nel 2019, nel *report* dedicato al maltrattamento e alla violenza contro le donne che accedono ai servizi di salute riproduttiva. Come si vedrà, il *report* manca di colmare il vuoto legato alla definizione, altresì fornendo un’ampia ricognizione delle vaste condotte che caratterizzano tale fenomeno¹.

1 *Report della relatrice speciale sulla violenza contro le donne, le sue cause e conseguenze su un approccio basato sui diritti umani al maltrattamento e alla violenza contro le donne nei servizi di salute riproduttiva con focus sul parto e sulla violenza ostetrica*, No. A/74/137, 2019. Sebbene il *report* non abbia fornito una definizione più esaustiva del fenomeno, rifacendosi a quella dell’Organizzazione Mondiale della Sanità nel 2015, la portata di tale strumento è comunque rilevante, in quanto fornisce una lista delle condotte che si possono qualificare come GOV, quali: episiotomie; un cesareo praticato senza consenso; o altresì un parto naturale forzato senza consenso della paziente; manovre Kristeller; la procedura definita “*husband stitching*”; ma anche profonde umiliazioni, trattamenti degradanti e abusi verbali. Seppur non esaustiva, la lista indicata dal rapporto della relatrice

Scopo di questo contributo è indagare come le Corti regionali dei diritti umani, in particolare la Corte Europea dei Diritti Umani (d'ora in poi Corte EDU) e la Corte Interamericana dei Diritti Umani (d'ora in poi Corte Interamericana) abbiano affrontato ed interpretato il fenomeno della VOG e, specialmente, se le Corti abbiano adottato un approccio intersezionale o più strettamente legato alla nozione della vulnerabilità. Si evidenzierà come le prospettive emergenti dalla giurisprudenza delle due Corti denotino un approccio più coraggioso da parte della Corte Interamericana nell'interpretare la VOG quale condizione in cui si verificano forme di discriminazione intersezionale da un lato, e dall'altro come una forma di violenza contro le donne basata sul genere. Nel caso della Corte EDU, diversamente, si sottolineerà come questa sia ancora resistente, pur con timidi tentativi, all'approccio intersezionale, e si offriranno alla fine delle riflessioni sull'utilità di questo approccio come strumento interpretativo per le Corti regionali dei diritti umani in materia di diritti umani delle donne, e più precisamente, relativamente al fenomeno della violenza ostetrica e ginecologica.

2. VULNERABILITÀ ED INTERSEZIONALITÀ: SINONIMI O CONTRARI?

2.1 DI VULNERABILITÀ ONTOLOGICA E DI VULNERABILITÀ SITUAZIONALE

La vulnerabilità, declinata giuridicamente, è concetto già noto al diritto internazionale dei diritti umani². Tuttavia, la dottrina gius-internazionalista, così come la giurisprudenza delle Corti regionali dei Diritti Umani, non è uniforme in materia. Non si tenterà in queste pagine di fornire una ricostruzione, per ragioni di spazio, dell'evoluzione della vulnerabilità. Si

speciale costituisce una base sulla quale poter formulare aggiuntive considerazioni in merito alla violenza ostetrica e ginecologica. Il documento sottolinea alcuni elementi chiave che caratterizzano la pratica, quali ad esempio la mancanza di consenso informato e ricostruisce le cause *strutturali* della VOG, sottolineandone la dimensione istituzionale e sociale.

2 Si vedano sul punto F. IPPOLITO, *Understanding Vulnerability in International Human Rights Law*, Naples, 2020; M. ALBERTSON FINEMAN - A. GREAR (eds.), *Vulnerability: Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics*, London, 2013; GAROFALO GEYMONAT - S. MARCHETTI - A. MORINO BAQUETTO (a cura di), *Vulnerabilità in migrazione*, Venezia, 2024; V. LORUBBIO - M. G. BERNARDINI (a cura di), *Diritti Umani e Condizione di Vulnerabilità*, Trento, 2023; D. BEDFORD - J. HERRING (eds.), *Embracing Vulnerability: The Challenges and Implications for Law*, London, 2020; M. ALBERTSON FINEMAN - L. SPITZ (eds.), *Law, Vulnerability and the Responsive State*, London, 2023.

procederà cercando di mettere in luce due approcci principali che è possibile registrare in merito all'applicazione del concetto di vulnerabilità nel contesto del diritto internazionale dei diritti umani: la vulnerabilità quale condizione *ontologica* afferente al soggetto da un lato, e dall'altro la vulnerabilità quale condizione *situazionale*³ (altresì detta *relazionale* o *patogena*⁴) descrittiva di caratteristiche afferenti al contesto o alle circostanze, più che al soggetto in sé.

Termine polisemico, la vulnerabilità trae la sua origine dal latino *vulnus*, ferita⁵, che erroneamente potrebbe portare a considerare la nozione, anche nella sua accezione giuridica, come sinonimo di debolezza e/o insita fragilità. Una delle prime considerazioni da svolgere in merito alla vulnerabilità è di definirla per ciò che *non* è. Il presente contributo prende le distanze da questa accezione e connotazione in negativo della vulnerabilità, interpretazione particolarmente insidiosa nel contesto della violenza di genere, che potrebbe portare a pensare che una donna, sulla base del genere o del sesso biologico (considerati come due concetti distinti in queste pagine⁶), possa essere considerata come “debole” per una mancanza propria, congenita. Questa rischiosa considerazione sposterebbe l'accento nel contesto della violenza di genere dalla dimensione strutturale e sociale che caratterizza tale fenomeno intrinsecamente legato alla percezione dell'altro (o altri) genere nella società e cultura predominante al soggetto vulnerabile, continuando a perpetuare dinamiche problematiche di inferiorità⁷.

3 M. G. GIAMMARINARO - L. PALUMBO, *La nozione giuridica di vulnerabilità in un'ottica di genere intersezionale*, in G. GAROFALO GEYMONAT - S. MARCHETTI - A. MORINO BAQUETTO (a cura di), *op. cit.*, p. 65 ss.

4 S. DE VIDO, *Le azioni di prevenzione e contrasto della violenza domestica contro le donne nel diritto internazionale ed europeo*, in V. LORUBBIO - M. G. BERNARDINI (a cura di), *op. cit.*, p. 265 ss. È necessario precisare che nella formulazione proposta da De Vido, l'aggettivo *patogena*, che richiama ad una malattia che può affliggere una persona, non è da intendersi come un elemento che scaturisce dall'individuo in sé, quanto, proprio come un germe, la vulnerabilità attecchisce e si innesta nella dimensione esistenziale della persona afflitta, ma le cause sono da ricercarsi all'esterno. Secondo De Vido specificatamente nella discriminazione strutturale, nel contesto della violenza contro le donne, p. 265.

5 L. PERONI - A. TIMMER, *Vulnerable Groups: the promise of an emerging concept in European Human Rights Convention Law*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2013, p. 1056 ss.

6 Il contributo si rifà alla definizione di genere contenuta nella Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta alla violenza contro le donne del 2011, che all'art. 3 definisce il genere come: «ruoli, comportamenti, attività e attributi socialmente costruiti che una determinata società considera appropriati per donne e uomini». V. Consiglio d'Europa (CdE), *Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta alla violenza contro le donne*, No. 210, 11 maggio 2011.

7 In particolare, ad esempio, si vuole prendere le distanze dalla considerazione della donna come il “sesso debole”, stereotipo che, come ribadito a più riprese da varie istituzioni internazionali quali l'Alto Commissariato per i Diritti Umani (OHCHR) e il CdE, deve essere combattuto ed eliminato

Tra le molteplici interpretazioni della nozione, come ben individuato da Pastore, se ne deve sottolineare una certa resistenza e sfuggevolezza relativamente al tentativo di individuare una definizione chiara e dai contorni ben definiti. Lo stesso autore richiama una concezione di vulnerabilità quale sinonimo di mancanza di protezione, ed ancora di «assenza di difesa, o di una difesa sufficiente, di fronte ai pericoli e ai danni che possono essere, o sono stati prodotti, e che pesano sugli individui: difesa dalla quale dipende l'esistenza e la progettazione della propria esistenza»⁸. Essa dunque è una condizione, descrittiva di una situazione fattuale, anche dal punto di vista giuridico. Procedendo ancora con il definire ciò che la vulnerabilità *non* è, non si può affermare con certezza, *rebus sic stantibus*, che la nozione abbia assunto il grado di principio giuridico⁹. Colei che ha teorizzato inizialmente l'uso della vulnerabilità in ambito giuridico, Martha Fineman, lo ha definito un approccio¹⁰. In Fineman si ritrovano altresì entrambe le accezioni attorno alle quali il concetto si è sviluppato, ovvero da un lato il carattere *ontologico* e dall'altro quello *situazionale*. Seppur inizialmente più orientata verso una considerazione della vulnerabilità come caratteristica strettamente ed intrinsecamente legata all'individuo, il pensiero di Fineman si è ampliato a favore di un'accezione che tenesse in dovuta considerazione il più vasto spettro delle relazioni umane e del rapporto tra Stato ed individuo¹¹.

Invero, queste due accezioni non sono necessariamente in conflitto l'una con l'altra, non essendo due categorie vicendevolmente escludenti, come ben evidenziato dall'approccio alla vulnerabilità dimostrato dalla Corte Interamericana, e nel più ampio contesto della Organizzazione degli Stati Americani (OAS). Nell'ambito interamericano si è sviluppato quello che è stato definito come un «*mixed approach*», ovvero un approccio misto¹². Tale natura mista è riscontrabile all'art. 9 della Convenzione In-

quale ostacolo alla realizzazione della parità di genere (uno tra i tanti, beninteso); nonché obbligo per gli Stati Parte della Convenzione sull'Eliminazione della Discriminazione contro le Donne (CEDAW) del 1979. V. art.10, *Convenzione sull'Eliminazione della Discriminazione contro le Donne*, 18 dicembre 1979. Si veda sul punto B. PASTORE, *I molti volti della vulnerabilità*, in V. LORUBBIO - M. G. BERNARDINI (a cura di), *op. cit.*, p. 17 ss; M. G. BERNARDINI, *Il soggetto vulnerabile. Status e prospettiva di una categoria (giuridicamente) controversa*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2017, p. 365 ss.

8 B. PASTORE, *I molti volti della vulnerabilità*, in V. LORUBBIO - M. G. BERNARDINI (a cura di), *op. cit.*, p. 20.

9 B. PASTORE, *op. cit.*, p. 22.

10 M. ALBERTSON FINEMAN, *The Vulnerable Subject and the Responsive State*, in *Emory Law Journal*, 2010, p. 9.

11 *Ibid.*, ma anche V. LORUBBIO - M. G. BERNARDINI, *Diritti umani e condizioni di vulnerabilità: a mo' di introduzione*, in V. LORUBBIO - M. G. BERNARDINI (a cura di), *op. cit.*, p. 9. ss.

12 L. SOSA, *Intersectionality in the Human Rights Legal Framework on Violence against Women*,

teramericana sulla Prevenzione, Punizione e Sradicamento della Violenza contro le Donne (Convenzione Belém Do Pará), il primo trattato giuridicamente vincolante specificatamente istituito al fine della lotta e prevenzione della violenza contro le donne. L' articolo recita:

«With respect to the adoption of the measures in this Chapter, the States Parties shall take special account of the vulnerability of women to violence by reason of, among others, their race or ethnic background or their status as migrants, refugees or displaced persons. Similar consideration shall be given to women subjected to violence while pregnant or who are disabled, of minor age, elderly, socioeconomically disadvantaged, affected by armed conflict or deprived of their freedom»¹³.

Seppur non ripetendo espressamente il termine “vulnerabilità” nel secondo periodo, la formulazione è certamente indicativa delle due impostazioni richiamate in queste pagine. Da un lato, la disabilità e l'età sono caratteristiche dell'individuo, che gli appartengono in quanto tale e che sembrerebbero suggerire quindi una connotazione ontologica, quella che Sosa definisce come *«embodied vulnerability»*¹⁴. Diversamente, la condizione economica e lo *status* sociale sono condizioni *esterne* all'individuo, facenti riferimento ad una concezione di vulnerabilità dettata dalla struttura della società, una vulnerabilità *situazionale* che dipende dalle circostanze in cui versa il soggetto, che *rendono* il soggetto vulnerabile. Sebbene questo approccio cerchi di trovare un compromesso tra quelle che sono le due maggiori impostazioni sul tema, e si possano riscontrare dei meriti nel modo in cui la Corte Interamericana abbia tentato di applicare questa nozione, si vogliono qui evidenziare alcune lacune che emergono nell'uso dell'interpretazione ontologica, portando come esempio il sesso ed il genere. Il sesso biologico è, come l'età, certamente una caratteristica intrinseca dell'individuo. Il genere, diversamente, si riferisce a quegli attributi e comportamenti socialmente delineati e che vengono abbinati ed “incollati” al sesso biologico¹⁵. Tuttavia, il sesso biologico, come del resto l'età, non sono caratteristiche che rendono necessariamente vulnerabili. L'accento non dovrebbe essere posto sulla caratteristica *in sé*, bensì sulle modalità

2017, Cambridge, p. 151.

13 OAS, *Convenzione Interamericana sulla Prevenzione, Punizione e Sradicamento della Violenza contro le Donne*, 19 giugno 1994. Enfasi aggiunta dall'autrice.

14 L. Sosa, *op. cit.*, p. 151.

15 Si veda la definizione fornita dalla Convenzione di Istanbul, *supra*.

che la società ha di considerare e di normare tali fattori. Richiamando Fineman, la risposta va cercata all'interno delle relazioni tra individui e, aggiungo, ancor di più nelle relazioni tra Stato ed individui, spostando quindi l'accento sull'elemento *relazionale* e *situazionale*¹⁶, che si qualifica come un'ingiustizia sociale¹⁷.

Pur condividendo e trovando merito nell'ampia concezione della vulnerabilità di Butler¹⁸, che vede tale caratteristica come elemento comune e connaturato nell'esperienza umana – poiché, come riconosciuto da Bernardini e Lorubbio, tale formulazione (che si accosta a quella originaria di Fineman) spinge a mettere in discussione uno degli elementi centrali del moderno pensiero giuridico, cioè il “soggetto paradigmatico”¹⁹, autonomo ed indipendente, considerando gli esseri umani come “soggetti-in-relazione” – è nella struttura di queste relazioni (soggetto-soggetto e soggetto-Stato) che il ragionamento giuridico si dovrebbe soffermare. Esemplificativo è il contributo di De Vido in tal senso, la quale, riflettendo sulla vulnerabilità *patogena* nelle azioni di prevenzione e contrasto alla violenza domestica, affermava:

«La vulnerabilità non è dunque determinata dal sesso biologico, ma da società che manifestano radicate e sistematiche forme di discriminazione sulla base del genere nei confronti delle donne, al punto che la malattia non è tanto l'eccezione allo stato di salute, quanto una condizione cronica e, proprio per questo, ancor più difficile da sradicare»²⁰.

E ancora, Palumbo e Giammarinaro, nell'esaminare l'approccio situazionale alla vulnerabilità, che ne valorizza la dimensione legata alle circostanze più che ad un carattere naturalmente intrinseco: «non è la persona in sé ad essere vulnerabile, al contrario, la vulnerabilità deriva da un complesso di circostanze sociali, economiche e politiche che *rendono* la persona vulnerabile»²¹.

16 Secondo Peroni e Timmer, la vulnerabilità è un concetto intrinsecamente paradossale, allo stesso tempo universale, poiché tutti siamo suscettibili di essere vulnerabili, perché dipendiamo da un sistema di relazioni e cooperazione tra individui e perché siamo suscettibili di essere esposti a «*hurts and harms of various kinds*»; e particolare, poiché queste tipologie di *hurts* e *harms* possono essere di tipo psicologico, morale, fisico, economico ed istituzionale. V. L. PERONI - A. TIMMER, *op. cit.*; J. BUTLER, *Precarious Life: The Powers of Mourning and Violence*, London, 2004. Si veda anche M. G. GIAMMARINARO, L. PALUMBO, *op. cit.*

17 M. G. GIAMMARINARO - L. PALUMBO, *op. cit.*, p. 68.

18 *Ibid.*

19 V. LORUBBIO - M. G. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 9.

20 S. DE VIDO, *op. cit.* p. 265.

21 M. G. GIAMMARINARO - L. PALUMBO, *op. cit.*, p. 69. Enfasi dell'autrice.

2.2 DALLA VULNERABILITÀ SITUAZIONALE ALL'INTERSEZIONALITÀ

È a partire da questa interpretazione della vulnerabilità che questo contributo muove nel proporre una riflessione relativamente ai profili di intersezione tra i due approcci proposti, ovvero intersezionalità e vulnerabilità, nel contesto del diritto internazionale dei diritti umani. Come sopra, non si tenterà di offrire una ricostruzione della nozione di intersezionalità²², ma si procederà piuttosto, dopo una breve analisi del contenuto della stessa, con il ragionare della sua applicazione in ambito giuridico.

L'intersezionalità è esperienza più recente nel diritto rispetto alla vulnerabilità. Sebbene la sua originaria formulazione sia da rintracciarsi e collocarsi storicamente nei primi anni '90, di intersezionalità e diritti umani si è iniziato a ragionare recentemente. La maternità del termine "intersezionalità" è da attribuire a Kimberlee Crenshaw, e va ricercata nei *black feminist studies* dell'ultima decade del 21° secolo. Coniando questo termine, Crenshaw tentava di portare in luce le diverse e, appunto, intersezionali, disuguaglianze che opprimevano (e opprimono) le donne afroamericane, in quanto "donne" e "afroamericane", ovvero sulla base del genere e della razza²³. Secondo Crenshaw, questi due elementi (e non solo) non possono essere analizzati in modo disgiunto, ma piuttosto in quanto esemplificativi di un'oppressione che è "stratificata", distanziandosi da una lettura mono-dimensionale delle disuguaglianze e delle discriminazioni. Un profilo ancora più interessante dell'approccio intersezionale è che non solo rafforza la necessità di uno sguardo ampio nell'analisi delle diverse forme di oppressione, ma favorisce anche una lettura congiunta dei diversi fattori, appunto intersezionale. Di conseguenza, l'elemento di genere e quello della

22 Si vedano sul punto H. LUTZ - M. T. HERRERA VIVAR - L. SUPIK (eds.), *Framing Intersectionality: Debates on a Multi-faceted Concept in Gender Studies*, Abingdon, 2011; J. BOND, *International Intersectionality: A theoretical and pragmatical exploration of women's international human rights violations*, in *Emory Law Journal*, 2003, p. 71 ss.; M. CARBIN - S. EDENHEIM, *The intersectional turn in feminist theory: A dream of a common language?*, in *European Journal of Women's Studies*, 2013, p. 233 ss.; N. YUVAL-DAVIS, *Intersectionality and feminist politics*, in *European Journal of Women's Studies*, 2006, p. 193 ss.; S. STRID - S. WALBY - J. ARMSTRONG, *Intersectionality and multiple inequalities: visibility in British policy on violence against women*, in *Social Politics*, 2013, p. 558 ss.; N. J. SOKOLOFF, *Expanding the intersectional paradigm to better understand domestic violence in immigrant communities*, in *Critical Criminology*, 2008, p. 229 ss.; J. C. NASH, *Re-thinking Intersectionality*, in *Feminist Review*, 2008, p. 89 ss.

23 Si veda: K. CRENSHAW, *Mapping the margins: Intersectionality, identity politics, and violence against women of color*, in *Stanford Law Review*, 1991, pp. 1241 ss. E ancora: K. CRENSHAW, *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: a Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, in H. LUTZ - M. T. HERRERA VIVAR - L. SUPIK (eds.), *op. cit.*, p. 25 ss.

razza, ad esempio, non sono da leggersi come monadi indipendenti, come due rette parallele che procedono nella stessa direzione senza mai incontrarsi e che non influiscono né confluiscono, in un'ottica di discriminazioni, l'una sull'altra, ma piuttosto come strati che, poggiando l'uno sull'altro, sono interconnessi. Essi contribuiscono a rendere la persona destinataria di tali forme di discriminazione ulteriormente oppressa. In sostanza, si deve pensare all'intersezionalità come ad un concetto dinamico, ben lontano da forme di analisi statiche e fisse nel tempo. L'intersezionalità è dunque in evoluzione e mobile, tanto nel tempo quanto nello spazio.

La dinamicità che caratterizza l'intersezionalità è possibile causa di una certa indeterminatezza non solo nel contenuto ma anche nella forma, che ha portato alcuni autori ed autrici a metterne in discussione la capacità operativa, specialmente in ambito giuridico²⁴. L'intersezionalità è stata definita un metodo²⁵, una teoria, un paradigma di matrice femminista ed un paradigma di ricerca²⁶. Questo contributo ne adotta un'interpretazione ampia, quale approccio che le Corti regionali dei Diritti Umani potrebbero (e dovrebbero) adoperare nell'interpretazione delle norme del diritto internazionale dei diritti umani, nei casi di violenza ostetrica e ginecologica, quale strumento per individuarne le lacune e offrire una lettura del caso in esame che sia di ampio respiro e il più possibile ancorata nella *reale* dimensione fattuale²⁷. L'intersezionalità applicata al diritto internazionale dei diritti umani mira «a superare l'approccio universalistico ai diritti umani, valorizzando le specifiche esigenze di tutela necessitate dalla diversità dei contesti geografici, sociali, politici e religiosi nei quali le persone vivono e costruiscono la propria identità»²⁸.

Il diritto internazionale pattizio in materia di diritti umani ha dimostrato resistenze all'inclusione della nozione di intersezionalità, diversamente molto più ricettivo è stato il diritto internazionale non vincolante, l'insieme degli strumenti di carattere normativo definiti *soft law*²⁹. Ad esempio, nell'ambito dell'Unione Africana, la Commissione Africana

24 L. SOSA, *op. cit.*, p. 13 ss.

25 H. LUTZ, *Intersectionality as a method*, in *Journal of Diversity and Gender Studies*, 2015, p. 39 ss.

26 *Ibid.*

27 Dell'intersezionalità quale approccio ne parla Sosa, richiamando Hancock, e considerandolo come «both a theoretical and an analytical approach». L. SOSA, *op. cit.*, p. 15.

28 Report INGRID: <https://www.projectingrid.eu/wp-content/uploads/2022/03/D2.1-Lintersezionalità-come-approccio-giuridico-ITA.pdf>.

29 A. BOYD, *Soft law in international law-making*, in M. D. EVANS (ed.), *International Law*, Oxford, 2018, p. 121 ss.

adottava nel 2011 le Linee Guida sull'implementazione dei Diritti Economici, Sociali e Culturali nella Carta Africana dei Diritti dell'Uomo e dei Popoli. Nelle Linee Guida, la Commissione evidenziava tra gli obblighi in capo agli Stati quello di «*recognise and take steps to combat intersectional discrimination based on a combination of (but not limited to) the following grounds: sex/gender, race, ethnicity, language, religion, political and other opinion, sexuality, national or social origin, property, birth, age, disability, marital, refugee, migrant and/or other status*»³⁰, offrendo un'ampia panoramica dei fattori che, in un contesto di disuguaglianza, possono operare allo stesso tempo contribuendo ad aumentare il grado e le forme di oppressione cui una persona può essere sottoposta. Anche nell'ambito delle Nazioni Unite (ONU) ed in particolare nel contesto del Comitato CEDAW, ovvero il Comitato deputato al monitoraggio dell'implementazione della Convenzione ONU per l'Eliminazione delle Forme di Discriminazione nei confronti delle Donne, quindi sempre in ambito di *soft law*, si trovano riferimenti all'intersezionalità³¹. Infine, particolarmente rilevante ai fini di questo contributo, “forme di discriminazione intersezionali” e “discriminazione intersezionale” vengono espressamente menzionate nel rapporto 2019 della relatrice speciale ONU per la violenza contro le donne, le sue cause e conseguenze, Dubravka Šimonović³². Nel rapporto, avente come oggetto la violenza ostetrica, e più ampiamente, le forme di maltrattamento e violenza nei confronti delle donne nel contesto dei servizi sanitari, la relatrice speciale si soffermava sulla mutilazione genitale femminile e ne sottolineava il carattere esemplificativo quale forma di discriminazione intersezionale, che spesso colpisce donne che appartengono ad una minoranza e/o popolazione indigena³³.

Dal (limitato) quadro proposto si può evincere una crescente attenzione all'intersezionalità nell'ambito dei diritti umani, non solo a livello

30 African Commission on Human and People's Rights, *Principles and Guidelines on the Implementation of Economic, Social and Cultural Rights in the African Charter on Human and People's Rights*, 2011, disponibile presso: <https://achpr.au.int/index.php/en/node/871>. Si veda anche J. BOND, *Global Intersectionality and Human Rights*, Oxford, 2021, p. 84.

31 Tra questi ad esempio si segnalano, senza pretese di esaustività, il Commento Generale No. 28 del 2010, che menziona espressamente l'intersezionalità quale concetto base per comprendere la portata degli obblighi degli Stati Parte della Convenzione ed in particolare dell'Articolo 2; mentre seppur non menzionato espressamente, secondo Sosa è configurabile un approccio intersezionale nell'analisi proposta dal Comitato relativamente ai Commenti Generali No. 14 (Circoncisione femminile); No. 31 (Pratiche dannose nei confronti dei minori); No. 12 e No. 19 (Violenza contro le Donne). V. L. SOSA, *op. cit.*, p. 63 ss.

32 Report della Relatrice Speciale ONU, *cit.*

33 *Ibid.*, § 44.

dell'ONU ma anche più specificatamente negli ambiti regionali, nel contesto dell'Unione Africana ad esempio. Altresì degne di nota, seppur su posizioni più sfumate, sono le esperienze dell'Organizzazione degli Stati Americani e del Consiglio d'Europa (CdE), dov'è possibile registrare qualche timido tentativo (nel caso del CdE più dell'OAS) in questa direzione. Se, nel caso della Corte Africana e della Commissione Africana l'approccio intersezionale emerge con chiarezza³⁴, nel contesto europeo l'intersezionalità è ancora poco utilizzata, favorendo piuttosto un approccio legato al concetto di vulnerabilità. Viceversa, nel contesto interamericano si possono registrare dei primi e significativi approcci intersezionali alla violenza ostetrica e ginecologica operati dalla Corte Interamericana. Tuttavia, come si evidenzierà in seguito, in taluni casi vulnerabilità ed intersezionalità, nella modalità operativa adottata dalle due Corti, collimano se non addirittura coincidono, suggerendo un approccio innovativo da parte delle Corti che tende all'intersezionalità pur non richiamandola espressamente.

2.3 SINONIMI O CONTRARI?

La necessità di dover delineare i contorni tra vulnerabilità ed intersezionalità è dettata, *in primis*, dal fatto che entrambe operano e trovano il proprio ambito di applicazione nei diritti umani, essendo concetti che mirano a far emergere con chiarezza forme di discriminazione nascoste. Entrambe, inoltre, sono state definite come “approcci”. Sebbene, come si è visto, sia all'intersezionalità che alla vulnerabilità siano state attribuite anche altre qualità al di fuori del contenuto, la dottrina prevalente in ambedue i casi sembra essersi soffermata sul concepire, nel diritto internazionale dei diritti umani, tali due nozioni come “approcci”. Il presente contributo segue questa direzione, tentando appunto di chiarire il merito dell'una e dell'altra quale approccio all'interpretazione dei diritti umani e soffermandosi su eventuali differenze.

Come si è detto, da un punto di vista puramente contenutistico, la vulnerabilità si è sviluppata attorno a due accezioni prevalenti, quella della vulnerabilità *ontologica* e quella della vulnerabilità *situazionale*, o *patogena*. Pur non essendo necessariamente incompatibili, si procederà con il trattare questi due concetti come distinti. Nella sua accezione ontologica, è chiaramente emerso come la vulnerabilità sia concepita come una condi-

34 *Ibid.*; J. BOND, *op. cit.*, p. 89.

zione connaturata che scaturisce dal soggetto vulnerabile stesso (per l'età, la razza, etc.). La vulnerabilità situazionale diversamente riconosce il ruolo che l'impostazione della società può avere verso le categorie che *possono rendere* un soggetto vulnerabile, situando l'individuo e l'analisi delle sopracitate categorie nel contesto sociale in cui si trovano³⁵. Da qui si può riscontrare una possibile convergenza con l'intersezionalità, che non considera i fattori di discriminazione intersezionali come caratteristiche congenite del soggetto quanto, piuttosto, come “congenite” della società, ancorate nelle norme sociali e nella particolare impostazione che la cultura prevalente detta in riferimento ad un dato elemento³⁶. Tuttavia, preme sottolineare che l'intersezionalità cerca di fornire uno sguardo d'insieme, individuando le convergenze tra i vari “strati” di oppressione e mostrando come le diverse forme di discriminazione tendono ad esacerbare la posizione del soggetto destinatario. Essa si caratterizza per un approccio olistico e multilivello.

Ne deriva che, se l'approccio alla vulnerabilità guarda alla disuguaglianza ed alle forme di discriminazione considerandole fattori che contribuiscono ad aggravare *condizioni e posizioni* dettate da più ampie circostanze sociali, economiche e politiche, questa possa essere uno strumento a disposizione delle Corti regionali dei diritti umani per individuare e tenere conto di forme di discriminazione intersezionali³⁷. L'intersezionalità applicata all'analisi giuridica permetterebbe una lettura più ampia ed inclusiva dei diritti umani, e, specialmente nel contesto delle forme di violenza contro le donne, quale ad esempio la violenza ostetrica e ginecologica, permetterebbe di cogliere le radicate forme di discriminazione che derivano da una certa impostazione sociale (patriarcale). Se la vulnerabilità è inizialmente nata come riflessione strettamente legata all'individuo, evolvendosi ed ampliandosi verso un'accezione più accogliente della dimensione sociale e delle diverse conseguenze che ciò comporta, l'intersezionalità si è fin da subito distinta per un forte approccio critico nei confronti della società e dell'oppressione che essa esercita su determinati soggetti. Il merito di questo carattere olistico dell'intersezionalità è da ricondursi al contesto che l'ha generata, ovvero le riflessioni legate alle forme di disuguaglianza dettate tanto dal genere quanto dalla razza nel *black feminism* di Crenshaw.

35 L. PERONI - A. TIMMER, *op. cit.*, p. 1060.

36 Ben individuato da Sosa, la quale afferma: « [...] in order to approximate vulnerability perspectives to the intersectionality perspective, those must pay attention to the socio-structural construction of vulnerability ». L. SOSA, *op. cit.*, p. 17.

37 *Ibid.*, p. 145. E ancora, degna di nota è la riflessione di Sosa legata alla nozione di “unequal positioning”.

3. BREVI ACCENNI ALLA VIOLENZA OSTETRICA E GINECOLOGICA QUALE CONTESTO DI DISCRIMINAZIONI INTERSEZIONALI

3.1 DEFINIRE LA VIOLENZA OSTETRICA E GINECOLOGICA: UN PERCORSO INCOMPLETO

La violenza ostetrica e ginecologica (VOG) è fenomeno diffuso in tutto il mondo e che colpisce prevalentemente le donne³⁸. Nonostante se ne riconosca la diffusione – tanto che la relatrice speciale ONU nel 2019 ribadiva la preoccupazione crescente da parte delle istituzioni ONU deputate al monitoraggio dei diritti umani, preoccupazione già espressa nel 2015 dall’Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) – il fenomeno ha risentito di un approccio basato sui diritti umani e di una insufficiente considerazione in ambito giuridico³⁹. I primi tentativi di normare la violenza ostetrica, che in queste pagine viene definita nella più ampia accezione di violenza ostetrica e ginecologica, ampliandone la portata che risulterebbe diversamente limitata alle esperienze legate al parto (e quindi, ad una dimensione più necessariamente connessa all’aspetto della *maternità*)⁴⁰, si registravano in Venezuela già nel 2007, quando il governo adottava la legge organica “sul diritto delle donne di vivere una vita libera dalla violenza”, che all’articolo 15, § 13, ne forniva la seguente definizione:

«The appropriation of a woman’s body and reproductive processes by health personnel, in the form of dehumanising treatment, abusive medicalization and pathologization of natural processes, involving a woman’s loss of autonomy and of the capacity to freely make her

38 Per limiti di spazio, questo contributo si sofferma prevalentemente sulla dimensione delle donne vittime di VOG, ma è bene precisare che persone non binarie, transessuali ed *intersex* possono essere vittime di VOG.

39 Si evidenziano tuttavia le seguenti eccezioni in dottrina: S. DE VIDO, *Violence Against Women’s Health in International Law*, Manchester, 2020; E.O. UGWU - S.N. OBI, *Disrespect and abuse during facility-based childbirth in a low-income country*, in *International Journal of Gynaecology and Obstetrics*, 2015, p. 110 ss.; S. CHARLES, *Obstetricians and violence against women*, in *American Journal of Bioethics*, 2011, p. 51 ss.; E. KUKURA, *Obstetric Violence*, in *The Georgetown Law Journal*, 2018, p. 721 ss.; C. PICKLES - J. HERRING, *Childbirth, Vulnerability and the Law*, Abingdon, 2020; C. PICKLES, “Obstetric Violence”, “Mistreatment” and “Disrespect and abuse”: *Reflections on the Politics of Naming Violations During Facility-based Childbirth*, in *Hypatia*, 2023, p. 628 ss.

40 L. BERNARDINI - S. DAL MONICO, *A Way Forward: Criminal Law as a Possible Remedy in Addressing Gynecological and Obstetric Violence?*, in G. VERMEULEN - N. PERŠAK - S. DE COENSEL (eds.), *Researching the Boundaries of Sexual Integrity, Gender Violence and Image-based Abuse*, forthcoming.

own decisions about her body and her sexuality, which has negative consequences for a woman's quality of life»⁴¹.

La portata della definizione venezuelana risiede nel sottolineare la mancanza di autonomia della donna nei processi di appropriazione del proprio corpo da parte del personale medico, che qualificano le condotte di VOG. Nel 2015, l'OMS rilasciava un comunicato avente come oggetto le dilaganti “mancanze di rispetto e abuso durante il parto” nelle strutture sanitarie, e includeva in tali condotte, *inter alia*, l'abuso fisico, l'abuso verbale e le profonde umiliazioni, procedure mediche coercitive e/o effettuate senza il consenso informato della paziente. La definizione dell'OMS aggiunge e rafforza l'elemento psicologico oltre a quello fisico, sottolineando come le condotte che caratterizzano la VOG siano non solo quelle più “gravi” e che insistono sulla dimensione fisica della paziente. Più recentemente, in Francia veniva proposto un disegno di legge specificatamente indirizzato alla criminalizzazione della VOG (e non solo, si sottolinea, alla violenza *ostetrica*) definendola una forma di violenza contro le donne, e sottolineandone nuovamente la dimensione psicologica e di genere. Secondo il disegno di legge, non sono qualificabili come VOG solamente quelle condotte di natura sessuale che violano la dignità della paziente, ma altresì i commenti sessisti, che hanno come conseguenza l'umiliazione e la degradazione della persona e che creano un ambiente offensivo, intimidatorio e ostile⁴².

I tentativi di definire e normare il fenomeno della violenza ostetrica e ginecologica si riscontrano a livello nazionale come evidenziato dagli esempi sopracitati, e, seppur con meno successo, a livello regionale⁴³. Essi denotano una mancanza di uniformità nell'approccio. Ciò emerge ancora

41 *Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia*, No. 38.668, 23 aprile 2007.

42 Il testo originale della definizione contenuto nella proposta di legge n. 982/2023 è riportato di seguito «*Les outrages sexistes commis dans le cadre d'un suivi obstétrical et gynécologique, soit le fait d'imposer à une personne tout propos ou comportement à connotation sexuelle ou sexiste qui soit porte atteinte à sa dignité en raison de son caractère dégradant ou humiliant, soit crée à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante dans ces cadres, seront dorénavant reconnus clairement comme des violences obstétricales et gynécologiques, et considérés comme une forme aggravée de cette infraction*», ed è reperibile al seguente link: https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/16/textes/116b0982_proposition-loi.

43 La Convenzione di Istanbul, agli artt. 38 e 39, impone l'obbligo agli Stati parte di criminalizzare la mutilazione genitale femminile e la sterilizzazione forzata, entrambe pratiche che si inseriscono nel quadro della VOG, ma che non sono esaustive nell'individuare la complessità del fenomeno. Si veda M. FRULLI - S. DE VIDO (eds.), *Preventing and Combating Violence Against Women and Domestic Violence in Europe: a Commentary to the Istanbul Convention*, Cheltenham, 2024.

con più chiarezza se si considera la dimensione internazionale ed in particolare del diritto internazionale pattizio dei diritti umani che è alquanto lacunoso sul punto. Più significativi sono gli sforzi dal punto di vista del *soft law* (sia internazionale che regionale)⁴⁴, che se n'è occupato a più riprese, sebbene “a singhiozzi”, tentando di far emergere un fenomeno che colpisce indistintamente le donne in tutto il mondo. Tra questi, particolarmente rilevante è la quasi-giurisprudenza del Comitato CEDAW, il quale ha affrontato il tema della VOG in tre casi differenti contro la Spagna⁴⁵.

3.2 VIOLENZA OSTETRICA E GINECOLOGICA, VULNERABILITÀ ED INTERSEZIONALITÀ

Si è già detto che la violenza ostetrica e ginecologica è un fenomeno che colpisce prevalentemente le donne. A causa delle lacune nel diritto internazionale dei diritti umani e per la mancanza di un esplicito riconoscimento del fenomeno a livello internazionale, studiosi e studiose hanno tentato di ancorare il diritto ad essere libere da forme di violenza ostetrica ad altri diritti internazionalmente riconosciuti, quali il diritto alla salute, il diritto all'autonomia, il diritto alla dignità umana e, nei casi più gravi, il diritto alla vita⁴⁶. Questo aspetto emerge con chiarezza dall'analisi della giuri-

44 Il MESECVI (*Mechanism to Follow Up on the Implementation of the Convention on the Prevention, Punishment and Eradication of Violence Against Women*), il meccanismo deputato al monitoraggio dell'implementazione della Convenzione Belém Do Pará adottava nel 2012 un *report* dedicato alla violenza ostetrica e commendava l'esperienza venezuelana che già da (allora) 5 anni aveva incluso nel proprio ordinamento legislativo una legge che mirava a criminalizzare la VOG. Nel 2015, come detto l'OMS pubblicava un comunicato sul punto, tentando di delineare le condotte pur non utilizzando espressamente il termine “violenza ostetrica”. Il già citato report della Relatrice Speciale ONU è fondamentale catalogo delle varie condotte che caratterizzano la VOG. A livello europeo nel 2019 l'Assemblea Parlamentare del CdE (PACE) adottava un report ed una risoluzione, la No. 2306, dedicati alla violenza ostetrica e ginecologica. Nel 2021, il Parlamento Europeo (PE) adottava una risoluzione, Risoluzione No. 2020/2215(INI) sui diritti e la salute riproduttiva e sessuale, con particolare focus sulle donne, e il Comitato FEMM del PE pubblicava nel 2024 uno sulla situazione all'interno dei 27 Paesi Membri dell'UE sulla violenza ostetrica e ginecologica.

V. L. BERNARDINI - S. DAL MONICO, *op. cit.*

45 Comitato CEDAW, casi: *SFM c. Spagna*, CEDAW C/75/D/138/2018, 2020; *NAE c. Spagna*, CEDAW/C/82/D/149/2019, 2022; *MDCP c. Spagna* CEDAW/C/84/D/154/2020, 2023.

46 Si veda, ad esempio: L. BERNARDINI - S. DAL MONICO, *op. cit.*; S. DE VIDO, *Violence Against Women's Health*, *op. cit.*; F. DIAZ-TELLO, *Invisible Wounds: Obstetric Violence in the United States*, in *Reproductive Health Matters*, 2019, p. 56 ss.; C. GARCÍA-MORENO - H. STÖCKL, *Protection of sexual and reproductive health rights: addressing violence against women*, in *International Journal of Gynaecology and Obstetrics*, 2009, p. 144 ss.; E. KUKURA, *op. cit.*; A. M. MILLER, *Sexual but not Reproductive: Exploring the Junction and Disjunction of Sexual and Reproductive Rights*, in *Reproductive and Sexual Rights*, 2000, p. 68 ss.; R. SIFRIS, *Reproductive Freedom, Torture and International Human Rights: Challenging the Masculinisation of Torture*, London, 2014.

sprudenza della Corte EDU e della Corte Interamericana, le quali hanno entrambe trattato casi di VOG.

La VOG incide con forza sulla salute sessuale e riproduttiva delle donne e, se si considerano anche gli aspetti psicologici, sulla loro salute psico-fisica più in generale; condiziona la capacità di prendere decisioni in autonomia relativamente al proprio corpo e alla propria vita; incide, in tutte le sue forme, sulla dignità della donna che spesso viene in quei contesti ridotta a buona/cattiva madre, privandola della dimensione personale che la qualifica come persona al di là della sua scelta di maternità. Su questo aspetto vale la pena riflettere e proporre delle considerazioni.

Come si vedrà, nella giurisprudenza delle Corti regionali dei diritti umani non mancano casi di VOG. Tuttavia, l'approccio adottato in riferimento ai casi di VOG è frammentario e, ad esempio, nel caso della Corte EDU emerge con meno chiarezza un esplicito riconoscimento del fenomeno nella sua connotazione di forma di violenza contro le donne. Entrambe le Corti hanno tenuto in dovuta considerazione l'elemento della vulnerabilità. Verosimilmente, la VOG è esemplificativa di una *condizione* di vulnerabilità che richiama quindi all'approccio *situazionale*. Ciò favorisce un ulteriore grado di lettura della VOG, non solo come violazione dei diritti alla salute sessuale e riproduttiva delle donne *in primis*, ma anche come *luogo immateriale* in cui diversi gradi di discriminazione intersezionale si concretizzano, contribuendo ad esacerbare la condizione di vulnerabilità della donna. Tale vulnerabilità, se letta in chiave intersezionale, può scaturire dal contesto socioeconomico e culturale della paziente⁴⁷; dal genere⁴⁸; dalle sbilanciate dinamiche di potere tra la paziente e quella che si potrebbe, a tutti gli effetti, definire una forma di autorità, ovvero il personale sanitario⁴⁹; dal fatto che sono vittime di una forma di violenza (nei casi

47 Si pensi, ad esempio, ai casi di violenza ostetrica e ginecologica accolti dalla Corte EDU in cui le richiedenti che appartenevano alla etnia Rom sono state forzatamente sterilizzate a seguito di un consenso non validamente prestato, da un lato perché le richiedenti non parlavano la lingua locale (Romania) in modo soddisfacente e non era stato garantito loro un interprete, ed allo stesso tempo perché non era stato spiegato loro il carattere irreversibile della procedura.

48 In particolare, dalle erronee e stereotipate concezioni legate alle donne e ai tabù che ancora sono ancorati alla dimensione sessuale e riproduttiva della donna. La donna è vittima di violenza ostetrica, secondo lo studio condotto dal Comitato FEMM del PE, soprattutto a causa della patologizzazione del suo corpo e della sua conseguente biomedicalizzazione. Più specificatamente, la patologizzazione dei corpi delle donne e la biomedicalizzazione della riproduzione è anch'essa conseguenza di modelli e strutture patriarcali che sono radicate nel mondo medico e ostetrico.

49 Si veda sul punto S. DE VIDO, *Violence Against Women's Health in International Law*, Manchester, 2020.

più gravi, di un reato)⁵⁰; a cui si possono aggiungere età; disabilità; *status* (migrante irregolare, rifugiata). Questi diversi livelli dovrebbero, sempre in un’ottica intersezionale, essere letti congiuntamente, come fattori convergenti che contribuiscono a porre la donna in una *posizione* vulnerabile, in cui la sua capacità di agire in modo autonomo e scevro da discriminazioni è fortemente intaccata. La VOG è esemplificativa e si presta ad una lettura intersezionale, che dovrebbe essere accolta anche dalle Corti regionali dei diritti umani, in un approccio *case-by-case*. Ciò permetterebbe di intepretare la portata degli obblighi internazionali in capo agli Stati relativi alla salute riproduttiva e sessuale in modo olistico, pur tuttavia ben ancorato nella realtà fattuale del caso in esame.

4. VULNERABILITÀ ED INTERSEZIONALITÀ NELLE CORTI EUROPEA ED INTERAMERICANA: PROSPETTIVE EMERGENTI ALLA LUCE DEI CASI DI VIOLENZA OSTETRICA

4.1 L'APPROCCIO DELLA CORTE EDU

Nella giurisprudenza della Corte EDU, la vulnerabilità è stata applicata relativamente a diversi soggetti. Per ragioni di spazio, questa sezione del contributo si focalizzerà sui casi in cui la Corte ha dimostrato (seppur timidamente) di adottare un approccio alla vulnerabilità in chiave intersezionale e, successivamente, si soffermerà sui casi di VOG. Si evidenzierà come il concetto di vulnerabilità sia stato declinato, nell’utilizzo che ne ha fatto la Corte EDU, via via verso un’accezione situazionale, pur non in modo uniforme, avendo particolare riguardo del contesto sociale ed economico.

Talvolta, la Corte EDU ha adottato l’uso definito da Peroni e Timmer della vulnerabilità “di gruppo”⁵¹ ad esempio in *Chapman c. Regno Unito*⁵², caso in cui la ricorrente apparteneva all’etnia Rom. La Corte EDU faceva esplicito riferimento ad un “gruppo vulnerabile”, cioè la comunità Rom, altresì sostenendo che la vulnerabilità in questo contesto è parzialmente costituita da più ampie circostanze *sociali, politiche ed istituzionali*, applicando una nozione di vulnerabilità tendente verso l’accezione più

50 V. L. BERNARDINI - S. DAL MONICO, *op. cit.*

51 L. PERONI - A. TIMMER, *op. cit.*

52 ECHR, *Chapman c. Regno Unito*, No. 27238/95, 18 gennaio 2001.

puramente situazionale. Inoltre, se in *Chowdhury et al. c. Grecia*, la Corte riconosceva la condizione di vulnerabilità dettata dallo *status* amministrativo (migranti irregolari), economico e sociale dei ricorrenti e menzionava il rapporto del GRETA (*Group of Experts on Action against Trafficking in Human Beings*) che accompagna la Convenzione di Palermo, il quale al *Considerando* 83 precisa che: «*vulnerability may be any kind, whether physical, psychological, emotional, family related, social or economic*»⁵³; in *B.S. c. Spagna* la Corte EDU condannava la Spagna poiché le decisioni delle Corti interne non avevano tenuto dovuto riguardo della vulnerabilità della ricorrente inerente alla sua *posizione*, aggravata da diversi livelli di discriminazione intersezionali quali l'etnia e anche il genere, al quale si sarebbe dovuta aggiungere anche, l'occupazione⁵⁴. Nel primo caso, la Corte sembra suggerire un approccio intersezionale, ovvero un'intersezione tra vari livelli di discriminazione di cui i ricorrenti erano stati vittime, sebbene questo aspetto non emerga con chiarezza. In *B. S. c. Spagna*, diversamente, menzionava la discriminazione intersezionale richiamando uno studio condotto dallo *European Social Research Unit* (ESRH) dell'Università di Barcellona⁵⁵. Lo ESRH era stato ammesso in qualità di parte terza con la facoltà di intervenire nel caso congiuntamente all'*AIRE Centre*, associazione per la difesa dei diritti individuali, il quale sottolineava l'esistenza dell'approccio intersezionale come un approccio multilivello che non considera i vari gradi di discriminazione in modo separato⁵⁶. Pur menzionando l'intersezionalità, essa manca di un utilizzo effettivo nel caso in esame da parte della Corte.

Come per l'approccio situazionale alla vulnerabilità, quello intersezionale non è stato applicato sempre in maniera uniforme, e altresì soltanto (sporadicamente) accennato. Sembrerebbe dunque prematuro poter parlare

53 ECHR, *Chowdhury et al. c. Grecia*, No. 21884/15, 30 marzo 2017; GRETA, *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings*, 16 maggio 2005, §§ 83.

54 La ricorrente B.S., una donna di colore, *sex worker*, di origine Africana, lamentava nel ricorso alla Corte che «*her position as a black woman working as a prostitute made her particularly vulnerable to discriminatory attacks and that those factors could not be considered separately but should be taken into account in their entirety, their interaction being essential for an examination of the facts of the case*». La Corte notava la mancanza da parte delle Corti interne di prendere in dovuta considerazione «*the applicant's particular vulnerability inherent in her position as an African woman working as a prostitute*» e che esse avevano mancato di «*ascertain whether or not a discriminatory attitude might have played a role in the events*».

ECHR, *B.S. c. Spagna*, No. 47159/08, 27 luglio 2012.

55 Ivi, § 56.

56 Ivi, § 57.

di un approccio *chiaramente* intersezionale da parte della Corte EDU. Essa ha mancato di procedere in tal senso, non riconoscendo la discriminazione intersezionale in due casi di VOG di cui si è occupata, ovvero *V.C. c. Slovacchia*⁵⁷ e *N.B. c. Slovacchia*⁵⁸, che riguardavano due donne appartenenti alla comunità Rom. In essi, veniva ripreso il concetto di vulnerabilità di gruppo sulla base dell'appartenenza etnica. Sebbene in questo caso si possa ritenere che l'approccio della Corte EDU si sia rivolto ad una nozione di vulnerabilità situazionale, non si può affermare lo stesso verso la questione intersezionale. I casi, concernenti la sterilizzazione forzata ai danni delle ricorrenti che invocavano una violazione sostanziale dell'art. 3 CEDU (divieto di tortura e trattamento inumano o degradante) e una violazione dell'art. 8 CEDU (diritto alla vita privata e familiare), non vedeva la Corte riconoscere questa pratica *esplicitamente*, da un lato, come violenza ostetrica e ginecologica e, dall'altro, come una forma di violenza di genere. In un'ottica intersezionale, il genere, la condizione di salute ed il contesto economico e sociale delle ricorrenti avrebbero dovuto essere attenzionati dalla Corte come elementi di vulnerabilità – beninteso che non è il genere in sé a rendere le ricorrenti vulnerabili, ma l'intersezione dei diversi elementi nelle circostanze specifiche del caso.

Più nello specifico, la Corte rilevava in *N.B.* la violazione degli obblighi positivi in capo allo Stato relativamente agli artt. 3 ed 8 CEDU, e diversamente non prendeva in considerazione la violazione dell'art. 14 CEDU (divieto di discriminazione) invocata dalla richiedente, la quale sosteneva che la sua appartenenza etnica avesse avuto un ruolo decisivo relativamente alla propria sterilizzazione da parte dello *staff* medico⁵⁹. In un'ottica intersezionale, la Corte avrebbe dovuto procedere tenendo in considerazione non solo l'etnia, ma anche il genere, l'età, la condizione di salute, la scarsa istruzione, il contesto socioeconomico e culturale della richiedente come fattori determinanti di una discriminazione intersezionale, interpretando questi elementi in modo congiunto. Analogamente, in *V.C.* la Corte riscontrava una violazione sostanziale (ma non procedurale) dell'art. 3 CEDU e dell'art. 8 CEDU, ma non procedeva separatamente in merito alla violazione dell'art. 14 CEDU invocata dalla richiedente. L'opinione dissenziente della giudice Mijovic è molto rilevante, in quanto la giudice si discostava con fermezza dalla decisione della Corte di non procedere a

57 ECHR, *V. C. c. Slovacchia*, No. 18968/07, 8 novembre 2011.

58 ECHR, *N. B. c. Slovacchia*, No. 29518/10, 12 giugno 2012.

59 ECHR, *N. B. c. Slovacchia*, *cit.*, § 118-123.

considerare la violazione dell'Articolo 14 CEDU separatamente. Secondo Mijovic:

«The facts of the case confirm that the applicant had a medical record and that under the “Medical history” sub-section, the words “Patient is of Roma origin” appeared. The Government explained that that entry in the delivery record indicating the applicant’s ethnic origin had been necessary as Roma patients’ social and health care had frequently been neglected and they therefore required “special attention”.

I find this argument totally unacceptable since the “special attention” was in fact the applicant’s sterilisation, which has been found to be in breach of both Articles 3 and 8 of the Convention. Finding violations of Articles 3 and 8 alone in my opinion reduces this case to the individual level, whereas it is obvious that there was a general State policy of sterilisation of Roma women under the communist regime (governed by the 1972 Sterilisation Regulation), the effects of which continued to be felt up to the time of the facts giving rise to the present case»⁶⁰.

Secondo la giudice, la ricorrente era stata “marchiata” a causa della sua origine e questo fattore aveva avuto un ruolo significativo nella sua sterilizzazione forzata. L’analisi offerta dalla giudice, tuttavia, si sofferma solo sull’elemento dell’etnia, senza considerare come la convergenza dei sopracitati fattori (come per *N.B.*) avrebbe esacerbato la discriminazione di cui la ricorrente era stata vittima, in quanto donna e in quanto proveniente da quel particolare contesto.

4.2 L'APPROCCIO DELLA CORTE INTERAMERICANA

Nel sistema interamericano dei diritti umani, la vulnerabilità è stata affrontata in riferimento a: donne, bambini/e, adolescenti, popolazioni indigene, persone con disabilità, migranti, persone in condizione di povertà ed indigenza, persone private della libertà (intesa in senso ampio)⁶¹, ed ancora nel caso di attiviste/i e di coloro che si battono per la difesa dei diritti umani e nel caso di persone appartenenti alla comunità LGBTQI+.

60 ECHR, *V. C. c. Slovacchia*, cit., Opinione Dissenziente della Giudice Mijovic.

61 Privazioni della libertà non sono solo il carcere a seguito di una condanna, ma qualsiasi tipo di «privazione a seguito di una disposizione da parte del potere pubblico»: S.G. RAMIREZ, *Los sujetos vulnerables en la jurisprudencia transformadora de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, in *Cuestiones Constitucionales*, 2019, p. 3 ss.; R. ESTUPIÑAN-SILVA, *La Vulnerabilidad en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Esbozo de una Tipología*, in *Derechos Humanos y Políticas Públicas*, 2006, p. 193 ss.

Come si è già detto, diversamente dal sistema europeo, di vulnerabilità se ne trova espressa menzione nella Convenzione Belém Do Pará, che all'art. 9 precisa che gli Stati parte della Convenzione devono prendere in dovuta considerazione la vulnerabilità delle donne alla violenza, a causa di fattori quali, *inter alia*, razza ed etnia, *status* sociale ed economico, la condizione di salute, disabilità⁶². La portata di questo articolo è ben individuata da Sosa, la quale ne sottolinea l'elemento interpretativo, quale guida per la Corte Interamericana non limitatamente alla Convenzione Belém Do Pará stessa, ma anche relativamente alla Convenzione Interamericana⁶³. Mancano, anche in questo contesto, espliciti riferimenti all'intersezionalità nel diritto pattizio regionale dei diritti umani.

Sebbene non vi siano espliciti riferimenti nella normativa, l'approccio adottato dalla Corte Interamericana relativamente all'intersezionalità dimostra un tentativo più deciso rispetto alla Corte EDU. La Corte Interamericana faceva uso dell'intersezionalità quale strumento interpretativo già nel 2015 in *Gonzales Lluy et al. c. Ecuador*⁶⁴, in cui decideva riguardo alle discriminazioni alle quali una bambina, Talía, era stata sottoposta in riferimento al proprio diritto di accesso all'educazione, poiché le veniva negato accesso alla scuola cui era iscritta a seguito della scoperta da parte della stessa che la bambina fosse affetta da HIV. Talía, secondo la Corte, aveva sofferto di una forma di discriminazione *specificata* risultata dall'intersezione di diversi fattori, quali la giovane età, il genere, la condizione economica di povertà e la condizione di salute in quanto persona malata di HIV⁶⁵. La Corte notava come, se uno o più di questi fattori non fosse stato presente, la discriminazione subita da Talía sarebbe stata certamente diversa, suggerendo un chiaro riferimento ad un approccio intersezionale.

Come per la controparte europea, anche la Corte Interamericana si è occupata di casi di violenza ostetrica e ginecologica, anche se con più frequenza e attenzione alla dimensione di genere⁶⁶. Un elemento aggiun-

62 V. *supra*, nota 12.

63 Sosa sottolinea come in passato la Corte abbia negato la propria giurisdizione in riguardo a violazioni dell'Articolo 9 della Convenzione Belém Do Pará, utilizzando tuttavia l'Articolo 9 quale strumento interpretativo della Convenzione Interamericana, ad esempio in *Cotton Field c. Messico*. V. L. SOSA, *op cit.*, p. 154; IACHR, *González et al. (Cotton Field) c. Messico*, Serie C No. 205, 16 Novembre 2009.

64 IACHR, *Gonzales Lluy et al. c. Ecuador*, Serie C No. 298, 1 settembre 2015.

65 *Ibid.*

66 Sulla diffusione del fenomeno della VOG in Sudamerica si vedano: S. LARREA - M. PRANDINI ASSIS - C. OCHOA MENDOZA, "Hospitals have some procedures that seem dehumanising to me": *Experiences of abortion-related obstetric violence in Brazil, Chile and Ecuador*, in *Agenda*, 2021, p. 54

tivo che distanzia le due Corti nel trattamento del fenomeno della VOG è l'abilità (e forse la volontà) di riconoscere espressamente questo fenomeno definendolo in quanto tale. In tal senso la Corte Interamericana si è dimostrata più chiara e precisa nell'individuazione e delineamento del fenomeno, a differenza della Corte EDU che ha utilizzato un approccio più cauto in questo frangente. Anche nel sistema interamericano, come in quello europeo, non vi è né un'espressa definizione⁶⁷, né tantomeno una norma di diritto internazionale che la identifichi e che specifichi gli obblighi degli Stati. Di conseguenza, la VOG veniva ricondotta, ad esempio, a trattamento inumano o degradante e a violazione dell'integrità della persona nei casi esemplificativi di *Manuela et al. c. El Salvador*⁶⁸; *Britez Arce c. Argentina*⁶⁹; *I.V. c. Bolivia*⁷⁰. Molto brevemente, in *Manuela et al.*, la ricorrente, vittima di violenza ostetrica, veniva ricoverata in ospedale per un aborto spontaneo ma veniva accusata dallo *staff* medico di esserselo procurata. La Corte Interamericana riconosceva la responsabilità di El Salvador di aver violato il diritto alla libertà personale e di integrità della ricorrente (morta nel frattempo) e di averla sottoposta a tortura e trattamento inumano o degradante (a cui veniva ricondotta la violenza ostetrica di cui era stata vittima) a seguito delle condizioni in cui era stata tenuta in ospedale. La giovane donna era stata ammanettata al letto, poiché ritenuta responsabile di essersi procurata l'aborto, illegale in El Salvador, e conseguentemente di aver ucciso il suo bambino. Per questo veniva trascurata e visitata superficialmente, e il linfoma di Hodgkin che ne avrebbe successivamente causato la morte, uno dei tumori con il più alto tasso di curabilità se individuato in tempo, non le veniva diagnosticato correttamente a causa di una serie di omissioni e negligenze da parte dello *staff* medico⁷¹.

Nel merito la Corte Interamericana stabiliva che la situazione di vulnerabilità di Manuela era accresciuta considerando il suo contesto eco-

ss.; M. T. R. BORGES, *A Violent Birth: Reframing Coerced Procedures during Childbirth as Obstetric Violence*, in *Duke Law Journal*, 2018, p. 827 ss.; J. TAMAYO MUÑOZ - C. M. RESTREPO MORENO - L. GIL - A.C. GONZÁLES VÉLEZ, *Obstetric Violence and Abortion. Contributions to the Debate in Colombia*, 2015, disponibile al seguente link: globaldoctorsforchoice.org/wp-content/uploads/Obstetric-Violence_and_Abortion_EN-final-1.pdf; C. R. WILLIAMS et al., *Obstetric Violence: A Latin American legal response to mistreatment during childbirth*, in *BJOG*, 2018, p. 1208 ss. Si veda inoltre MESECVI, *Second Hemispheric Report on the Implementation of the Belém Do Pará Convention*, 2012.

67 Ad esclusione del caso venezuelano.

68 IACHR, *Manuela et al. c. El Salvador*, Serie C No. 441, 2 novembre 2021.

69 IACHR, *Britez Arce et al. c. Argentina*, Serie C No. 474, 16 novembre 2022.

70 IACHR, *I.V. c. Bolivia*, Serie C No. 329, 30 Novembre 2016.

71 IACHR, *Manuela et al. c. El Salvador*, cit., § 244-245.

nomico, sociale e culturale, la dimensione di genere ed età. La convergenza di questi fattori, stando al ragionamento dei giudici, aveva prodotto una situazione di vulnerabilità, mettendo in luce l'approccio situazionale ed intersezionale adottato dalla Corte. Nel caso in esame, si faceva esplicito riferimento all'intersezionalità nel valutare le diverse forme di discriminazione cui la ricorrente veniva sottoposta. Secondo la Corte Interamericana: «*these factors of vulnerability or sources of discrimination would have coalesced intersectionally, increasing the presumed victim's comparative disadvantages and causing a specific form of discrimination due to the confluence of all those factors*»⁷². Inoltre, riprendeva ed ampliava lo stesso ragionamento applicato in *I.V. c. Bolivia*, un caso di sterilizzazione forzata, in cui l'approccio utilizzato, indirizzato verso una vulnerabilità situazionale, rifletteva e tentava una prospettiva intersezionale. In *I.V.* veniva riconosciuto che molteplici fattori di discriminazione avevano influito, convergendo intersezionalmente ed impedendo alla ricorrente di poter godere ed accedere ai propri diritti. La sterilizzazione forzata cui era stata sottoposta era dovuta ad una forma intersezionale di discriminazione basata sul genere (donna), *status* economico (povera), *status* sociale (rifugiata) e provenienza (*I.V.* era originaria del Perù)⁷³.

Il caso di *Manuela et al.* è particolarmente stimolante dal punto di vista del dibattito giuridico riguardo VOG, vulnerabilità ed intersezionalità sotto diversi aspetti. *In primis*, diversamente da *I.V.*, la forma di VOG cui Manuela è stata sottoposta denota la natura complessa del fenomeno. La giovane donna non è stata sterilizzata forzatamente, ma è stata ammanettata al letto dell'ospedale in cui era stata ricoverata senza che vi fosse l'effettiva necessità⁷⁴; la riservatezza medica e protezione dei propri dati personali, che doveva esserle garantita, è stata invece violata dallo *staff* medico che ha denunciato Manuela per il sospettato aborto; ed è stata vittima di condotta discriminatoria, verbalmente abusiva (una forma di VOG che è

⁷² *Ivi*, § 253.

⁷³ IACHR, *I.V. c. Bolivia*, *cit.*, § 242, 318.

⁷⁴ La donna era certamente sospettata di essersi procurata un aborto, illegale in El Salvador, tuttavia come ben rilevava la Corte, la donna era in cura per un aborto e per una gestosi *post partum* che ne limitava sensibilmente la capacità di movimento. Ne consegue che la giovane donna non era a rischio di fuga, motivo per cui la Corte Interamericana sottolineava che era ragionevole pensare che fossero a disposizione ulteriori mezzi di restrizione che non fossero altrettanto invasivi e dannosi come le manette pur trovandosi la giovane in una condizione di limitata libertà personale. Inoltre, sottolineavano i giudici, non era stato registrato alcun comportamento aggressivo da parte della donna verso lo *staff* medico che potesse giustificare la scelta di ammanettarla al letto d'ospedale.

ancora difficilmente individuata a livello normativo)⁷⁵. L'insieme di queste condotte ha reso la giovane vittima di violenza ostetrica e ginecologica. In aggiunta, la condizione di vulnerabilità di Manuela è stata aggravata ed ulteriormente esacerbata dalle forme di discriminazione intersezionale, correttamente individuate dalla Corte Interamericana. Secondo la stessa, nel contesto di violazioni dei diritti sessuali e riproduttivi delle donne «*the State obligation has special relevance*»⁷⁶, affermazione che parrebbe suggerire un obbligo *ulteriore* per gli Stati parte: non solo un obbligo negativo di astensione dal mettere in atto la violazione, ma un obbligo *positivo* di adottare misure specifiche sulla base delle particolari necessità di protezione del soggetto di diritto, che possono essere dettate da una condizione personale o situazionale⁷⁷.

In secondo luogo, in questo contesto emerge con più chiarezza l'approccio intersezionale della Corte Interamericana. Nel valutare l'impatto della discriminazione nel caso concreto, si riconosceva la responsabilità di El Salvador per aver violato gli obblighi derivanti dall'art. 7(a) della Convenzione Belém Do Pará poiché aveva mancato di salvaguardare Manuela da violenza contro le donne ed assicurarsi che le autorità preposte agissero conformemente a tale obbligo⁷⁸. La situazione discriminatoria cui la giovane era stata sottoposta si qualificava come forma di violenza contro le donne. Secondo il parere espresso dal giudice Manrique nell'Opinione concorrente alla sentenza, la discriminazione intersezionale nel caso in esame, dovuta da povertà e genere, ha generato una concatenazione di violazioni dei diritti umani, e ancora, più in generale, le donne tendono ad essere sottoposte a diverse forme di subordinazione⁷⁹. Queste forme di subordinazione che sono sintomo di «*patterns of intersectional discrimination*»⁸⁰ contro le donne richiedono «*special protection*»⁸¹ da parte dello Stato, quindi degli obblighi positivi aggiuntivi per lo Stato che dovrebbe sviluppare delle misure e politiche sistematiche che tentano di andare alla radice, alle origini di tali discriminazioni al fine di eradicarle.

75 V. L. BERNARDINI - S. DAL MONICO, *op. cit.*

76 IACHR, *Manuela et al. c. El Salvador*, cit., § 257-259.

77 *Ibid.*

78 *Ibid.*

79 *Ivi*, *Opinione concorrente del giudice Ricardo C. Pérez Manrique*, § 19-20.

80 *Ivi*, § 23.

81 *Ibid.*

5. CONCLUSIONE

Alla luce della riflessione proposta in queste pagine, si può concludere che sebbene entrambe le Corti abbiano volto la propria concezione di vulnerabilità verso una nozione via via più situazionale piuttosto che ontologica, legata intrinsecamente a caratteristiche congenite del soggetto, da parte della Corte EDU sembrerebbe emergere un timido e lacunoso utilizzo di un approccio che sia anche intersezionale, che si riscontra con più chiarezza nel caso della Corte Interamericana. Ciò risulta con particolare evidenza nei casi di violenza ostetrica e ginecologica esaminati, nei quali la dimensione di genere deve essere particolarmente attenzionata come elemento di vulnerabilità non intrinsecamente legato al soggetto ma alle circostanze fattuali e alla convergenza di ulteriori fattori, quali l'età, il contesto socio-economico, il contesto culturale, lo sbilanciamento di potere tra la donna/paziente e l'autorità rappresentata dallo *staff* medico in quel contesto.

L'approccio intersezionale permette di valutare i diversi fattori discriminatori non in modo isolato ma piuttosto come elementi che operano simultaneamente e che producono quindi distinte e specifiche forme di discriminazione, che non possono non essere considerate nel loro complesso. Questo strumento interpretativo si rivela particolarmente utile e di ausilio per Corti regionali dei diritti umani, al fine di determinare la portata degli obblighi in capo agli Stati in materia di diritti umani e particolarmente nel contesto della violenza ostetrica e ginecologica. Con le parole del giudice Manrique:

«The concept of intersectionality, as a hermeneutic element, allows the Court to determine persons or groups who suffer discrimination and analyze the causes of this situation. As it has in this judgment, the assessment of this phenomenon, the adequate understanding of its severity and the analysis of its causes and effects for the individual, helps the Court decide the merits of the cases submitted to its consideration and, also, provides the necessary perspective for establishing reparations that include, inter alia, appropriate measures of non-repetition that impose on the States lines of action aimed at overcoming discrimination and the violation of rights»⁸².

82 *Ibid.*, Opinione concorrente del giudice Ricardo C. Pérez Manrique, § 11.

LE DICHIARAZIONI DELLA PERSONA OFFESA PARTICOLARMENTE VULNERABILE, TRA NUOVE TECNOLOGIE DI DOCUMENTAZIONE E PERDURANTI CRITICITÀ

Nicola Pascucci

Università degli Studi di Urbino Carlo Bo

1. PARTICOLARE VULNERABILITÀ E CODICE DI PROCEDURA PENALE: L'APPROCCIO LEGISLATIVO ALLA QUESTIONE

Il procedimento penale dedica specifica attenzione alle vittime minorenni e, più in generale, a quelle particolarmente vulnerabili. Può intendersi per “vulnerabilità” la maggiore propensione di un soggetto ad essere traumatizzato nel corso del giudizio (c.d. vittimizzazione secondaria)¹, a causa di una più spiccata «predisposizione» dello stesso «‘a ferirsi’ e ‘a essere ferito’»², per fattori soggettivi, come l’età, od oggettivi, come il tipo di reato. La normativa deve considerare le specificità di questi soggetti, con l’obiettivo di fornire una risposta normativa alla pluralità di esigenze protettive di tali tipologie di vittime, spesso richiedente un approccio misurato sulle loro

1 La vittimizzazione secondaria o “da processo” consiste nel trauma, ulteriore rispetto a quello ipoteticamente già subito a causa del reato, derivante dal contatto con l’ambiente giudiziario. In relazione a procedimenti per violenza sessuale, v. R. CAMPBELL-S. RAJA, *Secondary Victimization of Rape Victims: Insights From Mental Health Professionals Who Treat Survivors of Violence*, in *Violence and Victims*, 1999, 3, p. 261 ss., spec. p. 262 s.; J.E. WILLIAMS, *Secondary Victimization: Confronting Public Attitudes about Rape*, in *Victimology*, 1984, p. 66 ss., spec. p. 67. La Raccomandazione CM/REC(2023)2 sui diritti, i servizi e il supporto alle vittime di reati, adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa il 15 marzo 2023, adotta un concetto ampio di «secondary victimisation», intendendo la «victimisation that occurs not as a direct result of the criminal offence but as a result of the response of public or private institutions and other individuals to the victim».

2 S. BUZZELLI, *La fragilità probatoria del dichiarante minorenne e la giustizia penale in Europa*, in C. CESARI (a cura di), *Il minorenne fonte di prova nel processo penale*, 2^a ed., Giuffrè, Milano, 2015, p. 18.

particolari esigenze, che non solo differiscono rispetto a quelle ordinarie, ma risultano eterogenee tra loro.

Per quanto riguarda i minorenni, è ampiamente studiata la loro speciale suggestionabilità, che tende ad aumentare al diminuire dell'età³, cioè la propensione, maggiore rispetto agli adulti, a modificare i loro ricordi a seguito di domande e sollecitazioni, ad esempio da parte dei loro interlocutori adulti, *in primis* i genitori che vogliono sapere come sono andati i fatti, poi da parte dei conoscenti e di chiunque altro entri in contatto col minorenne stesso⁴. C'è inoltre il rischio, più elevato nei minori d'età, che successive esperienze di vita modifichino i ricordi, in maniera spesso inconsapevole e irreparabile⁵. Il tema si interseca quindi con numerosi concetti di psicologia della testimonianza, che un legislatore consapevole dovrebbe considerare nel delineare una disciplina specifica, prefiggendosi un duplice obiettivo: ridurre al minimo il rischio di traumi per il dichiarante minorenne – e, in generale, “fragile” – e preservare al contempo la genuinità del suo apporto dichiarativo⁶.

La crescente considerazione sociale nei confronti delle vittime “fragili” e delle loro esigenze protettive ha assunto – e assume tuttora – un enorme impatto sul procedimento penale, avendo indotto i legislatori eurounitario e nazionale ad intervenire sulla disciplina processuale, al fine di implementare le tutele di questa categoria di soggetti. Si tratta di un percorso che viene da lontano e i cui segni evolutivi ben si colgono esaminando la trama codicistica, costellata di *bis*, *ter* e *quater*, chiari indicatori delle riforme legislative⁷. La disciplina sui testimoni-persone offese vulnerabili nel procedimento penale risulta infatti particolarmente caotica e frastagliata, a causa di continui rimaneggiamenti che hanno reso via via più disorganica la materia. Si è succeduta, dal 1996 ad oggi, una lunga serie di modifiche agli artt. 190-*bis*, 351, 362, 391-*bis*, 392, 398 e 498 c.p.p. – solo per citare alcuni dei principali articoli contenenti previsioni sui dichiaranti “deboli” – ad opera sia della Corte costituzionale che del legislatore italiano, il quale ha agito talvolta di propria iniziativa – non di rado sull'onda dell'emotività

3 G. MAZZONI, *Si può credere a un testimone? La testimonianza e le trappole della memoria*, Il Mulino, Bologna, 2003, p. 107 s.

4 Sulla suggestionabilità, v., per tutti, L. DE CATALDO NEUBURGER, *Esame e controesame nel procedimento penale. Diritto e psicologia*, 2ª ed., Cedam, Padova, 2008, p. 377 ss.

5 Sul punto, v. ad esempio G. MAZZONI, *Si può credere a un testimone?*, cit., p. 108.

6 G. GIOSTRA, *La testimonianza del minore: tutela del dichiarante e tutela della verità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 1024, che parla di «finalità anfibia»; C. CESARI, *La “campana di vetro”: protezione della personalità e rispetto del contraddittorio nell'esame dibattimentale del teste minorenne*, in EAD. (a cura di), *Il minorenne fonte di prova*, cit., p. 271 s.

7 G. GIOSTRA, *La testimonianza del minore*, cit., p. 1019 ss.

generata da casi di cronaca nera enfatizzati dai *media* – e talaltra su sollecitazione del Consiglio d'Europa e dell'Unione europea, al fine di recepirne gli atti normativi. Gli interventi, spesso effettuati in maniera poco meditata e senza una visione sistematica, si sono sostanzialmente affastellati, creando conflitti e problemi interpretativi con le norme preesistenti, lasciate di regola invariate⁸. L'assenza di un disegno riformatore realmente unitario emerge con chiarezza leggendo la disciplina, relativa sia alle indagini preliminari che al dibattimento.

Le riforme hanno modificato profondamente dapprima la disciplina sui testimoni minorenni (*rectius*, in origine, minori di sedici anni) e sui maggiorenni infermi di mente in procedimenti per particolari delitti di natura sessuale e assimilati, per poi appunto concentrarsi sulle persone offese in condizione di particolare vulnerabilità. Al di là del tendenziale pressappochismo delle modifiche, la direzione è comunque univoca: un graduale ampliamento sia delle tutele che dei loro potenziali destinatari. Se inizialmente, però, questa estensione risultava di regola circoscritta entro limiti ben precisi dai punti di vista soggettivo (dichiaranti minorenni o infermi di mente) e oggettivo (procedimenti per specifici delitti, considerati particolarmente traumatizzanti), l'inclusione dell'ampia e indefinita categoria delle persone offese in condizione di particolare vulnerabilità con d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212, attuativo della direttiva 2012/29/UE⁹, ha definitivamente “spezzato gli argini” applicativi dei benefici, sia sotto il profilo soggettivo che sotto quello oggettivo. Il rischio è che le modalità particolari utilizzate per proteggere i dichiaranti “fragili” si trasformino di fatto da eccezione a regola, con inevitabili ripercussioni sulla qualità del contraddittorio nella formazione della prova¹⁰. Il legislatore eurounitario, con la direttiva 2024/1385¹¹, è di recente tornato sul tema in relazione alle vittime di violenza contro le donne e di violenza domestica, prevedendo che venga effettuata prima possibile la valutazione individuale delle me-

8 Questa tendenza era già chiara vent'anni fa, quando la dottrina parlava, in riferimento alla disciplina sulla testimonianza del minorenne, di «ginepraio disomogeneo e bizzarro», comprendente «schegge normative spesso dettate da problemi contingenti o da spinte emotive»: G. GIOSTRA, *La testimonianza del minore*, cit., p. 1022.

9 «Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012 che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI», in *G.U.U.E.*, 14 novembre 2012, L 315/57 ss.

10 N. PASCUCI, *La testimonianza della persona offesa minorenne. Dalle sollecitazioni sopranazionali alle risposte dell'ordinamento italiano*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 68 s.

11 «Direttiva (UE) 2024/1385 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 maggio 2024 sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica», in *G.U.U.E.*, 24 maggio 2024, L 1 ss.

desime per verificarne le specifiche esigenze di protezione, anche in vista dell'applicazione delle misure di cui agli artt. 23 e 24 direttiva 2012/29/UE (art. 16 direttiva 2024/1385). La prospettiva vittimocentrica è quindi destinata a rafforzarsi e serviranno buone dosi di equilibrio e di ponderazione per conciliare, in sede di recepimento, tali ulteriori previsioni con la fondamentale concezione del processo come strumento di accertamento dei fatti e di tutela dei diritti dell'imputato, presunto innocente¹².

2. UNA FIGURA AMPIA E SFUMATA: LA PERSONA OFFESA IN CONDIZIONE DI PARTICOLARE VULNERABILITÀ

Occorre innanzitutto soffermarsi sul significato di “persona offesa in condizione di particolare vulnerabilità”, come delineata dall'art. 90-*quater* c.p.p., introdotto dal citato d.lgs. n. 212/2015. La norma deve ormai considerarsi la principale chiave d'accesso per ottenere diversi benefici processuali, tra cui, *in primis*, le “modalità protette” di esame testimoniale¹³.

Si può preliminarmente notare che, per ottenere le tutele processuali, non è sufficiente una semplice vulnerabilità, ma una “particolare vulnerabilità”, cioè di livello più elevato, pur con tutta l'ambiguità che reca con sé questa espressione. Ambiguità che l'art. 90-*quater* c.p.p., contenente appunto i criteri per valutare se una persona offesa versi in tale situazione, non riesce a fugare. I criteri sono l'età (minore di diciotto anni o molto avanzata), lo «stato di infermità o di deficienza psichica», il «tipo di reato», le «modalità» e le «circostanze del fatto». Si valuta pure se il reato è stato «commesso con violenza alla persona o con odio razziale», se è «riconducibile ad ambiti di criminalità organizzata o di terrorismo» o di tratta di esseri umani, se presenta «finalità di discriminazione», se la persona offesa è dipendente sotto i profili affettivo, psicologico od economico dall'indagato/imputato. Si considerano quindi, in consonanza con quanto sancito dalla direttiva 2012/29/UE, sia parametri oggettivi, come la riconducibilità a reati commessi con violenza alla persona, di criminalità organizzata, di tratta di persone o di terrorismo, sia parametri soggettivi, attinenti cioè alla condizione personale della singola persona, come l'età, l'infermità mentale e la dipendenza dall'indagato o imputato. A questo proposito, si segnala un'improprietà terminologica che forse tradisce gli intenti non proprio ga-

12 Gli Stati membri dovranno recepire la direttiva in esame entro il 14 giugno 2027.

13 V. *infra*, § 6.

rantistici della riforma del 2015: nonostante debba parlarsi di indagato e di imputato fino alla condanna definitiva, l'art. 90-*quater* c.p.p. si riferisce all'«autore del reato»¹⁴.

Anche le vittime di violenza sessuale, maltrattamenti, atti persecutori ed altri delitti della medesima indole possono essere annoverate tra le persone offese particolarmente vulnerabili, purché ne ricorrano i presupposti all'esito di una valutazione personale condotta caso per caso. Come osservato, tra gli indicatori della particolare vulnerabilità, idonei ad orientare la valutazione del giudice, compaiono anche il tipo di reato e la dipendenza della vittima dall'accusato del reato. Inoltre, secondo la giurisprudenza, per "violenza alla persona" si intende non solo quella fisica, ma anche quella morale e psicologica¹⁵.

La categoria delineata dall'art. 90-*quater* c.p.p., come si vede, si basa su criteri dai contorni sfuggenti e discrezionali. Il problema è amplificato dal fatto che il legislatore, in modo poco rigoroso, non ha previsto né una procedura finalizzata a verificare l'effettiva sussistenza della particolare vulnerabilità, ad esempio mediante personale qualificato, né il soggetto preposto a valutare se una determinata persona offesa sia realmente in tale condizione. Ci si chiede allora se possa decidere il pubblico ministero o magari soltanto il giudice, dato che il codice non lo chiarisce. Nel silenzio della legge, si può dare risposta affermativa al quesito, individuando una sorta di "competenza diffusa" degli operatori nell'effettuare l'*individual assessment*¹⁶. Si può altresì ritenere che, soprattutto nei casi dubbi, l'autorità giudiziaria possa nominare un consulente tecnico o un perito per farsi coadiuvare nella valutazione.

14 Tale improprietà, tra l'altro, è stata a sua volta mutuata dalla direttiva 2012/29/UE, che parla di «autore del reato». Nondimeno, il suo *Considerando* n. 12, nell'estendere la portata del concetto anche a coloro la cui responsabilità penale non sia stata ancora accertata, fa salva la presunzione di innocenza: N. PASCUCCI, *La testimonianza delle persone offese particolarmente vulnerabili alla luce della direttiva 2012/29/UE*, in *Cultura giuridica e diritto vivente*, 2020, p. 3 nota 7.

15 Cass. pen., sez. VI, 22 marzo 2019 (dep. 20 giugno 2019), n. 27601, in *C.E.D. Cass.*, n. 276077; Cass. pen., sez. II, 24 giugno 2016 (15 luglio 2016), n. 30302, in *C.E.D. Cass.*, n. 267718.

16 H. BELLUTA, *Il processo penale di fronte alla vittima particolarmente vulnerabile: aspirazioni (comunitarie) e aporie nazionali*, in *Leg. pen.*, 4 luglio 2016, p. 26.

3. LE DICHIARAZIONI DELLA PERSONA OFFESA PARTICOLARMENTE VULNERABILE NELLE INDAGINI PRELIMINARI: UNA DISCIPLINA TORMENTATA CON INCOERENZE MAI RISOLTE

La categoria della persona offesa in condizione di particolare vulnerabilità è piuttosto recente, perché, nonostante il d.l. n. 93 del 2013, conv. con modif. in legge n. 119 del 2013, avesse già introdotto un accenno ad essa nel codice¹⁷, la definizione dei suoi confini si deve al d.lgs. n. 212 del 2015, che ha recepito la direttiva 2012/29/UE sulle vittime di reato. Essa, come osservato, è stata preceduta da un percorso di progressiva estensione dei benefici, inizialmente riservate ai dichiaranti minori d'età in procedimenti per specifici delitti.

Le indagini preliminari erano originariamente sprovviste di specifiche tutele per i dichiaranti “fragili”¹⁸. In questa fase, l'introduzione dell'obbligo, per la polizia giudiziaria, il pubblico ministero e il difensore, di avvalersi di un esperto in psicologia o in psichiatria infantile al fine di sentire particolari categorie di dichiaranti si deve alla legge n. 172 del 2012, che ha recepito nell'ordinamento italiano la Convenzione di Lanzarote del 25 ottobre 2007 contro gli abusi sessuali nei confronti dei minori d'età. Gli artt. 351 comma 1-ter, 362 comma 1-ter e 391-bis comma 5-bis c.p.p., rispettivamente dedicati all'assunzione di sommarie informazioni/informazioni da parte di polizia giudiziaria, pubblico ministero e difensore nei confronti di soggetti “fragili”, riservavano originariamente questa tutela soltanto alle persone informate sui fatti minorenni (non necessariamente offese dal reato) in procedimenti per un novero di delitti elencati nell'art. 351 comma 1-ter c.p.p., perlopiù di natura sessuale.

Si prevede la nomina del professionista da parte del pubblico ministero (che a sua volta attinge preferibilmente il nominativo dall'albo dei periti) anche quando a sentire il dichiarante è la polizia giudiziaria, con ogni evidenza per consentire al pubblico ministero, *dominus* delle indagini, di mantenere il controllo su questa delicata tipologia di atti. Il difensore, invece, nomina l'esperto autonomamente, dovendo godere dell'autonomia necessaria per poter svolgere in modo efficace le proprie investigazioni. Non sarebbe infatti equo che l'indicazione del professionista provenisse

17 Detta categoria compare infatti per la prima volta nell'art. 498 comma 4-*quater* c.p.p., come introdotto da tale riforma.

18 G. GIOSTRA, *La testimonianza del minore*, cit., p. 1021.

dall'organo di accusa, portatore di interessi diversi rispetto a quelli dell'indagato. Né sarebbe opportuno affidare questo compito al giudice per le indagini preliminari, sia perché ciò limiterebbe e rallenterebbe le attività di difesa, sia perché, essendo un giudice *ad acta*, potrebbe non conoscere le specificità del caso concreto.

Con il d.lgs. n. 212/2015, il legislatore ha interpolato i commi 1-*ter* degli artt. 351 e 362 c.p.p., aggiungendo un ulteriore periodo secondo cui la polizia giudiziaria e il pubblico ministero procedono «allo stesso modo» quando devono sentire una persona offesa in condizione di particolare vulnerabilità, anche maggiorenne¹⁹. Qui emerge uno dei tanti problemi della disciplina: la predetta riforma ha lasciato invariato l'art. 391-*bis* comma 5-*bis* c.p.p., che continua a prevedere l'obbligo di servirsi dell'esperto solo per sentire le persone informate minorenni nei delitti elencati dal primo periodo dell'art. 351 comma 1-*ter* c.p.p.²⁰. Un parziale ampliamento della platea dei beneficiari è dettato dal Codice Deontologico Forense, il cui art. 56 prescrive, a pena di sospensione dall'esercizio dell'attività professionale, l'obbligo di nominare l'esperto quando l'avvocato sente una persona offesa minorenne, a prescindere dal reato per cui si procede. L'aggiunta, tuttavia, oltre a non contemplare la più ampia categoria delle persone offese particolarmente vulnerabili, si pone su un piano meramente deontologico, ben diverso da quello legislativo. Se il difensore non si avvallesse dell'ausilio di un esperto per assumere informazioni da una persona offesa minorenne in procedimenti per delitti non compresi nell'art. 351 comma 1-*ter* c.p.p., l'audizione non solo risulterebbe valida, ma non potrebbe neppure dirsi irregolare, ferme restando, comunque, le conseguenze disciplinari a carico dell'avvocato.

Il legislatore, così facendo, ripone dunque una fiducia più elevata nelle competenze psicologico-giuridiche del difensore rispetto che in quel-

19 Un ulteriore periodo dei medesimi commi prevede inoltre, sulla falsariga di quanto dispone l'art. 190-*bis* c.p.p. per il processo, che la persona offesa particolarmente vulnerabile, in occasione dell'audizione, «non abbia contatti con» l'indagato e «non sia chiamata più volte» a rendere dichiarazioni, «salva l'assoluta necessità per le indagini». La *ratio* della previsione che limita le audizioni è sia preservare la traccia mnemonica contro alterazioni dovute a plurime rievocazioni dei fatti, sia tutelare l'offeso da traumi ulteriori (la c.d. «vittimizzazione secondaria» o «da processo»).

20 Parte della dottrina propone una lettura «ortopedica», in modo da estendere anche all'assunzione di informazioni da parte del difensore l'obbligo dell'ausilio dello psicologo per tutte le persone offese particolarmente vulnerabili: F. DELVECCHIO, *la nuova fisionomia della vittima del reato dopo l'adeguamento dell'Italia alla Direttiva 2012/29/UE*, in *Dir. pen. cont.*, 11 aprile 2016, p. 25 nota 91. Un tentativo di ampliamento è anche posto in essere da F. CERQUA, *Fonti deboli e processo penale. I congegni di protezione dei dichiaranti particolarmente vulnerabili*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2018, p. 73. Tale lettura, seppur mossa da intenti apprezzabili, non pare convincente, ponendosi in netto contrasto con il dato letterale della disposizione.

le della polizia giudiziaria e del pubblico ministero? No di certo, sembra anzi ragionevole ritenere il contrario.

Una previsione di segno opposto è infatti dettata in merito alle conseguenze processuali per la mancata nomina dello psicologo. Se infatti la polizia giudiziaria e il pubblico ministero non si avvalgono del suo ausilio, il legislatore non prevede esplicite sanzioni processuali. Di fronte al silenzio legislativo, nonostante si possa condivisibilmente ritenere la norma presidiata da un'inutilizzabilità²¹, la giurisprudenza è orientata in senso inverso. L'orientamento maggioritario configura infatti un obbligo senza sanzione, cioè un'irregolarità *ex art. 124 c.p.p.*²², mentre un orientamento minoritario, in palese contrasto con il dato testuale, nega addirittura l'esistenza di un vero e proprio obbligo, considerando la prescrizione sull'esperto una sorta di "consiglio" agli operatori²³, nonostante la norma utilizzi l'indicativo presente, denotativo di un obbligo²⁴. La situazione si capovolge quando a procedere con l'audizione è il difensore: ai sensi dell'art. 391-bis comma 6 c.p.p., la violazione delle previsioni di cui ai commi antecedenti – e, dunque, anche di quello relativo all'ausilio dell'esperto nei casi indicati dall'art. 351 comma 5-bis c.p.p. – comporta l'inutilizzabilità dell'atto investigativo²⁵.

Ci si augura che, in futuro, il legislatore o la Corte costituzionale intervengano per eliminare le anzidette sperequazioni.

Si pongono ulteriori problemi sotto il profilo terminologico: il d.lgs. n. 212/2015 ha esteso l'ausilio dell'«esperto in psicologia o in psichiatria

21 Come afferma, seppur con varie argomentazioni, parte della dottrina: per tutti C. CESARI, *Il "minore informato sui fatti" nella legge n. 172/2012*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 165 s.; EAD., *Sull'audizione dei minori le novità legislative vengono tradite dalla Suprema Corte*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 1180 ss.; C. IASEVOLI, *Pluralismo delle fonti e modifiche al c.p.p. per i delitti commessi con violenza alla persona*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 1400; N. PASCUCCHI, *La testimonianza della persona offesa minorenni*, cit., p. 92 ss.; B. PIATTOLI, *Audizione protetta del minore e tutela delle vittime del reato*, in M. BARGIS (a cura di), *Studi in ricordo di Maria Gabriella Aimonetto*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 176.

22 Cass. pen., sez. III, 20 febbraio 2018 (dep. 22 maggio 2018), n. 22754, in *DeJure*; Cass. pen., sez. III, 10 dicembre 2013 (dep. 27 gennaio 2014), n. 3651, in *Cass. pen.*, 2014, p. 2976 ss., con nota di N. PASCUCCHI, *La Cassazione ci ripensa: è obbligatorio l'ausilio dell'esperto in psicologia o psichiatria infantile per sentire la "persona informata" minorenne*.

23 Cass. pen., sez. IV, 12 marzo 2013 (dep. 12 aprile 2013), n. 16981, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2014, p. 374 ss., con nota di C. GABRIELLI, *La partecipazione dell'esperto all'audizione del minore come cautela facoltativa: una discutibile lettura di una disciplina ancora inadeguata*.

24 C. CESARI, *Sull'audizione dei minori*, cit., p. 1183.

25 Se inizialmente si pensava a una "svista" del legislatore (in questo senso A. FORZA, *L'ascolto del minore dopo la Convenzione di Lanzarote*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2013, p. 145), l'inerzia sul punto del d.lgs. n. 212/2015 e dei successivi interventi legislativi fa invece propendere per una scelta volontaria.

infantile», inizialmente previsto per le persone informate minori d'età nei suddetti procedimenti, a tutte le persone offese particolarmente vulnerabili, anche adulte. È evidente come per gli adulti “fragili” sia necessario un diverso profilo professionale, che si adatti alle loro esigenze. A questo punto, la questione può essere risolta solo tramite il buonsenso degli operatori, che dovranno scegliere figure dotate non solo di esperienza nel settore richiesto dalla legge, ma anche in quelli opportuni nello specifico caso concreto. Altro problema, indice di una scarsa consapevolezza legislativa in merito alle reali esigenze dei dichiaranti “fragili”, è il fatto di non prevedere l'obbligo per l'esperto di possedere solide cognizioni di psicologia giuridica. È infatti molto diverso l'approccio clinico, tipico del terapeuta e finalizzato a prendere in carico i problemi del paziente e a creare con lui un'alleanza terapeutica, rispetto a quello forense, diretto invece ad ottenere dal dichiarante il maggior numero possibile di informazioni con il minor trauma e le minori alterazioni del ricordo. L'omissione *de qua* è potenzialmente foriera di gravi inconvenienti, in quanto nominare una figura professionale non formata in psicologia giuridica può recare danni irreparabili alle dichiarazioni, al ricordo e allo stesso equilibrio psicofisico della persona informata sui fatti²⁶.

La legge n. 69/2020 (denominata comunemente “Codice Rosso”) ha di nuovo modificato l'art. 362 c.p.p., introducendo il comma 1-ter, in base al quale il pubblico ministero, direttamente o delegando la polizia giudiziaria, deve assumere informazioni dalle persone offese in procedimenti per specifici delitti ivi elencati (di c.d. violenza domestica o di genere²⁷) entro tre giorni dall'iscrizione della notizia di reato. L'interpolazione, che inserisce l'ennesima “norma manifesto” apparentemente a favore delle vittime, desta perplessità. Si tratta di un termine, seppur ordinatorio²⁸, molto breve e difficile da rispettare sotto il profilo organizzativo. Esso risulta talora con-

26 La nomina dello psicologo è un adempimento fondamentale: se scelto in modo scorretto, potrebbe compromettere in maniera irreparabile la traccia mnemonica del dichiarante. Si pensi all'emblematico procedimento per abusi sessuali di Rignano Flaminio, in cui non solo i genitori, ma anche lo psicologo nominato nelle indagini si sono rapportati in modo suggestivo e non corretto con i bambini, sospette vittime di reato: M. PORQUEDDU, «Questi interrogatori fanno solo del male. È meglio avere i colpevoli in libertà» (intervista a Giovanni Bollea), in *Corriere della Sera*, 29 luglio 2007, p. 3; I. SACCHETTONI, *Asilo di Rignano: imputati assolti. Non ci furono abusi*, in *Corriere della Sera*, 29 maggio 2012, p. 22.

27 Si tratta, in particolare, del delitto di cui all'art. 575 c.p., nella forma tentata, dei delitti, consumati o tentati, ex artt. 572, 609-bis, 609-ter, 609-quater, 609-quinquies, 609-octies e 612-bis c.p., ovvero dei delitti di cui agli artt. 582 e 583-quinquies c.p. nelle ipotesi aggravate ai sensi degli artt. 576 comma 1, n. 2, 5 e 5.1, e 577 comma 1, n. 1, e comma 2 c.p.

28 L. ALGERI, *Il c.d. Codice rosso: tempi rapidi per la tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 1366.

troproducente: è talvolta consigliabile attendere prima di sentire la persona offesa, sia per delineare un quadro più circostanziato in casi così delicati per la vittima – ma anche per la persona indagata, presunta innocente – sia per evitare che l’indagato, talvolta convivente con la persona offesa, si accorga dell’inizio delle indagini a suo carico, con il risultato di mettere paradossalmente ancor più a rischio l’incolumità dell’offeso. Inoltre, la norma è potenzialmente foriera di vittimizzazione secondaria, perché costringe gli operatori a sentire una seconda volta quest’ultima, in contraddittorio tra le parti per poter rendere l’atto utilizzabile in dibattimento. Per sentire la persona offesa “fragile” (*in primis* minorenni) e consentirle di uscire prima possibile dal circuito giudiziario, è di solito preferibile disporre l’incidente probatorio, in modo da assicurare la formazione della prova in contraddittorio²⁹. Per queste ragioni, è possibile derogare a tale termine quando si verificano «imprescindibili esigenze di tutela di minori di anni diciotto o della riservatezza delle indagini, anche nell’interesse della persona offesa».

L’art. 362 comma 1-ter c.p.p. non nomina espressamente la persona offesa in condizione di particolare vulnerabilità, ma va da sé che, in molti casi, si tratta proprio di vittime appartenenti a questa categoria, per cui si rende sovente necessario l’ausilio dello psicologo, previo *individual assessment*. È probabile che il legislatore abbia ommesso qualsiasi riferimento alla nozione di “particolare vulnerabilità” per evitare, dati i tempi strettissimi per l’audizione, valutazioni aprioristiche e potenzialmente errate, magari tendenti a negare tale qualità per eludere la norma. In altri termini, si intende evitare che gli operatori aggirino la norma semplicemente negando la “particolare vulnerabilità” della persona offesa. L’audizione, quindi, si deve tenere a prescindere da detta caratteristica, procedendosi altresì con la nomina dell’esperto ove si riscontrino le condizioni di cui all’art. 90-quater c.p.p.

Il legislatore, di fronte alla percezione sociale di una crescente criminalità c.d. domestica – peraltro contraddetta dai dati ministeriali, che constatano invece un calo del 12-13% di violenze sessuali, maltrattamenti e atti persecutori nel raffronto tra i primi tre trimestri del 2023 e il corrispondente periodo del 2022³⁰ – è di recente reintervenuto con il c.d. Codice Rosso *bis*, al fine di promuovere, per ciò che qui interessa, il rispetto del suddetto termine ordinatorio. Le leggi 8 settembre 2023, n. 122 e 24 novembre 2023, n. 168 hanno previsto la possibilità per il procuratore della Repubblica di re-

29 V. *infra* § 5.

30 V. M. BIROLINI, *Codice rosso. Maltrattamenti in calo ma i numeri restano alti*, in www.avvenire.it/attualita/pagine/il-codice-rosso-compie-cinque-anni-stalking-e-ma, 12 agosto 2024.

vocare l'assegnazione del procedimento qualora il sostituto procuratore non abbia rispettato le previsioni dell'art. 362 comma 1-*ter* c.p.p., provvedendo «senza ritardo», direttamente o previa assegnazione a un altro magistrato della procura, a sentire la persona offesa (art. 2 comma 2-*bis* legge n. 106 del 2006, introdotto dalla legge n. 122 del 2023). Il procuratore della Repubblica, inoltre, deve inviare ogni tre mesi al procuratore generale presso la Corte d'appello i dati sul rispetto del predetto termine, affinché quest'ultimo, a sua volta, trasmetta una relazione al procuratore generale presso la Corte di cassazione con cadenza almeno semestrale (art. 6 comma 1-*bis* legge n. 106 del 2006, introdotto dalla legge n. 122 del 2023; art. 127 comma 1-*bis* disp. att. c.p.p., introdotto dalla legge n. 168 del 2023).

Non sembra che tali interventi siano in grado di garantire una più puntuale applicazione del termine di cui all'art. 362 comma 1-*ter* c.p.p., che resta pur sempre ordinatorio. È anzi possibile che la riforma sia in qualche misura controproducente: l'organico delle procure rimane infatti invariato (e sottodimensionato), mentre il carico di lavoro, in modo paradossale, aumenta a causa di tali sopraggiunti adempimenti burocratici. Le due novelle del 2023 sembrano essenzialmente, anche stavolta, “norme manifesto”, utili più come palliativi per soddisfare in maniera effimera l'opinione pubblica, piuttosto che come farmaci per corroborare i diritti fondamentali nel procedimento penale.

4. (SEGUE) AUDIZIONI DELLE PERSONE INFORMATE “FRAGILI” E DOCUMENTAZIONE DEGLI ATTI: ARRIVA LA REGISTRAZIONE AUDIOVISIVA, MA SOLO A METÀ

Il d.lgs. n. 150 del 2022 (c.d. riforma Cartabia), nell'ambito di un complessivo ampliamento delle modalità di documentazione tecnologica (registrazione fonografica e audiovisiva) e attuando la delega contenuta nell'art. 1 comma 8, lett. *a* e *b*, legge n. 134 del 2021, ha introdotto una specifica disciplina per le persone informate “fragili” da sentire in presenza durante le indagini preliminari, più rigorosa rispetto alla normativa generale. Per quanto riguarda invece l'audizione a distanza, l'obbligo di registrazione audiovisiva è generalizzato e quindi valevole anche per le persone informate “fragili” (art. 133-*ter* comma 3, ultimo periodo, c.p.p.).

La riforma ha inserito i commi 3-*ter*, 2-*quater* e 3-*ter*, rispettivamente negli artt. 357, 362 e 391-*ter* c.p.p., ai sensi dei quali le «dichiarazio-

ni della persona minorenni, inferma di mente o in condizioni di particolare vulnerabilità sono documentate integralmente, a pena di inutilizzabilità, con mezzi di riproduzione audiovisiva o fonografica, salvo che si verifichi una contingente indisponibilità di strumenti di riproduzione o di personale tecnico e sussistano particolari ragioni di urgenza che non consentano di rinviare l'atto». La novella è applicabile ai procedimenti per qualsiasi reato, non avendo stabilito limiti oggettivi.

Le norme non parlano di “persone offese”, ma genericamente di “persone”, particolarmente vulnerabili. Di conseguenza, comprendono anche le persone informate sui fatti che non siano titolari del bene giuridico che si assume leso dal reato. Si pone quindi il problema della disciplina da applicare per valutare la particolare vulnerabilità di dichiaranti che non siano al contempo offesi dal reato. Possono operare analogicamente i presupposti sanciti dall'art. 90-*quater* c.p.p., in quanto compatibili³¹.

Non può condividersi l'equiparazione tra la registrazione audiovisiva e quella fonografica: la prima modalità di documentazione è infatti più completa, includendo anche la comunicazione non verbale, che, soprattutto per particolari categorie di dichiaranti (ad esempio minori d'età, soprattutto bambini), rappresenta la parte principale del portato comunicativo e non può essere sostituita da verbalizzazioni riguardanti la gestualità adottata dalla persona, approssimative ed ampiamente soggettive.

L'introduzione espressa dell'inutilizzabilità a presidio delle disposizioni in esame è un passo avanti fondamentale per garantirne l'effettività, se si considera la ritrosia giurisprudenziale ad affermare in via interpretativa l'inutilizzabilità e, più in generale, la discutibile tendenza pretoria a degradare le invalidità in irregolarità, per renderle più controllabili³². Tuttavia, il legislatore tempera la sanzione processuale con diverse eccezioni, in grado di consentire agli operatori ampi margini di manovra: è possibile evitare la documentazione “tecnologicamente rafforzata”, optando dunque

31 V. *amplius* N. PASCUCCI, *Indagini preliminari e registrazione audiovisiva delle dichiarazioni in presenza: un percorso non ancora concluso*, in D. CASTRONUOVO-D. NEGRI (a cura di), *Forme, riforme e valori per la giustizia penale futura. Atti del convegno di Ferrara. Dipartimento di Giurisprudenza, 15-17 dicembre 2022*, Jovene, Napoli, 2023, p. 173. Propone di far riferimento all'art. 90-*quater* c.p.p. anche D. TRIPICIONE, *Atti e udienze a distanza*, in A. BASSI- C. PARODI (a cura di), *La riforma del sistema penale. Commento al d.lgs. 10 ottobre 2022 n. 150 (c.d. Riforma Cartabia)*, in attuazione della legge delega 27 settembre 2021, n. 134, Giuffrè, Milano, 2022, p. 60.

32 Per quest'ultima tendenza, v. le condivisibili osservazioni critiche di O. MAZZA, *Il crepuscolo della legalità processuale al tempo del giusto processo*, in *Studi senesi*, 2017, p. 117 s.; G. GARUTI, *Proposte per la ricostruzione sistematica, del processo accusatorio: la fonte costituzionale*, in *Arch. pen. - Riv. Web*, 2017, 3, p. 12 s.

per quella scritta, qualora si verificano al contempo una «contingente indisponibilità di strumenti di riproduzione o di personale tecnico» e «particolari ragioni di urgenza» che rendano l'atto indifferibile. Per scongiurare l'inutilizzabilità dell'atto, gli operatori devono però motivare nel verbale la sussistenza di tale duplice condizione, non potendo ritenersi sufficiente una giustificazione *ex post*, magari tramite la testimonianza degli agenti o degli ufficiali di polizia giudiziaria intervenuti. Se la giurisprudenza ammettesse una simile prassi, la sanzione verrebbe del tutto privata di effettività, divenendo sistematicamente aggirabile.

Quando l'audizione investigativa dei suddetti dichiaranti "fragili" è effettuata dalla polizia giudiziaria e dal difensore, gli artt. 357 comma 3-*quater* e 391-*ter* comma 3-*quater* c.p.p. prevedono che la trascrizione della riproduzione sia «disposta solo se assolutamente indispensabile». Probabilmente per un difetto di coordinamento, il legislatore non ha disposto nello stesso modo quando ad assumere le informazioni è il pubblico ministero: l'art. 373 comma 2-*quinquies* c.p.p., infatti, rinvia ai commi 2-*bis* e 2-*ter* dello stesso articolo, ma non al comma 2-*quater*. Si potrebbe ritenere che il pubblico ministero possa comunque escludere la trascrizione. Tra l'altro, è la stessa delega legislativa, contenuta nella legge n. 134 del 2021, a prevederne la facoltatività³³.

5. LA TESTIMONIANZA DEL MINORENNE E DELLA PERSONA OFFESA PARTICOLARMENTE VULNERABILE IN INCIDENTE PROBATORIO E IN DIBATTIMENTO: SGUARDO D'INSIEME SU UNA DISCIPLINA CAOTICA

All'esito dell'assunzione di sommarie informazioni o informazioni, la persona informata sui fatti minore d'età dovrà comunque, salvo eccezioni, essere risentita in contraddittorio tra le parti. Si verifica dunque una duplicazione delle potenziali occasioni traumatiche per il dichiarante, aumentando il rischio di vittimizzazione secondaria³⁴.

La sede privilegiata per escutere il dichiarante minorenne non è, quindi, l'audizione unilaterale investigativa, che dovrebbe rimanere limitata ad ipotesi residuali, bensì l'incidente probatorio, che, attuando una

³³ V. *amplius* N. PASCUCCI, *Indagini preliminari e registrazione audiovisiva*, cit., p. 177 s.

³⁴ V. *supra*, § 1.

parentesi giurisdizionale durante le indagini³⁵, consente la formazione della prova in contraddittorio tra le parti utilizzabile in dibattimento e la possibilità per il testimone di essere precocemente estromesso dal circuito giudiziario. In questo caso, la finalità dell'incidente probatorio è duplice: tutelare l'equilibrio psicofisico del dichiarante e preservare la genuinità dell'apporto dichiarativo³⁶. È noto, infatti, che il passaggio del tempo nuoce al ricordo del minore d'età, sia per naturali modifiche del ricordo dovute alla sovrapposizione con nuove esperienze, sia per l'elevata suscettibilità del giovane teste a domande e a comportamenti suggestivi di genitori e conoscenti in relazione agli ipotizzati fatti di reato, idonei a modificarne in modo irreversibile la traccia mnemonica.

Il legislatore ha dunque disciplinato una specifica forma di incidente probatorio, caratterizzato da un accesso "a maglie larghe" e da particolari modalità di ascolto, spesso chiamato incidente probatorio "speciale"³⁷. L'accesso all'istituto, inizialmente riservato dall'art. 392 comma 1-*bis* c.p.p. ai testimoni minori di sedici anni (in seguito minori di diciotto anni) in procedimenti per fattispecie di natura sessuale, è stato via via ampliato sotto i profili oggettivo e soggettivo. Il d.lgs. n. 212 del 2015 lo ha poi esteso a tutte le persone offese in condizione di particolare vulnerabilità chiamate a rendere testimonianza, indipendentemente dal reato per cui si procede. Lo schema operativo del legislatore è sempre lo stesso: non riformula la disciplina, ma aggiunge periodi e commi a quella che già c'è, i quali si sedimentano sulla trama già esistente in modo non sempre organico.

Così, accanto al primo periodo dell'art. 392 comma 1-*bis* c.p.p. – il quale prescrive tuttora che il pubblico ministero e l'indagato possono chiedere di sentire in incidente probatorio il testimone minorenne o la persona offesa maggiorenne in procedimenti per specifici delitti ivi elencati a prescindere dai casi tassativi di non rinviabilità della prova elencati dal comma 1 – è stato aggiunto nel 2015 un ulteriore periodo che estende la disciplina alle persone offese in condizione di particolare vulnerabilità. L'offeso non ha un autonomo potere di domandare l'incidente probatorio speciale, ma può sollecitare il pubblico ministero a presentare richiesta al giudice³⁸.

35 O durante l'udienza preliminare: v. Corte cost. 10 marzo 1994, n. 77.

36 N. PASCUCCI, *La testimonianza della persona offesa minorenne*, cit., p. 35.

37 Corte cost., 27 aprile 2018, n. 92, la quale parla di incidente probatorio "speciale" o "atipico"; in dottrina, v. M.G. COPPETTA, *Il contributo dichiarativo del minorenne nell'incidente probatorio*, in C. CESARI (a cura di), *Il minorenne fonte di prova*, cit., p. 157 s., spec. nota 5.

38 Questa soluzione normativa è stata ritenuta legittima da Corte giust., 21 dicembre 2011, proc. X c. Italia, che l'ha considerata conforme all'allora vigente decisione quadro 2001/220/GAI, e in

Ci si chiede se l'espressione «al di fuori delle ipotesi previste dal comma 1» implichi la possibilità di accedere all'incidente probatorio speciale anche in assenza di cause di non rinviabilità³⁹, soluzione spesso accolta dalla giurisprudenza⁴⁰, o se occorra comunque individuare una condizione che rende l'atto indifferibile, anche se non inclusa tra quelle del comma 1 dell'art. 392 c.p.p.⁴¹. Ragioni sistematiche fanno propendere per la seconda soluzione: l'art. 393 comma 1 lett. c e comma 3 c.p.p., valevole per tutti i casi di incidente probatorio, prescrive di indicare nella relativa richiesta, a pena di inammissibilità, le circostanze che rendono la prova non rinviabile al dibattimento. Inoltre, sotto il profilo teleologico, occorre tener presente che l'incidente probatorio è un'eccezione rispetto all'assunzione della prova in dibattimento, la cui centralità sta a fondamento del nostro sistema processuale tendenzialmente accusatorio, cosicché anticipare l'assunzione della prova in fase d'indagini senza reali situazioni di urgenza

primis al suo art. 8 § 4, in base al quale «ove sia necessario proteggere le vittime, in particolare le più vulnerabili, dalle conseguenze della loro deposizione in udienza pubblica, ciascuno Stato membro garantisce alla vittima la facoltà, in base a una decisione del giudice, di rendere testimonianza in condizioni che consentano di conseguire tale obiettivo e che siano compatibili con i principi fondamentali del proprio ordinamento». Secondo la Corte, le prerogative della pubblica accusa sono annoverabili tra i principi fondamentali del nostro ordinamento.

39 L. CAMALDO, *La testimonianza dei minori nel processo penale: nuove modalità di assunzione e criteri giurisprudenziali di valutazione*, in *Ind. pen.*, 2000, p. 176; P. RENON, *L'incidente probatorio nel procedimento penale. Tra riforme ordinarie e riforme costituzionali*, Cedam, Padova, 2000, p. 88, 91 ss.; F. TRIBISONNA, *L'ascolto del minore testimone o vittima del reato nel procedimento penale. Il difficile bilanciamento tra esigenze di acquisizione della prova e garanzie di tutela della giovane età*, Wolters Kluwer - Cedam, Milanofiori Assago, 2017, p. 256 s.

40 I giudici nomofilattici hanno infatti dichiarato abnorme, con conseguente possibilità di ricorso in cassazione, l'ordinanza di rigetto della richiesta di incidente probatorio speciale fondata sulla rinviabilità dell'escussione, emanata dal giudice per le indagini preliminari. In questa occasione, la Cassazione ha affermato che il giudice potrebbe rigettare l'istanza solo per motivi formali (legittimazione, assenza della condizione di particolare vulnerabilità, ecc.): Cass. pen., sez. III, 16 maggio 2019 (dep. 26 luglio 2019), n. 34091, in *Sistema penale*, 8 gennaio 2020, con nota critica di C. ARDIGÒ, *L'incidente probatorio per l'ascolto della vittima vulnerabile: automatismi*. Un altro orientamento, pur non considerando abnorme la decisione di rigetto dell'incidente probatorio speciale del giudice per le indagini preliminari, giunge a conclusioni di principio in parte simili, affermando che «la deroga introdotta» dall'art. 392 comma 1-bis c.p.p. alla «disciplina generale dell'ammissione dell'incidente probatorio» riguarda soltanto l'«irrilevanza in tale fattispecie del presupposto della non rinviabilità della prova al dibattimento e non già» gli «ulteriori profili della delibazione richiesta al giudice», al quale è affidato un «potere discrezionale di bilanciamento dei contrastanti interessi legati, da un lato, alle esigenze di tutela della vittima e, dall'altro, alle garanzie processuali del diritto di difesa dell'imputato»: Cass. pen., sez. VI, 6 marzo 2024 (dep. 2 maggio 2024), n. 17521, in *Arch. pen. - Riv. Web*, 2024, 2, con nota di R. ROCCO, *L'incidente probatorio atipico e l'inarrestabile querelle in ordine al provvedimento reiettivo del Giudice per le indagini preliminari*.

41 L. IAFISCO, *Commento all'art. 13 l. 3/8/1998 N. 269 (norme anti-pedofilia)*, in *Leg. pen.*, 1999, p. 137 s.; G. PIZIALI, *Reati contro la libertà sessuale (aspetti processuali)*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, p. 198 ss.

significherebbe capovolgere il rapporto regola-eccezione alla base dell'incidente probatorio⁴².

Una caratteristica peculiare dell'incidente probatorio speciale, concepita in previsione di un'uscita definitiva del dichiarante dal processo e della conseguente necessità di instaurare fin da subito un contraddittorio il più possibile completo, è la *discovery* totale degli atti d'indagine: quando il pubblico ministero formula richiesta *ex art.* 392 comma 1-*bis* c.p.p., egli deve altresì depositare tutti gli atti investigativi svolti e non soltanto, come accade nell'incidente probatorio ordinario, le precedenti dichiarazioni rese dal testimone (art. 393 comma 2-*bis* c.p.p.). La norma si coordina con l'art. 190-*bis* comma 1-*bis* c.p.p., che impedisce di regola una seconda escussione della persona offesa particolarmente vulnerabile (e del testimone minorenni, anche non offeso dal reato, in procedimenti per specifici delitti ivi elencati), a meno che l'esame riguardi «fatti o circostanze diversi» o sia ritenuto «necessario sulla base di specifiche esigenze»⁴³. È controverso se, in caso di incidente probatorio speciale chiesto dall'indagato, occorra la *discovery* totale. Secondo parte della dottrina non è necessaria, perché, in caso contrario, si sarebbe dovuto prevedere anche un termine entro cui il pubblico ministero avrebbe dovuto depositare gli atti d'indagine⁴⁴. Secondo altri occorre invece effettuare ugualmente la *discovery* totale⁴⁵. In prospettiva di riforma sarebbe comunque auspicabile una precisazione legislativa, in modo da rendere in ogni caso obbligatorio l'integrale deposito degli atti investigativi.

Quanto alle modalità dell'incidente probatorio speciale (che, come si vedrà, coincidono con quelle del dibattimento), i commi 5-*bis* ss. dell'art. 398 c.p.p. contengono una serie di disposizioni, anch'esse affastellate nel tempo con incongruenze interne e disordinati rinvii ad altre norme: le più datate riguardano i minorenni in procedimenti per reati di natura sessuale e assimilati, mentre le più recenti concernono le persone offese in condizione di particolare vulnerabilità.

42 Per maggiori ragguagli, v. N. PASCUCI, *La testimonianza della persona offesa minorenne*, cit., p. 128 s.

43 Fin da prima della sua estensione a tutte le persone offese particolarmente vulnerabili, la dottrina ha esposto condivisibili dubbi di legittimità costituzionale: per tutti, v. P. FERRUA, *Carenze ed eccessi di garanzia nel diritto di difesa dell'imputato*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 543 s.; D. CHINNICI, *L'immediatezza nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 78 ss.; F.R. DINACCI, *L'art. 190-bis c.p.p.: «controriforma» del diritto probatorio*, in *Arch. pen. - Riv. Web*, 2014, 3, *passim*.

44 G. PIZIALI, *Reati contro la libertà sessuale*, cit., p. 203. V. anche P. RENON, *L'incidente probatorio*, cit., p. 259; S. SAU, *L'incidente probatorio*, Cedam, Padova, 2001, p. 224.

45 L. IAFISCO, *Commento all'art. 13*, p. 139 s.

Tra l'altro, si notano importanti differenze tra i beneficiari dell'art. 392 comma 1-*bis* c.p.p. e quelli dell'art. 398 comma 5-*bis* c.p.p.: la prima disposizione si rivolge soltanto ai testimoni, mentre la seconda agli "interessati" ad assumere la prova, con un potenziale ampliamento a tutti i mezzi di prova, perizie comprese. Ciò comporta un disallineamento della disciplina dell'incidente probatorio speciale per assumere le prove diverse dalla testimonianza. Frequente è l'ipotesi della perizia sull'idoneità a testimoniare del minorenni, che spesso precede la testimonianza del medesimo⁴⁶: per disporre l'incidente probatorio, nel primo caso è necessaria la presenza di una delle condizioni di non rinviabilità dell'art. 392 comma 1 c.p.p. (nel caso di specie, ad esempio, quella di cui alla lett. *f*: la perizia avente ad oggetto una persona «il cui stato è soggetto a modificazione non evitabile»), mentre nel secondo è sufficiente una qualsiasi causa di non rinviabilità o addirittura, ad avviso della giurisprudenza e di parte della dottrina, non è richiesta alcuna situazione di indifferibilità⁴⁷.

Ai sensi dell'art. 398 comma 5-*quater* c.p.p., introdotto nel 2015, quando occorre esaminare una persona offesa particolarmente vulnerabile, si applicano le previsioni dell'art. 498 comma 4-*quater* c.p.p., che a sua volta disciplina l'esame dibattimentale di tale soggetto. In base a quest'ultimo comma, il giudice, previa richiesta della persona offesa stessa o del suo difensore, adotta «modalità protette» di esame⁴⁸. Il concetto di «modalità protette», però, non è definito dal legislatore ed è quindi suscettibile di contenere potenzialmente una vasta gamma di deviazioni dal modello *standard* di esame incrociato, delineato dall'art. 498 commi 1-3 c.p.p. Nel silenzio legislativo, è ragionevole ricondurre tale nozione a quella di "luogo, tempo e modalità particolari" di svolgimento dell'esame, dettati per i dichiaranti minorenni e per i maggiorenni infermi di mente⁴⁹ dall'art. 398 comma

46 La Carta di Noto ritiene ad esempio che, per i minori di dodici anni, tale perizia vada sempre disposta.

47 Sul punto, v. M.G. COPPETTA, *Il contributo dichiarativo del minorenni*, cit., p. 165 ss.

48 Un primo ampliamento delle tutele dettate dall'art. 398 comma 5-*bis* c.p.p. a soggetti diversi dai minorenni è avvenuto con l'introduzione del comma 5-*ter* nell'art. 398 c.p.p. ad opera del d.lgs. n. 24/2014. Ai sensi di tale disposizione, il giudice, previa domanda di parte, applica le norme del comma antecedente «quando fra le persone interessate all'assunzione della prova vi siano maggiorenni in condizione di particolare vulnerabilità, desunta anche dal tipo di reato per cui si procede». L'art. 398 comma 5-*ter* c.p.p., estendendo a dismisura i benefici dell'art. 398 comma 5-*bis* c.p.p. ad una categoria più ampia di quella desumibile dalla direttiva 2012/29/UE, dai contorni indefiniti e non destinataria della tutela rafforzata ex art. 31 comma 2 Cost., suscita fondati timori di legittimità costituzionale artt. 24 e 111 comma 4 Cost.: v. N. PASCUCCI, *La testimonianza della persona offesa minorenni*, cit., p. 151 s.

49 L'inclusione dei maggiori d'età infermi di mente si deve a Corte cost. 29 gennaio 2005, n. 63.

5-bis c.p.p., già da prima del d.lgs. n. 212 del 2015⁵⁰.

L'art. 398 comma 5-bis c.p.p. detta una gerarchia di luoghi particolari, anche diversi dal tribunale: *in primis* eventuali «strutture specializzate di assistenza» (da intendersi non su tutto il territorio nazionale, ma nel circondario in cui ha sede il giudice⁵¹) e, in difetto, l'abitazione del minorene⁵². La legge nulla specifica in ordine al tempo di svolgimento dell'esame. In caso di escussione in tribunale, si possono ad esempio ipotizzare esami in fasce orarie diverse da quelle di maggior afflusso negli uffici giudiziari, per evitare il contatto con una moltitudine di altre persone, potenzialmente traumatizzante. Quanto alle «modalità particolari», si può far riferimento alla disciplina dibattimentale sui testimoni minorenni dei commi 4, 4-bis e 4-ter dell'art. 498 c.p.p. (c.d. "esame attutito", "esame protetto", "esame schermato"), anche in ragione del rinvio incrociato tra la normativa dell'incidente probatorio e quella del dibattimento. L'art. 498 comma 4-bis c.p.p. prevede infatti che, qualora il giudice lo ritenga necessario, si applicano le modalità dell'art. 398 comma 5-bis c.p.p., sancite per l'incidente probatorio. Di converso, l'art. 401 comma 5 c.p.p. prescrive che in incidente probatorio operino le forme stabilite per il dibattimento, compresi, quindi, gli artt. 498 commi 4 ss. c.p.p.

6. (SEGUE) L'ESAME ATTUTITO, PROTETTO E SCHERMATO COME MODALITÀ PROTETTE. IL PROBLEMATICO UTILIZZO DI TECNOLOGIE PER L'ESAME A DISTANZA

L'"esame attutito", disciplinato per la testimonianza del minorene dall'art. 498 comma 4 c.p.p.⁵³ e, come osservato, estensibile all'occorrenza ai testimoni-persone offese particolarmente vulnerabili, prevede che il giudice,

50 Per la coincidenza tra le "modalità protette" e le "modalità particolari", v. anche G. PAVICH, *Le novità del decreto legge sulla violenza di genere: cosa cambia per i reati con vittime vulnerabili*, in *Dir. pen. cont.*, 24 settembre 2013, p. 15.

51 C. GABRIELLI, *La disciplina dell'esame del minore in incidente probatorio regge alle censure di incostituzionalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 965 s.

52 A tal proposito, v. Corte cost., 27 aprile 2018, n. 92, che ha reputato legittimo il comma *de quo* nella parte in cui non prevede, in assenza dell'urgenza di cui all'art. 398 comma 5 c.p.p., la possibilità di delegare il giudice del circondario di residenza del minorene. Secondo la Corte, la legge già tutela adeguatamente il minore d'età e, del resto, l'esame su fatti scabrosi è sempre causa di un disagio, più o meno grande.

53 La Corte costituzionale ha espressamente ampliato l'operatività della norma ai testimoni maggiorenni infermi di mente: Corte cost. 30 luglio 1997, n. 283.

«su domande e contestazioni proposte dalle parti», conduca direttamente l'esame. Il giudice può avvalersi dell'ausilio di un familiare o di un esperto in psicologia infantile: il primo può offrire un contributo affettivo ma va interpellato in maniera molto selettiva, possedendo elevate capacità suggestive verso il dichiarante⁵⁴; il secondo, invece, è in grado di fornire un contributo tecnico. Nel silenzio codicistico, è controversa l'ampiezza dell'ausilio fornito dall'esperto: secondo alcuni potrebbe solamente assistere il giudice senza sostituirsi a quest'ultimo⁵⁵, mentre, secondo un più ampio e condivisibile orientamento, in casi particolarmente complessi sotto il profilo psicologico potrebbe porre lui stesso le domande, ferma restando la stretta sorveglianza giudiziale⁵⁶. Il giudice, dopo aver sentito le parti, se ritiene che l'esame possa proseguire nelle forme ordinarie senza nuocere alla «serenità del teste» minore d'età, dispone la prosecuzione dell'esame incrociato ai sensi dei commi 1-3 dell'art. 498 c.p.p., mediante ordinanza, per sua natura revocabile in un momento successivo. Questa tipologia di escussione diminuisce la traumaticità dell'esame, rendendo i suoi tempi meno pressanti⁵⁷.

Per le ipotesi in cui l'esame attutito non sia sufficiente, il legislatore ha delineato con l'art. 498 comma 4-*bis* c.p.p. un'ulteriore forma di tutela, che può aggiungersi alla prima: l'«esame protetto». L'accennato rinvio reciproco tra incidente probatorio e dibattimento rende però la disciplina tautologica, a conferma della scarsa ponderazione con cui il legislatore è intervenuto in materia: nel cercare in dibattimento, ai sensi del rinvio di cui all'art. 401 comma 5 c.p.p., una definizione delle «modalità particolari» dell'esame da espletare in incidente probatorio ex art. 398 comma 5-*bis* c.p.p., si finisce per trovarsi di fronte a un paradossale rinvio «all'indietro» nell'art. 498 comma 4-*bis* c.p.p., il quale rimanda all'incidente probatorio e, nello specifico, proprio all'art. 398 comma 5-*bis* c.p.p.⁵⁸. Nondimeno,

54 Al riguardo, v. O. MAZZA, *Il contraddittorio impedito di fronte ai testimoni vulnerabili*, in ID., *Tradimenti di un codice. La Procedura penale a trent'anni dalla grande riforma*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 89; G. CAMERINI-M. PINGITORE-G. LOPEZ, *L'audizione protetta della vittima vulnerabile nei casi di violenza sessuale*, in *ilpenalista.it*, 4 maggio 2016, che sono contrari all'ausilio del familiare.

55 O. MAZZA, *Il contraddittorio impedito*, cit., p. 88, secondo cui «l'escussione del testimone condotta dall'esperto è (...) una prova *contra legem*, o meglio vietata dalla legge (infrangendo un divieto implicito) e, come tale, inutilizzabile».

56 Cass. pen., sez. VI, 11 dicembre 2001 (dep. 25 marzo 2002), n. 11972, in *Guida dir.*, 2002, 23, p. 57. Sul punto, v. *amplius* N. PASCUCI, *La testimonianza della persona offesa minorenni*, cit., p. 173 s.

57 C. CESARI, *La "campana di vetro"*, cit., p. 270 s.

58 Con specifico riguardo alla disciplina sulla testimonianza del minorenne, già presente prima del d.lgs. n. 212/2015, questo rinvio incrociato determina seri problemi ermeneutici, a causa dei diversi

per “esame protetto” non deve intendersi una predefinita modalità di escusione, ma un insieme variabile di tutele, da calibrare sulle condizioni concrete del testimone “fragile”.

Tra le tipologie di esame protetto sviluppatesi negli ultimi anni in ragione dello sviluppo tecnologico può annoverarsi l’esame a distanza, già contemplato dall’art. 36 § 2 Convenzione di Lanzarote e oggetto di disciplina generale a seguito della Riforma Cartabia. Questa modalità va tuttavia utilizzata con grande cautela, soprattutto in relazione a persone offese particolarmente vulnerabili e, in modo ancor più particolare, ai testimoni minori d’età (siano o meno persone offese). Con l’esame a distanza, che non riproduce mai un’immagine completa e tridimensionale come quella dal vivo, si rischia infatti di perdere buona parte della comunicazione non verbale (CNV): importantissima sia negli adulti che nei bambini, la CNV diviene in questi ultimi addirittura imprescindibile, a causa delle loro limitate modalità espressive. Ciò vale, a maggior ragione, in procedimenti che hanno ad oggetto temi sessuali, per l’imbarazzo di fronte al racconto di determinati fatti, che spinge il bambino (ma anche l’adulto) ad un maggior utilizzo della gestualità. In generale si stima che il linguaggio non verbale rappresenti il 70% di tutto il portato comunicativo, con punte del 90%⁵⁹. Oggi tra l’altro, come accennato, l’esame a distanza è stato esteso dalla Riforma Cartabia in maniera molto ampia e pericolosa: ai sensi dell’art. 496 comma 2-bis c.p.p., il giudice, previo consenso delle parti, può disporre l’esame a distanza di testimoni, periti, consulenti, parti private⁶⁰. In ogni caso, questo consenso delle parti potrebbe essere disatteso dal giudice quando il testimone è un minorenne o una persona offesa particolarmente vulnerabile, proprio perché le «modalità particolari» cui si riferisce l’art. 398 comma 5-bis c.p.p., tra cui può annoverarsi anche l’esame a distanza, non sono subordinate al consenso delle parti, ma soltanto a una valutazione di opportunità del giudice.

Una specifica declinazione dell’esame protetto è quello “schermato”, cioè con l’ausilio di un vetro specchio munito di impianto citofonico. Il vetro divide la sala in due spazi distinti: da una parte si colloca il testimone, assieme al giudice (o a un membro del collegio) ed eventualmente

presupposti applicativi dell’art. 398 comma 5-bis c.p.p. e dell’art. 498 comma 4-bis c.p.p. Sul punto, v. *amplius* M.G. COPPETTA, *Il contributo dichiarativo del minorenne*, cit., p. 188 ss.

59 L. DE CATALDO NEUBURGER, *Esame e controesame*, cit., p. 377 s.

60 Per tutti, v. D. NEGRI, *Atti e udienze “a distanza”: risvolti inquisitori di una transizione maldestra alla giustizia digitale*, in D. CASTRONUOVO - M. DONINI - E.M. MANCUSO - G. VARRASO (a cura di), *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, Wolters Kluwer - Cedam, Milano, 2023, p. 449 ss.

allo psicologo, mentre dall'altra si pongono tutti i restanti soggetti, tra cui l'indagato/imputato e i difensori. Il vetro specchio è unidirezionale, perché consente ai secondi di vedere i primi, ma non l'inverso. In questo modo, il dichiarante non subisce le intimidazioni derivanti dalla presenza delle persone al di là del vetro. L'istituto è specificamente disciplinato dall'art. 498 comma 4-ter c.p.p., in base al quale, in procedimenti per delitti di natura sessuale *et similia* ivi elencati, il giudice deve disporre l'uso di questa modalità quando la vittima del reato o il suo difensore la richiedono. Al di fuori delle ipotesi indicate in tale comma, è il giudice a decidere se la persona offesa in condizione di particolare vulnerabilità o il testimone minorenne non offeso dal reato ne abbiano effettivamente bisogno⁶¹. Un orientamento giurisprudenziale ritiene legittimo che il giudice imponga alle parti di formulare le domande nell'esame "schermato" solo per iscritto⁶². L'orientamento *de quo* pare discutibile, perché limita in modo eccessivamente rigido l'utilizzo di uno strumento tecnico – il citofono – previsto dalla legge e comunque deputato alle comunicazioni tra le due parti della stanza. Un conto, infatti, è limitarne il più possibile l'uso, un altro è precluderne del tutto la fruizione, impedendo ulteriori domande e contestazioni. In tal modo si erode in maniera estremamente pervasiva il contraddittorio nella formazione della prova.

In definitiva, gli esami attutito, protetto e schermato delineano un sistema di tutele per il dichiarante "fragile" (persona offesa particolarmente vulnerabile e testimone minore d'età non offeso dal reato) eventualmente cumulabili tra loro, da calibrare sulle sue specificità personali e fruibili sia in incidente probatorio che in dibattimento. Il giudice deve decidere le modalità da adottare tenendo in costante considerazione il duplice scopo della disciplina: la protezione dell'equilibrio psicofisico del testimone "debole" e l'acquisizione di un contributo dichiarativo genuino.

61 C. CESARI, *La "campana di vetro"*, cit., p. 313 ss.

62 Cass. pen., sez. III, 15 luglio 2022 (dep. 7 settembre 2022), n. 32865, in *C.E.D. Cass.*, n. 283416, che riguarda la testimonianza di una persona offesa minore d'età in un procedimento per violenza sessuale.

7. (SEGUE) TECNOLOGIE DI DOCUMENTAZIONE IN DIBATTIMENTO E IN INCIDENTE PROBATORIO PER I TESTIMONI PARTICOLARMENTE VULNERABILI: DALLA RIFORMA CARTABIA PIÙ DUBBI CHE CERTEZZE

In base alla Riforma Cartabia, la registrazione audiovisiva delle dichiarazioni dibattimentali è obbligatoria per l'esame di tutti i testimoni, compresi quelli maggiorenni e non "particolarmente vulnerabili", nonché per l'escussione di periti, consulenti tecnici, parti private, imputati *ex art.* 210 c.p.p. e per ricognizioni e confronti (*art.* 510 comma 2-*bis* c.p.p.). In caso di videoregistrazione, però, la legge fa venir meno dell'obbligo di rinnovazione istruttoria per mutamento del giudice, in base al combinato disposto degli artt. 495 comma 4-*ter*, 510 comma 2-*bis* e 525 comma 2 c.p.p. Di conseguenza, ben si comprende che la finalità principale dell'intervento non è compiere un passo avanti decisivo per la documentazione degli atti, ma semmai allinearsi alle discutibili posizioni della Corte costituzionale sulla rinnovazione istruttoria per mutamento del giudice, volte a privilegiare l'efficienza processuale⁶³. Essa aveva a suo tempo indicato al legislatore la possibilità di superare il principio di immutabilità del giudice *ex art.* 525 comma 2 c.p.p. in presenza di non ben definibili «meccanismi "compensativi"», tra cui appunto la registrazione audiovisiva⁶⁴.

In particolare, gli artt. 495 comma 4-*ter* e 510 comma 2-*bis* c.p.p. prevedono l'obbligo di registrazione audiovisiva per documentare le dichiarazioni dei testimoni, specificando che, in mancanza, la parte che vi ha interesse ha diritto ad ottenere un nuovo esame del teste in caso di mutamento del giudice. Nell'ipotesi di videoregistrazione, invece, viene meno tale diritto ad una seconda escussione, ma il giudice può comunque risentire il dichiarante, se necessario in base a «specifiche esigenze». La medesima disciplina dovrebbe valere anche per l'incidente probatorio ordinario, in virtù dell'*art.* 401 comma 5 c.p.p.⁶⁵.

63 Corte cost., 29 maggio 2019, n. 132. V. altresì, a distanza di un solo giorno dalla pronuncia della Corte costituzionale, Cass. pen., sez. un., 30 maggio 2019 (dep. 10 ottobre 2019), n. 41736, Bajrami Klevis, in *Guida dir.*, 2019, n. 44, p. 93 e 95, e *ivi*, n. 46, p. 64 ss.

64 Per condivisibili osservazioni critiche, v. ad esempio P. FERRUA, *Il sacrificio dell'oralità nel nome della ragionevole durata: i gratuiti suggerimenti della Corte costituzionale al legislatore*, in *Arch. pen. - Riv. Web*, 2019, 2, *passim*.

65 In merito all'applicabilità dell'*art.* 510 comma 2-*bis* c.p.p. all'incidente probatorio, in virtù del rinvio contenuto nell'*art.* 401 comma 5 c.p.p., v. E. GUIDO, *Vittima del reato e tutela processuale a due facce*, in *Arch. pen. - Riv. Web*, 2023, 2, p. 21.

A seguito della novella del 2022, sorgono, però, gravi problemi di coordinamento con le meno garantite modalità di documentazione previste per l'incidente probatorio speciale dall'art. 398 comma 5-*bis* c.p.p., capaci potenzialmente di riflettersi anche sul dibattimento in conseguenza del rinvio contenuto nell'art. 498 comma 4-*bis* c.p.p.

L'art. 398 comma 5-*bis* c.p.p., dettato per l'incidente probatorio, prevede che, in caso di dichiaranti minorenni in procedimenti per reati sessuali, le dichiarazioni vadano sottoposte a registrazione fonografica o audiovisiva, oppure, in difetto, siano documentate mediante perizia o consulenza tecnica⁶⁶. La norma è applicabile anche ai dichiaranti (perlomeno alle persone offese) particolarmente vulnerabili, ai sensi dei commi 5-*ter* e 5-*quater* dello stesso articolo⁶⁷.

Inoltre, l'art. 498 comma 4-*bis* c.p.p. prescrive, se il giudice dibattimentale lo ritiene necessario, l'utilizzo delle modalità dell'art. 398 comma 5-*bis* c.p.p. Si potrebbe allora affermare che i meno stringenti sistemi di documentazione dell'art. 398 comma 5-*bis* c.p.p. possano operare anche per l'esame dei dichiaranti "fragili" in dibattimento. Si deve tuttavia ritenere che il vaglio di necessità stabilito dall'art. 498 comma 4-*bis* c.p.p. renda inapplicabili in quest'ultima fase le norme dell'art. 398 comma 5-*bis* c.p.p. che considerano sufficiente la registrazione fonografica (o i sistemi ancor meno garantiti, previsti in subordine), già esistendo una normativa dettata dal predetto art. 510 comma 2-*bis* c.p.p., che trova quindi esclusiva applicazione in sede dibattimentale. Tale norma garantisce, tra l'altro, una documentazione più fedele e dettagliata, risultando perciò più favorevole sia per le finalità accertative del processo, sia per le esigenze difensive.

La riproduzione fonografica dell'art. 398 comma 5-*bis* c.p.p., rimasto inalterato anche dopo la riforma Cartabia, sembra tuttavia dover operare in incidente probatorio per i soggetti "deboli" ivi contemplati, in virtù del principio di specialità. Il livello, dunque, si abbassa proprio per quei soggetti che avrebbero maggiore bisogno di modalità maggiormente particolareggiate. Sorgono, quindi, seri dubbi di legittimità costituzionale della previsione, sia ai sensi degli artt. 3 e 24 comma 2 Cost., sia, più in generale, sotto il profilo della finalità accertativa del processo.

66 La previsione risulta imprecisa, riferendosi all'interrogatorio in luogo della testimonianza, nonché alla consulenza tecnica, che costituisce un atto d'indagine: M.G. COPPETTA, *Il contributo dichiarativo del minorenne*, cit., p. 191, note 118, 119; P. RENON, *L'incidente probatorio*, cit., p. 245 s.

67 Sui dubbi di legittimità costituzionale dell'art. 398 comma 5-*ter* c.p.p., nella parte in cui si riferisce a tutti gli "interessati all'assunzione della prova" particolarmente vulnerabili anziché alle sole persone offese, v. *supra*, nota 48.

Tra l'altro, in presenza di una mera fonoregistrazione in sede incidentale, potrebbe risultare vanificato uno dei principali scopi dell'incidente probatorio speciale, cioè quello di far uscire prima possibile il teste "fragile" dal circuito giudiziario. Si può infatti sostenere, in assenza di videoregistrazione, il diritto delle parti a chiedere una nuova escussione in dibattimento. Tale diritto non si basa sull'art. 495 comma 4-ter c.p.p., il quale si riferisce al solo esame non videoregistrato reso «nel medesimo dibattimento», espressione che lascia fuori dal suo perimetro il precedente ascolto in incidente probatorio. Il diritto *de quo* si fonda invece sull'art. 190-bis c.p.p., poiché il divieto di un secondo esame in incidente probatorio o in dibattimento – sancito da tale articolo per alcune categorie di dichiaranti, tra cui i testimoni minorenni in determinati procedimenti e le persone offese particolarmente vulnerabili – non opera quando il testimone va risentito su «fatti o circostanze diversi» oppure «se il giudice o taluna delle parti lo ritengono necessario sulla base di specifiche esigenze». Ebbene, la necessità di ottenere una documentazione con modalità più fedeli rispetto a quelle tradizionali pare proprio una "specifica esigenza", soprattutto considerando le peculiarità di tali fonti di prova e alla luce del nuovo art. 510 comma 2-bis c.p.p., che generalizza la registrazione audiovisiva. Tra l'altro, mentre l'art. 495 comma 4-ter c.p.p. attribuisce solo al giudice il potere di valutare quali siano le «specifiche esigenze» idonee a giustificare il nuovo esame, l'art. 190-bis c.p.p. lo conferisce anche alle parti, le quali, salvo le ipotesi di manifesta pretestuosità della richiesta, hanno quindi il diritto a vedersi accolta la domanda⁶⁸.

8. BILANCI E PROSPETTIVE

Tirando le somme, la normativa italiana sulla testimonianza del minorenne e della persona offesa particolarmente vulnerabile presenta diffuse criticità. Del resto, le riforme adottate sull'onda dell'emotività o finalizzate ad un poco ponderato adeguamento alle normative sopranazionali sono spesso prive di visione sistematica e risultano di regola destinate a incrementare i problemi di coordinamento e interpretativi.

Sembra che i numerosi interventi normativi mirino più a soddisfare in modo estemporaneo le aspettative dell'opinione pubblica o ad adeguar-

68 Tuttavia, parte della giurisprudenza, in contrasto con la *littera legis*, limita discutibilmente tale diritto, consegnando il potere valutativo nelle mani del solo giudice: Cass. pen., sez. V, 30 novembre 2011 (dep. 26 marzo 2012), n. 11616, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2012, p. 402.

si formalmente agli obblighi sopranazionali che a risolvere i problemi di fondo della disciplina. Si può dire che il legislatore sia ancora lontano dal delineare una normativa organica sui dichiaranti particolarmente vulnerabili nel procedimento penale. Anzi, ogni riforma sembra allontanare dall'obiettivo: l'assenza di una visione complessiva della materia e la stratificazione di articoli, commi e periodi, che si aggiungono ai precedenti, spesso senza modificarli e coordinarli, crea sempre meno coerenza sistematica. Tra l'altro, la materia è delicata, richiedendo la capacità di destreggiarsi sapientemente per ridurre al minimo sia il rischio di compromettere irrimediabilmente l'attendibilità del contributo conoscitivo che quello di traumatizzare il dichiarante. Sono stati di recente effettuati passi avanti in materia di documentazione dei contributi dichiarativi, a seguito della c.d. Riforma Cartabia. Tuttavia, anche in questo caso, come si è visto, non mancano problemi e incongruenze che rischiano di rendere ancor meno chiara la normativa e che si prestano ad interpretazioni elusive o comunque in grado di ridurre l'effettività. L'auspicio è che il legislatore ripensi totalmente la materia, riformulando la disciplina in maniera pressoché totale⁶⁹.

69 Per alcune proposte di riforma sulla testimonianza del minorenni e, in generale, della persona offesa particolarmente vulnerabile, v., già da prima del d.lgs. n. 150 del 2022, N. PASCUCCI, *La testimonianza della persona offesa minorenne*, cit., p. 279 ss.

LA VITTIMA VULNERABILE NEI REATI DI CUI AL “CODICE ROSSO”. FORME DI TUTELA SOSTANZIALE E PROCESSUALE

Cecilia Ascani

Università degli Studi di Urbino Carlo Bo

La vera misura di una società
si trova nel modo in cui
tratta i suoi membri più vulnerabili.
Mahatma Gandhi

1. PREMESSA

Il concetto di vittima vulnerabile nell’ordinamento penale è il prodotto di una riflessione più ampia sulla posizione della persona offesa dal reato¹, la quale ha permesso, da ultimo, di affermare che non si possa parlare di una sola specie di persona offesa alla quale conferire diritti e facoltà. Le modifiche legislative apportate dal codice Rocco a oggi hanno, piuttosto, evidenziato una molteplicità di tipologie di persone offese con conseguente attribuzione di diversificate tutele formali e sostanziali.

In questo quadro variegato si è andato diffondendo il concetto di vittima vulnerabile la cui definizione codicistica si rinviene all’art. 90 c.p.p. sulla base di parametri eterogenei ed alternativi.

Il presente lavoro mira a esplorare le possibili tutele sostanziali e processuali previste a favore delle vittime vulnerabili, ponendo lo sguardo verso la *species* delle persone offese da reati di violenza domestica e di genere, così come previsto dalla Legge del 19 luglio 2019, n. 69 recante «Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposi-

1 Sulla definizione di persona offesa quale «titolare dell’interesse specificamente tutelato dalla norma incriminatrice», «la cui lesione ed esposizione al pericolo costituisce l’essenza stessa del reato» si veda M. ROMANO, sub *art. 120 c.p.*, in M. ROMANO-G. GRASSO (a cura di), *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2012, p. 298 ss.

zioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere», nonché dalle altre disposizioni nazionali e sovranazionali che si sono occupate della materia.

2. CHI È LA VITTIMA VULNERABILE

Per quel che concerne la specifica ipotesi di vittima di violenza di genere, una prima definizione viene offerta dalla Convenzione sulla prevenzione e la lotta contro la violenza domestica, elaborata a Istanbul l'11 maggio 2011². All'art. 3 viene, infatti, enunciato: per "vittima" si intende qualsiasi persona fisica che subisca «una violazione dei diritti umani e una forma di discriminazione contro le donne comprendenti tutti gli atti di violenza fondata sul genere» che causino o possano causare «danni o sofferenze di natura fisica, sessuale, psicologica o economica», oppure venga offesa da atti di «violenza domestica», ossia «atti di violenza fisica sessuale, psicologica o economica», originati «all'interno della famiglia o del nucleo familiare».

Altra fonte definitoria è rinvenibile nel diritto dell'Unione mediante la direttiva 2011/99/UE del 13 dicembre 2011³ che, al *Considerando* n. 9, in merito all'ordine di protezione europeo, individua come vittima chiun-

2 La Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica è stata approvata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 7 aprile 2011 e aperta alla firma l'11 maggio 2011 a Istanbul, questa costituisce il trattato internazionale contro la violenza sulle donne e la violenza domestica. Il documento si propone di prevenire la violenza, favorire la protezione delle vittime e impedire l'impunità dei colpevoli. È stato firmato da 45 Stati e il 12 marzo 2012 la Turchia è diventata il primo Paese a ratificare la Convenzione. Il Senato italiano ha votato il documento con 274 voti favorevoli e un solo astenuto il 19 giugno 2013, dopo l'approvazione unanime del testo alla Camera. Il 20 marzo 2021, nove anni dopo la ratifica, la Turchia ha revocato la propria partecipazione alla convenzione, mediante un decreto firmato dal presidente Erdoğan.

3 L'ordine di protezione europeo consente di estendere a un altro Stato membro la protezione che lo Stato di emissione dell'ordine assicura a una persona nei confronti di atti di rilevanza penale di un'altra persona, che siano tali da metterne in pericolo la vita, l'integrità fisica o psichica, la dignità, la libertà personale o l'integrità sessuale (art. 1 direttiva 2011/99/UE). Tale ordine può essere emesso qualora la persona che beneficia della protezione decida di risiedere (ovvero risieda già) o di soggiornare (ovvero soggiorni già) in un altro Stato membro (art. 6 § 1 direttiva 2011/99/UE). La base giuridica della direttiva è l'art. 82 § 1 lett. a e d, in base al quale «[l]a cooperazione giudiziaria in materia penale nell'Unione è fondata sul principio di riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e include il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri nei settori di cui al paragrafo 2 e all'articolo 83. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, adottano le misure intese a: a) definire norme e procedure per assicurare il riconoscimento in tutta l'Unione di qualsiasi tipo di sentenza e di decisione giudiziaria; [...] d) facilitare la cooperazione tra le autorità giudiziarie o autorità omologhe degli Stati membri in relazione all'azione penale e all'esecuzione delle decisioni.

que necessiti di misure di protezione rivolte specificamente a proteggerla «da atti di rilevanza penale di un'altra persona tali da mettere in pericolo, in qualsiasi modo, la vita o l'integrità fisica, psichica e sessuale».

Dal punto di vista delle fonti interne troviamo ulteriore definizione all'art. 90-*quater* c.p.p., così come introdotto – unitamente agli artt. 90-*bis* e 90-*ter* c.p.p. – con il d. lgs. n. 212 del 2015, in attuazione della direttiva 2012/29/UE, con la quale si è imposto agli Stati membri dell'Unione europea di adottare norme in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato.

L'articolo 90-*quater* c.p.p. enuclea, nello specifico, una serie di parametri eterogenei e alternativi alla presenza dei quali la persona offesa può dirsi versare in una situazione di particolare vulnerabilità. Tale valutazione verrà svolta sulla base di età, stato di infermità o deficienza psichica, tipo di reato, modalità e circostanze del fatto per cui si procede, nonché se il fatto risulta commesso con violenza alla persona o con odio razziale, se è riconducibile ad ambiti di criminalità organizzata o di terrorismo, anche internazionale, o di tratta degli esseri umani, se si caratterizza per finalità di discriminazione, e se la persona offesa è affettivamente, psicologicamente o economicamente dipendente dall'autore del reato.

Dalla lettura incrociata del suddetto articolo con la già richiamata Convenzione di Istanbul, si nota immediatamente come il legislatore del 2015 abbia, nell'ultimo periodo della norma, fatto propri i criteri definitivi della cosiddetta vittima di violenza domestica, ossia quel soggetto che subisca atti di violenza fisica sessuale, psicologica o economica, originati all'interno della famiglia o del nucleo familiare.

La riconduzione della violenza economica nel più ampio bacino della violenza di genere ricomprende tutte le privazioni o limitazioni di disponibilità economica della persona offesa agite dall'autore del fatto, con lo scopo di esercitare un potere determinato dalla superiorità materiale sulla stessa⁴.

Il collocamento delle persone offese da reati di genere all'interno del novero delle vittime vulnerabili è ricavabile anche dall'art. 408 comma 3-*bis* c.p.p., introdotto dal d.l. n. 93 del 2013 convertito in legge n. 119 del 2013 (c.d. legge sul femminicidio), che attribuisce alla vittima di «delitti commessi con violenza alla persona» una tutela formale ulteriore rispetto a quella “generale” riconosciuta a tutte le persone offese, mediante l'attribuzione del diritto di essere informata sull'eventuale richiesta di archivia-

4 L. BRUNELLI, *Tutela della vulnerabilità delle persone offese*, in *Ars Iuris*, 18 dicembre 2019, visitato il 9 settembre 2024.

zione avanzata dal pubblico ministero, a prescindere dalla formalizzazione di una sua richiesta in tal senso, nonché la facoltà di proporre opposizione all'istanza di archiviazione in un termine più ampio rispetto a quello ordinario di venti giorni previsto dall'art. 408 comma 3 c.p.p.

3. L'INPUT EUROPEO NELLA TUTELA DELLA VITTIMA VULNERABILE

La direttiva 2012/29/UE, definita lo “Statuto dei diritti delle vittime” ha essenzialmente sostituito la decisione quadro 2001/220/GAI, ponendosi l'obiettivo di armonizzare, in tutti i paesi dell'Unione europea, gli strumenti di tutela delle persone offese per tutta la durata del procedimento penale, dalla fase delle indagini fino a quella successiva l'emissione della sentenza⁵. Tale introduzione costituisce l'ultimo tassello di un percorso normativo europeo apertosi con l'adozione della «tabella di marcia di Budapest» all'interno del più ampio Programma di Stoccolma⁶.

Un primo *input* proveniente dal fronte europeo è stato di tipo linguistico mediante una precisa, e più ampia, definizione della c.d. “vittima di reato”. La nozione europea comprende, infatti, sia la persona che abbia direttamente subito un danno dal compimento di un reato sia, nell'ipotesi di decesso di questa a causa dell'illecito, i suoi familiari, fra i quali si includono anche i conviventi in situazioni affettive stabili e continue⁷. L'ampliamento del concetto di “nucleo familiare”, sostenuto in ambito sovranazionale, ha determinato una modifica in tal senso del codice di rito, legittimando la dignità delle unioni sentimentali non formalizzate.

Seppur con ritardo, l'Italia ha dato attuazione alla direttiva suddetta mediante l'introduzione del d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212, con il quale

5 S. SAU, *Brevi note in tema di tutela linguistica della vittima del reato nel processo penale*, in www.dirittopenaledp.it, 24 febbraio 2021, visitato il 10 settembre 2024.

6 Il Programma di Stoccolma ha stabilito una nuova agenda per l'Unione europea (UE) in materia di giustizia, libertà e sicurezza per il periodo 2010-2014, nello specifico tema del rafforzamento dei diritti e della tutela delle vittime.

7 Si veda l'art. 2 della direttiva 2012/29/UE, in cui si definisce vittima «una persona fisica che ha subito un danno, anche fisico, mentale o emotivo, o perdite economiche che sono stati causati direttamente da un reato», e ne estende la definizione includendovi anche la c.d. vittima indiretta, ovvero «il familiare di una persona la cui morte è stata causata direttamente da un reato e che ha subito un danno in conseguenza della morte di tale persona», per «familiare» intendendo non solo il coniuge, ma anche il convivente *more uxorio*, nonché «i parenti in linea diretta, i fratelli e le sorelle, e le persone a carico della vittima».

sono state apportate molteplici modifiche al codice di procedura penale come di seguito evidenziate e si è posto rimedio a una situazione di “particolare arretratezza” nella messa a disposizione delle vittime alloglotte di un sistema di assistenza linguistica⁸.

4. LA TUTELA DELLA VITTIMA VULNERABILE NELLA DIMENSIONE PSICOLOGICA E PERSONALE ATTRAVERSO LO STRUMENTO PROCESSUALE.

L'esigenza di offrire un processo penale effettivo e tempestivo è alla base della sentenza 2 marzo 2017, n. 41237, emanata dalla sez. I della Corte europea dei diritti dell'uomo, caso *Talpis contro Italia*⁹, in cui si è affermato che gli artt. 2 e 3 CEDU impongono agli Stati membri di proteggere le vittime vulnerabili attraverso misure in grado di evitare aggressioni alla vita e all'integrità fisica delle stesse, nonché di instaurare un procedimento penale effettivo e tempestivo.

I vari istituti processuali di seguito delineati perseguono lo scopo di preservare la persona offesa, quale portatrice di un vissuto già traumatico, al fine di conservarne l'integrità psicologica rispetto a eventuali effetti negativi che possano discendere dal mero contatto con gli operatori giudiziari. È, infatti, notorio che le vittime di violenza psicologica e/o fisica, oltre ai danni conseguenza diretta dei reati subiti, possano subire ulteriori ripercussioni indirette dal contatto con le istituzioni che della sua condizione dovrebbero farsi carico, con particolare riguardo a quelle giudiziarie, ossia forze di polizia, magistrati, consulenti psicologici e avvocati, così come dal contesto sociale che tende a isolare e colpevolizzare chi ha subito

8 M. GIALUZ, *L'assistenza linguistica nel processo penale. Un meta-diritto fondamentale tra paradigma europeo e prassi italiana*, Wolters Kluwer-Cedam, Milano, 2018, p. 463.

9 La pronuncia trae origine nel ricorso depositato da una donna, cittadina rumena e moldava, che all'epoca dei fatti risiedeva in Italia ed era stata vittima di ripetuti atti di violenza domestica da parte del coniuge. In particolare, a seguito di due aggressioni ravvicinate, la ricorrente sporgeva denuncia nei confronti del coniuge e solo dopo sette mesi veniva sentita dalla polizia giudiziaria. Qualche mese più tardi il coniuge compiva una terza aggressione che culminava nell'omicidio del figlio e nel tentato omicidio della ricorrente. Nel caso in questione la Corte EDU accertava la violazione degli artt. 2 CEDU (diritto alla vita), 3 CEDU (divieto di trattamenti inumani e degradanti), e 14 CEDU (principio di non discriminazione), quest'ultimo in combinato disposto con gli artt. 2 e 3 CEDU. In particolare, v. p. 45 della motivazione: «secondo la Corte, la combinazione degli elementi sopra menzionati, dimostra che, sottovalutando, con la loro inerzia, la gravità della violenza in questione, le autorità italiane l'hanno sostanzialmente causata. La ricorrente di conseguenza è stata vittima, in quanto donna, di una discriminazione contraria all'articolo 14 della Convenzione».

determinati reati «nella convinzione che abbia in qualche modo dato causa al delitto e, dunque, ne sia in parte responsabile (*victim blaming*)»¹⁰.

A rimarcare l'importanza del contrasto al fenomeno di cui sopra entra nuovamente in campo la direttiva 2012/29/UE, recepita e attuata con il d.lgs. n. 212 del 2015, la quale ha distinto due tipi di vittimizzazione secondaria aventi natura sostanziale e processuale. Nel primo caso si è individuato il rischio che la persona offesa possa essere nuovamente sottoposta, a seguito della denuncia, alle medesime condotte maltrattanti subite in precedenza; al fine di evitare che ciò avvenga è necessario adottare misure di protezione capaci di proteggere la vittima da intimidazioni o ritorsioni da parte di colui che ha commesso la violenza, come espressamente previsto al *Considerando* 52 della direttiva in esame, nonché al capo 4 rubricato «Protezione delle vittime riconoscimento delle vittime con specifiche esigenze di protezione». In questa ottica gli Stati sono chiamati ad attivarsi al fine di:

- salvaguardare la dignità della vittima durante gli interrogatori e le testimonianze, nonché proteggere fisicamente la vittima e i suoi familiari (art. 18 direttiva 2012/29/UE);
- predisporre locali idonei in cui svolgere il procedimento penale per garantire il diritto della vittima a non avere contatti con l'autore del reato (art. 19 direttiva 2012/29/UE);
- ascoltare la vittima senza ritardo dopo la presentazione della denuncia e solo se strettamente necessario ai fini dell'indagine;
- consentirle di essere sempre accompagnata da un rappresentante legale o da una persona di fiducia.

La c.d. vittimizzazione secondaria processuale è il prodotto delle situazioni di pregiudizio che la persona offesa si trova ad affrontare in conseguenza della denuncia e dell'avviamento del procedimento penale. Alcuni dei principali strumenti in grado di limitare tale fenomeno sono lo svolgimento del procedimento coordinato e rispettoso nei confronti della vittima, la creazione di un clima di fiducia e il facile accesso da parte dell'autorità giudiziaria, nonché limitare il numero dei contatti non necessari con le istituzioni anche mediante il ricorso a registrazioni video delle audizioni e consentendone l'utilizzo anche negli altri gradi di giudizio¹¹.

10 P. DI NICOLA TRAVAGLINI, *Il divieto di vittimizzazione secondaria*, in C. PECORELLA (a cura di), *Donne e violenza. Stereotipi culturali e prassi giudiziarie*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 37 ss.

11 P. DI NICOLA TRAVAGLINI, *Il divieto di vittimizzazione secondaria*, cit., p. 41 ss.

Tratto caratteristico della direttiva è la richiesta, avanzata nei confronti degli Stati, di svolgere una rapida valutazione delle vittime dei reati, nell'ottica di una maggiore personalizzazione delle misure di protezione e scongiurare che il fenomeno della vittimizzazione secondaria venga reiterato¹².

Con sentenza delle Sezioni unite della Cassazione n. 10959 del 2016 si è giunti a una valorizzazione della tutela dei diritti fondamentali nei casi di violenza di genere quale attività caldeggiata da numerosi organismi sovranazionali quali le Nazioni Unite, il Consiglio d'Europa e l'Unione europea, che hanno assunto «un importante ruolo di sollecitazione nei confronti dei legislatori nazionali, tenuti a darvi attuazione», in conseguenza la normativa nazionale di tipo sostanziale o processuale andrà interpretata alla luce delle fonti sovranazionali.

Sempre nell'ottica di sviluppare una sensibilità verso il tema della vittimizzazione secondaria, va menzionato l'importante contributo offerto dalla giurisprudenza di legittimità con le due sentenze della terza sezione penale del 2019, rispettivamente la n. 34091¹³ e la n. 47572¹⁴, che hanno di-

12 L'art. 22 della direttiva 2012/29/UE prevede che la valutazione si svolga sulla base dei seguenti parametri:

- a) le caratteristiche personali della vittima;
- b) il tipo o la natura del reato;
- c) le circostanze del reato.

Nell'ambito della valutazione individuale è rivolta particolare attenzione alle vittime che hanno subito un notevole danno a motivo della gravità del reato, alle vittime di reati motivati da pregiudizio o discriminazione che potrebbero essere correlati in particolare alle loro caratteristiche personali, alle vittime che si trovano particolarmente esposte per la loro relazione e dipendenza nei confronti dell'autore del reato. In tal senso, devono essere oggetto di debita considerazione le vittime del terrorismo, della criminalità organizzata, della tratta di esseri umani, della violenza di genere, della violenza nelle relazioni strette, della violenza o dello sfruttamento sessuale o dei reati basati sull'odio e le vittime con disabilità.

Ai fini della direttiva si presume che i minori vittime di reato abbiano specifiche esigenze di protezione essendo particolarmente esposti al rischio di vittimizzazione secondaria e ripetuta, di intimidazione e di ritorsioni. Per determinare se e in quale misura debbano avvalersi delle misure speciali di cui agli articoli 23 e 24, i minori vittime di reato sono oggetto di una valutazione individuale come previsto.

La portata della valutazione individuale può essere adattata secondo la gravità del reato e il grado di danno apparente subito dalla vittima.

La valutazione individuale è effettuata con la stretta partecipazione della vittima e tiene conto dei suoi desideri, compresa la sua eventuale volontà di non avvalersi delle misure speciali secondo il disposto degli articoli 23 e 24.

Qualora gli elementi alla base della valutazione individuale siano mutati in modo sostanziale, gli Stati membri provvedono affinché questa sia aggiornata durante l'intero corso del procedimento penale.

13 Sul punto si rinvia a C. ARDIGÒ, *L'incidente probatorio per l'ascolto della vittima vulnerabile: automatismi ed eccessi di tutela*, in *Sist. pen.*, 8 gennaio 2019.

14 Per un commento a margine di Cass. pen., sez. III, 10 ottobre 2019 (dep. 22 novembre 2019),

chiarato l'abnormità del provvedimento del giudice per le indagini preliminari di rigetto della richiesta di incidente probatorio, presentata dal pubblico ministero ai sensi dell'art. 392 comma 1-*bis* c.p.p., volta all'assunzione della testimonianza della persona offesa minorenni in un procedimento per il reato di violenza sessuale *ex art. 609-bis* c.p., nel primo caso, e atti sessuali con minorenni *ex art. 609- quater* co. 2 c.p., nella seconda pronuncia.

Nell'affermare ciò le due pronunce della Suprema corte hanno fissato una serie di principi posti a fondamento dei propri percorsi argomentativi:

- il principio processuale per il quale la prova si deve formare all'interno del dibattimento, nel contraddittorio delle parti e dinnanzi il giudice chiamato ad assumere la sua decisione, è stato derogato dal legislatore alla luce dell'esigenza di evitare che la vittima vulnerabile venga in maniera reiterata ascoltata e così facendo sottoposta a una ripetuta sofferenza psicologica;
- vige un obbligo per le istituzioni pubbliche, come anche quelle giudiziarie, di scongiurare eventuali ipotesi di vittimizzazione secondaria, e così evitare stasi procedurali nonché promuovere l'immediata adozione di cautele necessarie a evitare la protrazione di condotte illecite;
- il filo conduttore degli obblighi assunti dallo Stato in ambito internazionale è la protezione delle vittime di reati di violenza domestica, di condotte persecutorie, di gravi forme di aggressione alla personalità e alla libertà che coinvolgono la sfera sessuale;
- per quanto possibile è necessario salvaguardare la genuinità delle dichiarazioni rese dalla persona offesa, specialmente laddove queste rappresentino la principale prova d'accusa.

Pertanto, lo Stato si è impegnato a prevenire e contrastare ogni forma di vittimizzazione secondaria per tutelare le persone offese da un ulteriore aggravamento della loro condizione di minorazione fisica e psicologica, nonché evitare che venga esposto a possibili responsabilità per l'avvenuta violazione di norme pattizie e dell'Unione europea.

Con legge 23 aprile 2009, n. 38 sono stati ampliati i casi di possibile ricorso all'incidente probatorio *ex art. 392* comma 1-*bis* c.p.p. anche a persone offese maggiorenni in procedimenti per taluni reati, sul presupposto

n. 47572, si veda C. ARDIGÒ, *Verso una "liberalizzazione" dell'incidente probatorio, tra tutela e salvaguardia delle garanzie difensive*, in *Sist. pen.*, 2020, 6, p. 209 ss.

dell'individuazione di soggetti “deboli” da tutelare sul piano processuale, mediante una notevole riduzione dei tempi di attesa per rilasciare la loro testimonianza e limitando la traumaticità ambientale, atteso che l'assunzione della testimonianza in sede predibattimentale avviene in un contesto di maggiore protezione.

L'attuale formulazione dell'art. 392 comma 1-*bis*, primo periodo, c.p.p., a seguito di un lungo percorso di integrazione legislativa¹⁵, prevede che «nei procedimenti per i delitti di cui agli articoli 572, [...] 609-*bis*, [...] 609-*octies* [...] e 612-*bis* del codice penale il pubblico ministero, anche su richiesta della persona offesa, o la persona sottoposta alle indagini possono chiedere che si proceda con incidente probatorio all'assunzione di testimonianza di persona minorenni ovvero della persona offesa maggiorenne, anche al di fuori dalle ipotesi previste dal comma 1».

Tale disciplina consente di anticipare l'ascolto delle vittime di violenza di genere offrendo, in tal maniera, un'importante tutela processuale alla persona offesa, che potrà, “dopo un breve lasso di tempo” dalla proposizione della denuncia o dall'acquisizione della notizia di reato, uscire dalla vicenda processuale penale.

Ponendo lo sguardo al passato, uno degli istituti che mirava a tutelare la posizione della vittima vulnerabile era rappresentato dall'art. 406 comma 2-*ter* c.p.p. che consentiva la prorogabilità per una sola volta del termine di indagine inerente ai reati di cui agli artt. 572 e 612-*bis* c.p., salvo l'abrogazione della norma disposta con d.lgs. n. 150 del 2022 che ha sostanzialmente circoscritto la possibilità di proroga a un solo caso per tutte le fattispecie di reato.

Alla medesima finalità acceleratoria dei procedimenti concernenti reati di cui agli artt. 572 e 612-*bis* c.p., nonché quelli di cui dagli artt. 609-*bis* a 609-*octies* c.p., è tutt'ora orientato l'art. 132-*bis* disp. att. c.p.p. che stabilisce i criteri di priorità cui l'organo giudicante deve attenersi nella fissazione dei ruoli d'udienza dei processi penali. L'introduzione dei reati previsti dagli artt. 572 e da 609-*bis* a 609-*octies* e 612-*bis* c.p. tra le ipotesi contemplate è avvenuta mediante il d.l. n. 93 del 2013, convertito in legge n. 119 del 2013, ma con la successiva modifica intervenuta con legge 24 novembre 2023, n. 168, segnatamente «Disposizioni per il contrasto della

15 L'art. 13 comma 1 della legge 15 febbraio 1996, n. 66, denominata «Norme contro la violenza sessuale», ha aggiunto il comma 1-*bis* all'art. 392 c.p.p. prevedendo una tutela processuale per le vittime minorenni di reati a carattere sessuale. Il legislatore è nuovamente intervenuto sulla disciplina mediante l'art. 5 comma 1 lett. g della legge 1° ottobre 2012, n. 172, con cui è stata ratificata la Convenzione di Lanzarote.

violenza sulle donne e della violenza domestica», si è ampliato il catalogo dei reati la cui trattazione debba considerarsi prioritaria anche alle fattispecie di cui agli artt. 387-*bis*, 558-*bis*, 582, nelle ipotesi aggravate ai sensi degli articoli 576, comma 1, n. 2, 5 e 5.1, e 577, comma 1, n. 1, e comma 2, nonché agli artt. 583-*quinqies*, 593-*ter*, 612-*ter* e 613, comma 3, c.p.

Con gli artt. 2 comma 1 lett. *b* n. 1 e 29 del decreto-legge 14 agosto 2013, n. 93, convertito con legge del 15 ottobre 2013, n. 119, c.d. legge sul femminicidio, ha introdotto un sistema di rafforzamento processuale della posizione “persona offesa” mediante l’inserimento di due istituti riguardanti la conoscenza, da parte della vittima, dello *status* cautelare dell’indagato e la possibilità di una interlocuzione preventiva nella fase incidentale, in caso di richiesta di modifica della misura coercitiva già in essere sullo stesso.

La disciplina relativa alla revoca e alla sostituzione delle misure, ex art. 299 c.p.p., è stata, infatti, modificata con l’introduzione di un obbligo di comunicazione, da parte del giudice procedente, dei provvedimenti che attengano la revoca delle misure coercitive o una loro attenuazione, al difensore della persona offesa, presso il quale la stessa ha eletto domicilio ex art. 33 disp. att. c.p.p., o in assenza di questo alla persona offesa¹⁶.

Il dato normativo non offre un catalogo preciso dei reati cui applicare la disciplina di cui sopra, ma rinvia alla generica categoria dei “delitti commessi con violenza alla persona”, in cui non potranno che ricondursi i delitti di violenza sessuale, maltrattamenti in famiglia e atti persecutori, a prescindere dalla condotta concretamente accertata nelle tipiche forme della violenza di genere¹⁷.

Ciò nonostante, in caso di omessa comunicazione del provvedimento che revoca o sostituisce una misura coercitiva non è prevista alcuna sanzione di tipo processuale, né alcuna difesa personale potrebbe essere avviata dalla persona offesa, salvo i campi di responsabilità per l’operatore di giustizia che abbia omissso la comunicazione prevista ex art. 299 comma 2 *bis* c.p.p. In questo caso si apriranno profili di responsabilità disciplinare, civile e anche penale, nel caso in cui a seguito della mancata comunicazione del provvedimento di liberazione dell’imputato si verifichi un caso di

16 Il comma 2-*bis* della norma segnatamente prevede che «I provvedimenti di cui ai commi 1 e 2 relativi alle misure previste dagli articoli 282 bis, 282 ter, 283, 284, 285 e 286 applicate nei procedimenti aventi a oggetto delitti commessi con violenza alla persona devono essere immediatamente comunicati a cura della polizia giudiziaria ai servizi socio-assistenziali e al difensore della persona offesa o, in mancanza di questo, alla persona offesa».

17 F. ROIA, *Crimini contro le donne. Politiche, leggi, buone pratiche*, FrancoAngeli, Milano, 2017, p. 107.

aggressione anche mortale eziologicamente collegato all'omessa attuazione di strumenti a protezione della vittima vulnerabile.

Volgendo ora lo sguardo alla modifica normativa attinente al profilo preventivo, il legislatore è intervenuto sull'art. 299 c.p.p. mediante l'aggiunta di un momento interlocutorio preliminare della persona offesa in cui il pubblico ministero o l'imputato avanzino richiesta di revoca o sostituzione delle misure coercitive previste al comma 2-*bis* c.p.p. e applicate alle ipotesi di reato commesse con violenza sulla persona.

L'intervento legislativo ha perseguito il precipuo scopo di aprire alla vittima vulnerabile, nei due giorni successivi alla notifica, la possibilità di confutare le motivazioni presentate dall'imputato a sostegno della propria richiesta quali, per esempio, una falsa situazione di conflittualità reciproca, la strumentalità della denuncia o l'attivazione di strumenti di ritorsione di natura calunniosa o economica, nonché la rappresentazione di situazioni abitative o ambientali non veritiere¹⁸.

Diversamente dalla precedente disciplina, la mancata notifica della richiesta ex art. 299 comma 3 c.p.p. alla persona è causa di inammissibilità della stessa con la possibilità, per l'organo giudicante, di respingere la domanda sul piano procedimentale in attesa del perfezionamento del contraddittorio preliminare.

Con l'introduzione dell'art. 90-*ter* c.p.p., con d.lgs. n. 212 del 2015, è stato assicurato alle vittime di reati commessi con violenza sulle persone il diritto di essere informate immediatamente, qualora ne abbiano fatto richiesta, circa la scarcerazione o la cessazione della misura di sicurezza detentiva, nonché il tempestivo avviso in caso di evasione dell'imputato in custodia cautelare o del condannato, oltre alla volontaria sottrazione dell'internato alla misura di sicurezza detentiva. Va, da ultimo, segnalato il novello art. 90-*quater* che ha previsto un differente regime di assunzione delle dichiarazioni rese da persone offese che versino in condizioni di particolare vulnerabilità, e in cui sarà necessaria una intermediazione linguistica adeguata e specifica, che sarà oggetto di trattazione nel successivo paragrafo.

18 F. ROIA, *Crimini contro le donne*, cit., p. 108.

5. LA TUTELA LINGUISTICA DELLA VITTIMA VULNERABILE. L'ATTUAZIONE DELLA DIRETTIVA 2012/29/UE NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

Tra le ulteriori novità apportate con il d.lgs. n. 212 del 2015 va evidenziata l'introduzione dell'art. 90-bis c.p.p., rubricato «Informazioni alla persona offesa», in ragione del quale la vittima verrà avvisata di una serie di garanzie¹⁹ che le verranno attribuite dall'ordinamento all'esito della denuncia, nonché il diritto a essere supportata, dal punto di vista linguistico, fin dal momento della formalizzazione della stessa²⁰.

Tale disposizione è andata sicuramente a implementare una disciplina in parte già prevista nel nostro ordinamento seppur in maniera piuttosto frammentaria.

La barriera linguistica contribuisce, infatti, in maniera importante, all'innalzamento della c.d. cifra oscura per quelle categorie di reati che già registrano numeri sconcertanti in tal senso, soprattutto nei reati di cui al "Codice rosso". Pertanto, per talune specie di reati è fondamentale che le vittime siano consapevoli del loro diritto a ricevere adeguata assistenza lin-

19 In ragione di tale previsione, successivamente modificata e ampliata, alla persona offesa viene, infatti, garantito che «sin dal primo contatto con l'autorità procedente vengono fornite, in una lingua a lei comprensibile, informazioni in merito: a) alle modalità di presentazione degli atti di denuncia o querela, al ruolo che assume nel corso delle indagini e del processo, al diritto ad avere conoscenza della data, del luogo del processo e della imputazione e, ove costituita parte civile, al diritto a ricevere notifica della sentenza, anche per estratto; [...] b) alla facoltà di ricevere comunicazione dello stato del procedimento e delle iscrizioni di cui all'articolo 335, commi 1, 2 e 3-ter; c) alla facoltà di essere avvisata della richiesta di archiviazione; d) alla facoltà di avvalersi della consulenza legale e del patrocinio a spese dello Stato; e) alle modalità di esercizio del diritto all'interpretazione e alla traduzione di atti del procedimento; f) alle eventuali misure di protezione che possono essere disposte in suo favore; g) ai diritti riconosciuti dalla legge nel caso in cui risieda in uno Stato membro dell'Unione europea diverso da quello in cui è stato commesso il reato; h) alle modalità di contestazione di eventuali violazioni dei propri diritti; i) alle autorità cui rivolgersi per ottenere informazioni sul procedimento; l) alle modalità di rimborso delle spese sostenute in relazione alla partecipazione al procedimento penale; m) alla possibilità di chiedere il risarcimento dei danni derivanti da reato; n) alla possibilità che il procedimento sia definito con remissione di querela di cui all'articolo 152 del codice penale, ove possibile, o attraverso la mediazione; [...] o) alle facoltà ad essa spettanti nei procedimenti in cui l'imputato formula richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova o in quelli in cui è applicabile la causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto; p) alle strutture sanitarie presenti sul territorio, alle case famiglia, ai centri antiviolenza, alle case rifugio e ai servizi di assistenza alle vittime di reato; [...]».

20 Sul punto l'art. 107-ter disp. att. c.p.p., rubricato «Assistenza dell'interprete per la proposizione o presentazione di denuncia o querela», dispone che qualora la persona offesa non conosca la lingua italiana, se presenta denuncia o propone querela dinanzi alla procura della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto, previa richiesta ha diritto di ottenere la traduzione in una lingua a lei conosciuta dell'attestazione di ricezione della denuncia o della querela.

guistica fin dalla denuncia, affinché quella condizione di isolamento sociale in cui versano a causa dei maltrattamenti subiti non si traduca anche in una impossibilità di accesso alla giustizia.

Nell'ottica di fornire alle vittime di reato una tutela immediata dal punto di vista linguistico, è stata, altresì, prevista, *ex art. 143-bis c.p.p.*, la nomina di un interprete da parte dell'autorità procedente, qualora queste non conoscano la lingua italiana. Ciò facendo, si è cercato di attribuire alla vittima una rilevanza processuale maggiormente bilanciata a quella dell'indagato²¹, che da mera fonte di conoscenza viene apprezzata anche nella sua dimensione di soggetto del procedimento²².

La disciplina sul diritto all'interprete anche per la persona offesa non è andata esente da critiche ove ha lasciato persistere una disparità tra il diritto all'assistenza linguistica della vittima e quello dell'imputato. L'assenza di indicazioni della direttiva 2012/29/UE circa la nomina dell'interprete nei colloqui tra le vittime e il difensore ha, infatti, consentito al legislatore italiano di disinteressarsi di tale aspetto; inoltre, non è stato chiarito se l'attività di assistenza linguistica della vittima per gli atti orali debba essere gratuita, mancando ogni riferimento a tale aspetto all'interno del nuovo art. 143-bis comma 2 c.p.p., a differenza di quanto è stato previsto per l'imputato.

Proseguendo nella nostra ricognizione, il citato comma 2 dell'art. 143-bis c.p.p. contempla due ipotesi di nomina dell'interprete: una prima in cui, anche *ex officio*, è necessario procedere con l'audizione della persona offesa che non conosce la lingua italiana; una seconda, qualora la persona offesa manifesti la volontà di partecipare all'udienza e abbia fatto richiesta di essere assistita da un interprete, pur non essendo "parte" del processo.

In un'ottica di economia processuale e ragionevole durata del processo, al successivo comma 3 è stato, altresì, previsto che tali forme di assistenza possano essere fornite anche mediante l'utilizzo di tecnologie di comunicazione a distanza, salvo che la presenza fisica dell'interprete non sia necessaria per consentire alla persona offesa di esercitare correttamente i suoi diritti e comprendere pienamente lo svolgimento del processo.

La portata della direttiva 2012/29/UE sembrerebbe, viceversa, limitata dal contenuto del successivo comma 4 dell'art. 143-bis c.p.p. ove si di-

21 D. PERUGIA, *Processo penale allo straniero: alcune osservazioni sul diritto all'interprete e alla traduzione degli atti*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 7, p. 125.

22 V. BONINI, *L'assistenza linguistica della vittima*, in *Commento alle nuove norme in materia di tutela della vittima del reato*, a cura di P. SPAGNOLO - H. BELLUTA - V. BONINI (a cura di), in *Leg. pen.*, 4 luglio 2016, p. 43.

sponde che la vittima abbia diritto alla traduzione scritta e gratuita degli atti che contengono informazioni utili all'esercizio dei suoi diritti senza, però, specificare le tipologie degli atti oggetto di traduzione. Ciò implica l'inevitabile attribuzione alla discrezionalità delle corti territoriali del vaglio circa gli atti che verranno gratuitamente tradotti in una lingua conosciuta dalla persona offesa²³.

Tali strumenti dovranno, invece, trovare concreta e sistematica applicazione nell'attività giudiziaria quotidiana anche alla luce della previsione di cui all'art. 7 della direttiva 2012/29/UE (v. anche il *Considerando* n. 35)²⁴, il quale riconosce alle persone offese la possibilità d'impugnare una decisione che abbia escluso la necessità di interpretazione o traduzione²⁵. Al § 3 del medesimo articolo viene, viceversa, imposta la traduzione di decisioni che concludono una fase del procedimento, del provvedimento con il quale l'autorità si determina a non esercitare l'azione penale, della sentenza sulla responsabilità dell'accusato, oltre alla notizia della data e del luogo del processo celebrato a carico del soggetto accusato di essere l'autore del reato.

6. CONCLUSIONI

Se per un verso, il d.lgs. n. 212 del 2015 ha apportato grandi novità alla disciplina previgente, nonché nuovi approcci alla posizione della persona offesa nel procedimento penale, dall'altro canto, sarà fondamentale valutare se l'insieme delle informazioni e prescrizioni imposte all'autorità giudiziaria sarà adeguato al fine di scongiurare il c.d. fenomeno di vittimizzazione secondaria della persona offesa dal reato.

In considerazione del fatto che *«la comprensione e la possibilità di essere compresi rappresentano le coordinate essenziali di un sistema di*

23 M. GIALUZ, *L'assistenza linguistica nel processo penale*, cit., p. 477.

24 Nel quale si afferma che «La vittima dovrebbe avere il diritto di impugnare una decisione che dichiara che non sussiste la necessità di interpretazione o traduzione, conformemente alle procedure previste dal diritto nazionale. Tale diritto non comporta per gli Stati membri l'obbligo di prevedere un meccanismo separato o una procedura di ricorso con cui tale decisione potrebbe essere impugnata e non dovrebbe prolungare irragionevolmente i procedimenti penali. Sarebbe sufficiente un riesame interno della decisione in conformità delle procedure nazionali esistenti».

25 La direttiva 2010/64/UE, in relazione all'indagato e all'imputato, aveva già evidenziato la necessità di prevedere uno strumento di impugnazione che consentisse di rimediare ai dinieghi ingiustificati di assistenza linguistica, ma, malgrado tale espressa richiesta, il legislatore nazionale si è limitato a stabilire che il provvedimento di rigetto della traduzione facoltativa sia impugnabile unitamente alla sentenza.

giustizia»²⁶, non può essere trascurata la circostanza che la garanzia a una partecipazione consapevole resti, di fatto, affidata alle scelte dell'autorità giudiziaria, chiamata volta per volta a un giudizio di necessità delle tutele che la normativa accorda alla vittima vulnerabile.

La speranza è quella di un ordinamento italiano che riesca a raggiungere gli *standard* fissati dalle direttive europee, affinché anche la vittima possa vedersi garantita una piena ed effettiva partecipazione al procedimento penale.

26 S. ALLEGREZZA, *Il ruolo della vittima nella Direttiva 2012/29/UE*, in L. LUPARIA (a cura di), *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, Wolters Kluwer-Cedam, s.l., 2015, p. 8.

SEZIONE III

PLURALITÀ CULTURALE E TUTELA DELLE LIBERTÀ

“TOLLERANZA” RELIGIOSA E TRADIZIONE ROMANA ALL’OMBRA DELL’ALTARE DELLA VITTORIA

Margherita Frare

Università degli Studi di Padova

1. DUE MONDI A CONFRONTO

Nel 384 d.C., al cospetto dell’imperatore Valentiniano II, ebbe luogo una disputa, nota come il duello sull’altare della Vittoria, rimasta celebre per la caparbietà con cui due insigni rappresentanti dell’aristocrazia romana, l’uno pagano (il prefetto dell’urbe Quinto Aurelio Simmaco¹), l’altro cristiano (il vescovo di Milano Ambrogio²), difesero il proprio modo di concepire la libertà religiosa, il valore della tradizione e la chiave di salvezza di una Roma in declino.

Secondo il racconto di Cassio Dione³ fu Ottaviano Augusto, nel 29 a.C., a far trasferire all’interno della *Curia Iulia*, sede del Senato, la statua della Vittoria sottratta ai tarantini in occasione del trionfo su Pirro. Si trattava di un momento storico cruciale perché si era da poco combattuta la battaglia di Azio che aveva segnato la sconfitta di Antonio e Cleopatra, gli ultimi, irriducibili, avversari di Ottaviano. La statua era valsa così a propiziare una nuova gloriosa stagione politica, il Principato, divenendo un luogo emblematico del senato e di Roma stessa⁴.

1 Dopo aver ricevuto una solida educazione classica e aver appreso l’arte della retorica, Quinto Aurelio Simmaco intraprese una lunga carriera politica, ricoprendo in successione, la carica di proconsole in Africa, di senatore, di prefetto dell’urbe (384-385 d.C.) e di console (391 d.C.). Per la sua biografia cfr., tra tutti, il corposo studio di D. MATACOTTA, *Simmaco. L’antagonista di S. Ambrogio*, Forlì, 20242.

2 Come Simmaco, anche Ambrogio apparteneva a una famiglia di rango senatorio e poteva vantare una discreta carriera politica (era stato governatore della provincia dell’Emilia e della Liguria) che poi aveva abbandonato nel 374, anno della sua ordinazione a vescovo di Milano. Per un approfondimento sulla vita del vescovo milanese si può vedere S. MAZZARINO, *Storia sociale del Vescovo Ambrogio*, Roma, 1989.

3 Cass. Dio, 51.22.

4 Plinio il Vecchio riferisce, inoltre, che della Vittoria era stato collocato anche un quadro, sempre per volere di Augusto, nel Foro Romano (*nat.* 35.10). Secondo Svetonio, era stata poi avanzata la

Dalle fonti in nostro possesso è possibile ricavare una descrizione piuttosto dettagliata della statua: si trattava di una figura alata, di bronzo dorato, con vesti fluttuanti, in posizione eretta sopra un globo, recante nella mano destra una corona d'alloro⁵ e, forse, uno stendardo in quella sinistra⁶. Prima di dare inizio a ogni discussione, i senatori erano soliti omaggiare la dea con riti votivi. Di fronte al suo altare prestavano anche giuramento⁷.

Sappiamo inoltre dallo storico greco Erodiano che l'imperatore Eliogabalo, appartenente alla dinastia dei Severi (fine II sec. inizio III sec. d.C.), inviò a Roma una propria effigie che lo raffigurava in abiti sacerdotali, dando ordine di collocarla al di sopra dell'altare della Vittoria⁸. In tal modo avrebbe costretto i senatori a compiere i sacrifici e le libagioni di rito anche alla sua persona, che appariva già deificata⁹. L'episodio, ascrivibile a una più ampia aneddotica sulle stravaganze e crudeli follie del giovane imperatore, è significativo perché dimostra la persistente centralità politica dell'altare. In effetti, esso rimase inalterato nella sua foggia e posizione fintanto che, a seguito dell'ascesa al potere degli imperatori cristiani, venne a trovarsi al centro di una diatriba di proporzioni e risonanza inaspettate.

Quando, con il famoso editto di Milano, Costantino concesse la libertà di culto, in molti abbracciarono ufficialmente la religione cristiana, ma l'antica usanza di rendere omaggio alla dea non si era comunque interrotta. Nonostante questo perdurante ossequio al *mos maiorum*, la statua o

proposta che il corteo funebre di Augusto venisse guidato «dalla statua della dea Vittoria presente nella Curia (Svet., *Aug.* 100)». Sul punto cfr. G. CRESCI MARRONE, *Ecumene augustea. Una politica per il consenso*, Roma, 1993, p. 198.

5 Sulla relazione tra la dea Vittoria e il globo, come esemplificazione del potere universale di Roma, si è soffermata G. CRESCI MARRONE, *Ecumene augustea*, cit., pp. 195-215, svolgendo interessanti osservazioni sull'iconografia della Roma imperiale.

6 La simbologia sopra descritta troverebbe conferma in alcune monete di età augustea (con particolare riferimento a due esemplari conservati, l'uno presso il British Museum di Londra, l'altro presso il Monetiere del Museo Archeologico Nazionale di Firenze) sul cui rovescio è rappresentata una vittoria alata con i piedi poggiati sopra una sfera e recante nella mano destra una corona e nella sinistra un vessillo. Le descrizioni offerte da Prudenzio (*C.S.* 2.23-28) e da Claudiano (*Cons. Stil.* 3.201-218; *VI cons. Hon.* 597-602) invece non parlano dello stendardo.

7 Il particolare è rilevato anche in Symm., *rel.* III, 5.

8 Cfr. Hdn. 5.5.6-7. La presenza dell'altare all'interno della Curia è attestata anche in *id.*, 7.11, 3-4. Come si è accennato, l'aneddoto si inserisce in un ampio e sconcertante quadro di manifestazioni narcisistiche dell'imperatore il quale era poco incline a rispettare i *mores* tradizionali. Noto per i suoi eccessi, Eliogabalo fece tra l'altro erigere sul colle Palatino un tempio dedicato al dio sole, da cui aveva preso il nome e del quale era sacerdote.

9 Sempre Erodiano (*id.* 5.5.7) precisa che magistrati e sacerdoti dovessero invocare, in occasione delle varie cerimonie rituali, primo fra tutti il nuovo dio Elagabalo, di cui l'imperatore si era dichiarato emissario *in terris*.

forse solo l'altare¹⁰, vennero a più riprese rimossi su ordine degli imperatori cristiani. Nel 357 fu disposto il primo spostamento da parte di Costanzo II, cui seguì un momentaneo ripristino per volere di Giuliano l'Apostata e poi, ancora, una nuova rimozione nel 382 da parte di Graziano.

Quest'ultimo attaccò in modo sinergico le istituzioni religiose pagane: molto abilmente tagliò i fondi stanziati da tempo immemore per il sostentamento delle vestali e degli altri ministri di culto, paralizzandone l'operato, ma (e qui si può cogliere la sagacia politica della sua manovra) senza bandirli ufficialmente. La portata di questi provvedimenti, sicuramente pesante per i pagani, è uscita ridimensionata da uno studio di Rita Lizzi la quale, incrociando le fonti di riferimento, ha concluso che i tagli erariali fossero limitati ad «alcuni privilegi propri delle Vestali, come lo *stipendium*, l'esenzione dai *munera*, le *annonae* e il diritto di quel collegio di ereditare agri¹¹», già abbastanza, mi sento di osservare, per scatenare le proteste della frangia più tradizionalista del senato.

È in questo clima di crescente ostilità antipagana che Simmaco, illustre esponente della *nobilitas* romana, formula la sua prima istanza di ottenere il ritorno dell'altare¹², ma l'imperatore Graziano, forse fomentato da Ambrogio¹³, non gli concede nemmeno udienza.

L'anno seguente Graziano viene assassinato, evento che favorisce una timida ripresa dei culti tradizionali. Un gruppo di senatori pagani prende allora coraggio e torna a chiedere al nuovo imperatore d'Occidente, Va-

10 La questione, ancora aperta, è stata esaminata da P. GRATTAROLA, *Ara deae. La prima rimozione dell'altare della Vittoria dalla curia romana e il suo ristabilimento*, in *Rendiconti. Classe di lettere e scienze morali e storiche*, 112 (1978), pp. 21-31. A me pare più verosimile che l'intento fosse di colpire solo gli altari, come si desume, per esempio, da Cth.16.10.8 (a. 382) in cui, da un lato sono banditi i sacrifici pagani, dall'altro lato sono fatte salve le statue dei tempi, in ragione del loro valore artistico.

11 Cfr. R. LIZZI, *Christian Emperor, Vestal Virgins, and Priestly Colleges: Reconsidering the End of Roman Paganism*, in *Antiquité Tardive*, 15 (2007), pp. 251-262. Una dettagliata analisi sulla figura, non particolarmente studiata, dell'imperatore Graziano è stata recentemente condotta da S. LO IACONO, *Gli anni della breccia cristiana. La legislazione dell'imperatore Graziano*, Milano, 2021, pp. IX-261. L'Autrice ravvisa che la politica religiosa di Graziano abbia assunto un andamento ondivago, alternando a una legislazione decisamente intransigente nei confronti dei pagani - come si evince dall'editto del 379 (CTh. 16.5.5 [C. 1.5.2]) nel quale sono bandite tutte le forme di eresia - anche alcuni squarci di tolleranza nei loro confronti, specialmente nei primi anni del suo regno.

12 Con riferimento alla rimozione disposta da Graziano, Simmaco parla sempre di «*ara Victoriae*» (rel. III, 3; id. 5). Anche Ambrogio nell'epistola 18 esordisce ricordando che la richiesta del prefetto dell'Urbe è che «*ara... redderetur loco*».

13 Come sottolinea S. LO IACONO, *Gli anni della breccia cristiana*, cit., pp. 31-32, Graziano si era dimostrato, almeno fino ad allora, ben disposto nei confronti dei senatori e lo stesso Simmaco (cfr. *id.*, p. 32, nt. 100) aveva espresso una buona opinione nei confronti dell'imperatore. Questo retroterra consolida l'idea che la chiusura da parte di Graziano nei confronti della delegazione senatoria sia dovuta in buona parte all'influenza del vescovo milanese.

lentiniano II¹⁴, allora poco più che un bambino¹⁵, di riportare l'altare all'interno della *Curia Iulia*, sua naturale sede da oltre trecento anni¹⁶.

2. SIMMACO, 'L'UOMO ROMANO'

A perorare la richiesta davanti all'imperatore è, nel 384, ancora Simmaco, che in quell'anno ricopre la carica di prefetto dell'urbe e che, oltre ad es-

14 Nel *De obitu Valentiniani consolatio* (§19-20), l'orazione funebre composta nel 392 per Valentiniano II, Ambrogio attesta che erano giunti da Roma alcuni legati per chiedere all'imperatore la restituzione dei diritti dei templi e dei privilegi connessi alle cariche dei sacerdoti, fondando le proprie ragioni sull'*auctoritas* del senato, antica reminiscenza del potere centrale di Roma. Riconosce, Ambrogio, che tutti i componenti del concistoro, compresi quelli di fede cristiana, trovando fondata la richiesta, si erano dichiarati favorevoli ad una *reductio in pristinum* dell'antico statuto dei culti; tutti ad eccezione di Valentiniano il quale si era opposto, osservando che le contestate misure restrittive erano state saggiamente introdotte dal fratello Graziano, rispetto al quale intendeva seguire una linea di continuità legislativa («*Miserat propter recuperanda templorum iura, sacerdotiorum profana privilegia, cultus sacrorum suorum, Roma legatos; et, quod est gravius, senatus nomine nitebantur. (1365B) Et cum universi, qui in consistorio aderant, christiani pariter atque gentiles dicerent esse reddenda, solus velut Daniel (Dan. XIII, 45), excitato in se Dei Spiritu, arguebat perfidiae christianos, gentilibus obviabat dicens: Quod pius frater eripuit, quomodo a me putatis esse reddendum? cum in eo et religio laedatur et frater, a quo se nollet pietate superari*»). Anche se non è detto espressamente, la delegazione di cui parla Ambrogio è probabilmente quella del 384. Trattandosi di un discorso elogiativo, di Valentiniano è sottolineato il ferreo temperamento che, invece, non poteva aver mostrato ai senatori, trattandosi ancora di un bambino (cfr. Ambr., ep. 17 Maur.).

15 La giovanissima età impediva, di fatto, a Valentiniano di governare. Egli era pertanto costantemente indirizzato dalla madre Giustina e dal *magister militum* Flavio Bauto il quale, in particolare, fungeva da *alter ego* dell'imperatore. Sul punto rimando all'attenta e documentata analisi di D. VERA, *Commento storico alle Relationes di Quinto Aurelio Simmaco*, Pisa, 1981, p. XXXII ss. e LXXVI ss.

16 Sulla *querelle* dell'altare della Vittoria esiste una nutrita bibliografia, tra cui: A. PAREDI, *Sant'Ambrogio e la sua età*, Milano, 1941, pp. 293-301; S. MAZZARINO, *Tolleranza e intolleranza: la polemica sull'ara della Vittoria*, in *Antico, tardoantico ed èra costantiniana*, vol. I, Bari, 1974, pp. 339-377; M. LAURIA, *De ara Victoriae virginibusque Vestalibus*, in *SDHI*, 50 (1984), pp. 235-280; G. W. BOWERSOCK - F. PASCHOU - G. FRY - Y. RÜTSCHKE (a cura di), *Colloque genevois sur Symmaque à l'occasion du mille six centième anniversaire du conflit de l'autel de la Victoire*, Paris, 1986; D. LASSANDRO, *L'altare della vittoria: "letture" moderne di un'antica controversia*, in A. GARZYA (a cura di) *Metodologie della ricerca sulla tarda antichità: atti del primo convegno dell'Associazione di studi tardoantichi*, Napoli, 1989, pp. 443-450; *Id.*, *I paradigmi della controversia 'De ara Victoriae' tra il senatore pagano Simmaco e il vescovo Ambrogio*, in M. MARIN - M. VERONESE (a cura di), *Temi e forme della polemica in età cristiana (III-V secolo)*, Bari, 2012, pp. 359-368; B. MORONI, *Il conflitto per l'altare della Vittoria in Ambrogio, De obitu Valent. 19-20*, in *RIL*, 130 (1996), pp. 237-263; U. VINCENTI, *I fondamenti del diritto occidentale*, Roma-Bari, 2010, p. 58; S. LO IACONO, *Gli anni della breccia cristiana*, cit., pp. 199-208; E. COLAGROSSI, *Non uno itinere. La disputa tra Simmaco e Ambrogio nel quadro del conflitto tra paganesimo e cristianesimo nel IV secolo d.C.*, in E. PIAZZA (a cura di) *Quis est qui ligno pugnat? Missionari ed evangelizzazione nell'Europa tardoantica e medievale (secc. IV-XIII)*, Verona, 2016, pp. 81-97; F. SANTANGELO, *La religione dei Romani*, Bari-Roma, 2022, p. 145 ss.

sere stimato come politico, ha fama di essere un abile e garbato oratore¹⁷. Fama che in effetti non smentisce in questa occasione in cui illustra le proprie ragioni e quelle dei senatori a lui vicini¹⁸ in un componimento noto come *Relatio tertia de repetenda ara Victoriae*¹⁹. Tra gli studiosi²⁰ è sorto il dubbio se egli abbia esposto pubblicamente il contenuto dell'istanza o se si sia limitato a spedirla perché ne venisse valutata la fondatezza, se del caso, in *camera caritatis*.

Ripercorrendo i fatti, anche antecedenti alla redazione della *Relatio*, credo che l'ipotesi più plausibile sia che Simmaco abbia fatto entrambe le cose, anticipando le proprie richieste in un libello scritto, per poi discuterle al cospetto dell'imperatore. Da un lato, infatti, il rifiuto opposto da Graziano di ricevere la precedente delegazione di senatori dimostra, o quanto meno suggerisce, che Simmaco fosse, ora più che mai, fermamente motivato a perorare la propria causa di fronte al concistoro milanese. Dall'altro lato, lo stesso Ambrogio chiede (quasi intima) a Valentiniano II (con la lettera 17 del suo epistolario), di fargli avere una copia della *Relatio* di Simmaco (confermando così che essa era stata recapitata), in modo da consentirgli una replica, poi in effetti composta nella successiva epistola 18²¹. Ad assumere, quasi *de imperio*²², la difesa dei cristiani è dunque il

17 Qualità che gli viene attribuita, oltre che da Ambrogio stesso (*ep.* 18.2 Maur.), anche da uno dei suoi più convinti detrattori, Aurelio Prudenzi Clemente (cfr. C.S. 2.19 in cui Simmaco è definito «*vir facundissime linguae*»).

18 Stando ad Ambrogio, i senatori pagani rappresentavano una netta minoranza (Ambr., *ep.* 17.9 Maur.) e non bisognava prestare fede ai promotori del ripristino dell'altare, i quali dichiaravano di parlare a nome dell'intero consesso (*id.*, 17.10). A prescindere dall'attendibilità o meno della testimonianza di Ambrogio, va considerato che Simmaco non introduce, come argomento a favore della propria tesi, il fatto che i senatori fossero in maggioranza pagani, essendo invece interessato a dimostrare che gli antichi rituali compiuti nella Curia romana erano ben accettati anche dai senatori cristiani.

19 Di «*relationes*», ovvero di comunicazioni ufficiali agli imperatori, Simmaco ne scrisse ben quarantanove (o, quantomeno, questo è il numero in cui ci sono pervenute).

20 Per una ricostruzione delle diverse posizioni rimando a D. VERA, *Commento storico alle Relationes*, cit., pp. 30-31.

21 Quanto agli scritti 'difensivi' di Ambrogio, è lui stesso ad attestare in una sua lettera (*ep.* 57.3 Maur.) che «*lecti sunt libelli mei in consistorio*». Tale notazione mi porta ad escludere la presenza fisica del vescovo in concistoro, quantomeno nel 384; ipotesi che mi sembra suffragata dal fatto che, dopo aver menzionato alcuni dignitari presenti alla lettura dei libelli (Bautone e Rumorido), Ambrogio precisa che in occasione di una successiva ambasceria (collocabile, a giudizio di D. VERA, *Commento storico alle Relationes*, cit., p. 22, nell'anno 391) non ebbe timore di dichiarare in faccia (*coram atque in os*) a Teodosio la propria posizione in merito. La questione meriterebbe tuttavia un approfondimento.

22 Sarà in effetti lo stesso Ambrogio a dichiarare, anni dopo, di sentirsi in dovere di intervenire sulla questione e di essersi imposto di impedire il ritorno dell'altare in senato (cfr. *ep.* 57.2 Maur.: «*Partes meas debui recognoscere... auctorem tamen fieri quominus decerneretur*»).

potente e temibile vescovo Ambrogio (il futuro Sant'Ambrogio, patrono dei milanesi).

Veniamo ora ai contenuti delle due tesi²³, partendo da quella della parte istante.

Penso sia importante premettere che Simmaco non costruisce un discorso incentrato esclusivamente sulla libertà religiosa (anzi, per quanto dirò, essa rappresenta solo un cammeo, seppur meravigliosamente rappresentato).

Egli pone piuttosto la questione in termini politici e culturali, difendendo la convinzione che reprimere, o addirittura bandire, i culti pagani significherebbe cancellare le tradizioni su cui si fonda da secoli la grandezza dell'impero. L'altare della Vittoria rappresenta, nello specifico, un simulacro dell'egemonia romana e un suo irrinunciabile presidio; è un valore da difendere e da tramandare: «Consentiteci da anziani» chiede Simmaco con tono quasi supplice «di lasciare ai posteri ciò che abbiamo ricevuto da bambini²⁴».

Nella sua argomentazione la tradizione romana è anche uno strumento di inclusione dell'allogeno o comunque del diverso, attraverso il quale è possibile tenere salde le varie compagini dell'impero, detta in termini semplici: vivere in pace. Una pace che i romani possono mantenere *in terris* solo attraverso il consenso degli dèi. È stato acutamente osservato²⁵ che, non a caso, il sostantivo *pax* condivide la stessa radice semantica del verbo *pacisci*, venire a patti. Se i cittadini infrangeranno l'accordo stretto con gli dèi, il destino di Roma sarà inesorabilmente segnato²⁶.

A dimostrazione di quanto detto, Simmaco osserva che da quando sono stati aboliti i sussidi per i ministri di culto, Roma e le sue province sono state fiaccate da una grave carestia²⁷. È il sacrilegio commesso che ha causato l'inaridimento dei campi, non un accidentale parassita del grano o un imprevedibile fenomeno atmosferico avverso. Una deduzione, questa,

23 Le principali fonti di riferimento della vicenda sono rappresentate dalla terza *Relatio* di Simmaco e dalle sopra menzionate epistole 17 e 18 di Ambrogio. Per l'epistolario di quest'ultimo adatterò la numerazione dell'edizione Maurini.

24 Symm., *rel.* III, 4.

25 Su questo aspetto semantico si è soffermato, proprio con riferimento alla questione dell'*ara Victoriae*, I. DIONIGI (a cura di), *La maschera della tolleranza. Ambrogio, Epistole 17 e 18. Simmaco, Terza Relazione*, traduzione di A. Traina, con un saggio di M. Cacciari, Milano, 2006, p. 19. In generale sulla relazione tra i termini 'pace/pax' e 'venire a patti/pacisci' cfr. S. WEINSTOCK, *Pax and the 'Ara Pacis'*, in *JRS*, 50 (1960), pp. 44-58.

26 Sul punto si veda I. D'AURIA, *La prosopopea di Roma nel Contra Symmachum di Prudenzio*, in *Auctores nostri*, Vol. 9, 2011, pp. 427-453.

27 Symm., *rel.* III, 15-17. L'evento è ampiamente documentato dalle fonti, tra le quali segnalo la curiosa testimonianza di Sant'Agostino, il quale, trovandosi a Milano proprio nel 384, nota con disappunto che l'illuminazione pubblica stradale è insufficiente a causa della penuria di olio.

sulla cui irrazionalità Ambrogio non fatterà a replicare, annoverando una serie di sciagure accorse al popolo romano, in occasione delle quali la Vittoria, nonostante fosse ancora ben salda al suo posto, non aveva apportato alcun intervento salvifico²⁸.

Che l'apertura verso il diverso (si badi: non la sua accettazione) sia, anche in fatto di fede, l'unica via utile per mantenere il controllo politico, Simmaco lo dice chiaramente:

«Se non rappresenta un esempio da seguire la religione praticata dai primi imperatori, allora lo sia la condiscendenza (*dissimulatio*) adottata da quelli a noi più vicini²⁹».

Dissimulatio, da intendersi qui come l'indulgenza di chi sceglie di non infliggere una punizione o di imporre un divieto, seppur, dovuti, è un concetto chiave dell'orazione³⁰. Con un'espressione molto felice Massimo Cacciari ha sostenuto che i senatori si sarebbero accontentati di far indossare agli imperatori cristiani una «maschera di tolleranza nei confronti dei pagani³¹».

D'altro canto, nella cultura romana la devozione e, soprattutto, la pratica religiosa è un fenomeno che non attiene tanto alla sfera spirituale, intima dell'individuo, quanto a quella dell'*ethos*, delle relazioni politiche e istituzionali³². Proprio questa connotazione pubblica rappresenta anche un eventuale freno all'introduzione di determinati culti, nel caso in cui contrastino con i principi fondanti la *res publica* o mettano in discussione l'ordine sociale³³. Se la religione viene fatta rientrare tra le materie regolate (ed even-

28 Ambr., *ep.* 18.17 (Maur.). Per altro verso, il vescovo milanese porterà ad esempio la florida situazione di alcune province imperiali che erano evidentemente rimaste indenni dalla rimozione dell'*ara Victoriae* (cfr. *id.*, 18.21).

29 Symm., *rel.* III, 3: «*Si exemplum non facit religio veterum, faciat dissimulatio proximorum*». In verità, gli imperatori cristiani cui si riferisce Simmaco, non avevano adottato una politica di apertura nei confronti dei pagani, basti pensare all'editto di Tessalonica del 380 nel quale Teodosio I etichetta i non cristiani (i *reliquos*, ovvero tutti coloro che si pongono al di fuori del perimetro della fede cattolica) come dei *dementes venasosque*, dei «dementi e insani» (la resa italiana dell'endiadi, che mi pare efficace, è di F. INGRAVALLE, *Dementi e insani. La persecuzione delle memorie antiche*, Padova, 2019, p. 41).

30 Sulla *dissimulatio* come qualità dell'imperatore, si veda M. SORDI, *Dissimulatio nella Roma Imperiale: tra Tiberio e Simmaco*, in *ASR*, 4 (2011), pp. 15-19. La studiosa ha rilevato come il termine, associato alla figura di Tiberio, assuma una valenza particolarmente positiva corrispondendo, da un lato alla capacità dell'imperatore di nascondere le proprie pene, dall'altro «di non vedere quello che non si vuole punire».

31 I. DIONIGI (a cura di), *La maschera della tolleranza*, cit., p. 112 ss.

32 Sul punto interessanti considerazioni in I. DIONIGI (a cura di), *La maschera della tolleranza*, cit. p. 19.

33 Un esempio famosissimo è rappresentato dal senatoconsulto *De Bacchanalibus* del 186 a.C.

tualmente limitate) dalle pubbliche istituzioni, siamo evidentemente ancora lontani dal concetto moderno di tolleranza. In altre parole, qui evidentemente non è in gioco la difesa della libertà religiosa in senso soggettivo.

Se ripercorriamo con ordine la relazione di Simmaco, tale aspetto risulta evidente. Già nell'esordio egli chiarisce che i culti pagani vanno difesi in quanto espressione del potere imperiale: non a caso si presenta come prefetto urbano «*prosequor gesta publica*», ovvero colui che si fa carico degli affari pubblici e, in secondo luogo, come *legatus* dei cittadini³⁴. Che cosa intenda difendere non esita a dichiararlo: le antiche istituzioni e i *mores parentum*³⁵ (i costumi degli antenati) che hanno giovato prima di tutto allo stato («*rei publicae profuit*³⁶») e, mediatamente, ai *cives*.

3. CONSUETUDINIS AMOR MAGNUS EST

Il discorso prosegue rimarcando l'importanza di preservare quei costumi, anche religiosi, per i quali il popolo romano nutre un vero e proprio sentimento: *magnus est amor consuetudinis*. Un amore rivolto al passato che vale a garantire, nel presente, la fama eterna di Roma³⁷. Qui l'orazione tocca le corde più intime del sentire romano, deviando, almeno apparentemente, dal terreno della politica e del diritto.

Lo spazio entro il quale opera e si consolida la consuetudine è, d'altro canto, quanto mai sfaccettato. Mi sembra interessante notare che l'espressione di Simmaco rappresenta quasi un calco di quella ciceroniana «*consuetudinis magna vis est*», usata dall'Arpinate per spiegare come la fatica (per esempio quella patita dai cacciatori sotto la neve) alla lunga possa diventare sopportabile e finire per far parte della quotidianità³⁸. In altro luogo, sempre Cicerone aveva sostenuto che la consuetudine «*quasi alteram quandam naturam efficit*³⁹», da essa viene, cioè, a generarsi quasi

con il quale vennero soppressi i collegi dedicati al culto di Bacco perché considerati pericolosi per l'ordine pubblico. La repressione si spinse anche contro gli stessi membri, che furono sottoposti a processo e, in molti casi, condannati a morte.

34 Symm., *rel.* III, 1.

35 Symm., *rel.* III, 2: «*Cui enim magis commodat, quod instituta maiorum, quod patriae iura et fata defendimus, quam temporum gloriae? Quae tunc maior est, cum vobis contra morem parentum intellegitis nil licere*».

36 Symm., *rel.* III, 3. Qui Simmaco si riferisce in particolare alle consuetudini religiose.

37 Symm., *rel.* III, 4.

38 Cic., *Tusc.* 2.40.

39 Cic., *fin.* 5.25.74. La massima è di ascendenza aristotelica (*Rhet.* 1.11.1370a 6-8).

una seconda natura. Da un modo di essere, si trasforma in un dover essere che l'uomo percepisce come un comportamento (con)naturale.

Queste reviviscenze non erano di certo sconosciute ad un intellettuale come Simmaco che, dopo aver accostato la consuetudine all'*amor*, rientra sul piano giuridico.

Dalla premessa «*consuetudinis amor magnus est*», fa discendere la conclusione che «a buon diritto il provvedimento del divo Costanzo (si riferisce evidentemente all'eliminazione dell'ara della Vittoria) ebbe vita breve (*merito divi Constanti factum diu non stetit*)⁴⁰».

Con questo intendeva dire che i riti e le cerimonie compiuti presso l'ara della Vittoria corrispondevano, nel sentire dell'uomo romano ad un'*opinio iuris ac necessitatis*; una componente essenziale della consuetudine tanto radicata, anche da un punto di vista giuridico, da indurre a trasgredire il divieto di Costanzo e a far rivivere l'antica prassi.

Sant'Agostino aveva invece ironizzato sulla caparbità con cui venivano coltivati i vecchi culti pagani, dipingendo la *nobilitas* romana come una turba di gente invasata (*inflata*) avvezza a sacrificare a ogni genere di idolo, compresi cani e creature mostruose⁴¹.

In contrapposizione a questa visione si era già fatto strada il principio, dettato da Costantino, secondo cui «l'autorità della consuetudine e dell'uso antico non sono senza valore, tuttavia non influiranno fino al punto di prevalere sulla ragione, o sulla legge⁴²». La gerarchia delle fonti è qui chiaramente scolpita: all'imperatore, *viva vox legis*, non è possibile derogare, nemmeno invocando la forza di una prassi consuetudinaria.

Se ci spostiamo sul piano filosofico, il pensiero cristiano prende distanze ancor più nette: anche per Sant'Agostino, che certamente conosceva la definizione ciceroniana, la consuetudine è «*quasi secunda et quasi affabricata natura*⁴³» ma essa è propriamente legata al vizio e a ciò che

40 Symm., *rel.* III, 4.

41 Aug., *conf.* 8.2.3. Il riferimento è in particolare ad Anubi «*latratorem*» e, in generale, ad «*omnigenum deum monstra*». I riti orientali, come quelli ricordati da Agostino, erano di gran moda a Roma. Questo politeismo 'allargato' rappresenta secondo Ambrogio un ulteriore punto a sfavore del suo avversario: si chiede infatti per quale ragione i romani si rivolsero ai riti stranieri, se erano così affezionati a quelli antichi (Ambr., *ep.* 18.30 Maur.).

42 C. 8.52 [53].2: «*Consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem* (a. 319 d.C.)». Nel precetto imperiale vengono presi in considerazione gli usi locali/regionali. Cfr. V. GIGLIOTTI, *Consuetudine e osservanza: per il recupero di un fondamento del diritto comune*, in *TCRS*, 2023, p. 3 ss.

43 Aug., *mus.* 6.7.19. Il termine «*affabricata*» è un probabile apax di difficile comprensione il cui significato dovrebbe corrispondere a 'ciò che si aggiunge'. Anche nel *De vera religione* (35.65) il Santo d'Ipponia individua nella consuetudine una causa di allontanamento da Dio, operando essa

alimenta gli istinti malvagi («*consuetudinem malam vocabat, quae ab eruditis etiam saeculi dici solet secunda natura*⁴⁴»).

Ambrogio è altrettanto categorico e alla tesi di Simmaco, «*maiorum servandus est ritus*», risponde che «*omnia postea in melius profecerunt*», ovvero che in seguito (all'affermarsi del Cristianesimo) tutto è andato migliorando⁴⁵. A sostegno, si serve di una similitudine che evoca uno scenario cosmogonico⁴⁶: come da una massa primordiale e tenebrosa sono scaturite forme piene di bellezza e di luce, e come la luna, seguendo le proprie fasi, dopo essere stata coperta da una coltre buia, viene irradiata dal sole, così l'essere umano, crescendo, abbandona i pensieri infantili e irrazionali per formarsi (convertendosi alla vera fede) un intelletto maturo.

4. LA RELIGIO: UNA QUESTIONE 'COMUNITARIA'

Altro passaggio cardine dell'argomentazione di Simmaco è «*suus enim cuique mos*», ognuno ha le proprie consuetudini»; dove con ognuno, viene di seguito precisato, si intende ogni comunità, non ogni singolo individuo. Ancora una volta viene messa in luce la dimensione pubblica di quegli originari *mores* che continuano ad indirizzare la vita delle città romane anche sul piano religioso.

Sant'Agostino⁴⁷, rifacendosi ad una partizione di Varrone⁴⁸ che distingueva tre generi di teologia (quella mitica, quella filosofica e quella civile), osserva che la prima è frutto di pura fantasia, la seconda (la migliore fra tutte) attiene alla speculazione filosofica e al mondo intero, mentre la terza è quella «civile» propria di una comunità cittadina. Quest'ultima è costituita dai precetti che i sacerdoti e i cittadini devono seguire, dagli dèi che devono venerare e dai riti che devono osservare. La sua connotazione 'civile' le conferisce un carattere circoscritto e variabile: infatti può

in una dimensione meramente corporea e terrestre. Sul tema rimando all'approfondita analisi di M. PIAZZA, *Creature dell'abitudine. Abito, natura, secondo costume da Aristotele alle scienze cognitive*, Bologna, 2018, pp. 15-8.

44 Aug., *C. Iul. Imp.* 1.69.

45 Ambr., *ep.* 18.23 (Maur.).

46 Da leggersi in contrapposizione al cielo stellato, che ciascun uomo è libero di ammirare a modo suo, al quale farà riferimento Simmaco in *rel.* III, 10, su cui *infra* § 5.

47 Aug., *civ.* 6.5.

48 La suddetta tripartizione era descritta nelle *Antiquitates rerum humanarum et divinarum*, opera di Varrone che non ci è giunta ma che è in parte ricostruibile sulla scorta delle testimonianze e delle citazioni di Sant'Agostino.

accadere che una città abbia divinità e usanze diverse da un'altra. Questa molteplicità di culti, che Agostino disprezza, rappresentava invece per la classicità romana una normale derivazione dell'autonomia concessa alle varie comunità sottomesse. Lo stesso editto di Tessalonica, indirizzato a *cunctos populos*, a tutti i popoli, non già a tutti i (singoli) uomini, credo fotografi bene questa prospettiva.

Si capisce che la fede individuale afferente alla nostra moderna libertà di coscienza trova davvero poco spazio in questa disputa.

D'altro canto, nel mondo romano l'uomo che ha pieni diritti è solo il *civis*, colui che possiede uno *status* giuridico in quanto facente parte della *civitas*. In questo contesto la dimensione del fenomeno religioso non può che essere 'civile', come osserva Sant'Agostino. Solo su un piano sovraindividuale vi è un interesse a difendere la libertà di culto, come dimostra il fatto che ogni città può contare su una propria divinità protettrice⁴⁹.

Anche se scendiamo all'interno dei legami familiari, troviamo un *pater familias* che è il custode della memoria degli antenati e dell'altare domestico i quali costituiscono una componente fondamentale del patrimonio ereditario da trasmettere ai discendenti. I culti familiari sono concepiti come consuetudini da trasmettere tralatiziamente alle generazioni future.

Per i romani la religione è anche e soprattutto connessa con il diritto: *fas* e *ius* sono inscindibili. L'aspetto religioso permea ogni aspetto della vita pubblica. Lo stesso imperatore è investito della più alta carica sacerdotale, quella di *Pontifex Maximus*, ed è significativo che proprio l'imperatore Graziano decida per primo di rifiutarla, con ciò compiendo un inequivocabile gesto di rottura.

5. TUTTI CONTEMPLIAMO LE STESSE STELLE

Solo in un secondo momento Simmaco poggia lo sguardo sulla questione della 'libertà religiosa' e lo fa attraverso una prosopopea, lasciando che sia Roma in persona a parlare. Essa si presenta all'uditorio come una vegliarda che, in nome della libertà («*quia libera sum!*⁵⁰»), chiede rispetto per sé e per quelle secolari usanze che le hanno garantito l'invincibilità, allontanando dai sette colli nemici terribili, come Annibale e i Galli Senoni.

Così si esprime l'anziana signora:

49 Symm., *rel.* III, 8.

50 Symm., *rel.* III, 9.

«Domando quindi che vi sia pace per gli dèi della patria e per quelli originari di Roma. È giusto ritenere che ciò che ciascuno venera sia riconducibile ad un'unica entità. Contempliamo le stesse stelle, comune a tutti è il cielo, facciamo parte di un unico universo. Che importanza ha il percorso conoscitivo con cui ciascuno cerca la verità? Non si può arrivare a un così grande mistero percorrendo un'unica via⁵¹».

Già il greco Temistio, fondatore di una scuola di filosofia a Costantinopoli, si era servito di un'immagine simile per convincere Gioviano⁵², neo eletto imperatore dai comandanti dell'esercito nel 363, ad adottare una politica religiosa tollerante⁵³; servendosi di un linguaggio metaforico aveva spiegato che, pur essendoci un «unico vero e grande giudice», ognuno ha la facoltà di gareggiare per raggiungere la meta, percorrendo la via che gli pare più consona e praticabile. La possibilità che il percorso non sia univoco, si traduce addirittura in un vantaggio, perché se i corridori fossero costretti a procedere affiancati, trovando sbarrati tutti gli altri cammini, finirebbero per ostruire lo spazio dedicato alla «competizione» (=«ἀγώνισμα» nel testo greco, termine che indica sia la gara che il premio conseguito al suo termine e che risulta perfettamente coerente con un'idea, classica e meritocratica, secondo la quale non tutti gli uomini sono predestinati, hanno il diritto, di conquistare la beatitudine celeste).

La suggestiva metafora della pluralità delle vie⁵⁴ avrà particolare fortuna nelle dispute teologiche venendo ripresa, sul finire del XV secolo, anche da Pico della Mirandola⁵⁵.

Nel prendere le distanze dalle posizioni assunte dal proprio avversario, Ambrogio gli risponderà in modo tranciante:

51 Symm., *rel.* III, 10: «Ergo dis patriis, dis indigetibus pacem rogamus. Aequum est, quidquid omnes colunt, unum putari. Eadem spectamus astra, commune caelum est, idem nos mundus involvit: quid interest qua quisque prudentia verum requirat? Uno itinere non potest perveniri ad tam grande secretum».

52 Them., *Ad Iov.* 8. 69a.

53 Dalla Storia ecclesiastica di Sozomeno (6.3) si evince che Gioviano, appena assunto il potere, scrisse ai governatori provinciali perché esortassero i sudditi ad abbracciare il Cristianesimo, da ritenersi l'unico credo ammesso. Al tempo stesso, avrebbe ripristinato i privilegi riservati alle Chiese e al clero da Costantino, e successivamente aboliti da Giuliano l'Apostata.

54 Cfr. E. COLAGROSSI, *Non uno itinere. La disputa tra Simmaco e Ambrogio nel quadro del conflitto tra paganesimo e cristianesimo nel IV secolo d.C.*, in E. PIAZZA (a cura di) *Quis est qui ligno pugnat? Missionari ed evangelizzazione nell'Europa tardoantica e medievale (sez. IV-XIII)*, Verona, 2016, pp. 81-98.

55 Nel suo 'Discorso sulla dignità dell'uomo', che lo farà cadere in sospetto di eresia, Pico sostiene che qualunque persona di intelletto è in grado di trovare la propria via di ascesi al divino, a prescindere dalla fede professata.

«Ciò che vi è oscuro noi lo abbiamo appreso direttamente dalla voce di Dio!⁵⁶»

Alla molteplicità degli itinerari percorribili per raggiungere il divino, contrappone la metafora dell'unica via, destinata a divenire un *topos* argomentativo di altrettanto successo. Il vescovo di Milano la attinge probabilmente dai testi evangelici (il pensiero inevitabilmente va alla frase di San Giovanni Apostolo: «Gli disse Gesù: Io sono la via, la verità e la vita. Nessuno viene al Padre se non per mezzo di me»⁵⁷). Se ne serve per spiegare il primato della dottrina cristiana anche nell'epistola indirizzata al vescovo di Lione Ireneo⁵⁸ nella quale esorta ad abbandonare i sentieri devianti, «amati da chi va fuori strada», e a seguire la via della sapienza tracciata da Dio. È del pari capovolta l'idea che il percorso debba essere ampio, libero e scorrevole: al contrario, per il vescovo di Milano la via larga, quella 'facile' percorsa dalla folla, conduce alla dannazione.

Si tratta di posizioni inconciliabili. Un «dialogo tra sordi», lo ha definito Domenico Vera⁵⁹.

Se passiamo in rassegna l'epistola 17 di Ambrogio, in perfetta consonanza con la metafora dell'unica via troviamo ripetutamente impiegato il sintagma (*solo*) *vero Dio*. È un'iterazione certamente voluta perché deve risuonare nella mente del destinatario della missiva, che non è Simmaco, bensì l'imperatore, la cui fede non deve vacillare⁶⁰.

Le espressioni usate da Ambrogio sono incalzanti e persuasive: fin dall'*incipit* il vescovo avverte perentoriamente che

«Non potrà esserci salvezza certa se ognuno non venererà in modo sincero il Dio vero, cioè il Dio dei cristiani. Lui infatti è l'unico vero Dio, da venerare intimamente. Gli dèi pagani sono demoni⁶¹».

E, ancora:

«Dunque, chi milita per questo vero Dio e lo accoglie nel suo cuore

56 Ambr., ep. 18.8 (Maur.): «*Quod vos ignoratis id nos dei voce cognovimus*».

57 Gv. 14.6 (Traduzione CEI). Si veda anche Sant'Agostino in ep. 104.4.12-13.

58 Ambr., ep. 28.6 (Maur.).

59 D. VERA, *Commento storico alle Relationes*, cit., p. 15.

60 Ambr., ep. 17.10 (Maur.). Ambrogio si rivolge a Valentiano (che inizialmente pare avesse abbracciato l'arianesimo) in tono perentorio, temendo che quest'ultimo, a causa della sua giovane età, possa lasciarsi influenzare dalle suppliche di Simmaco.

61 Ambr., ep. 17.1 (Maur.).

per adorarlo nel profondo, deve adoperare non condiscendenza (*dis-simulationem*), non indulgenza (*conniventiam*), ma attaccamento per la fede e per le pratiche religiose⁶²».

Prosegue ulteriormente:

«Poiché, tu Cristianissimo Imperatore, sei tenuto a dar prova della tua fede nel vero Dio, così come dello zelo nel coltivarla, dell'accortezza e devozione, mi stupisco che qualcuno sia stato toccato dalla speranza che tu debba disporre la restaurazione degli altari dedicati alle divinità pagane e, inoltre, stanziare dei sussidi per il compimento dei sacrifici profani⁶³».

La richiesta dei senatori pagani appare ad Ambrogio alquanto contraddittoria, dal momento che proviene da quegli stessi senatori, da quegli stessi romani, che non hanno avuto scrupoli «a spargere il nostro sangue e ad abbattere le nostre chiese⁶⁴».

La questione viene presentata come chiusa in partenza: il cristianesimo rappresenta il futuro e la salvezza dell'impero, la linfa vitale che anima le coscienze. L'antica religione, ridotta a mera forma, è invece incapace di nutrire gli animi e, da moribonda, spera di essere tenuta in vita dai finanziamenti statali.

In un serrato gioco di tesi e di antitesi Ambrogio ribatte punto per punto le argomentazioni del suo valente avversario. Alla metafora del cielo stellato contrappone il sole della vera fede, al crepuscolo degli dei, il messaggio salvifico di Cristo, a una Roma che vacilla ancorandosi agli errori del passato, una Roma che ha la saggezza di redimersi seppur in tarda età, alla sacralità dei *mores dei patres*, la *superstitio*⁶⁵ che li alimenta. E ancora, alle vestali stipendiate dall'erario, le vergini martiri che trovano in Cristo la vita eterna, alla tolleranza di cui si fa interprete Simmaco, la leggerezza di chi dovrebbe chiudere gli occhi, rinunciando a militare per la vera fede.

62 *Ibidem*.

63 Ambr., *ep.* 17.3 (Maur.).

64 Ambr., *ep.* 17.4 (Maur.).

65 L'antitesi tra superstizione e vera fede viene proposta in più luoghi da Ambrogio, come in *ep.* 17.6 (Maur.); *id.* 39 e in *ep.* 57.2 (Maur.). La *superstitio* costituisce nella legislazione teodosiana (cfr. CTh. 16.10.12, sulla quale tornerò) un vero e proprio crimine.

6. UNA DISPUTA OTIOSORUM

Svolta un'appassionata, seppur fugace, difesa del pluralismo religioso, Simmaco lascia da parte la disputa teologica, che riserva agli intellettuali (*otiosi*), per tornare alla questione che gli preme maggiormente: quella delle sovvenzioni statali ai culti e alle istituzioni sacerdotali.

Ora assume un tono più burocratico, da alto funzionario statale qual è⁶⁶, cercando di dimostrare che l'esiguità dei fondi stanziati per i ministri di culto è tale da non pesare minimamente sulle casse pubbliche, tanto è vero che persino gli imperatori più parchi (*parissimi*) si sono guardati dall'escluderli dalle voci di bilancio. Anche i privilegi riservati alle cariche sacerdotali, primo fra tutti l'esenzione dal pagamento delle imposte, rappresentano solo dei piccoli benefici: a provarlo sono le condizioni di vita delle vestali, descritte al limite dell'indigenza. Qui probabilmente Simmaco sa di mentire o, comunque di esagerare. La ricerca storica ha infatti appurato che le sacerdotesse di Vesta erano abbienti⁶⁷ o, quanto meno, sufficientemente correate per la carica che ricoprivano. Non è questo il luogo per indagare l'entità della loro capienza patrimoniale. Livio⁶⁸ conferma che ricevevano uno *stipendium* dallo stato, pur non precisandone l'entità. Probabilmente, a un salario di base potevano aggiungersi delle erogazioni *ad hoc*, anche ingenti. Quest'ultimo dato sarebbe confermato dalla notizia⁶⁹ riguardante la vestale Cornelia, alla quale Augusto conferì ben due milioni di sesterzi.

Chiarita la scarissima incidenza nel bilancio pubblico delle predette erogazioni, Simmaco introduce un interessante confronto dialettico tra il *lucrum* (ovvero il vantaggio puramente economico derivante dalla soppressione dei fondi) e l'*invidia* (intesa come l'impopolarità ricadente sulla figura dell'imperatore a seguito del taglio delle spese). Si ritorna così al tema introdotto nell'esordio dell'orazione sull'importanza che chi guida l'impero si guadagni una buona fama tra i sudditi⁷⁰ e la sappia preservare per il futuro⁷¹.

66 Cfr. S. GIGLIO, *Giurisdizione e fisco nelle "Relationes" di Q. Aurelio Simmaco*, in *ARC*, 13 (2001), pp. 191-216.

67 P. NELLI, *Roma. Le vestali*, Roma, 2015, p. 33 ss.

68 Liv. 1.20.

69 Tac., *ann.* 4.16.

70 Symm., *rel.* III, 2: «*Amari, coli, diligi, maius imperio est... Merito illos senatus insequitur qui potentiam suam famae principis praetulerunt*».

71 Symm., *rel.* III, 4: «*Aeternitatem curamus famae et nominis vestri, ne quid futura eatas inveniat corrigendum*».

Viene infine affrontata la questione della revoca e della conseguente acquisizione da parte del fisco dei legati testamentari, aventi ad oggetto beni immobili, disposti dai privati a favore delle vestali e degli altri ministri di culto. La privazione della *testamenti factio* passiva provoca un danno ai legatari quanto ai testatori, limitandone la libertà di disporre *mortis causa*. Il diritto di testare (e di ricevere per testamento) non può subire delle preclusioni fondate sull'appartenenza del beneficiario a un collegio sacerdotale (pagano). A prescindere dai suoi contenuti discriminatori, il divieto in questione produce una frattura inaccettabile -almeno per un romano ancorato al passato - tra lo spazio che attiene al diritto e quello che attiene alla religione. Si chiede infatti polemicamente Simmaco: «*ergo romanae religiones ad romana iura non pertinent?*».

Non manca la previsione di pericolosi stravolgimenti sociali, giacché, puntualizza, persino i liberti e gli schiavi possono ricevere per testamento e, conclude, «allora tanto vale essere servi⁷²».

7. LA DISSIMULATIO: UN VIZIO O UNA VIRTÙ?

La *peroratio* dei senatori pagani non ebbe successo. L'altare venne ripristinato solo per un brevissimo tempo, nel 393, da parte dell'imperatore Eugenio, mai riconosciuto tale da Teodosio I e ritenuto anzi un usurpatore.

Vi furono infatti plurimi tentativi di far rientrare l'altare nella Curia. Le fonti purtroppo non sono precise nell'identificare né la parte istante, né la datazione di tali richieste. Mi sembra interessante ripercorrere, sul punto, la cronologia proposta da Domenico Vera⁷³ perché ci aiuta a comprendere come il fenomeno del paganesimo fosse tutt'altro che recessivo⁷⁴. Oltre alla disputa del 384, nell'epistola 57⁷⁵ Ambrogio fa cenno ad altre due petizioni, presentate tra il 391 e il 392. Della prima, giunta a Teodosio I, è fatta menzione anche nello Pseudo Prospero⁷⁶ e potrebbe essere ricondotta a una nuova iniziativa di Simmaco. Della seconda venne invece investito Valentiniano II il quale, a detta di Ambrogio, decise senza ricevere alcuna

72 Symm., *rel.* III, 14.

73 D. VERA, *Commento storico alle Relationes*, cit., p. 22.

74 Questa considerazione vale per la parte occidentale dell'Impero dove, come osserva L. STORONI MAZZOLANI, *Sant'Agostino e i pagani*, Palermo, 1982, p. 38 «era molto sentito il culto del passato, ogni pietra evocava memorie venerabili».

75 Ambr., *ep.* 57.5 (Maur.).

76 Ps. Prosp., *Prom.* 3.38.41.

pressione o libello scritto. In entrambe le occasioni le richieste di parte pagana furono rigettate. Vi fu poi un'ulteriore richiesta inoltrata all'imperatore Eugenio il quale, come si è detto poc'anzi, pur nutrendo delle iniziali riserve, concesse la restituzione ai templi dei loro beni, tra cui vi è da ritenere, anche l'altare della Vittoria alla Curia romana⁷⁷.

Domenico Vera si dimostra invece assai scettico in ordine alla possibilità che sia stato messo in atto nel 402 un ultimo estremo tentativo da parte Simmaco, il quale si sarebbe questa volta appellato all'imperatore Onorio. Le perplessità sono dovute al fatto che l'unica testimonianza sul punto si trova nel *Contra Symmacum* di Prudenzio, la cui attendibilità risulta smentita da alcune lettere dello stesso Simmaco dalle quali si evince che nel 402 egli fece sì un viaggio a Milano, ma per altre ragioni⁷⁸.

La definitiva rimozione (questo può essere considerato un dato certo) venne disposta da Teodosio I nel 394.

Il ruolo giocato dall'imperatore d'Oriente, che finora abbiamo lasciato in ombra, è in verità di primo piano. L'episodio dell'altare della Vittoria si colloca a pochi anni di distanza dall'editto di Tessalonica del 380, con il quale proprio Teodosio aveva sancito la fine della tolleranza religiosa⁷⁹, proclamando il cristianesimo religione di stato. A seguito dell'editto, si susseguono varie previsioni legislative molto più puntuali in tema di idolatria.

77 Un accenno si coglie anche in Ambr., *ep.* 61.2 (Maur.) in cui il vescovo spiega all'imperatore Teodosio di essersi assentato da Milano agli inizi del 393 per evitare di incontrare Eugenio che si era macchiato di un sacrilegio.

78 L'osservazione è di D. VERA, *Commento storico alle Relationes*, cit., p. 23 e nt. 41.

79 CTh. 16.1.2 pr.-1: «*Cunctos populos, quos clementiae nostrae regit temperamentum, in tali volumus religione versari, quam divinum Petrum apostolum tradidisse Romanis religio usque ad nunc ab ipso insinuata declarat quamque pontificem Damasum sequi claret et Petrum Aleksandriae episcopum virum apostolicae sanctitatis, hoc est, ut secundum apostolicam disciplinam evangelicamque doctrinam patris et filii et spiritus sancti unam deitatem sub parili maiestate et sub pia trinitate credamus. Hanc legem sequentes Christianorum catholicorum nomen iubemus amplecti, reliquos vero dementes vesanosque iudicantes haeretici dogmatis infamiam sustinere 'nec conciliabula eorum ecclesiarum nomen accipere'*, divina primum vindicta, post etiam motus nostri, quem ex caelesti arbitro sumpserimus, ultione plectendos» (Trad.: Vogliamo che tutti i popoli che sono governati dalla moderazione della nostra clemenza, si convertano alla religione trasmessa dal divino apostolo Pietro ai Romani; religione che, introdotta da lui, così ancor oggi si manifesta, la stessa seguita dal pontefice Damaso e da Pietro, vescovo di Alessandria, uomo di santità apostolica; ovvero, secondo la disciplina apostolica e la dottrina evangelica, vogliamo che si creda all'unica divinità del Padre, del Figlio e dello Spirito Santo, riunite in una pari maestà e santa trinità. Chi segue questo precetto, ordiniamo che assuma il nome di cristiano cattolico; sugli altri, che invece consideriamo dementi e insani, ricadrà l'infamia del dogma eretico, né i loro conciliaboli assumeranno il nome di Chiese; dovranno essere puniti prima dalla vendetta divina, poi dal nostro intervento punitivo, che infliggeremo secondo il volere di Dio).

Con una costituzione del 21 dicembre 381 (CTh. 16.10.7) Teodosio vieta i sacrifici pagani; con altre due costituzioni, rispettivamente del 24 febbraio 391 (CTh. 16.10.10) e del 16 giugno 391 (CTh. 16.10.11⁸⁰), vieta addirittura di contemplare e rivolgere preghiere alle statue collocate nei templi di cui viene interdetto l'accesso⁸¹.

A completamento di un climax ormai inarrestabile, in una costituzione emanata a Costantinopoli nel 392 d.C.⁸², i numerosi ma inorganici divieti posti fino a quel momento da Teodosio, assumono una portata capillare e universale, sia rispetto ai destinatari della legge (l'espressione usata, *nullus omnino*, non lascia scampo ad alcuno, povero o ricco, umile o potente che sia), sia rispetto alla sua efficacia nello spazio. La costituzione prevede pene severissime per chiunque immoli vittime sacrificali o compia riti di altro genere in onore delle statue, ovunque essere si trovino, anche se nel più sperduto angolo della terra (*in nullo penitus loco, in nulla urbe*).

I simulacri vengono definiti dalla disposizione imperiale come «*sensu carentibus*», espressione già presente nel linguaggio dell'oratoria classica e che un poco sorprende all'interno di una disposizione legislativa. Era stato Quintiliano a soffermarsi sull'audacia argomentativa della cosiddetta traslazione, figura retorica che attribuisce a oggetti inanimati, appunto, *sensu carentibus*, una vita, dei sentimenti e delle emozioni⁸³. Il fatto è che per i pagani le statue delle divinità, ivi compresa quella della Vittoria, rappresentavano realmente dei ponti verso il divino e non dei semplici manufatti umani. Per Ambrogio si tratta di false credenze: «parlano di Dio ma

80 Con questi famosi decreti del 391, il primo indirizzato al prefetto del pretorio Albino, il secondo al prefetto augustale e al *comes* d'Egitto, vengono perentoriamente banditi i sacrifici sia pubblici che privati, tutte le cerimonie pagane ancora utilizzate nelle procedure politico-istituzionali, la chiusura dei templi e la conseguente venerazione dei simulacri posti al loro interno. Per i trasgressori è prevista, oltre al castigo divino, una pena pecuniaria ammontante a 15 libbre d'oro. Fa specie che siano espressamente chiamati a vigilare sull'osservanza della norma i sei governatori consolari, i quattro presidi e il personale subalterno e che la sanzione colpisca anche i *iudices* che abbiano fatto accesso ai luoghi pagani, confidando nell'impunità derivante dalla carica ricoperta. Sono previsioni che svelano una certa preoccupazione e difficoltà a debellare le pratiche pagane, evidentemente ancora molto diffuse.

81 Gli interventi contro gli eretici e gli apostati sono numerosi: con le costituzioni del 2 maggio 381 (CTh. 16.7.1), del 20 maggio 383 (CTh. 16.7.2) e dell'11 maggio 391 (CTh. 16.7.4), Teodosio pone delle importanti limitazioni in ambito testamentario ed ereditario. Poi, ancora, una costituzione 14 giugno 388 (CTh. 16.5.15) bandisce le riunioni degli eretici, un'altra del 9 giugno 391 (CTh. 11.39.11) conferma la loro esclusione dal consorzio civile.

82 CTh. 16.10.12 (8 novembre 392). Le pene, come si è accennato sopra, risultano notevolmente inasprite rispetto ai precedenti decreti: si passa dalla multa, alla confisca dei beni, alla morte e ciò a prescindere dallo *status* sociale del colpevole.

83 Quint., *inst.* 8.6.11.

adorano un simulacro⁸⁴», «Dio non vuole essere venerato nelle pietre⁸⁵», «credete che il vostro Dio sia di legno⁸⁶».

Anche Ammiano Marcellino⁸⁷, nell'indicare i segni del declino dell'impero, porta l'esempio di coloro che, servi della superstizione, ancora sperano di essere onorati con delle statue che, sottolinea l'autore, sono solo delle figure di bronzo *sensu carentibus*, ma dalle quali si aspettano «*plus praemii quam ex conscientia honeste recteque factorum*».

Il divieto di omaggiare i simulacri è talmente penetrante da investire anche la sfera privata delle divinità familiari e da rigettare in toto il compromesso della *dissimulatio* al quale si era appellato Simmaco. L'accondiscendenza che per quest'ultimo rappresentava la chiave di salvezza di Roma (o meglio, della 'romanità'), per Teodosio I, come pure per Ambrogio, si traduce in una colpevole adesione al paganesimo. Proprio nella sua *peroratio* finale⁸⁸ il vescovo milanese si scaglia contro questo modo ambiguo e utilitaristico di intendere la tolleranza. Lo aveva fatto, ancor prima di leggere la *Relatio* di Simmaco, ammonendo Valentiano II che se gli avesse dato contro, i vescovi non avrebbero potuto subirlo in silenzio («*pati et dissimulare non possumus*⁸⁹»). Lo farà, più velatamente, quando cercherà di convincere lo stesso Teodosio⁹⁰ a revocare l'ordine di ricostruzione della sinagoga incendiata nel 388 da un gruppo di cristiani, nei pressi del fiume Eufrate. La difesa della religione cristiana è prioritaria rispetto all'ordine pubblico che l'imperatore intende ripristinare dimostrandosi comprensivo e munifico con gli ebrei; da episcopo, rimarca Ambrogio, non gli è consentito essere accondiscendente, «*mihi non est integrum dissimulare*⁹¹».

84 Ambr., ep. 18.2 (Maur.).

85 Ambr., ep. 18.8 (Maur.).

86 Ambr., ep. 18.9 (Maur.).

87 Amm., 14.6.8. Sul significato da attribuire all'espressione *sensu carentibus* si veda E. PAPI, *Pietre dello scandalo*, Roma- Bari, 2017, p. 26. Più in generale, sui simulacri delle divinità come oggetto di culto nella religione romana, cfr. C. MASCOLO, *Dèi tra pareti. Le statue di culto nella pratica rituale a Roma*, Udine, 2022.

88 Ambr., ep. 18.39 (Maur.).

89 Ambr., ep. 17.13 (Maur.).

90 I rapporti non sempre piani tra Ambrogio e Teodosio meriterebbero una trattazione separata. Qui mi limito a ricordare il celeberrimo episodio in cui il primo vietò l'ingresso in Chiesa al secondo, ritenendolo responsabile del massacro della popolazione di Tessalonica del 10 agosto 390. Il conseguente atto di penitenza compiuto da Teodosio dimostra l'enorme influenza esercitata da Ambrogio in ambito politico, oltre che spirituale.

91 Ambr. ep. 40.31. In apertura della missiva (*id.* 40.2) Ambrogio aveva lodato quegli imperatori che garantiscono la libertà di parola, riferendosi tuttavia, nello specifico alla propria, e aggiungendo che sarebbe vergognoso vietare ad un vescovo di esprimere il proprio pensiero.

La legislazione imperiale, lunghi da considerarle meritorie, stigmatizza le azioni che dissimulano un precetto e le sanziona, specialmente se a commetterle siano un giudice o un funzionario imperiale. È curioso che nel 391, quando Simmaco ricopriva la carica di console⁹², gli sia stata indirizzata da Valentiniano II, Teodosio I e Arcadio una costituzione⁹³ nella quale gli imperatori dichiaravano di non permettere a nessuno «di fingere di ignorare le norme da loro a lungo ponderate». La previsione, come è stato chiarito in dottrina, non aveva, almeno al momento della sua formulazione, carattere generale, essendo stata espunta da un provvedimento⁹⁴ riguardante il diritto di prelazione dei *proximi* e dei *consortes* del venditore; quello che interessa rilevare è che il concetto di *dissimulatio*⁹⁵ risulta scolpito in termini dicotomici rispetto a quelli descritti da Simmaco nella sua relazione. Non mi sento di escludere che - al di là del contenuto non 'religioso' della costituzione - gli imperatori (Teodosio *in primis*⁹⁶) intendessero lanciare anche un messaggio subliminale al console romano che della *dissimulatio* aveva fatto il cuore pulsante della sua istanza e del suo pensiero⁹⁷.

Ancora più eclatante, ai fini di questa disamina, è il già citato decreto dell'8 novembre 392 (C. Th. 16.10.12), dove Teodosio I prevede una

92 La circostanza è attestata in CIL VI.1699.

93 CTh.1.1.2 [=brev.1.1.2]: «*Perpensas serenitatis nostrae longa deliberatione constitutiones nec ignorare quemquam, nec dissimulare permittimus*». Il testo della costituzione, emanata a Vicenza, verrà poi trasfuso in C. 1.18.12: «*Constitutiones principum nec ignorare quemquam nec dissimulare permittimus*».

94 Si pensa che la previsione fosse contenuta in CTh. 3.1.6, emanata sempre a Vicenza, nel 391 e con destinatario Simmaco. Sul punto si può vedere in primo luogo O. SEECK, *Regesten der Kaiser und Päpste für die Jahre 311 bis 476 n. Chr. Vorarbeit zu einer Prosopographie der christlichen Kaiserzeit*, rist. Roma, 1964, p. 278 e, più recentemente, A. BELLODI ANSALONI, *Linee essenziali di storia della scienza giuridica*, Rimini, 2014, pp. 114-115 e L. DI CINTO, *Nuove ricerche sulla «Interpretatio Visigothorum» al «Codex Theodosianus». Libri I- II*, Milano, 2016, p. 8.

95 Sul tema cfr. K. ROSEN, *Fides contra dissimulationem. Ambrosius und Symmachus im Kampf um den Victoriaaltar*, in JAC, 37 (1994), pp. 29-36.

96 La dottrina prevalente (tra tutti cfr. U. VINCENTI, *La legislazione contro gli apostati data a Concordia nell'anno 391 (C.Th. 16.7.4-5)*, in SDHI, 61 (1995), p. 408 e nt. 38 e I. FARGNOLI - P. BIAVASCHI - M.N. DEL GENIO, *La legislazione di Teodosio I (375-395): i primi quattro libri del Codice Teodosiano. Materiali per una Palingenesi delle costituzioni tardo-imperiali*, in Riv. Dir. Rom., 2005, p. 5) ritiene che autore della costituzione sia proprio Teodosio, che verosimilmente era di passaggio a Vicenza il 27 maggio 391 (ovvero nel luogo e nella data di emanazione della costituzione stessa).

97 Nel 388 Simmaco aveva sostenuto l'imperatore usurpatore Magno Massimo, giunto a Milano l'anno prima con il proprio esercito, e composto in suo onore un incauto panegirico. Eliminato Massimo, Teodosio I aveva graziato Simmaco sul quale pendeva un'accusa di lesa maestà. Quest'ultimo riuscì a rientrare in politica e, come detto, ad ottenere anche la carica di console. I precedenti conflitti con Teodosio, per quanto risolti grazie all'indulgenza dimostrata dall'imperatore, lo rendevano comunque un 'osservato speciale' al quale era opportuno rammentare di osservare scrupolosamente le norme imperiali.

sanzione *ad hoc* per i giudici, i difensori e i curiali di ogni città, qualora per indulgenza coprano i crimini degli eretici o, ricevuta una notizia di reato, facciano finta di non averla vista («*dissimulatione distulerint*»). Lo stesso dicasi per la costituzione emanata il 15 novembre 408 da Arcadio, Onorio e Teodosio II⁹⁸, nella quale, oltre a ordinare la rimozione dei simulacri pagani («se mai ve ne fossero ancora») e la conversione dei templi in edifici ad uso civico, gli imperatori, da un lato investono i vescovi di un potere esecutivo e di polizia nell'intento di reprimere ogni cerimonia o riunione pagana («*episcopis quoque locorum haec ipsa prohibendi ecclesiasticae manus tribuimus facultatem*»), dall'altro lato sanzionano i magistrati che «*haec eorum fuerint dissimulatione neglecta*», fingeranno di ignorare tali divieti⁹⁹.

98 CTh. 16.10.19.

99 In varie altre occasioni la legislazione imperiale inquadra la *dissimulatio legis* (ovvero il fingere di ignorare una norma) tra i fatti illeciti. In tal senso si possono vedere: CTh. 1.5.12 (11 ottobre 399) ove i vicari e i giudici ordinari vengono ammoniti che saranno ritenuti responsabili in caso di *dissimulata exactio* («*ad se, si dissimulata fuerit exactio, culpam esse referendam*»); CTh. 7.18.4.4 (15 giugno 380) sempre in tema di inosservanza dei provvedimenti imperiali da parte del *rector provinciae* («*Si autem rector provinciae propositam severitatem vel gratia vel dissimulatione distulerit, patrimonii atque existimationis damno subiciatur et in officii primores capitaliter vindicetur*»); CTh. 16.5.40 (22 febbraio 407) che, in termini simili alla precedente costituzione, multa il *rector provinciae* che abbia trascurato o rallentato i processi contro gli eretici («*Rector provinciae, si haec crimina dissimulatione vel gratia delata distulerit aut convicta neglexerit, sciatur se multa viginti librarum auri feriendum*»); CTh. 8.11.4 (2 febbraio 383) = C. 12.63.1, in tema di concussione da parte dei funzionari pubblici («*Quod si id sacrilega fuerit dissimulatione violatum, et accipientem pudoris fortunarumque manebit excidium et cogentem par poena multabit et officium triginta librarum auri vexatione quatiatur*»); CTh. 11.16.11 = brev.11.6.1 (1° aprile 357) sempre in tema di concussione da parte dei governatori *dissimulata* dai giudici, i quali vengono sanzionati penalmente per tale omissione («*Si eorum vel gratiosa conniventia vel ignobili dissimulatione temeritas admiserit curialis, eos quoque damni similis poena castiget*»); CTh. 11.30.8.1 (29 marzo 319), parimenti incentrata sulla colpevole 'dissimulazione' dei decreti imperiali da parte del giudice («*Nam decreta nostra debet ingerere iudicanti ut ipso etiam dissimulante iudice reluctari et tamquam manibus iniectis eos de iudicio producere ac rationum officio traditos statuti prioris nexibus obligare*»), alla quale si può affiancare CTh. 11.30.29 (22 settembre 362) in base alla quale «*Nam X librarum auri multae constituetur officium obnoxium, si statuta nostra aliqua fuerint dissimulatione violata*»; CTh. 12.1.146 (395) sulla mancata osservanza da parte dei curiali dei compiti loro assegnati («*Omnes igitur quos tegunt expellant, ne clementia nostra ob contumaciam dissimulantium in maiorem indignationem exurgat*»); CTh. 13.5.38 pr. (17 settembre 414) sull'attenzione riposta dal potere imperiale ai casi di omissione e *mala gestio* da parte dei prefetti urbani e dell'annona («*Dissimulationi et corruptelae urbani vel annonarii officii exquisitis remediis mansuetudo nostra prospexit*»); CTh. 14.3.12 (1° dicembre 370) sulla parificazione, a livello sanzionatorio, tra *dissimulatio* e frode («*In officium quoque poena competens exeretur, quod aut dissimulatione neglexerit aut fraude subtraxerit iudicem suum super vi legis et consuetudinis admonere*»); CTh. 16.2.34 = C. 1.3.13 (25 giugno 399) dove ad essere sanzionato è il mancato rispetto dei privilegi ecclesiastici fintamente ignorati («*Si ecclesiae venerabilis privilegia cuiusquam fuerint vel temeritate violata vel dissimulatione neglecta...*») e CTh. 16.6.6.1 del 21 marzo 413 («*Illud etiam, quod a retro principibus dissimulatum est et in iniuriam sacrae legis ab execrandis hominibus agitur...*»).

L'imperatore dimostra di conoscere la posizione dei giudici, troppo spesso inclini a lasciar correre, appunto a dissimulare, comportamenti ossequiosi al paganesimo. L'insistenza con cui vengono sanzionate simili omissioni rappresenta un tentativo di arginare una corruzione¹⁰⁰ dilagante in ogni settore degli ambienti giudiziari. Credo, tuttavia, che nel più ristretto ambito della lotta al paganesimo, possa affiancarsi anche un'ulteriore motivazione. Nei ripetuti ammonimenti alla figura del giudicante contenuti nella legislazione antipagana di età teodosiana, affiora il timore che le norme non venissero applicate, forse perché i giudici stessi in parte continuavano ad abbracciare i vecchi culti, o forse perché credevano, come Simmaco, che le tradizioni e i riti degli antenati potessero continuare a garantire un futuro a Roma. Ci guidano in questa direzione CTh. 16.10.11 (a. 391 d.C.) in forza della quale i giudici che facciano ingresso nei templi pagani, confidando nei privilegi che derivano dalla loro posizione, saranno multati come sacrileghi e CTh. 16.10.12 (a. 392 d.C.) che ordina siano sottoposti a processo i giudici che assolvano gli idolatri. L'impressione, che in questa sede non può che rimanere tale, è che il germe dell'intolleranza fosse stato seminato, quanto meno nella parte Occidentale dell'impero, in un terreno nel quale faticava ad attecchire subendo il freno di una sorta di 'obiezione di coscienza' esercitata da una consistente parte dei giudicanti.

8. UNA VITTORIA PERDENTE

Nell'epistola 57, inviata nel 393 all'imperatore Flavio Eugenio, Ambrogio ha modo di ribadire la posizione assunta nei confronti di Simmaco, avendo trovato ulteriore supporto nella legislazione dettata contro gli eretici e gli apostati, in particolare nel biennio 391-392 d.C., da parte di Teodosio I.

Si tratta di un documento di grande interesse storico perché ripercorre i molteplici tentativi di riportare nella *Curia Iulia* l'ara della Vittoria, da ultimo quello andato a buon fine grazie al consenso prestato da Eugenio e oggetto della missiva stessa. Il testo è rilevante anche (o soprattutto) per un altro motivo: esso costituisce la pietra tombale posta da Ambrogio sulla *querelle* dell'altare.

100 Come osserva U. VINCENTI, «*Ante sententiam appellari potest*». *Contributo allo studio dell'appellabilità delle sentenze interlocutorie nel processo romano*, Padova, 1986, p. 33 ss., in età tardo antica il sistema giudiziario era afflitto, oltre che dalla facile corruttibilità dei giudici, anche da altri gravi fattori tra cui la scarsa preparazione degli operatori del diritto (avvocati *in primis*), aggravata dalla difficoltà del reperimento e dell'individuazione delle norme applicabili.

Nonostante sia trascorso quasi un decennio dalla disputa con Simmaco¹⁰¹, il vescovo milanese torna sul tema della ‘*dissimulatio*’ mostrando come tale atteggiamento sia inaccettabile da parte del singolo cristiano e, ancor più, di chi, ricoprendo un ruolo politico, è deputato a gestire i rapporti con i «*reliqui*»¹⁰², ovvero coloro che sono rimasti colpevolmente fuori dal cerchio salvifico della vera fede. Egli stesso sostiene di aver inizialmente soffocato il dolore provato alla notizia del ripristino dell’altare, ma di non essere più riuscito a tacere («*dissimulare nunc mihi non licet*»¹⁰³).

L’avversione manifestata da Ambrogio e dalla legislazione teodosiana nei confronti del paganesimo e dei suoi ritualismi, è ora più che mai inconciliabile con l’indulgenza a suo tempo invocata dai senatori capeggiati dal prefetto dell’urbe.

Se ben guardiamo, all’ostilità manifestata verso gli eretici si accompagna un ferreo rigore nei confronti dei cristiani e dei convertiti ai quali si chiede di abbracciare la fede «*veraciter*» e «*intima mente*»¹⁰⁴, non essendo ammessa alcuna finzione tra modo di apparire e modo di sentire. Questa specularità tra sfera pubblica e sfera privata¹⁰⁵ costituisce un’altra presa di distanza da Simmaco, il quale sosteneva l’importanza di tenere in vita la vecchia *religio*, come parte dei tradizionali *mores*, senza pretesa di una sua effettiva condivisione da parte del potere imperiale.

La fede (quella cattolica, s’intende) diventa invece principalmente una questione di coscienza, un requisito spirituale da vagliare attentamente, soprattutto nei confronti dei neoconvertiti, i quali sono tenuti a compiere anche un radicale cambiamento di vita e di costumi. Colpisce una costituzione di Graziano dell’8 maggio 381¹⁰⁶, ascrivibile a una più ampia ope-

101 Si è supposto che a perorare la causa dei pagani di fronte ad Eugenio fosse stato nuovamente Simmaco. Non credo sia un’ipotesi fondata, da un lato perché Ambrogio lo avrebbe precisato come aveva fatto con riferimento all’episodio del 384, mentre invece parla genericamente di *legati ut templi redderes*; dall’altro lato, bisogna considerare che Simmaco nel 393 non ricopriva più la carica di prefetto dell’urbe e non aveva quindi la stessa ‘legittimazione’ e autorità per patrocinare la causa pagana di fronte all’imperatore. Più plausibile è pensare ad un suo ruolo svolto ‘dietro le quinte’ di cui, tuttavia, nulla sappiamo.

102 Il termine è adoperato da Teodosio I nell’Editto di Tessalonica per ricomprendere tutti coloro che non sono cristiani cattolici.

103 Ambr., *ep.* 57.11(Maur.).

104 Ambr., *ep.* 17.1 (Maur.).

105 Come osserva I. DIONIGI (a cura di), *La maschera della tolleranza*, cit., p. 21, per i cristiani questa separazione era inaccettabile, essendo «determinati a proclamare in pubblico ciò che onoravano in privato».

106 CTh. 15.7.8. Sul testo normativo della disposizione e sul suo inquadramento sociale cfr. L. SOLIDORO MARUOTTI, *I percorsi del diritto. Esempi di evoluzione storica e mutamenti del fenomeno*

razione di smascheramento del fenomeno delle finte conversioni, in forza della quale alle donne di umili condizioni era consentito abbandonare il palcoscenico, e il meretricio che sovente erano costrette a esercitare dietro le quinte, purché dimostrassero di coltivare una sincera fede cristiana e un'irreprensibile castità ad essa conforme, pena la revoca del beneficio.

Agli occhi di Ambrogio, anche l'autorità dell'imperatore va 'ridimensionata' e sottoposta a controllo. «Nessuno può costringerti a prendere una decisione», tuttavia, avverte Ambrogio rivolgendosi ad Eugenio: in merito all'altare della Vittoria «avresti dovuto consultare il vescovo¹⁰⁷». In una precedente occasione di attrito con Valentiano II, egli aveva affermato in termini simili che «l'imperatore è dentro la Chiesa, non sopra di essa, e se è un buon governante non ne disdegna i consigli, anzi li cerca¹⁰⁸», non avendo alcuna competenza in materia religiosa.

La premessa del rimprovero¹⁰⁹ mosso a Eugenio è che Dio detenga il primato su ogni autorità terrena (un riferimento è già presente nell'epistola 17 del 384: «anche voi imperatori siete al servizio di Dio onnipotente»). Eugenio, che ha osato ripristinare l'altare, deve quindi accettare il fatto che il potere imperiale non potrà mai eguagliare quello divino. A lui, come ad ogni altro imperatore, è fatto obbligo di ottemperare alla legge di Dio, qualificato, non a caso, come «sommo», ancor prima che «vero e vivo¹¹⁰».

A me pare che ad Ambrogio qui non preme tanto sottolineare, come aveva fatto nel 384 contro Simmaco, la fallacia e l'inutilità delle tradizioni pagane, ritenendola ormai una questione superata (seppur non ancora assimilata nella prassi), quanto invece ammonire il suo augusto interlocutore che non gli sarà possibile sottrarsi all'onnipotenza di Dio, il quale è in grado di leggere nell'intimo delle coscienze e di conoscerne i segreti («*Considera, imperator, quantus sit deus: corda omnium videt, conscientiam interiorem interrogat*»).

Il fine ultimo, si capisce, è consentire alle autorità ecclesiastiche di intervenire autoritativamente nelle questioni riguardanti la fede e le prati-

giuridico, vol. II, Torino, 2014, p. 65.

107 Ambr., *ep.* 57.10 (Maur.). A Valentiniano II, nella medesima situazione, Ambrogio (*ep.* 17.12 Maur.) aveva suggerito di consultare l'imperatore Teodosio.

108 La citazione «*imperator enim intra ecclesiam, non supra ecclesiam est; bonus enim imperator quaerit auxilium ecclesiae, non refutat*» è estratta dal discorso che Ambrogio pronuncia contro il vescovo ariano Mercurino Aussenzio (*Sermo contra Auxentium* § 36, in coda ad Ambr., *ep.* 21 Maur.).

109 Secondo A. PAREDI, *Sant'Ambrogio*, cit. p. 433, l'epistola 57 contiene anche un'implicita scomunica di Eugenio.

110 Ambr., *ep.* 57.7 (Maur.).

che religiose¹¹¹, anche quando la loro trattazione richieda, come nel caso dell'altare della Vittoria, un intervento imperiale.

Per dare effettività a tale obiettivo, è necessario che l'imperatore riconosca che solo la religione cristiana potrà rendere universale e imperituro il suo potere. La svolta è solennemente annunciata da Ambrogio al termine dell'epistola a Eugenio: «rendiamo onore a Dio, a colui che volete accresca e garantisca il vostro potere¹¹²». Un proclama che non tarderà a riecheggiare nelle parole di Teodosio II: «il benessere dello stato dipende dalla religione con cui veneriamo Dio [...] Se la vera religione è osservata durante la vita senza cadere in errore, lo stato fiorirà stabilmente¹¹³».

Tutore dell'impero è ora, indiscutibilmente, Cristo, non una statua priva di *senso*. L'altare della Vittoria è destinato inesorabilmente a scomparire e a portare con sé un caposaldo dell'antica capitale: la tradizione di un (seppur selettivo) pluralismo religioso. Spostato da Teodosio nel 394 e distrutto per ordine di Alarico nel 410¹¹⁴, di esso non rimarrà più traccia. Roma invece proseguirà il proprio percorso di trasformazione giungendo a forgiare sulle spoglie degli antichi *mores*, come aveva auspicato Ambrogio, una nuova '*romanitas cristiana*'.

111 Sulla previa consultazione dei vescovi in materia religiosa da parte degli imperatori e sulla posizione di Ambrogio cfr. L. DE GIOVANNI, *Chiesa e stato nel Codice Teodosiano: saggio sul libro XVI*, Napoli, 1980, p. 38 ss.

112 Ambr., *ep.* 57.12 (Maur.). Questo pensiero era stato espresso da Ambrogio anche altrove, nei confronti di Valentiniano II: «Non fare l'errore di credere, imperatore, di avere un qualche diritto sulle cose divine... Se vuoi governare a lungo, devi sottometterti a Dio (Ambr., *ep.* 20.19 Maur.)».

113 L'enunciato è tratto dalla lettera di Teodosio II a Cirillo di Alessandria in occasione del concilio di Efeso nel 431. Cfr. Mansi, vol. IV, cc. 1111-1112: «*Pendet a religione qua deus colitur, nostrae reipublicae status... ut vera quidem religio per vitam inculpate actam, ipsa vero respublica constans ex utrisque florescat*».

114 Sulla scomparsa, ultima, della statua cfr. F. CANFORA (a cura di), *Simmaco, Ambrogio. L'altare della Vittoria*, Palermo 1991, p. 43. La dea Vittoria, uscita sconfitta dalla nostra disputa, avrà modo di prendersi una piccola rivincita, trovando ampio spazio nell'iconologia cristiana. Un esempio lo troviamo nell'apparato musivo della Basilica di Aquileia dove è rappresentata, secondo i canoni tradizionali pagani, una vittoria alata eucaristica, con il lauro e la palma, simboleggianti, nella visione paleocristiana, la ricompensa celeste. Ed è anche significativo che le vittorie alate siano alla base dell'iconografia degli angeli cristiani. Angeli ora, non più demoni.

QUALI LIMITI ALLA LIBERTÀ RELIGIOSA?

Anna Sammassimo

Università degli Studi di Padova

1. PREMESSA

La questione dei limiti giuridici delle libertà in genere e della libertà religiosa in specie è molto delicata ed altrettanto complessa¹. Essa, inoltre, tende a riproporsi in tutta la sua gravità non solo quando ci si trovi di fronte alla lesione o meno di un diritto di libertà ma anche - e forse ancora più frequentemente - quando si ponga una questione pratica di bilanciamento tra vari diritti di libertà, tutti ugualmente degni di tutela, come – appunto – quando si contrapponga il diritto di libertà religiosa al diritto alla vita o alla salute come si è verificato in occasione delle vicende legate alla pandemia da covid-19².

Nella Costituzione italiana, com'è noto, non c'è una norma generale sulla possibilità di porre limiti all'esercizio dei diritti di libertà e sulle condizioni a tal fine richieste perché questo possa avvenire legittimamente. Norme di questo tipo sono invece contenute, ad esempio, nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, fonte interposta in forza del primo

1 Come sottolinea, tra gli altri, A. VITALE, *Corso di diritto ecclesiastico: ordinamento giuridico e interessi religiosi*, Milano, 1979, 10a ed. 2005, p. 163.

2 Con riferimento, specificamente, alla contingenza della pandemia da coronavirus cfr. anche, tra gli altri, S. Troilo, *L'obbligo di vaccinazione contro il Covid-19 nel bilanciamento fra i diritti e i doveri costituzionali*, in *Consulta online* 2/2023, pp. 705-714; F. Cafaggi – P. Iamiceli, *The Courts and effective judicial protection during the Covid-19 pandemic. A comparative analysis*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto* 1/2023, pp. 377-416; S. Gianello – P. Zicchittu, *I “pericoli” della libertà religiosa al tempo della pandemia: un bilanciamento impossibile? Considerazioni comparate tra Italia e Francia*, in *www.statoecliese.it – Rivista telematica Stato, Chiese e pluralismo confessionale* 16/2022, 2, pp. 141-185; M. Toscano, *Metodo concertativo e tecniche di bilanciamento nella disciplina giuridica della libertà religiosa in tempi di emergenza (a margine delle relazioni di Silvia Baldassarre, Simone Gianello e Paolo Zicchittu)*, ivi 16/2022, 2, pp. 215-221; F. Masci, *Il bilanciamento tra diritto alla salute e libertà d'iniziativa economica nell'ordinamento dell'UE, ovvero della nuova gerarchia di valori disegnata dalla CGUE in conformità al Trattato di Lisbona*, in *DPCE online* - 2/2022, pp. 1339-1353; L. De Gregorio, *La libertà di manifestare la religione o le convinzioni personali sul luogo di lavoro e il (non sempre facile) bilanciamento degli interessi in conflitto*, ivi 4/2021, pp. 4355-4367; G. Frosecchi, *L'esercizio della libertà religiosa nuovamente alla prova della neutralità aziendale: un percorso a ostacoli tra discriminazione diretta, discriminazione indiretta e bilanciamento dei diritti*, in *Labor* 1/2022, pp. 89-100; M. Parisi, *Diritto alla sicurezza e libertà democratiche: quale (possibile) bilanciamento?*, in *Politica del diritto* 2/2022, pp. 165-197.

comma dell'art. 117 Cost., o, ancora prima, nel Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali (ratificato ed eseguito con la legge n. 881 del 1977): l'art. 52.1 della Carta, infatti, prevede e consente delle limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà purché previste dalla legge e rispettose del contenuto essenziale di detti diritti e libertà e del principio di proporzionalità, sempre che siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui; l'art. 4 del Patto internazionale, dal canto suo, ammette limiti al godimento dei diritti purché «stabiliti per legge, soltanto nella misura in cui ciò sia compatibile con la natura di tali diritti e unicamente allo scopo di promuovere il benessere generale in una società democratica».

A colmare quella che può oggi essere considerata una lacuna della nostra Costituzione è intervenuta, sin dalla sua prima sentenza, nel lontano 1956, la Corte costituzionale, rilevando «che la norma la quale attribuisce un diritto non esclud[e] il regolamento dell'esercizio di esso», aggiungendo e precisando «che il concetto di limite è insito nel concetto di diritto e che nell'ambito dell'ordinamento le varie sfere giuridiche devono di necessità limitarsi reciprocamente, perché possano coesistere nell'ordinata convivenza civile»³.

Dunque, non esistono libertà “assolute”, sciolte cioè da ogni vincolo, perché esse sono sempre garantite ed esercitate in un “contesto”: di conseguenza, il primo limite alla libertà di ciascuno è la libertà degli altri. Ogni libertà, cioè, deve “adattarsi” al fine di convivere con e di non ledere le altre libertà. Ma ciò non basta: essendo necessariamente calate in un contesto sociale, esse devono anche adattarsi alle esigenze dell'ordine sociale politicamente determinato in cui sono. Ciò significa, innanzitutto, che i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione non costituiscono un settore chiuso in sé stesso, non sono “isole” a sé stanti ma fanno parte di quell'arcipelago che è l'ordinamento costituzionale, del quale sono territori certo importanti ed anche fondamentali, ma pur sempre interagenti con tutti gli altri. Dunque, ognuno di questi diritti deve essere messo in relazione con le altre parti della Costituzione, che a loro volta tutelano altri beni individuali e collettivi, come pure con le altre finalità, gli altri obiettivi e gli altri compiti affidati allo Stato per il soddisfacimento degli interessi della collettività⁴.

3 Cfr. G. Casuscelli, *Gli “effetti secondari” (ma non troppo) della pandemia Sul diritto ecclesiastico italiano e le sue fonti*, in www.statoechiese.it – *Rivista telematica Stato, Chiese e pluralismo confessionale* 8/2021, pp. 3-4.

4 Cfr. A. VITALE, *Corso di diritto ecclesiastico: ordinamento giuridico e interessi religiosi*, cit., p. 164.

In conclusione, non è concepibile un diritto fondamentale completamente isolato dal contesto di garanzie in cui è inserito: altrimenti si creerebbero conflitti insanabili e si renderebbe difficile la convivenza, senza contare che si porrebbe in pericolo la stessa saldezza di quell'ordinamento giuridico che serve proprio a consentire l'ordinato esercizio delle libertà⁵.

Tale concetto è chiaramente esplicitato, ancora una volta ed in tempi più recenti, dalla Corte costituzionale con la sentenza del 9 maggio 2013 n. 85, ove appunto si legge che «tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri». La loro tutela deve dunque essere «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro [...] Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona».

Non solo: tre anni più tardi, la Corte, nella sentenza della n. 63 del 2016, torna ad esprimersi sull'argomento richiamando la precedente pronuncia e precisando, al punto 8 del considerato in diritto, che «tutti i diritti costituzionalmente protetti sono soggetti al bilanciamento necessario ad assicurare una tutela unitaria e non frammentata degli interessi costituzionali in gioco, di modo che nessuno di essi fruisca di una tutela assoluta e illimitata e possa, così, farsi “tiranno” (sentenza n. 85 del 2013)...»⁶.

2. LA LIBERTÀ RELIGIOSA E IL LIMITE (ESPLICITO) DEL BUON COSTUME

Secondo una definizione ritenuta il punto di avvio della cultura giuridica moderna in materia (quella del celebre saggio di F. Ruffini su *La libertà religiosa come diritto pubblico subiettivo*, pubblicato nel 1924), la libertà religiosa considerata dal punto di vista giuridico si esaurisce tutta nella facoltà spet-

5 Ibidem.

6 Sul concetto di bilanciamento cfr., *ex multis*, S. NINATTI, *La libertà religiosa nel bilanciamento con altri diritti di fronte alle Corti europee. Note a margine del caso Bouton e L.F. c. S.C.R.L.*, in www.statoechiase.it – *Rivista telematica Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 5/2023, pp. 121-141; R. BIN, *Ragionevolezza e bilanciamento nella giurisprudenza costituzionale (con particolare attenzione alle più recenti sentenze in tema di licenziamento illegittimo)*, in *Lo Stato* 18/2022, pp. 257-270.

tante all'individuo di credere a quello che più gli piace, o di non credere, se più gli piace, a nulla⁷. Essa è conseguenza della libertà interiore di coscienza e comporta l'obbligo di ogni moderno Stato costituzionale di predisporre le condizioni giuridiche perché ogni cittadino possa essere libero da costrizioni o da interferenze e possa effettivamente esercitare il suo diritto⁸.

Nella nostra Costituzione il principale e più diretto riferimento normativo è costituito dall'art. 19, per il quale tutti hanno il diritto di professare liberamente la propria fede religiosa in qualsiasi forma, individuale o associata, di farne propaganda e di esercitarne in privato o in pubblico il culto, purché non si tratti di riti contrari al buon costume.

Le tre libertà esplicitamente sancite dalla suddetta norma rispondono agli schemi classici del diritto di manifestare apertamente la propria appartenenza confessionale (libertà di coscienza, nel senso di aderire ad una o altra religione), di esercitare pubblicamente e privatamente i riti religiosi (libertà di culto), di svolgere attività di proselitismo (libertà di propaganda).

Orbene, l'unico limite esplicito fissato dalla Costituzione è quello per cui la libertà di culto non può spingersi sino a consentire riti contrari al buon costume: esso dunque riguarda l'insieme dei comportamenti e degli adempimenti organizzati in complessi cerimoniali che – diversamente formalizzati a seconda dei tempi e delle diverse confessioni – regolano le manifestazioni della religiosità. Tale limite è oggi generalmente inteso come sinonimo del comune senso del pudore e come circoscritto al solo campo sessuale, ma – anche se non è questa la sede per approfondire il tema – vale la pena ricordare quella interpretazione estensiva pubblicistica che lo riteneva equivalente del vivere civile e come abbracciante l'intero campo sociale: in base a tale dottrina, esso già di per sé finirebbe per condizionare la libertà di manifestazione del pensiero in genere e quella religiosa in specie al rispetto e alla salvaguardia di tutti quei dettami che scaturiscono dal

7 Essa si differenzia dalla libertà religiosa intesa come principio filosofico, che sta tradizionalmente ad indicare la liberazione dello spirito dell'uomo da ogni preconconcetto dogmatico. Si differenzia anche dalla libertà religiosa in senso teologico, che qualifica la libertà degli appartenenti ad una determinata confessione di conformare ad essa gli atti della propria vita.

8 Proprio perché il diritto alla libertà religiosa può essere azionato anche nei confronti dello Stato, esso è qualificato in dottrina come diritto pubblico soggettivo. Va però precisato che la libertà religiosa è sì un diritto soggettivo, ma non esclusivamente pubblico, il bene giuridico tutelato e la sua tutela non dovendo provenire solo dallo Stato, ma anche dagli altri consociati. Inoltre, a differenza di altri diritti di libertà comportanti una prestazione negativa dello Stato (nel senso che esso è tenuto soltanto ad astenersi da quegli atti che possono impedirne l'esercizio), il diritto di libertà religiosa, non differentemente dai diritti cosiddetti sociali, produce il dovere dello Stato di favorirne attivamente l'attuazione; al proposito cfr., tra gli altri, F. Finocchiaro, *Diritto ecclesiastico*, 13a ed., aggiornamento a cura di Andrea Bettetini e Gaetano Lo Castro, Bologna 2020, p. 167.

costume e dalla coscienza sociale della civiltà italiana odierna e che, come tali, costituiscono altrettanti valori essenziali inderogabili del nostro stesso ordinamento giuridico vigente⁹.

3. I LIMITI IMPLICITI

L'esigenza della garanzia costituzionale della libertà religiosa (come di ogni altra libertà ma forse anche di più) si comprende bene se si considera che l'aspetto cruciale di essa è il suo esercizio, che avviene attraverso azioni e comportamenti, definibili riti. È dunque necessario garantire e proteggere queste azioni e questi comportamenti, questi riti, che devono poter essere liberamente posti in essere dai fedeli nel contesto sociale e finanche pubblico e non solo nella propria coscienza o nell'intimità della propria casa. Per questo essi hanno bisogno di regole che ne sostengano il valore e la portata e ne facilitino il compimento¹⁰.

D'altro conto, non si può non tener conto che tali azioni e comportamenti producono effetti che possono incidere tanto sull'esercizio di altre libertà da parte di altri soggetti, quanto sulla tutela di interessi di terzi e della collettività intera da parte dell'ordinamento, e allora sono necessarie regole che ne contengano l'esercizio in modo che esso non sia nocivo per le altrui libertà e per gli interessi generali¹¹.

Analizzando, infatti, il diritto di libertà religiosa sotto il profilo concettuale astratto, né concettualmente né normativamente lo si può immaginare e tanto meno enunciare e attuare, in un qualunque sistema di diritto, come esente in modo integrale da ogni genere di limitazioni. Al contrario esso incontra, sempre e in ogni caso, sia quei vincoli fondamentali che costituiscono le condizioni imprescindibili per la realizzazione di una pacifica convivenza dei singoli nel corpo sociale, sia pure quei limiti che sono imposti dalla civiltà stessa, in cui quel determinato Stato risulta inserito, e dai valori essenziali e inderogabili, che alla medesima si accompagnano e che informano e compenetrano il suo ordinamento giuridico positivo in quella data epoca storica ed in quelle determinate contingenze¹².

9 Cfr. P.A. D'Avack, *Trattato di diritto ecclesiastico italiano. Parte generale*, 2a ed., Milano 1978, p. 434.

10 Cfr. A. VITALE, *Corso di diritto ecclesiastico: ordinamento giuridico e interessi religiosi*, cit., p. 163.

11 Ibidem.

12 Cfr. P.A. D'AVACK, *Trattato di diritto ecclesiastico italiano. Parte generale*, cit., p. 433.

Tali limiti si presentano modestissimi in una civiltà che, come la nostra, proclami le libertà individuali quali libertà fondamentali della persona umana e in un ordinamento quindi che, come il nostro, riconosca i diritti di libertà quali diritti inviolabili dell'uomo. Ciò però non esclude che anche nel nostro sistema positivo di diritto ne sussistano pur sempre alcuni che non è lecito oltrepassare¹³.

Innanzitutto si deve pensare che costituiscono indubbi limiti alla liceità e libertà delle manifestazioni del pensiero in genere e delle attività religiose in specie sia il rispetto per la persona umana nei suoi cosiddetti diritti personalissimi, sia quello per gli organi, le istituzioni e gli ordinamenti pubblici statali, sia infine quello per i vari istituti previsti nella loro esistenza e funzionamento dall'ordinamento medesimo¹⁴. Anche infatti a prescindere dal fatto che tutto ciò possa già rientrare nel limite esplicito della non contrarietà al buon costume – ove si accogliesse la citata dottrina –, si tratta pur sempre comunque di altrettanti diritti riconosciuti e garantiti direttamente o indirettamente nella Costituzione stessa. I primi (i diritti personalissimi della persona umana) trovano infatti la loro previsione costituzionale nella garanzia da questa assicurata ai diritti inviolabili dell'uomo nello sviluppo della sua personalità e della pari dignità sociale. I secondi (quali ad es. il rispetto all'onore del capo dello Stato, all'onorabilità dei pubblici funzionari e impiegati, al prestigio dei corpi politici, amministrativi e giudiziari, delle assemblee legislative, del governo, delle forze armate e della Repubblica stessa, della bandiera nazionale, ecc.) trovano a loro volta la propria tutela nel fatto di risultare creati e regolati dalla Costituzione medesima come altrettante persone, organi e istituti essenziali per la vita dello Stato. I terzi infine (gli istituti previsti nella loro esistenza e funzionamento dall'ordinamento medesimo) attraverso l'espresso richiamo costituzionale alla loro esistenza, rimessa poi nella rispettiva regolamentazione alla disciplina del legislatore ordinario¹⁵.

Attenzione non secondaria va poi riservata ai limiti individuati nell'art. 9 della Convenzione EDU, in materia di libertà di pensiero, di coscienza e di religione: non si tratta solo dell'esplicita menzione della "salute", come scopo legittimo cui possono tendere eventuali misure restrittive della libertà di manifestare la propria religione o credo, quanto piuttosto del limite, amplissimo, della "protezione dei diritti e delle libertà altrui", destinato a comprendere qualsiasi ulteriore diritto avente un innesto in altre

13 Ibidem.

14 Ibidem.

15 Ibidem.

norme della Convenzione e, addirittura, secondo la Corte di Strasburgo – anche se con un approccio interpretativo discutibile¹⁶ - pure diritti (sebbene in casi eccezionali) fondati solo su scelte meramente discrezionali operate dagli Stati (senza un collegamento anche labile con specifiche previsioni della Convenzione)¹⁷.

Si noti bene peraltro come il limite ai diritti di libertà, costituito dal rispetto per questa serie di diritti concorrenti, si concreta non già in una soppressione aprioristica e assoluta del diritto di manifestare le proprie idee e opinioni o sulla personalità di questi altri individui o sulla struttura e sul funzionamento dei suddetti organi, istituti, ecc., bensì appunto e soltanto nel venirne a disciplinare il modo di esercizio, evitando attacchi immotivati e ingiuriosi contro di essi¹⁸. La libertà di manifestare il proprio pensiero in materia religiosa e di propagandare la propria fede si dovrà sempre svolgere in modo tale da non recare offesa alle altrui credenze fideistiche, e cioè da non dar luogo ad atti di vilipendio o, peggio ancora, ad azioni violente, che si risolverebbero in altrettanti attentati e violazioni alla libertà religiosa altrui¹⁹.

Ancora, se il diritto di libertà religiosa non incontra più, oggi, il limite tradizionale passato della non contraddittorietà con l'ordine pubblico quale diritto individuale e finché venga a esplicarsi in una qualunque personale professione delle proprie credenze religiose da parte dell'individuo stesso, viceversa tale limite potrebbe vedersi ancora opposto qualora si presenti come un diritto collettivo istituzionale, e cioè qualora si venga ad attuare come un diritto proprio non più dei singoli cittadini, ma di una di quelle formazioni sociali intermedie organizzate, che sono le cosiddette confessioni religiose²⁰. L'art. 8 comma 2 della nostra Carta costituzionale espressamente esige che la libertà di organizzarsi di siffatte confessioni religiose avvenga appunto e soltanto entro l'ambito e in conformità ai principi fondamentali che reggono l'ordinamento giuridico italiano e che pertanto solo dentro i limiti del suo ordine pubblico esse possano esplicare una propria attività nell'ordinamento statale ed essere in esso titolari dei diritti di libertà religiosa²¹.

16 Cfr. A. Licastro, *Relazione introduttiva*, in *Il diritto ecclesiastico* 1-2/2020, p. 35.

17 Cfr., a mero titolo di esempio, Corte EDU, S.A.S. c. France [GC], no. 43835/11, ECHR-2014, par. 121.

18 Come già sottolineava P.A. D'AVACK, *Trattato di diritto ecclesiastico italiano. Parte generale*, cit., p. 434.

19 Ibidem.

20 Ivi, p. 435.

21 Ibidem.

Ancora una volta è una sentenza della Corte costituzionale, la già citata sentenza n. 63 del 2016, a puntualizzare questo aspetto al punto 8 del considerato in diritto: «tutti i diritti costituzionalmente protetti sono soggetti al bilanciamento necessario ad assicurare una tutela unitaria e non frammentata degli interessi costituzionali in gioco, di modo che nessuno di essi fruisca di una tutela assoluta e illimitata e possa, così, farsi “tiranno” (sentenza n. 85 del 2013). Tra gli interessi costituzionali da tenere in adeguata considerazione nel modulare la tutela della libertà di culto - nel rigoroso rispetto dei canoni di stretta proporzionalità [...] - sono senz’altro da annoverare quelli relativi alla sicurezza, all’ordine pubblico e alla pacifica convivenza».

Infine altre limitazioni potrebbero derivare da quelle norme delle leggi di Pubblica Sicurezza che naturalmente non risultino contraddittorie con i principi della nuova Costituzione e quindi costituzionalmente illegittime²². Tale ad es. la norma dell’art. 25 del T.U. di P.S. che impone l’obbligo del preavviso alle autorità di polizia circa lo svolgimento di funzioni, cerimonie o processioni religiose da effettuarsi in luogo pubblico fuori dei templi e degli altri edifici sacri a ciò specificamente destinati. E ben a ragione, in quanto lo svolgimento di una qualunque manifestazione esterna di culto, specie nei grandi centri, crea una serie di problemi pratici, quanto meno in ordine alla viabilità e alla sicurezza pubblica, che potranno essere opportuna mente risolti soltanto attraverso la previa conoscenza e l’eventuale intervento dell’autorità.

Se, dunque, l’unico limite esplicito all’esercizio del diritto di libertà religiosa riguarda i riti (ossia l’insieme dei comportamenti e degli adempimenti organizzati in complessi cerimoniali che diversamente formalizzati a seconda dei tempi e dei culti religiosi - regolano le manifestazioni della religiosità) che siano contrari al buon costume, il diritto di libertà religiosa incontra dei limiti impliciti derivanti dalla necessità di tutelare altri diritti o interessi aventi rilevanza costituzionale, derivanti quindi dal bilanciamento dei valori e dei diritti costituzionalmente garantiti²³.

I provvedimenti diretti a limitare l’esercizio del diritto di libertà religiosa sono peraltro ammissibili solo allorché ricorrano tutte le seguenti condizioni²⁴:

22 Per Consorti la legittimità della limitazione della libertà di culto potrebbe essere rintracciata per un verso nei doveri inderogabili al cui adempimento è chiamato ciascun individuo (art. 2 Cost.) e per un altro verso nella legislazione della protezione civile che pone la base giuridica dei poteri di ordinanza.

23 Cfr. E. VITALI – A. G. CHIZZONITI, *Manuale breve di diritto ecclesiastico*, Milano 2020, p. 61.

24 Ibidem, p. 63.

- vi sia la necessità di tutelare diritti costituzionalmente garantiti di cui siano titolari privati o gruppi sociali ovvero quando vi sia la necessità di tutelare principi, valori o interessi di natura pubblicistica esplicitamente menzionati dalla Costituzione;
- venga a generarsi una situazione di conflitto tra diritto di libertà religiosa e tali altri diritti, principi, interessi o valori;
- tali altri diritti, principi, interessi o valori risulterebbero snaturati, o ne sarebbe difficile o impossibile l'esercizio se non vi fosse la limitazione del diritto di libertà religiosa;
- la limitazione del diritto di libertà religiosa appaia ragionevole (ossia capace di servire alla tutela degli altri diritti, interessi o valori costituzionalmente protetti che il legislatore intende tutelare) e proporzionata (ossia capace di stabilire una compressione del diritto che non si estenda sino al punto di renderne impossibile l'esercizio e idonea a rappresentare lo strumento normativo che comporti il minor sacrificio possibile per il diritto in questione): es. diritto alla vita, diritto alla salute.

4. CONCLUSIONI

È dunque impensabile che, anche di fronte a un quadro così articolato, l'art. 19 Cost. possa essere letto come garanzia praticamente illimitata della libertà in esso prevista o privilegiata rispetto allo stesso art. 17 Cost.²⁵. E la sospensione del diritto di libertà religiosa può ritenersi legittima tanto nella prospettiva dell'art. 9 della Convenzione EDU (la quale appunto ritiene la tutela della salute pubblica uno scopo legittimo degli atti diretti alla limitazione della libertà religiosa, purché le misure limitative siano prescritte dalla legge e necessarie in una società democratica secondo un ampio mar-

25 Cfr. Corte cost. sent. n. 45 del 1957: «L'art. 17 della Costituzione contiene una netta riaffermazione della libertà di riunione; e la norma si ispira a così elevate e fondamentali esigenze della vita sociale da assumere necessariamente una portata ed efficacia generalissima, tali da non consentire la possibilità di regimi speciali. Circa le riunioni a carattere religioso, si deve rilevare che dagli artt. 8, primo comma, e 19 della Costituzione è sancita la piena libertà nell'esercizio del culto per tutte le confessioni religiose; ma quando l'esercizio del culto ha luogo in forma associata, tali norme devono ritenersi con l'art. 17 in un rapporto evidente di coordinazione, nel senso che le riunioni a carattere religioso non si sottraggono alla disciplina generale di tutte le riunioni, per quanto riguarda e la libertà delle riunioni stesse e i limiti cui essa, nel superiore interesse della convivenza sociale, è sottoposta». Nello stesso senso, in dottrina, cfr. F. Finocchiaro, *Diritto ecclesiastico*, cit., p. 174, in linea con l'autorevole insegnamento di A.C. Jemolo, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, Milano, 19754, p. 193.

gine di apprezzamento), quanto dell'art. 2 dell'Accordo di Villa Madama, sulla base del fatto che mantenere la totale libertà della Chiesa cattolica di disciplinare senza interventi dello Stato il libero esercizio del culto avrebbe comportato il rischio del sacrificio di un interesse essenziale per la Repubblica italiana, quale è la salute dei suoi cittadini²⁶.

In una così grave situazione di emergenza qual è stata e qual è quella di una pandemia, la restrizione e finanche la sospensione di alcune libertà fondamentali si ritiene giustificata a condizione, ovviamente, che proporzionalità, adeguatezza, durata, eventuale differenziazione territoriale delle misure siano i criteri che guidino le scelte dei pubblici poteri²⁷.

La salute è un diritto fondamentale dell'uomo indispensabile per l'esercizio di ogni altro diritto dell'uomo: ogni essere umano ha diritto a godere di un elevato standard che gli consenta di vivere la sua vita e dignità²⁸. Il fatto che l'art. 19 non faccia espressa menzione della salute quale possibile limite all'esercizio del diritto di libertà religiosa e al libero esercizio del culto in specie non può essere inteso come salvaguardia da un possibile/necessario bilanciamento, né come divieto assoluto o come rigido vincolo stativo a interventi restrittivi da parte dei soggetti titolari di potestà normativa. E questo non solo per quanto la Corte costituzionale ha precisato sin dall'inizio del suo mandato (si ricordi la citata sentenza n. 1 del 1957), ma anche e tanto più oggi, che le sue disposizioni possono (o meglio, debbono) essere integrate sia da quelle dell'art. 9 della Convenzione EDU; sia delle analoghe disposizioni dell'art. 18.3 della parte seconda del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici; sia, infine, dall'art. 52.1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, vincolante in ogni sua disposizione e «dotata di caratteri peculiari in ragione del suo contenuto di impronta tipicamente costituzionale», che enuncia principi e diritti che «intersecano in larga misura i principi e diritti garantiti dalla Costituzione italiana»²⁹.

Certo, indipendentemente da ogni giudizio avente ad oggetto le norme emergenziali di cui si tratta, la cedevolezza della libertà religiosa di

26 Cfr. E. VITALI – A. G. CHIZZONITI, *Manuale breve di diritto ecclesiastico*, cit., p. 84.

27 Cfr. A. LICASTRO, *Relazione introduttiva*, cit., p. 36.

28 Come si legge in apertura del CESCR General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12), Adopted at the Twenty-second Session of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, on 11 August 2000.

29 Cfr. Corte cost., sent. n. 267 del 2019, punto 5.2 del Considerato in diritto. Al proposito cfr. G. CASUSCELLI, *Gli "effetti secondari" (ma non troppo) della pandemia sul diritto ecclesiastico italiano e le sue fonti*, cit., pp. 4-5.

fronte alla tutela della salute non significa, in ogni caso, possibilità di introdurre a cuor leggero forme di azzeramento di manifestazioni essenziali della medesima libertà, come restrizioni sproporzionate e non necessarie³⁰. Ha, infatti, chiarito la Consulta, sia pure in altri contesti, che la rilevanza quale bene “primario” della salute – se si vuole quale “principio supremo” dell’ordinamento costituzionale³¹ – non significa che esso sia posto «alla sommità di un ordine gerarchico assoluto»³². Dunque, si deve ribadire che, per essere legittime, le scelte dei pubblici poteri devono essere guidate da proporzionalità, adeguatezza, durata, eventuale differenziazione territoriale delle misure³³.

Alcuni hanno al proposito sostenuto che, per giustificare la normativa emergenziale introdotta nel nostro ordinamento, sarebbe forse più corretto ribadire non tanto la preminenza del diritto alla salute sugli altri diritti, quanto la ricorrenza di una sorta di situazione di necessità (qualcosa di molto simile alla situazione di «pericolo pubblico eccezionale, che minacci l’esistenza della nazione» di cui parla l’art. 4 del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966), determinata dall’esigenza di prevenire e combattere la diffusione di un virus capace di esporre a grave, concreto e imminente pericolo l’individuo e la collettività intera³⁴.

Comunque sia, gli sviluppi più recenti della giurisprudenza costituzionale ci portano a dovere ammettere che il diritto all’autodeterminazione individuale – sia pure, fin qui, solo in una circoscritta area di

30 Cfr. A. LICASTRO, *Relazione introduttiva*, cit., p. 35.

31 Cfr. N. COLAIANNI, *La libertà di culto al tempo del coronavirus*, in *www.statoechiese.it – Rivista telematica Stato, Chiese e pluralismo confessionale* 7/2020, p. 32, secondo il quale si tratta «di un principio supremo dell’ordinamento perché la vita, tutelata dalla salute, è il bene supremo alla cui realizzazione tende, deve tendere, ogni ordinamento».

32 Corte cost. sent. n. 85 del 2013, punto 9 del Considerato in diritto. Anche chi ritiene che tale impostazione seguita dalla Corte comporti la «svalutazione del carattere della fondamentale contenuto nell’art. 32 Cost.», non manca di ribadire che «riconoscere un qualche effetto normativo a tale qualificazione non determina necessariamente l’automatica e schiacciante prevalenza della salute su qualunque altra posizione giuridica tutelata nella Costituzione (in qualunque tempo, in qualunque contesto, in qualsivoglia bilanciamento)», implicando piuttosto, in sede di «valutazione sulla ragionevolezza e sulla proporzionalità del bilanciamento», «una più ponderata decisione in tutti i casi in cui essa sia destinata ad avere conseguenze sul benessere psicofisico e sulla speranza di sopravvivenza degli individui e delle collettività»; D. MORANA, *Sulla fondamentale perduta (e forse ritrovata) del diritto e dell’interesse della collettività alla salute: metamorfosi di una garanzia costituzionale, dal caso ILVA ai tempi della pandemia*, in *Consulta online* (<http://www.giurcost.org>) – *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo* 30 aprile 2020, p. 8 e p. 10.

33 Cfr. A. LICASTRO, *Relazione introduttiva*, cit., p. 36.

34 Cfr. A. LICASTRO, *Relazione introduttiva*, cit., p. 36. Cfr. anche G. TROPEA – R. PARISI, *Sicurezza sussidiaria e libertà religiosa*, in *federalismi.it* 11/2023, pp. 279-296.

situazioni – possa prevalere sulla tutela della salute. Si potrebbe anche dire che la “dignità” della persona, secondo questa giurisprudenza, almeno in quei casi particolari, meriti una più intensa protezione del bene della vita³⁵. Si pensi pure alla normativa del Regno Unito che dispensa il fedele sikh dall’obbligo di indossare il casco protettivo sia alla guida di motocicli sia nei luoghi di lavoro: in questi casi la libertà individuale prevale sulla tutela della vita, della salute e dell’integrità fisica, però solo perché non è in gioco la salute pubblica, non sono in gioco cioè i diritti degli altri. Ma non manca chi ritiene che quest’ultimo tipo di spiegazione non regga, essendo piuttosto l’apertura pluralistica della nostra Costituzione a consentire l’affermarsi di un dinamismo interpretativo virtuoso³⁶ attraverso cui realizzare nuove forme di composizione degli interessi in conflitto, capaci anche di superare ogni idea di assoluta prevalenza di quel bene³⁷.

La tesi secondo cui la libertà di cui all’art. 19 della Costituzione soggiaccia all’unico limite del buon costume, avvalorata dal deliberato silenzio mantenuto dal costituente sull’ordine pubblico (ma contraddetta anche di recente con ottimi argomenti dalla Consulta) trascura l’esigenza di dare una lettura dell’articolo calata nel contesto sistematico dell’insieme delle norme costituzionali, tra le quali rivestono un rilievo di primaria importanza quelle riguardanti la garanzia del diritto alla vita e alla salute, quest’ultimo esplicitamente tutelato non solo come diritto individuale ma anche nella sua dimensione collettiva (come interesse della collettività, cfr. art. 32 Cost.). E, a conti fatti, ribadire che in questi casi non di vere e proprie restrizioni della libertà religiosa si tratta quanto piuttosto di forme di

35 Cfr. Corte cost. ord. n. 207 del 2018 e sent. n. 242 del 2019, in cui il particolare bilanciamento individuato dalla Consulta tra i principi costituzionali ha portato alla parziale dichiarazione d’illegittimità dell’art. 580 c.p.; al proposito cfr. A. LICASTRO, *L’epilogo giudiziario della vicenda Cappato e il ruolo “sussidiario” del legislatore nella disciplina delle questioni “eticamente sensibili”*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica* 3 (2019), pp. 609 ss.

36 Cfr. A. LICASTRO, *Relazione introduttiva*, cit., p. 34.

37 In questi termini V. BALDINI, *Prendere sul serio il diritto costituzionale... anche in periodo di emergenza sanitaria*, in 1/2020 – 15 aprile, p. 1278, secondo cui l’argomento «non sembra reggere, soprattutto quando si guardi al diritto alla vita e a quello alla salute come norme di principio, riflesso di una identità costituzionale irretrattabile [...]». Invece, secondo l’A., «non è incongruo ritenere che la prevalenza assoluta del diritto alla vita si configuri piuttosto come risvolto di un’etica dei costumi sociali in declino anche nelle società occidentali democratiche. La natura aperta, pluralista e inclusiva della Carta repubblicana del ’48 vale a favorire nell’ordinamento giuridico complessivo, oltre che nel dibattito dottrinale e negli indirizzi giurisprudenziali, un dinamismo virtuoso, in grado di metabolizzare il cambiamento culturale riducendolo entro la cornice del sistema dei diritti e principi fondamentali, secondo geometrie variabili nell’equilibrio degli interessi».

armonizzazione tra molteplici diritti³⁸ non sposta di molto le cose almeno da un punto di vista prettamente pratico³⁹.

È allora forse fuori luogo ipotizzare che le scelte degli organi governativi operate nella prima fase dell'emergenza siano state il frutto di un nuovo modo di concepire il principio di laicità, lesivo dell'autonomia della Chiesa, costretta a subire la supremazia dello Stato nella gestione degli affari spirituali⁴⁰. Lo confermano gli spazi che si sono progressivamente aperti (o ulteriormente ampliati) per il confronto e per la ricerca di soluzioni autenticamente condivise tra Stato, Chiesa cattolica e altri gruppi confessionali, una volta superata la prima fase dell'emergenza⁴¹.

Ricostruendo a ritroso tutta questa vicenda, si coglie tuttavia, in alcuni suoi passaggi, un certo riflesso della crescente secolarizzazione della società, se non della vera e propria marginalizzazione dello spazio occupato dalla religione nella vita di molti italiani⁴².

Infine: in molti, in dottrina, hanno riproposto la necessità che si ponga fine al protrarsi non più tollerabile dell'inerzia legislativa al continuato differimento di una legge generale di attuazione degli artt. 19 e 8 cost. che ne detti la disciplina organica, alla cui mancanza non può porre rimedio in molti casi nemmeno l'intervento della Corte cost., vincolata al rispetto del campo rimesso alla discrezionalità del Parlamento. Una legge che detti in modo compiuto sia le regole sostanziali sia quelle procedurali che assistono e conformano in modo compiuto il modello delle relazioni Stato-confessioni religiose e rendono praticabile, e insieme effettivo ed efficace, il principio di laicità positiva e i suoi corollari⁴³.

38 Cfr. C. RAIU, *Is the lockdown of churches an aggression towards freedom of religion or belief?*, in <https://diresom.net> – Diresom. Diritto e Religione nelle Società Multiculturali, 26 maggio 2020, il quale sottolinea che «the governmental measures are not in fact restrictions, but instruments to democratically harmonize multiple rights». Al proposito cfr. anche M. MICHETTI, *La libertà religiosa e di culto nella spirale dell'emergenza sanitaria Covid-19*, in <https://dirittifondamentali.it> 2 (2020 – 23 maggio), pp. 562 ss.

39 Cfr. A. LICASTRO, *Relazione introduttiva*, cit., pp. 33-34.

40 In questo senso, invece, M. CARRER, *Salus Rei Publicae e salus animarum, ovvero sovranità della Chiesa e laicità dello Stato: gli artt. 7 e 19 Cost. ai tempi del coronavirus*, in *BioLaw Journal* 2 (2020), p. 5; F. ADERNÒ, *Il nuovo decreto-legge n. 19/2020: un suggerimento ermeneutico ecclesiastico*, in *Diritti regionali* 1 (2020), p. 482 ss.; C. GENTILE, *L'epidemia di Covid-19, la libertà di culto ed i rapporti Stato-Chiesa*, in *Federalismi.it, Osservatorio Emergenza Covid-19*, 15 aprile 2020, p. 2 ss.

41 Cfr. A. LICASTRO, *Relazione introduttiva*, cit., p. 45.

42 Cfr. F. GARELLI, *Gente di poca fede. Il sentimento religioso nell'Italia incerta di Dio*, Bologna 2020.

43 Cfr. G. CASUSCELLI, *Gli "effetti secondari" (ma non troppo) della pandemia Sul diritto ecclesiastico italiano e le sue fonti*, cit., p. 16; ma anche V. Pacillo, *La libertà religiosa in Italia ai tempi del*

Questo desiderio è sicuramente condivisibile ma non lo si ritiene strettamente collegato al problema emergenziale della pandemia, essendosi trattato di una situazione “eccezionale” e non prevedibile che, come tale, pare difficile da poter essere regolata in una legge “generale” sulla libertà religiosa. Si condivide, al proposito, l’opinione di chi considera «un’impresa oltremodo difficile»⁴⁴ stabilire preventivamente le esigenze individuali e sociali che giustificano (o fanno apparire ragionevole) l’apposizione di limiti alla libertà: non solo per il fatto che il rapporto fra l’uno e l’altro tipo di esigenze «varia costantemente», ma anche perché l’apposizione di limiti dipende dai riflessi dell’esplicazione del diritto da limitare, ed abbiamo visto come il diritto di libertà religiosa sia passibile di svariate esplicazioni.

In definitiva, i limiti di una libertà giusta non sono facilmente definibili né in teoria⁴⁵, né in pratica: le frontiere vanno poste, ma si tratta di «frontiere mobili»⁴⁶, nel senso che non possono essere rigidamente definite una volta per tutte, ma sono destinate a scontare la prevalenza dell’una o dell’altra ideologia⁴⁷. Si spiega perché la nostra Costituzione, ad esempio, si mantenga molto prudente e nulla indichi al riguardo, tranne la poco realistica o almeno troppo marginale ipotesi della contrarietà dei riti al buon costume. Né la situazione migliora quando si cerca di essere più precisi: basta pensare al già citato art. 9 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo, nel quale è stata inserita una formula così ampia ed elastica che, ben lungi dall’aumentare l’intensità di tutela della libertà religiosa, ne legittima limitazioni discrezionali fondate su motivazioni tutt’altro che convincenti. In sostanza, vale come criterio giustificatore di limiti, quello della presenza di altri beni, individuali e collettivi, costituzionalmente rilevanti; ma si tratta, lo si ripete, di un paradigma estremamente elastico.

Dunque, a parte i citati limiti, in realtà quanto mai modesti e tutti comunque dettati dalla fondamentale preoccupazione di assicurare anche in tale campo ai singoli una pacifica convivenza nel corpo sociale, evitando offese, sopraffazioni e violenze, la libertà religiosa si riscontra oggi ricono-

Covid-19. Motivazioni e bilancio di un webinar e prospettive di fronte al perdurare dell’emergenza sanitaria, cit.

44 Cfr. M. SALVADORI, *Problemi di libertà*, Bari 1949, p. 65.

45 Il tentativo più interessante al riguardo è quello di J. RIVERO, *Les libertés publiques*, I, Paris 1973, pp. 166 ss.

46 Cfr. D. VITTORIA, *Un’ipotesi di riforma per la disciplina degli enti del I libro c.c.*, in *Diritto e giurisprudenza* 1987, p. 314.

47 Cfr. A. VITALE, *Corso di diritto ecclesiastico: ordinamento giuridico e interessi religiosi*, cit., p. 165.

sciuta e garantita in Italia, anche in periodo di pandemia, a ciascuno quale un proprio diritto individuale fondamentale e inviolabile, in una condizione di perfetta parità ed eguaglianza con gli altri consociati e in ogni possibile manifestazione e modo di esercizio del medesimo, compatibilmente con la tutela della salute nei termini anzi esposti.

ENDOGAMIA NELL'ORDINAMENTO ISLAMICO, EBRAICO E CANONICO

Paolo Lobiati

Università Cattolica del Sacro Cuore

Illud te, nulla fati quod lege tenetur,
pro Latio obtestor, pro maiestate tuorum:
cum iam conubiis pacem felicibus - esto -
component, cum iam leges et foedera iungent,
ne vetus indigenas nomen mutare Latinos
neu Troas fieri iubeas Teucrosque vocari
[...]

Utque est, nomen erit; commixti corpore tantum
subsident Teucri. Morem ritusque sacrorum
adiciam faciamque omnis uno ore Latinos.
Hinc genus Ausonio mixtum quod sanguine surget,
supra homines, supra ire deos pietate videbis,
nec gens ulla tuos aequae celebrabit honores”.

Publio Virgilio Marone¹

La tradizione in base alla quale i membri di una collettività si sposavano soltanto all'interno della medesima è ancestrale, ed ha trovato la propria sistematizzazione già nel diritto romano, attraverso la nozione di endogamia². Se nel diritto romano tale istituto è andato riducendosi, passando dalla restrittiva sussistenza di *conubium* solo all'interno della *gens* per arrivare a quello della *civitas*, accanto a questo si dava anche una norma di segno opposto, quella della esogamia familiare³. Tale duplice confine, all'interno del quale si muove il diritto al matrimonio, risulta una costante delle civiltà sorte sia prima sia dopo il diritto romano così come dei loro sistemi giuridici e, in vari

1 Virgilio, *Aeneidos Liber XII*, vv. 818-824; 835-840.

2 In argomento si veda: R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, Padova, 2002, p. 35 ss. Su questa base è da citarsi quanto in *Ep. Ulp.* 5, 4: «*Conubium habent cives Romani cum civibus Romanis; cum Latinis autem peregrinis ita, si concessum sit*».

3 Sull'argomento si veda ancora: R. ASTOLFI, *op. cit.*, p. 38 ss. l'A. mette in luce come i consanguinei e gli equiparati erano privi di *conubium*, così configurandosi un vero e proprio impedimento alle nozze.

modi e gradi, permane fino ai giorni nostri⁴. L'argomento appare ancora più attuale se si considera che anche la semplice osservazione della realtà mette in luce che la mobilità sociale presente ai giorni nostri, e la *mixité* che ne consegue, ha forti ripercussioni anche sulle celebrazioni dei matrimoni⁵. Nel presente contributo si vuole offrire una panoramica su come i sistemi religiosi monoteisti regolino la c.d. realtà dei matrimoni misti, o, in altri termini, normino l'endogamia. Lo scopo non è solo rilevare le peculiarità di ogni impianto normativo sul tema in relazione alla concezione del matrimonio che gli è propria ma anche comprendere la *ratio* che lo muove.

1. I MATRIMONI MISTI NEL DIRITTO ISLAMICO

Entrando nella disamina della modalità con cui i diritti monoteisti trattano l'esogamia, è bene prendere le mosse dal diritto islamico che risulta essere quello nettamente più "duro" se si considerano le unioni tra musulmani ed "infedeli"⁶. Dato subito palese è la disparità di trattamento tra uomo e donna, al punto che se per la donna questo è valevole in modo assoluto per l'uomo possono darsi delle eccezioni che comportano maggiore o minore elasticità⁷.

4 Interessante quanto asserito da B. GHIRINGHELLI, *Coppie miste, coppie interreligiose; anatomia di una definizione*, in S. MARCHESINI (a cura di), *Matrimoni misti una via per l'integrazione*, Verona, 2012, p. 183: «La società ha identificato e definito come miste le unioni per le quali ha visto trasgredita la generale regola della prossimità sociale dei coniugi, seppur di volta in volta riferita a dimensioni più varie». Tra le dimensioni è da includersi anche la religione, tanto che E. MARTINELLI, *La realtà dei matrimoni misti nel diritto islamico e nel diritto ebraico*, in R. PALOMBI – H. FRANCESCHI – E. DI BERNARDO (a cura di), *Iustitia et sapientia in humilitate. Studi in onore di mons. Giordano Caberletti*, I, Città del Vaticano, 2023, p. 201 afferma: «Nell'attuale momento storico, gran parte della società, tra i molteplici indicatori di prossimità, o al contrario, della distanza tra le persone e tra i gruppi, assumono un particolare ruolo di demarcazione di confini l'etnia e la religione».

5 Il dato di fatto viene icasticamente richiamato da: N. SCHÖCH, *Problematiche canoniche relative alla forma dei matrimoni misti tra parte cattolica e parte ortodossa*, in O. FUMAGALLI CARULLI – A. SAMMASSIMO (a cura di), *Famiglia e matrimonio di fronte al sinodo. Il punto di vista dei giuristi*, Milano, 2015, p. 435: «Con le migrazioni aumentano le relazioni tra gli uomini di varia provenienza culturale, linguistica e religiosa conducendo ad un notevole incremento di matrimoni misti».

6 Si usa questa dizione dal momento che: «La religione islamica è caratterizzata da un senso di esclusività ed è considerata dai fedeli come l'unica vera religione, alla quale si è obbligati ad aderire rispondendo ad un comando divino, che impone il ripudio di qualunque altra credenza» (E. MARTINELLI, *La realtà dei matrimoni misti nel diritto islamico e nel diritto ebraico*, cit., p. 206). In approfondimento si veda anche M. O. UDUGBOR, *Il diritto musulmano*, Città del Vaticano, 2010, p. 1-10. Inoltre l'a. spiega che: «La perdita di capacità giuridica può avvenire per cause di morte o apostasia».

7 Invero, ciò non stupisce se si considera che, secondo le norme islamiche «I soggetti di diritto [...] sono i musulmani maschi, liberi e puberi (ahliyya) [...]». Ci sono delle cause che pongono limiti

Il fatto che alla donna musulmana sia impedito il matrimonio con un infedele – ossia appartenente ad altra religione – affonda le proprie radici in due versetti coranici, secondo i quali siffatta impossibilità permane fino a quando gli uomini non si siano convertiti all'Islam⁸. Il discrimine di una conversione della parte non musulmana quale mezzo attraverso cui l'impedimento possa cessare permette di qualificarlo come temporaneo, tanto per la donna quanto per l'uomo, anche se per quest'ultimo si dà una deroga. Infatti se apparentemente la sura II, 221 sembra assoggettare anche il maschio a tale divieto⁹, in un'altra sura si pone una eccezione per le donne che appartengono alle c.d. religioni del libro – ossia ebraismo e cristianesimo –¹⁰. Se questa è la norma le interpretazioni offertene, come riferisce la dottrina, ampliano o restringono la portata dell'impedimento: nel primo caso riducendo la possibilità di matrimonio con cristiane ed ebreë residenti in Paesi sottoposti a governo musulmano a cui si aggiunge il caso di necessità¹¹, nel secondo, invece, vi è chi arriva a ritenere come appartenenti alle religioni del libro non solo cristiani ed ebrei ma anche quanti professano altre religioni, restando esclusi soltanto gli animisti¹².

come l'età, alcune imperfezioni del corpo e della mente, il sesso femminile, i comportamenti considerati riprovevoli e l'insolvenza» (M. O. UDUGBOR, *Il diritto musulmano*, cit., p. 61).

8 In R. ALUFFI BECK PECCOZ, *Il matrimonio nel diritto islamico*, in S. FERRARI (a cura di), *Il matrimonio. Diritto ebraico, canonico, islamico*, Torino, 2006, p. 199 e M. O. UDUGBOR, *Il diritto musulmano*, cit., p. 68 vengono riportati i passi Coranici: «Non date spose donne credenti idolatri (mušrikīn) finché essi non abbiano creduto, poiché lo schiavo credente è meglio di un uomo idolatra, anche se questi vi piaccia» (II, 221) e «Quando vengono a voi delle credenti emigrate, esaminatele: Dio meglio conosce la fede loro. Che se le conoscerete credenti non rinviatelo ai negatori della fede (Kuffār), poiché costoro non sono leciti ad esse, né esse lecite a loro».

9 «Non sposate donne idolatre (mušrikāt) finché non abbiano creduto» (II, 221).

10 «Vi È permesso contrarre matrimonio con donne oneste tra le credenti e con donne oneste tra quelle che appartengono alla gente cui la scrittura fu rivelata prima di voi: vi è permesso a patto che abbiate donato loro la giusta ricompensa come maschi che contrattano un matrimonio regolare, non come libertini alla ricerca di illeciti piaceri o diamanti o occasionali» (V, 5).

11 In argomento R. ALUFFI BECK PECCOZ, *Il matrimonio nel diritto islamico*, cit., p. 199 richiama Abū Zahra, *al-Ahwal al-šahsiyya*, p. 113 – dalla stessa tradotto e qui ripreso – ove si afferma: «È necessario che ripetiamo che è meglio per il musulmano non sposare che la musulmana per la perfetta armonia sotto ogni aspetto. 'Umar, Dio si compiaccia di lui, vietò il matrimonio con le donne appartenenti a una religione del libro se non per un fine superior, come il legame politico inteso a ogni liquor, creare armonia e simili».

12 Cfr. R. ALUFFI BECK PECCOZ, *Il matrimonio nel diritto islamico*, cit., p. 200: «Sulla base di alcuni passi coranici, c'è chi sostiene che le genti del libro comprendano non solo ebrei e Cristiani, ma anche Sabei e Zoroastriani. Nel XX secolo, poi, il riformista Rašid Ridā, rilevando che lo stesso Corano afferma che a ogni popolo è stato inviato un profeta, con il quale è dato un libro, conclude che anche gli indù, i buddisti o i confuciani sono genti del libro: è perciò possibile al musulmano sposarne le donne. Corrispondentemente, viene ristretto l'ambito dei mušrikūn, in cui sarebbero compresi soltanto gli animisti».

La natura di questa norma è quella di impedimento temporaneo, di per sé, dunque, superabile: esso, infatti, può venire meno ma soltanto con la conversione dell'uomo non musulmano che vuole sposare la donna musulmana, ovvero con il mutamento di fede della donna non appartenente a nessuna delle religioni del libro che voglia convolare a nozze con un musulmano.

Qualora, invece, si dia la celebrazione di un matrimonio in costanza dell'impedimento, il contratto viene considerato viziato e quindi rescindibile tramite sentenza del giudice che pronuncia il *fash*¹³. È da notarsi che a seguito di tale sentenza vige per coloro che hanno contratto matrimonio il dovere di separazione, così da ritenersi adulterio – con quanto ne consegue sul piano giuridico – la coabitazione di tali soggetti¹⁴, e, d'altro lato, anche in caso di avvenuta consumazione tale matrimonio risulta privo di effetti giuridici¹⁵. A corroborare la considerazione forte di questo impedimento viene quanto sottolineato dalla dottrina, ossia che in quegli Stati, soprattutto nel Medio Oriente, come ad es. Giordania ovvero Siria o Libano¹⁶, il divieto di matrimoni tra musulmani e non musulmani, secondo le specificazioni sopra richiamate, è considerato principio e norma di ordine pubblico. Sulla base di questo presupposto, si dà la impossibilità di celebrazioni di

13 M. O. UDUGBOR, *Il diritto musulmano*, cit., p. 321 spiega che *Fasad* è la «possibilità di rescindere per mancanza o di imperfezione degli elementi essenziali per la validità contrattuale».

14 In argomento cfr.: R. ALUFFI BECK PECCOZ, *Relazioni familiari nella società islamica*, in AA. VV. *Il matrimonio tra cattolici ed islamici*, Città del Vaticano, 2002, p. 65: «Alcuni legislatori, nel trattare i modi di dissoluzione del matrimonio, affrontano anche il tema del *fash*. Il giudice, pronunciando il *fash*, dichiara la nullità del matrimonio affetto da vizio ovvero determina lo scioglimento del matrimonio se il vizio è sopravvenuto. Consideri impedimento matrimonio musulmana con il musulmano il matrimonio del musulmano con la donna che non appartenga a una delle religioni celesti».

15 Cfr. R. ALUFFI BECK PECCOZ, *Relazioni familiari nella società islamica*, cit., p. 166. L'a. richiama il fatto che la codificazione ed il c.d. «passaggio da un diritto a base dottrinale a un diritto a base legale» ha portato ad una posizione drastica. «È questa la soluzione che, sulla scia della legge ottomana del 1917, è ritenuta in Siria e Giordania. Per un esempio di rigida applicazione del principio si veda la decisione N. 15 della corte di cassazione siriana (sez. sciaraitica) del 12. 01. 54. Si noti che nel *fiqh* non si escludeva mai pregiudizialmente la possibilità dello stabilirsi della filiazione nei confronti dell'uomo, neppure in caso di impedimento di differenza di religione».

16 In particolare per quanto concerne il Libano, ove, a norma della legge del 2 aprile 1951, il diritto di famiglia è regolato dalle norme confessionali delle religioni riconosciute dallo Stato, può vedersi: L. CAPRARA, *Il sistema degli statuti personali libanesi. Una panoramica delle fonti normative*, in L. CAPRARA – P. LOBIATI – A. SAMMASSIMO (a cura di), *Diritto canonico orientale e statuto personale libanese*, Milano, 2020, p. 59-90. In particolare a p. 79 spiega: «Con la legge del 2 aprile 1951 il legislatore libanese [...] disciplina specificamente ed organicamente l'ordinamento giudiziario comunitario vale a dire l'esercizio della funzione giurisdizionale da parte delle singole comunità religiose ufficialmente riconosciute». Similmente, dello stesso autore, si veda: *L'autonomia normativa e giurisdizionale delle confessioni religiose nel sistema degli statuti personali in Libano*, in *Jusonline*, 2015.

matrimonio anche tra atei o appartenenti a religioni non riconosciute, non esistendo – in quei Paesi – alcuna forma di matrimonio¹⁷.

Dalla descrizione offerta della modalità di regolamento dell'impedimento e dalla differenza con cui esso è applicato alla donna rispetto all'uomo, possono rinvenirsi le ragioni che sono state sistematizzate dalla dottrina.

Primariamente bisogna tener presente la peculiare considerazione della sostanziale differenza di concezione tra l'uomo e la donna da cui deriva anche una speciale modalità di regolamento del rapporto tra coniugi. Infatti, il Corano, come del resto tutta la teologia islamica, afferma chiaramente la supremazia dell'uomo sulla donna¹⁸, come recita il testo sacro: «Gli uomini sono superiori alle donne in ragione di qualità per le quali Allah li ha elevati ad un livello superiore»¹⁹. Da questo postulato discendono alcuni argomenti che concretizzano la motivazione della proibizione.

In primo luogo si sottolinea che essendo il matrimonio un contratto, il cui oggetto risulta l'unione sul piano sessuale segnato dal godimento della donna da parte dell'uomo²⁰ ed il cui effetto primario è l'ingresso della donna sotto la potestà esclusiva del marito²¹, ne deriverebbe la situazione

17 Cfr. R. ALUFFI BECK PECCOZ, *Il matrimonio nel diritto islamico*, cit., p. 202. L'a. college questo aspetto agli «Ordinamenti dei paesi che regolano i rapporti familiari secondo la tradizione sciaraica». Similmente E. MARTINELLI, *La realtà dei matrimoni misti nel diritto islamico e nel diritto ebraico*, cit., p. 209.

18 Allo scopo è bene ricordare che «nella famiglia musulmana, fondata sul vincolo di sangue, l'uomo capo famiglia gode di una posizione di preminenza rispetto agli altri membri, con un diritto di coercizione domestica sulla moglie e i figli». (F. CASTRO, *Il diritto Musulmano*, in «Digesto delle discipline privatistiche», vol. II, Torino, 2006, p. 37).

19 Corano, IV, 38. È necessario ricordare che nonostante questa affermazione Maometto stesso intervenne su una società di stampo patriarcale mitigando la condizione della donna, tuttavia il concetto di superiorità maschile era in essa a tal punto radicato da poter parlare dell'esistenza di una «androlatria» islamica. Cfr. A. BOUHDIBA, *La sexualité en Islam*, Paris, 1975, p. 15. Per approfondire il discorso del matrimonio nel diritto islamico, oltre ai testi già citati, si consenta il rimando a: P. LOBIATI, *Elementi di diritto matrimoniale islamico*, in P. LOBIATI – R. PALAVERA – A. SAMMASSIMO (a cura di), *Itinerari di diritto islamico*, Vol. I, Milano, 2018, pp. 63-104.

20 Cfr. P. LOBIATI, *Elementi di diritto matrimoniale islamico*, cit., p. 66: «Pur continuando a definire il matrimonio quale contratto, se ne sottolinea la specificità, ossia il fatto che benché ad esso si applichino molte delle regole tradizionali dei contratti - quali, ad esempio, la possibilità di rescissione per inadempimento - tuttavia il suo oggetto è peculiare e come tale deve essere considerato nel suo valore di *nikāh*, cioè atto di unione sessuale, la cui essenza è il possesso fisico-erotico della donna da parte dell'uomo». Inoltre, sull'argomento vi sono autori che qualificano il matrimonio musulmano, partendo dalla sua denominazione, quale «diritto al rapporto sessuale legalizzato», così che, secondo tale visione, l'effetto primario del contratto in esame sarebbe quello di permettere all'uomo il potere di possedere lecitamente una donna. Cfr. M. O. UDUGBOR, *Il diritto musulmano*, cit., p. 64.

21 La dottrina, al proposito, rileva costantemente che: «il diritto islamico rimane ovunque ancorato alla disparità di diritti e di doveri all'interno della coppia e soprattutto rimane ancorato a quel

concreta di un musulmano – nel caso la donna – che si troverebbe sotto la autorità di non musulmano – l’eventuale marito –, dato inaccettabile²². In più, considerandosi la asserita condizione di fragilità e di assoggettabilità della donna di derivazione coranica²³, da siffatta situazione potrebbero derivare due conseguenze ugualmente nefaste: una sul piano della vita coniugale in sé considerata, l’altra sul piano del diritto divino/penale. In primo luogo si considera che per la differenza culturale religiosa la donna, fedele alla religione Islamica, potrebbe arrivare a provare avversione nei confronti del marito che non solo non condivide la sua fede ma anche non crede nella c.d. “santità del Profeta Muhammad”²⁴. Da ciò scaturirebbe la c.d. insubordinazione della donna che, in ogni modo, non è accettata dal diritto islamico ed è punibile, perché contravverrebbe al ruolo ricoperto da questa nella creazione, con l’ulteriore risultato di un’azione punitiva di forza di un non fedele su un fedele, da una parte, e di una pace familiare violata dall’altra²⁵.

In secondo luogo, argomento ancora più delicato per il diritto islamico, è la possibilità, considerata addirittura rischio, di conversione della moglie alla religione del marito²⁶: nel caso della moglie musulmana che

primato teologico-giuridico della legge sulla persona, che è l’esatto opposto della visione cristiana del primato della persona sulla legge». O. FUMAGALLI CARULLI, *Il matrimonio canonico tra principi astratti e casi pratici*, Milano, 2008, p. 72. I qui si dice che: «I diritti ed i doveri dei coniugi si muovono all’interno di un duplice principio: quello della supremazia dell’uomo nell’ambito della famiglia da un lato e quello del riconoscimento, anche se ciò non è da intendere secondo la logica occidentale, della personalità giuridica della donna dall’altra» (P. LOBIATI, *Elementi di diritto matrimoniale islamico*, cit., p. 72).

22 Così R. ALUFFI BECK PECCOZ, *Il matrimonio nel diritto islamico*, cit., p. 202: «La donna è nella potestà del marito e gli deve obbedienza: il matrimonio misto della musulmana porterebbe un non musulmano ad esercitare autorità sul musulmano». Allo stesso modo si esprime E. MARTINELLI, *La realtà dei matrimoni misti nel diritto islamico e nel diritto ebraico*, cit., p. 208.

23 All’interno di questo orizzonte, infatti, la vita matrimoniale è segnata dalla preminenza dell’uomo come affermato dal Corano secondo cui «gli uomini sono un gradino più in alto» (II, 228) e «gli uomini sono preposti alle donne, perché Dio ha prescelto alcuni esseri sugli altri e perché essi donano dei loro beni per mantenerle» (IV, 34).

24 Cfr. E. MARTINELLI, *La realtà dei matrimoni misti nel diritto islamico e nel diritto ebraico*, cit., p. 207 s., secondo cui: «Con la conseguenza di mettere in pericolo l’avvenire della famiglia».

25 Infatti, nella coabitazione si sviluppano quelli che sono i doveri fisici dei coniugi, tra i quali, come primo, è necessario nominare quello di obbedienza (*tā’a*), definibile anche come dovere di sottomissione, della donna chiamata a mettersi a disposizione del marito: si noti che qualora la moglie non esegua gli ordini del coniuge, essendogli insubordinata, subentra il *ius correptionis* anche attraverso i mezzi fisici descritti dal Corano in un *climax* di azioni che partono dall’ammonimento per arrivare anche alle percosse (cfr. M. D’ARIENZO, *Diritto di famiglia Islamico e ordinamento giuridico italiano*, in *Il diritto di Famiglia e delle persone*, 2004, 32, p. 192).

26 Cfr. E. MARTINELLI, *La realtà dei matrimoni misti nel diritto islamico e nel diritto ebraico*, cit., p. 208: «La donna È per natura influenzabile; se quindi la moglie musulmana decidesse o fosse persuasa a seguire il marito nella sua fede e abbandonasse l’*Islām*, commetterebbe apostasia, il peccato più grave per un musulmano». Similmente R. ALUFFI BECK PECCOZ, *Il matrimonio nel diritto*

si converta si avrebbe il delitto di apostasia (*Riddah*), sanzionato penalmente²⁷. Da quanto finora rilevato, emerge che le motivazioni sottostanti all'endogamia siano da rinvenirsi, più che nella tutela del rapporto coniugale da costituire, nella salvaguardia della compagine religiosa del gruppo, chiamato a conservarsi fedele nella religione rivelata dal Profeta.

Sempre in linea con l'autoconservazione religiosa del gruppo è da considerarsi il terzo aspetto che rende ragione dell'obbligo di endogamia, ossia la condizione della prole. Così come sulla moglie, nel diritto di famiglia islamico, in seno al marito vige il diritto di educazione della prole così che questa segua la religione paterna²⁸. Nel caso di matrimonio c.d. misto si darebbe che la prole, di diritto e senza compiere delitto, sarebbe educata in una religione diversa dall'Islam, fatto non accettabile nel diritto islamico. A riprova di questo, la differenza circa la possibilità di educare la prole che viene data ad una madre musulmana rispetto ad una appartenente ad altra "religione del Libro". Nel primo caso la donna potrà occuparsi dell'educazione dei figli fino alla loro maggiore età, sempre però sotto la direzione del marito, nel secondo, invece, solo per i primi cinque anni, per scongiurare il pericolo che la prole possa venire influenzata, e poi educata, secondo una professione religiosa diversa²⁹.

Stante quanto rilevato sulla base delle norme, è evidente che il divieto di esogamia in seno all'Islam affondi le proprie radici nella volontà di tutelare la permanenza identitaria del gruppo sociale. Ciò risulta ancora più chiaro se si osserva la differenza con cui il divieto viene posto sulla donna invece che sull'uomo. Infatti, la c.d. supremazia naturale dell'uomo viene considerata, qualora costui sia non musulmano, un pericolo perché fonte sia di una possibile azione delittuosa di apostasia della donna, sia della condizione giuridica della prole che sarebbe educata quale "infedele". Invero, tale interpretazione non appare estranea al *leitmotiv* del diritto islamico, specialmente se la si coordina con i c.d. "divieti di alleanza" di un musul-

islamico, cit., p. 201.

27 In argomento: M. O. UDUGBOR, *Il diritto musulmano*, cit., p. 141: «La colpa di apostasia è considerata gravissima dal diritto musulmano. O occorrono due testimoni oppure la confessione del reo. La pena è generalmente morte per decapitazione per un uomo, mentre per una donna la pena è detenzione fino al pentimento».

28 In argomento: M. O. UDUGBOR, *Il diritto musulmano*, cit., p. 74: «L'educazione dei figli spetta al padre secondo il diritto islamico». Ovvero: E. MARTINELLI, *La realtà dei matrimoni misti nel diritto islamico e nel diritto ebraico*, cit., p. 208.

29 Cfr. M. O. UDUGBOR, *Il diritto musulmano*, cit., p. 74. L'a. spiega bene che la tutela fornita dal padre – o da altro uomo designato, comunque musulmano – ha lo scopo di assicurare la trasmissione della fede islamica. Proprio per questo il ruolo della madre si snoda in due modi differenti.

mano con appartenenti ad altre religioni³⁰. Da questi deriva come fondamentale sia la tutela non tanto del gruppo etnico quanto della compagine di fedeli, così da proibirsi ogni commistione sia amicale sia sociale con altri gruppi religiosi. Se dal punto di vista sociale questo appare in parte superato, tuttavia ciò non può dirsi per quanto concerne il gruppo familiare perché esso è la prima culla in cui si costituisce la società. Di qui l'utilizzo del divieto di esogamia – con le rispettive peculiarità tra uomo e donna – per consentire il mantenimento integro della fede islamica all'interno delle famiglie. A riprova, il fatto che siffatto impedimento non è considerato perpetuo ma da un lato è superabile con la conversione dell'uomo prima delle nozze e, dall'altro, può anche insorgere dopo la celebrazione di matrimonio tra due non musulmani nel caso di conversione della donna all'Islam³¹.

2. I MATRIMONI MISTI NEL DIRITTO EBRAICO

Dei tre sistemi giuridici analizzati quello ebraico è il più arcaico e, come noto dalla storia, il più peculiare nel Medio Oriente arcaico. Proprio in virtù di siffatta peculiarità, segnata sia dal monoteismo sia dalla esiguità numerica del popolo ebraico, già nel Pentateuco si rinviene il divieto di matrimoni misti, al punto da considerarsi la non appartenenza all'ebraismo quale forma di incapacità ad esprimere il consenso³². Esso si esprime nella proibizione, sotto pena di invalidità, di celebrare le nozze tra un ebreo e un non ebreo, indipendentemente dal sesso³³. È da sottolinearsi che, a differenza

30 Cfr. Cor. III, 118. Il divieto è posto poiché: «Vorrebbero che foste miscredenti come lo sono loro e allora sareste tutti uguali. Non sceglietevi amici tra loro, finché non emigrano per la causa di Allah. Ma se vi volgono le spalle, allora afferrateli e uccideteli ovunque li troviate. Non sceglietevi tra loro né amici né alleati».

31 Cfr. R. ALUFFI BECK PECCOZ, *Il matrimonio nel diritto islamico*, cit., p. 201. Spiega: «La differenza di fede è rilevante anche se, anziché sussistere al momento del matrimonio, sopravviene in seguito. Se ad esempio nel matrimonio tra due non musulmani la donna si converte all'Islam, l'uomo è invitato a seguirla. Se non lo fa, il matrimonio deve essere sciolto».

32 In argomento vedi: V. PACILLO, *Il matrimonio nel diritto ebraico, islamico e nell'ordinamento giuridico della chiesa cattolica latina*, in G. FILORAMI (a cura di), *Le religioni e il mondo moderno*, vol. IV, Torino, 2009, p. 94: «Il diritto ebraico ritiene che il matrimonio sia nullo per incapacità di esprimere un valido consenso: ciò avviene allorché uno degli sposi non appartenga alla religione ebraica».

33 A. MORDECHAI RABELLO, *Diritto individuale, comunitario, pubblico costituzionale in Israele*, in G. FILORAMI (a cura di), *Le religioni e il mondo moderno*, vol. II, Torino, 2008, p. 298. Spiega l'a. che: «È considerato proibito e nullo il matrimonio misto, cioè con un non ebreo o con una non ebrea: infatti per il diritto ebraico il matrimonio può aver luogo soltanto tra ebrei e qualunque unione tra un ebreo o un ebrea con una donna o con un uomo non appartenenti all'ebraismo (per nascita o per

di quanto avviene per il diritto islamico, la conversione ad altra religione non comporta la perdita della qualifica di appartenenza al popolo dell'Alleanza, così che, il convertito, dal punto di vista della capacità matrimoniale è considerato alla stregua di colui che permane nella confessione religiosa dei padri³⁴.

La normativa sull'argomento è granitica ed univoca ed è, prima di tutto, rinvenibile nella bibbia. Infatti non solo in Genesi³⁵, ma anche in Esodo³⁶ e in Deuteronomio³⁷ compaiono prescrizioni in merito allo scopo di impedire una contaminazione religiosa e culturale che possa condurre il popolo, la cui peculiarità è nota, alla idolatria.

Per comprendere il valore del dato biblico nel sistema in analisi è necessario circoscrivere cosa si intenda con la locuzione "diritto ebraico". È bene partire riferendo che con la locuzione *mishpat* 'ivrì ci si riferisce ad una forma di "diritto" che regola ogni campo della vita quotidiana degli appartenenti al Popolo di Israele, senza soluzione di continuità a partire dall'epoca biblica fino ad oggi. Tutto questo allo scopo di fornire costantemente, a chi lo richiedeva anche a fronte di situazioni contingenti mutate, la c.d. risposta della *Thorah*, considerata di origine divina, per la soluzione del caso concreto³⁸. Lo sviluppo interpretativo ed applicativo della Legge

elezione, cioè per conversione) è ritenuta vietata e, se avvenuta, il matrimonio è nullo e illegittimo».

34 Cfr. *Ibid.*: «La definizione di ebreo rilevante per il tribunale rabbinico competente, è quella data dalla *Halaká*; ne deriva che il matrimonio tra un ebreo e una convertita ad altra religione, celebrato secondo le regole matrimoniali e ebraiche, a valore di matrimonio ebraico». Il motivo di tale modo di procedere affonda le radici in Tb Sanhedrin 44° ed il commento di Rashi in loco, ossia: «Un ebreo anche quando ha peccato, rimane ebreo» (cfr. A. MORDECHAI RABELLO, *Il matrimonio nel diritto ebraico*, in S. FERRARI (a cura di), *Il matrimonio*, cit., p. 31).

35 Abramo invia nella propria terra di origine un servo perché trovi una moglie per il figlio Isacco: «Allora Abramo disse al suo servo, il più anziano della sua casa, che aveva potere su tutti i suoi beni: "Metti la mano sotto la mia coscia e ti farò giurare per il Signore, Dio del cielo e Dio della terra, che non prenderai per mio figlio una moglie tra le figlie dei Cananei, in mezzo ai quali abito, ma che andrai al mio paese, nella mia patria, a scegliere una moglie per mio figlio Isacco"» (Gn. 1-4).

36 Es. 34, 15-16: «Non fare alleanza con gli abitanti di quel paese, altrimenti, quando si prostituiranno ai loro dei e faranno sacrifici ai loro dei, inviteranno anche te: tu allora mangeresti le loro vittime sacrificali. Non prendere per mogli dei tuoi figli le loro figlie, altrimenti, quando esse si prostitueranno ai loro dei, indurrebbero anche i tuoi figli a prostituirsi ai loro dei».

37 Dt. 7, 1-4: «Quando il Signore tuo Dio ti avrà introdotto nel paese che vai a prendere in possesso e ne avrà scacciate davanti a te molte nazioni: gli Hittiti, i Gergesei, gli Amorrei, i Perizziti, gli Evei, i Cananei e i Gebusei, sette nazioni più grandi e più potenti di te, quando il Signore tuo Dio le avrà messe in tuo potere e tu le avrai sconfitte, tu le voterai allo sterminio; non farai con esse alleanza né farai loro grazia. Non ti imparenterai con loro, non darai le tue figlie ai loro figli e non prenderai le loro figlie per i tuoi figli, perché allontanerebbero i tuoi figli dal seguire me, per farli servire a dei stranieri, e l'ira del Signore si accenderebbe contro di voi e ben presto vi distruggerebbe».

38 Del resto la dottrina spiega che, imponendo l'ebraismo un forte coinvolgimento collettivo e comunitario, piuttosto che meramente intimistico e personale, la disciplina sulla famiglia diventa

si dà attraverso la letteratura rabbinica che se, da una parte, nella *Aggadà* trova il proprio carattere teologico ed omiletico, nella *Halachà* dispiega il proprio carattere giuridico e vincolante³⁹. Proprio poiché il c.d. diritto biblico – ossia quello contenuto nel Pentateuco –, considerato testo basilare o norma fondamentale da cui si sviluppa tutto il sistema giuridico ebraico⁴⁰, regola sia il rapporto dell'uomo con Dio sia il rapporto tra gli uomini, la *halachà* si occupa di entrambi questi aspetti, così normando, con regole giuridiche considerate di origine divina⁴¹, per quel che concerne il primo aspetto ad es. la preghiera, le benedizioni, l'osservanza del sabato e delle feste ecc., mentre per quanto riguarda il secondo ambito ad es. la compravendita, il matrimonio ed il divorzio oltre che la responsabilità civile⁴².

Ciò premesso, proprio nei versetti considerati, la tradizione rabbinica ha fondato quello che viene dalla dottrina qualificato come «uno dei divieti più rigidi e più osservati nell'ebraismo»⁴³, poiché, essendo di derivazione divina, risulta non arginabile né, tanto meno, dispensabile. Invero,

espressione della «commistione tra *ethos* e dimensione culturale, che deriva dalla tradizionale identità tra norma civile e norma religiosa» (così. R. BOTTA, *L'attuazione dei principi costituzionali e la condizione giuridica degli ebrei in Italia*, in *Il diritto ecclesiastico*, 1982, I, p. 191. Altra dottrina approfondisce asserendo che il fenomeno religioso, pertanto, qualificherà il *modus vivendi* del popolo ebraico, al punto che ogni aspetto della vita sia influenzato e governato dal “sacro” attraverso l'obbedienza ad un «vasto complesso di norme, volte ad indirizzare a vita quotidiana dell'ebreo in tutte le sue manifestazioni, che va dai Dieci Comandamenti alla Toràh, che contiene la legge scritta, dal Talmud, che raccoglie le tradizioni e le leggi orali, alle numerose regole sulla vita matrimoniale (ecc..)» (G. DISEGNI, *Ebraismo e libertà religiosa in Italia*, Torino 1983, p. 81).

39 A. MORDECHAI RABELLO, *Introduzione al diritto ebraico. Fonti, matrimonio e divorzio, bioetica*, Torino, 2002, p. 3 s. spiega che «la *Halachà*, dalla radice “andare” si propone appunto di insegnare all'uomo come comportarsi nei vari frangenti della vita (*Halachà* è infatti il termine comunemente usato per riferirsi al diritto ebraico, sia civile, sia religioso) è anche utilizzato per indicare la decisione finale sul modo di osservare un determinato precetto».

40 Sull'argomento si vedano, ad es. D. DAUBE, *Studies in Biblical Law*, Cambridge, 1947; Z. FALK, *Hebrew Law in Biblical times*, Jerusalem, 1964; D. PIATTELLI, *Concezioni giuridiche e metodi costruttivi dei giuristi orientali*, Milano, 1981. Gli autori se da un lato si avvalgono della comparazione con i diritti dell'Oriente antico per accostarsi all'evoluzione degli istituti giuridici nella bibbia, dall'altro considerano fondamentale un approccio definibile Talmudico al testo biblico, ossia considerandolo come scevro di contraddizioni ed accettandolo come interpretazione della c.d. Legge orale data sul Sinai.

41 Cfr. A. MORDECHAI RABELLO, *Introduzione al diritto ebraico*, cit., p. 4. L'a. spiega anche come, di fatto, la trasgressione di una norma che regola il rapporto con i simili di fatto comporti, *ipso facto*, anche una trasgressione verso Dio.

42 Per un maggior approfondimento sugli aspetti normativi che regolano il matrimonio nel diritto ebraico si consenta il rimando a: P. LOBIATI, *Riflessioni sul matrimonio nel diritto ebraico*, in P. LOBIATI – R. PALAVERA – A. SAMMASSIMO (a cura di), *I tuoi decreti sono il mio canto. Riflessioni dall'esperienza giuridica ebraica*, Milano, 2024, p. 13-84.

43 E. MARTINELLI, *La realtà dei matrimoni misti nel diritto islamico e nel diritto ebraico*, cit., p. 210 e, allo stesso modo: A. MORDECHAI RABELLO, *Il matrimonio nel diritto ebraico*, cit., p. 30.

se si considera più approfonditamente il motivo sottostante alla norma esso è da comprendersi nella nozione stessa di matrimonio così come inteso nel senso di «*Kiddusshin*, [...] rappresentazione simbolica del Tempio nonché il luogo primario ove i figli potranno crescere e sviluppare la propria identità ebraica»⁴⁴. Infatti, se si analizzano le fonti normative ebraiche, emerge che se, da un lato, scopo del matrimonio è costituire una c.d. piccola unità sociale, dall'altro l'imperativo a costituirlo, rinvenibile nella *Thorà*, affonda le proprie radici nel secondo fine dell'unione matrimoniale – avendo considerato quale primo il perfezionamento del singolo –, ossia la trasmissione dei valori ebraici⁴⁵. In altri termini si può pienamente concordare con quella dottrina che rinviene nell'istituto matrimoniale una doppia essenza, ossia «legittimare la convivenza con il compagno della propria vita e assicurare la continuità del genere umano con la procreazione»⁴⁶. Non compare, quindi, nella normativa in questione, alcuna forma di preclusione aprioristica nell'incontro con l'altro caratterizzata da timori di dominio potestativo di un “infedele” su un “fedele”, bensì la necessità di un popolo di conservare la propria identità culturale e religiosa in situazioni che lo hanno sempre visto porsi come minoranza etnica.

Siffatta esigenza di conservazione identitaria si rinviene ancora più netta se si considerano gli effetti delle nozze celebrate in contravvenzione al divieto. In primo luogo, circa l'atto matrimoniale in sé, questo risulta nullo così che la eventuale convivenza che si instaura è considerata alla stregua di una mera unione di fatto, *more uxore*⁴⁷, improduttiva di effetti sul piano giuridico⁴⁸. Di qui, tra i due c.d. contraenti non sorgeranno tutte

44 L. MONTERA, *Il diritto di famiglia nella comparazione tra il diritto italiano ed il diritto ebraico*, in *Comparazione e diritto civile*, www.comparazionedirittocivile.it 2014, p. 45.

45 Cfr. A. MORDECHAI RABELLO, *Introduzione al diritto ebraico*, cit., p. 96 e, allo stesso modo L. MONTERA, *Elementi di diritto di famiglia ebraico*, cit., p. 3, afferma: «Lo scopo di questa piccola unità sociale è quella di trasmettere e tutelare la tradizione ebraica, e sposarsi [...] è *mizvah*, comandamento».

46 V. PACILLO, V. PACILLO, *Il matrimonio nel diritto ebraico*, p. 68, che spiega come: «La Torà afferma infatti che l'uomo si realizza nella relazione, cioè nel dono di sé all'altro, e che proprio in virtù di questo sta la sua somiglianza con Dio». Per approfondire ulteriormente il discorso sul matrimonio ebraico si consenta nuovamente il rimando a: P. LOBIATI, *Riflessioni sul matrimonio nel diritto ebraico*, cit., p. 24-28.

47 Maimonide, M.T., *Hilchot Isuré Bià* 12, 2: «La Torà ha proibito tali unioni soltanto in via matrimoniale, ma i Maestri hanno stabilito che chi ha un rapporto casuale con una non ebrea è passibile di una percossa per la ribellione».

48 Cfr. A. MORDECHAI RABELLO, *Il matrimonio nel diritto ebraico*, cit., p. 32: «È anche da notare che il *Talmud* ha dedotto da quel passaggio del Deuteronomio che tali unioni, tra un ebreo e un non-ebreo, non hanno alcun valore dal punto di vista di unione matrimoniale, ma sono da considerare come semplici unioni di fatto che non cambiano lo status giuridico dell'individuo».

quelle obbligazioni morali e patrimoniali che si darebbero in caso di *iustae nuptiae*, anche se il Tribunale, prendendo atto di questa condizione, non decreta mai la separazione delle parti, differenziandosi dal diritto islamico. In secondo luogo, per quanto concerne la prole, sulla base del principio giuridico comunemente accettato nel mondo antico, i figli nati in condizione esterna rispetto al matrimonio – definita nel diritto romano *concubinatum* – seguono la condizione e lo *status* della madre, così che in caso di nozze tra ebrea e non ebreo la prole sarà considerata appartenente al popolo ebraico, in caso contrario vi sarà necessità di “conversione” della stessa perché possa essere iscritta al Popolo di Israele.

Il divieto, per quanto rigido, è comunque non assoluto, dal momento che vede venir meno la propria urgenza con la conversione del coniuge non ebreo, conversione che però deve, secondo il Talmud, avvenire primariamente per desiderio di entrare a far parte del Popolo dell’Alleanza e non meramente a scopo matrimoniale⁴⁹. Ancora una volta, emerge la ragione sottostante alla norma di mantenere salda l’identità del popolo anche attraverso la circospezione nei confronti delle conversioni motivate solo da intento nuziale. Ciò, però, non significa che l’ebraismo non si interroghi sulla difficoltà derivante dal concertarsi di queste norme con la situazione multiculturale attuale, ove la nascita di coppie miste è un dato in costante crescita. Di qui, l’unica soluzione che si profila come possibile è quella di rinvenire degli argomenti idonei a sostenere le conversioni, comunque imprescindibili per celebrare un matrimonio religiosamente valido – e nello stato di Israele anche civilmente⁵⁰ –, a motivo religioso, sforzo che viene costantemente attuato nei *responsa*, attraverso più argomenti che sono accomunati dal bilanciamento di interessi. In altri termini, viene considerato meno grave accettare una conversione per motivi c.d. futili o secondari⁵¹ – considerandosi come

49 In argomento spiega A. MORDECHAI RABELLO, *Il matrimonio nel diritto ebraico*, cit., p. 34: «Ci troviamo di fronte ad un problema dovuto al divieto, almeno a priori, stabilito dal Talmud, di accogliere come proseguita chi desideri convertirsi per poter sposare una ebrea; la conversione deve essere infatti voluta per osservare i precetti del signore e venire a far parte del popolo ebraico».

50 È da sottolinearsi che in primo luogo, se si cerca di delimitare l’ambito di cogenza delle norme che regolano il coniugio degli ebrei, è chiaro che ci si trova di fronte ad un diritto che ricopre nello stesso tempo valore territoriale-nazionale e personale. Infatti, come si è già richiamato, per gli ebrei residenti nello Stato di Israele in materia di matrimonio e divorzio vige il c.d. diritto ebraico, tanto che la Legge sulla competenza dei Tribunali Rabbinici (matrimonio e divorzio) del 1953 stabilisce sia che la conoscenza delle questioni relative a matrimoni e divorzi è demandata ai Tribunali Rabbinici, sia che le norme applicabili da questi sono quelle della *Torah* (P. LOBIATI, *Riflessioni sul matrimonio nel diritto ebraico*, cit., p. 17).

51 In argomento Sh. A., Joré Deà, 268, 12: «Se non hanno verificato per quale motivo si voleva convertire o se non gli hanno fatto presente il premio e la punizione per le mizvot, e si è circosciso

primario il voler appartenere al popolo ebraico –, piuttosto che incombere in pericoli maggiori derivanti da una coabitazione, considerata religiosamente *more uxoreo*, con un non appartenente all'ebraismo⁵².

Si può concludere asserendo, quindi, che nel diritto ebraico la normativa sui matrimoni misti è sottoposta a due spinte opposte ed irrinunciabili: da un lato la necessità di non trasgredire ad un comando divino volto alla tutela del popolo, dall'altro la constatazione del mutamento sociale che porta ad una costante ricerca di soluzioni, *de iure condendo*, che possano permettere di salvaguardare la peculiarità del sistema giuridico senza però chiudere i suoi appartenenti in una condizione che risulterebbe avulsa dalla realtà contemporanea.

3. L'IMPEDIMENTO DI DISPARITÀ DI CULTO NEL DIRITTO CANONICO

Nel diritto canonico, a norma del can. 1086⁵³, l'impedimento di disparità di culto stabilisce l'invalidità del matrimonio contratto tra un cattolico e un non battezzato⁵⁴. A dire il vero la normativa della Chiesa conosce due forme di matrimoni tra appartenenti a confessioni religiose diverse. Il primo caso quello dei c.d. "matrimoni dispari" a cui consegue l'invalidità del matrimonio contratto qualora non sia dispensato perché celebrato in presenza dell'impedimento di disparità di culto (can. 1086); il secondo, quello dei c.d. "matrimoni misti", ossia contratti tra due battezzati appartenenti a confessioni diverse, cui consegue la semplice illiceità, qualora manchi la licenza dell'Ordinario a contrarre tale genere di nozze⁵⁵.

ed ha fatto la *tevilà* di fronte a tre ebrei adulti è un *gher* anche se si scopre che si è convertito per un motivo futile, dato che si è circonciso ed ha fatto la *tevilà*».

52 Ad approfondire e spiegare è A. MORDECHAI RABELLO, *Il matrimonio nel diritto ebraico*, cit., p. 36-42 che rinvia sette argomenti e conclude mettendo in luce la problematica della c.d. assimilazione in una società ebraicamente debole.

53 Per un maggior approfondimento si consenta il rimando a: P. LOBIATI, *L'impedimento di disparità di culto: una proposta ermeneutica*, in *Monitor Ecclesiasticus*, 2021-22, 136-137, p. 197-261, di cui la presente parte del contrinuto è una riduzione.

54 Invero è da sottolinearsi che nel linguaggio comune di tratta di c.d. matrimoni misti, ma nel caso devono porsi alcune premesse terminologiche. Infatti la confusione nasce dal testo di PAOLO VI, *Matrimonia mixta*, 31 Martii 1970, in *AAS* 62 (1970), p. 257 ove si afferma: «*Matrimonia mixta, id est matrimonia inita a parte catholica cum parte acatholica sive baptizata sive non*».

55 In argomento è da richiamarsi lo studio di G.P. MONTINI, *I matrimoni tra una parte cattolica ed una parte non battezzata. La questione terminologica*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, 2011, 24. L'a. alle p. 261-264 analizza nel Codice vigente le sette volte in cui compare l'espressione *matrimo-*

Fin dalle origini la Chiesa ha recepito le istanze endogamiche dell'ebraismo in seno al quale si formava il Cristianesimo sul modo di guardare all'endogamia, ma con una ragione differente, ossia tutelare il coniuge cristiano avverso eventuali problematiche di matrice religiosa che avessero potuto turbare la pace domestica. Deve peraltro segnalarsi come, nel momento in cui la Chiesa nascente vedeva nel suo seno un esiguo numero di battezzati, l'apostolo Paolo sia arrivato ad esortare affinché, nel caso di matrimonio tra un cristiano ed un non cristiano, il battezzato, attraverso il suo impegno e la preghiera, fosse strumento di conversione per l'altro coniuge⁵⁶.

Il percorso storico, segnato da vicende alterne e modificazioni della disciplina, con la codificazione piano-benedettina vide una normazione dei matrimoni tra cattolici e non cattolici attraverso due ragioni differenti, ossia quella dell'impedimento dirimente per i matrimoni segnati da "pluralismo esogeno", ovvero quella dell'impedimento proibente per quelli segnati da "pluralismo endogeno"⁵⁷. Infatti, il can. 1060 proibiva, soltanto per quel che concerneva la liceità senza inficiarne la validità, il matrimonio tra cattolici ed appartenenti ad altra confessione cristiana; mentre il can. 1070 dichiarava la nullità del matrimonio tra cattolici e non battezzati, così continuando la tradizione della natura dirimente della proibizione. Si può sostenere, con la più consolidata dottrina, che questa norma rende ragione delle varie sfaccettature che presenta il matrimonio di appartenenti a diverse confessioni religiose. Infatti, la legge regola in modo differente anche le due fattispecie diverse, fermo restando un principio di "radicale diffidenza" che guidava l'intera normativa⁵⁸. Tale regolamento permane nel codice

nia mixta, rinvenendo che non poche volte: «Benché comunemente si creda che nella maggioranza dei casi il canone si applicherà per un matrimonio tra parti battezzate, *matrimonium mixtum* comprende nel canone menzionato a pari e del tutto propriamente anche il matrimonio tra parte cattolica e parte non battezzata».

56 In questo senso è da leggere il testo di 1 Cor 7, 12-14. Accanto a questo passo, tuttavia non può non rilevarsi come in altri passi dello stesso apostolo emerga chiaro, invece, un intento che auspica la separazione totale dei cristiani dai pagani, (2Cor 6, 14-18) Cfr. P. ERDÖ, *I matrimoni misti nella loro evoluzione storica*, in *I matrimoni misti*, Città del Vaticano, 1998, p. 13-14. Inoltre cfr. P. LOBIATTI, *L'impedimento di disparità di culto: una proposta ermeneutica*, cit., p. 204.

57 Questa dizione, adottata da M. L. TACELLI, *I matrimoni misti*, in *La giurisprudenza della Rota Romana sul matrimonio*, Città del Vaticano, 2010, p. 194 rende merito sia della divisione che caratterizza l'invalidità o l'illiceità della tipologia di coniugio, ma anche della grande differenziazione all'interno delle due categorie. La terminologia è mutuata da G. DELLA TORRE, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, Torino, 2007, p. 4.

58 Cfr. P. MONETA, *Il matrimonio tra persone di diversa fede religiosa*, in *Communitas vitae et amoris*, Pisa, 2013, p. 156: «La disciplina allora vigente sui matrimoni misti si poneva in contrasto indubbiamente con i principi ora delineati: sia per l'impostazione generale, improntata ad una radicale diffidenza verso tutto ciò che si pone al di fuori della Chiesa, sia per diverse determinazioni

Giovanneo Paolino nei can. 1086 e 1124 e, secondo parte della dottrina risulterebbe in contrasto con il diritto alle nozze – e più in generale con il diritto alla libertà nella scelta dello stato di vita – sancito nel can. 1058. I sostenitori della obsolescenza della norma prendono le mosse dal forte indifferentismo religioso, affermando la non necessità di coartare il diritto al matrimonio a una causa della differenza di religione, la quale non sembrerebbe pregiudicare l'instaurazione di una comunità di vita e di amore⁵⁹.

Ciò premesso se si considera la disciplina generale degli impedimenti matrimoniali nel diritto canonico, risulta chiaro che la compressione del diritto al matrimonio debba sottostare alla esistenza di una *ratio*, la cui forza sia tale da giustificare la limitazione⁶⁰. Tuttavia nel caso in specie, atteso che tale impedimento limita il diritto al matrimonio dei cattolici rispetto a molte categorie di persone – quelle non battezzate – ⁶¹, la motivazione che lo sorregge deve necessariamente esprimere una forza tale da qualificarsi come fondamentale. È comunque bene precisare che non è possibile trattare di compressione *tout court* ed in modo assoluto del diritto in esame, quanto piuttosto di una limitazione alla modalità concreta di esercizio dello stesso. Si tratta, quindi, di comprendere quale sia il bene che il Legislatore vuole tutelare attraverso il disposto in esame. Infatti, se non può sottacersi che ci si trovi di fronte ad una compressione del *ius connubii* per esigenze che, da

particolari che non tenevano in alcun conto le esigenze di coscienza di colui che professa un diverso credo religioso».

59 Cfr. P. MONETA, *Il diritto al matrimonio*, in *Diritto Matrimoniale Canonico*, vol. 1, Città del Vaticano, 2002, p. 202: «Sembra difficile ritenere che la differenza di religione costituisca, di per se stessa, una circostanza di gravità tale da incidere sulla capacità matrimoniale di due soggetti, pregiudicando, in linea di principio, il *totius vitae consortium*». Al contrario altra dottrina ritiene che: «Pur convenendo che, oggi, all'espressione integrazione sarebbe opportuno sostituire pluralismo, per evocare il diritto di religioni diversi di insistere sul medesimo territorio (condizione questa storicamente sempre verificatasi), non si può, tuttavia, ignorare la difficoltà di coesistenza, all'interno dello stesso paese, di due culture globali esistenti [...]. Non è possibile, infatti, pensare all'impronta spirituale di una famiglia mista o all'educazione degli eventuali figli, se non si parte dalla consapevolezza della propria vita di fede e dal desiderio di testimoniare e donarla» (F. LA CAMERA, *Ossimori impliciti e tautologie esplicite nella disciplina della dispensa da disparitas cultus tra cattolici e islamici*, in *Stato, Chiese e Pluralismo confessionale*, novembre 2008., p. 3. 21).

60 La dottrina maggioritaria afferma che nel caso in questione siano da bilanciare da un lato il diritto del fedele al matrimonio e dall'altro la tutela della fede del medesimo (Cfr. O. FUMAGALLI CARULLI, *Il matrimonio canonico tra principi astratti e casi pratici*, Milano, 2014, p. 55).

61 Si mette in luce infatti che da una breve scorsa agli impedimenti attualmente normati nel Codice si possa rilevare che questi o presuppongano un'antecedente scelta volontaria di vita che comportasse l'esclusione del matrimonio – come nel caso dell'*impedimentum ordinis ac voti* - ovvero riguardino un cerchio molto ristretto di persone così che i soggetti passivi dell'impedimento siano soltanto i quanti siano uniti da peculiari vincoli scaturenti dalla situazione oggettiva o pratica che segna lo stesso impedimento, così che l'efficacia di questo si estenda ad un numero limitato di persone (Cfr. U. NAVARRETE, *Disparitas cultus*, in *Diritto Matrimoniale Canonico*, vol. 1, cit, p. 518 ss.).

parte della dottrina, vengono qualificate come “legate alla fede”⁶², è innegabile che si debba rinvenire una risposta che rientri nel c.d. “piano della giustizia”, non limitandosi a quello della opportunità o convenienza⁶³.

Non mancano autori che rinvergono, e limitano, la *ratio* della norma al fatto che, essendo il matrimonio un sacramento soltanto qualora celebrato tra due battezzati, la celebrazione di questo con un non battezzato priverebbe il cristiano della forza scaturente dalla grazia sacramentale⁶⁴. In questo caso il disposto inabilitante si configurerebbe quale applicazione concreta del dovere dei Pastori di offrire ai fedeli tutti i mezzi necessari, tra i quali svettano i sacramenti, per condurli alla salvezza dell’anima, di cui al ca. 213⁶⁵. Tuttavia, pur se fondamentale ed originaria, la citata ragione c.d. sacramentale non risulta l’unica fonte atta a giustificare la normativa.

Si può dunque, per ora, sottolineare che, nel caso dell’impedimento in esame, fin dalle sue origini la Chiesa abbia sempre tenuto in conto, e nello stesso tempo temperato, due dimensioni giuridiche fondamentali del fedele: da un lato il diritto al matrimonio, collocantesi sul piano naturale – e di per sé quindi facente parte del diritto divino –, e dall’altro quello degli “specifici precetti di diritti divino”, in questo caso positivo, afferenti al *bonum* del cammino di fede di tutti i componenti del nucleo familiare che si costituisce con il matrimonio⁶⁶. Si può, dunque, affermare che se da

62 C. J. ERRAZURIZ, *I matrimoni misti: approccio interordinamentale e dimensioni di giustizia*, in *Ius Ecclesiae*, 2000, 17, p. 225. L’a., riprendendo altra dottrina, si pone una serie di domande che fungano da guida allo studio: «Si può sostenere che in virtù del battesimo tale esercizio possa essere legittimamente limitato dalla chiesa per esigenze legate alla fede?».

63 *Ibid.* L’a. rinviene la necessità di armonizzare le esigenze di diritto naturale – quale è il *ius connubii* – con quelle riguardanti il bene della fede di tutti i membri della famiglia. Spiega che: «L’affermazione di entrambe queste dimensioni di giustizia non pone speciali problemi; più ardua è invece la questione di armonizzarle nel caso in cui il fedele voglia esercitare il suo *ius connubii* senza rispettare le esigenze di tutela della propria fede e dei figli».

64 Per approfondire vedi: P. LOBIATI, *L’impedimento di disparità di culto: una proposta ermeneutica*, cit., p. 220-225.

65 Cfr. P. LOBIATI, *L’impedimento di disparità di culto: una proposta ermeneutica*, cit., p. 224: «Siffatto presupposto si traduce in una vera e propria forma di obbligo – e non solo di diritto – della Chiesa e dei pastori, cui compito è provvedere al bene dei fedeli fornendo loro tutti i mezzi necessari per la salvezza (can. 213), di esercitare la propria giurisdizione – oltre che regolamentazione per mezzo delle norme universali e particolari – su quei matrimoni che interessano anche un solo battezzato dei due coniugi, così che anche l’impedimento di cui si tratta deve essere incluso in tale ragione fondamentale».

66 La dottrina più recente arriva a vedere in entrambi questi diritti due dimensioni di giustizia che devono essere costantemente temperate, così da rileggere all’interno dell’evoluzione normativa sull’impedimento una dinamica tra la dimensione giuridica naturale e soprannaturale dell’istituto matrimoniale (Cfr. C. J. ERRAZURIZ, *I matrimoni misti*, cit., p. 225-226). L’a., infatti, enunciati i due diritti di cui sopra, afferma: «L’affermazione di entrambe queste dimensioni di giustizia non pone

un lato la mancanza della dimensione sacramentale in atto del matrimonio dispari porta con sé dei risvolti non secondari all'interno della concreta vita quotidiana della coppia, nello stesso tempo siffatti risvolti, da cui possono derivare quelle diversità e difficoltà pratiche nella gestione della suddetta quotidianità della vita coniugale, rischiano di essere pacificati e ricomposti attraverso una costante cessione reciproca dei propri valori fondamentali⁶⁷. Ne scaturisce, così, il forte rischio di indifferentismo religioso⁶⁸, da comprendersi quale mancata possibilità, o volontà, di porre in essere un percorso di coppia dinamico ed arricchente a livello reciproco, poiché privato della dimensione antropologica della fede che viene intesa più come un ostacolo che come una esigenza strutturale della coppia.

3.1 LE PROMISSIONES QUALE CHIAVE ERMENEUTICA DELL'IMPEDIMENTO

A fornire la migliore comprensione del motivo sottostante l'impedimento sono le c.d. promesse cui è tenuta la parte cattolica per ottenere la dispensa alla celebrazione di un matrimonio dispari.

Il punto di partenza è che, nonostante la sua radice nel diritto divino, l'impedimento di disparità di culto è considerato di diritto ecclesiastico. Fondato sull'obbligo del battezzato di salvaguardare il dono della fede, esso, a norma del §2 del canone 1086, può cessare per mezzo della dispensa, concessa una volta prestate le *promissiones* di cui ai cann. 1125 -1126, medesime richieste anche nei casi di matrimoni misti⁶⁹.

speciali problemi: più ardua è invece la questione di armonizzarle nel caso in cui il fedele voglia esercitare il suo *ius connubii* senza rispettare le esigenze di tutela della fede propria e dei figli».

67 Non a caso sottolinea la dottrina che le difficoltà di cui si è sopra trattato «sono più accentuate quanto più fervorosamente ciascuno dei due sposi voglia vivere la propria religione. Se i valori contano poco per loro nessuno dei due si preoccuperà molto del fatto che l'altro non viva secondo quello che egli ritiene la verità» (U. NAVARRETE, *Matrimoni misti: conflitto tra diritto naturale e teologia?*, cit., p. 280 s.). Pur considerando questo elemento non si può, poi, prescindere dalla dimensione antropologica del bene dei coniugi quale espressione di elemento di diritto naturale che si concretizza nella pari dignità. In argomento si veda: A. Sammassimo, *L'esclusione del bonum coniugum.: alcune considerazioni a margine della sentenza coram Caberletti del 21 marzo 2013*, in *Studi in onore di mons. Giordano Caberletti*, cit., p. 379, ove commentando una sentenza del 2013 si riprende la posizione dottrinale «e giurisprudenziale che identifica il *bonum coniugum* con l'amore coniugale o, comunque, considera i suddetti concetti strettamente connessi se non, addirittura, interdipendenti in quanto entrambi espressione di quella visione personalistica del matrimonio che il Concilio Vaticano II ha voluto valorizzare».

68 Cfr. *Ibid.*: «Anche per la comunità ecclesiale il moltiplicarsi dei matrimoni misti comporta di per sé un certo rischio di fomentare l'indifferentismo religioso».

69 Recita il testo del canone: «§ 1. *Matrimonium inter duas personas, quarum altera sit baptizata*

Affinché essa sia valida, dal punto di vista soggettivo è richiesto che sia emanata dall'autorità idonea – ossia l'Ordinario del luogo –, mentre dal punto di vista oggettivo è necessario da una parte rifarsi alla disciplina generale sulla dispensa⁷⁰ e, dall'altra, alle statuizioni dettate dai can. 1125 e 1126. Circa il secondo requisito, non manca dottrina secondo la quale il mancato espletamento delle condizioni di cui al can. 1125 è da considerarsi solamente per la liceità, così che la omissione di queste non sia sufficiente a configurare l'invalidità dell'atto autoritativo⁷¹. Ciò nonostante, visto il

in Ecclesia catholica vel in eandem recepta, et altera non baptizata, invalidum est. § 2. Ab hoc impedimento ne dispensetur, nisi impletis condicionibus de quibus in can. 1125 et 1126» Questa forma del canone, a dire il vero non corrisponde al testo promulgato nel 1983, nel quale compariva anche l'espressione «*nec actu formali ab ea defecerit*», così che si poteva, allora sostenere, che rispetto al CIC '17 l'ambito di applicazione dell'impedimento era stato ristretto ai soli battezzati nella Chiesa cattolica od in essa accolti e che non 'avessero abbandonata con atto formale (Cfr. A. D'AURIA, *Gli impedimenti matrimoniali*, Città del Vaticano, 2007, p. 106). Invero, tale inciso fu abrogato con le modifiche al Codice apportate da BENEDETTO XVI con il MP *Omnium in mentem*, del 29 Ottobre 2009, al cui art. 3 si stabilisce: «*Textus can. 1086, § 1 Codicis Iuris Canonici sic immutatur: “Matrimonium inter duas personas, quarum altera sit baptizata in Ecclesia catholica vel in eandem recepta, et altera non baptizata, invalidum est”*».

70 Per la dispensa si rimanda allo studio dei cann. 85-93, contenuti nel Libro I, titolo IV sugli atti amministrativi singolari. In Particolare V. DE PAOLIS – A. D'AURIA, *Le norme generali*, Città del Vaticano, 2008, p. 240-263. Interessante, a p. 240, come definito l'istituto, ossia «lo strumento giuridico attraverso il quale l'ordinamento mitiga il rigore della norma emanata per la generalità dei casi, adattandola alle situazioni concrete e alle esigenze delle singole fattispecie, togliendole il valore obbligatorio». Ancora di più, circa la *ratio* dell'istituto: «Può darsi il caso che un soggetto si ritrovi in determinate condizioni per cui seguire la legge nel suo disposto precettivo non realizzi quel bene che è il fine proprio della legge, anzi si possa ritorcere a grave danno dello stesso».

71 Così ad es G. BONI, *Disciplina canonica universale circa il matrimonio tra cattolici ed islamici*, in *Il matrimonio tra cattolici ed islamici*, cit., p. 57: «Inoltre, per la liceità della dispensa [...] il Codice giovanneo-paolino, modificando incisivamente le prescrizioni racchiuse nella codificazione del 1917, dispone che la parte cattolica deve dichiararsi pronta ad allontanare i pericoli di abbandonare la fede e promettere sinceramente di fare quanto in suo potere perché i figli siano battezzati». Dello stesso avviso U. NAVARRETE, *L'impedimento di disparitas cultus*, cit., p. 132 s. L'a. prende le mosse dalla normativa del codice previgente, in base alla quale: «Secondo la dottrina le cauzioni, almeno equipollenti, erano un requisito necessario per la validità della dispensa degli impedimenti di mista religione e di disparità di culto». Spiega poi che, attualmente: «Le condizioni prescritte debbono essere adempiute per la legittima concessione della dispensa, ma la loro omissione di per sé sola non comporta l'invalidità della dispensa». Spiega anche R. NAVARRO VALLS, *I matrimoni misti*, in P. LOMBARDIA – J. ARRIETA (a cura di), *Codice di diritto canonico*, Roma, 1987, p. 809 s.: «Sembra che la sua validità sia soltanto sottoposta all'esistenza di un giusto e ragionevole motivo, cosicché subentrando questo motivo, il permesso concesso è valido, anche se di fatto non vengono fornite le garanzie ricordate in questo stesso canone. Nell'interpretazione del M.P. *Matrimonia mixta* la dottrina era incerta se le garanzie o promesse che dovevano essere date condizionavano la validità della dispensa già data; tuttavia, dal testo del canone 1125 sembra possa ridursi che non si possono esigere per la validità del permesso, poiché la particella *si* è soltanto *anteposta al giusto e ragionevole motivo*». Infine L. CHIAPPETTA, *Il Codice di diritto canonico, commento giuridico pastorale*, V. 2, Bologna, 2011, p. 323: «Sono inoltre da osservare previamente, che senza dubbio obbligano per sé *sub gravi* e sono sempre necessarie, ma non sono *ad validitatem*, considerando il testo del canone, per cui, se omesse, la concessione della licenza è da considerarsi valida».

valore ermeneutico che si attribuisce alle *promissiones*, parte della dottrina – suffragata anche da giurisprudenza – sottolinea che possano e debbano considerarsi giusta e ragionevole causa in virtù della quale la parte battezzata ottiene la deroga alla norma invalidante⁷².

Come richiamato dal can. 1125, la causa per cui la dispensa può essere concessa deve essere giusta e ragionevole, così che l'autorità concedente deve valutare, nel modo più razionale ed obiettivo possibile, la sussistenza di una motivazione seria che possa spingere alla concessione del provvedimento. C'è chi rinviene la giusta causa nel fatto che le parti si presentano all'autorità con la volontà di sposarsi e, qualora non ottengano la dispensa, sono disposte ad adire l'autorità civile per celebrare la loro unione: ne consegue che, per evitare maggiori inconvenienti, si debba tollerare tale matrimonio canonico⁷³.

In secondo luogo l'Ordinario deve valutare che siano state espletate le condizioni descritte nei can. 1125 e 1126, così riprendendo la normativa previgente sulle c.d. *cautiones*, pur trattandosi ora di promesse⁷⁴.

L'oggetto di tali promesse si compone di una serie di atti che vedono la parte cattolica come soggetto attivo, mentre quella non cattolica come soggetto passivo, cui non è richiesta nessuna sorta di attività. La dottrina intravede nelle condizioni – promesse – sia il rispetto di tutti i principi teologici e naturali che caratterizzano il matrimonio interreligioso⁷⁵, sia lo

72 Per questa tesi propende ad es. M. BUCCIERO, *I matrimoni misti*, Roma, 1996, p. 134 che ritiene i suddetti autori: «è probabile che siano caduti in errore interpretando il canone alla luce del testo del *motu proprio Matrimonia Mixta* che ne è la fonte diretta, nel quale effettivamente tali condizioni non possono essere considerate *ad validitatem*».

73 Non si è voluto con questa affermazione dare una visione troppo semplicistica della situazione, dal momento che è chiaro che in ogni modo dovrà essere valutato ogni singolo caso a partire dalla religione di appartenenza della parte non cristiana e della disposizione di questa a premettere che il futuro coniuge possa continuare nel proprio cammino di fede. Da queste valutazioni l'autorità può anche arrivare a definire che sia meglio tollerare, al contrario, il semplice matrimonio civile (Cfr. U. NAVARRETE, *Disparita cultus*, cit., p. 533).

74 Ecco il testo dei canoni richiamati: Can. 1125: «L'Ordinario del luogo, se vi è una causa giusta e ragionevole, può concedere tale licenza; ma non la conceda se non dopo il compimento delle seguenti condizioni: 1) la parte cattolica si dichiari pronta ad allontanare i pericoli di abbandonare la fede e prometta sinceramente di fare quanto è in suo potere perché tutti i figli siano battezzati ed educati nella Chiesa cattolica; 2) di queste promesse che deve fare la parte cattolica, sia tempestivamente informata l'altra parte, così che consti che questa è realmente consapevole della promessa e dell'obbligo della parte cattolica; 3) entrambe le parti siano istruite sui fini e le proprietà essenziali del matrimonio, che non devono essere escluse da nessuno dei due contraenti».

Can. 1126: «Spetta alla conferenza Episcopale sia stabilire il modo in cui devono essere fatte tali dichiarazioni e promesse, sempre necessarie, sia determinare la forma mediante la quale di esse consti nel foro esterno e la parte non cattolica ne sia informata».

75 In questo modo si esprime G. P. MONTINI, *Le garanzie o "cauzioni" nei matrimoni misti*, in

strumento attraverso cui si potrà incarnare la norma generale ed astratta nel concreto vissuto della singola coppia, segnata da disparità di culto, che vuole formalizzare attraverso il matrimonio il proprio rapporto⁷⁶. È naturale che esse investano in modo attivo il nubendo battezzato nella Chiesa cattolica, poiché attuano il dovere di giustizia del fedele a contrarre un valido – e fruttuoso – matrimonio, correlato al diritto dello stesso di contrarre e della Chiesa di tutelare la salvezza dei propri appartenenti⁷⁷.

Nella normativa previgente⁷⁸, al contrario, la maggior parte delle *cautiones* dovevano essere attuate dalla parte acattolica, ma a partire dall'Istruzione *Matrimonii sacramentum* del 1966, a questa non viene più richiesta la *cautio* di cui al can. 1061, ma si sottolinea che debba soltanto essere istruita sulla dottrina cattolica del matrimonio⁷⁹.

Quaderni di diritto ecclesiale, 1992, 5 p. 287, che, riportato il testo del canone, spiega: «Appare evidente lo sforzo che il legislatore ha compiuto per enucleare in questo canone una prassi normativa che rispettasse tutti principi teologici e naturali coinvolti nel matrimonio misto: sia quelli che per se sono destinati a favorire il matrimonio misto (ecumenismo, diritto naturale al matrimonio), sia quelli che per se sono destinati a impedirlo (dovere di evitare pericoli per la propria fede, contrasto nell'educazione dei figli)».

76 In argomento S. BERLINGÒ, *La natura canonica dei matrimoni misti*, in *Ius Canonicum, Volumen Especial* 1999, p. 873 s., partendo dall'attività delle singole conferenze episcopali sulla preparazione delle promesse: «Questa valorizzazione della normativa e della prassi delle chiese particolari non può essere, d'altronde, sottovalutata o intesa come riferita a semplici adempimenti esteriori, perché in forza di essa le chiese particolari e le conferenze episcopali hanno avviato una serie non trascurabile di importanti iniziative. [...] Un esercizio discreto e fedele del potere di dispensa o di licenza può risultare di grande utilità al fine di tenere conto non solo delle diverse condizioni dei nubendi, ma altresì delle differenti circostanze di tempo e luogo di distinti rapporti inter religiosi e interconfessionali».

77 Cfr. C. J. ERRAZURIZ, *I matrimoni misti: approccio interordinamentale e dimensioni di giustizia*, cit., 233: «In questa esigenza si scorge un dovere di giustizia da parte del fedele, un dovere correlativo a dei diritti, spettanti alla chiesa e a tutti gli altri fedeli nel caso della conservazione della propria fede, e alla prole per quel che riguarda il battesimo e l'educazione cattolica nell'ambito della famiglia». Non a caso J. T. MARTÍN DE AGAR, *Le competenze della conferenza episcopale: cc. 1126 e 1127 §2*, in *I matrimoni misti*, cit., p. 156, conclude il proprio contributo osservando che: «Il problema delle differenze religiose si pone in maniera particolarmente concreta e ineludibile nei matrimoni misti. La Chiesa, attraverso un più preciso inquadramento delle esigenze emananti dal diritto divino, continua in modo aperto e adeguato ai segni dei tempi nella ricerca di soluzioni valide che, mentre rispettano tali esigenze, vengono incontro alle legittime richieste di chi non è cattolico».

78 Per completezza è bene riportare il can. 1061 del Codice piano benedettino che afferma: «*Ecclesia super impedimento mixtae i religionis non dispensat, nisi: 1° Urgeant iustae ac graves causae; 2° Cautionem praestiterit coniux acatholicus de amovendo a coniuge catholico perversionis periculo, et uterque coniux de universa prole catholica tantum baptizanda et educanda; 3° Moralis habeatur certitudo de cautionum implemento. §2. Cautiones regulariter in scriptis exigantur*». Il canone richiedeva la certezza morale del compimento delle medesime, ossia della c.d. sincerità, e che fossero prestate per iscritto.

79 Congregazione per la dottrina della fede, *Instructio Matrimonii Sacramentum*, I, 3: «*Pars acatholica, debita cum observantia, sed claro modo certior facienda est de catholica doctrina circa matrimonii dignitatem, maxime autem circa eius praecipuas proprietates, quae sunt unitas et indissolubilitas*.

L'obbligo che permane in seno alla parte cattolica è la dichiarazione con la quale si impegna a rimuovere il pericolo di abbandonare la fede e la promessa sincera di battezzare ed educare la prole nella Chiesa cattolica. In base alla terminologia usata emerge che si tratta di due realtà non assimilabili tra di loro poiché non poste sullo stesso livello⁸⁰. Infatti, per quanto concerne il pericolo di abbandonare la fede, la parte cattolica si deve dichiarare pronta ad allontanarlo, mentre per quanto concerne la prole deve compiere quanto in suo potere perché essa sia battezzata ed educata nella fede.

Circa la dichiarazione riguardante la propria fede, è bene mettere in luce che secondo la dottrina, l'obbligo di rifuggire il pericolo di abbandonare la fede, oggetto della medesima, è diritto divino⁸¹. Per questo⁸², qualora non vi sia siffatta volontà, almeno implicita, di impegno, il cattolico risulta moralmente obbligato alla rinuncia alle nozze⁸³. Invero, in queste asseverazioni, non è da rinvenirsi alcuna forma di chiusura apologetica, ma l'attenzione al futuro della coppia ed alla tutela della libertà del cattolico di esprimere la dimensione della fede a lui connaturata⁸⁴: in altri termini si vuole impedire che quel particolare matrimonio sia privo del c.d. bene dei coniugi, inteso come possibilità di vivere la dimensione duale di parità. Inoltre, il fatto che le promesse sono ora richieste soltanto alla parte cattolica, mostra che questa è l'unica, delle due, tenuta moralmente ad allontanare

*Eidem parti nota fieri debet gravis coniugis catholici obligatio tutandi, servandi, profitendi propriam fidem, in eaque baptizandi et educandi prolem forte nascituram». In AAS 1966, 58, p. 237. Successivamente, nel 1970, il M.P. *Matrimonia mixta*, ai nn. 5 e 6, ribadisce che non sono richieste cautiones alla parte acattolica, mentre entrambe devono essere informate degli obblighi e della natura del matrimonio nella Chiesa Cattolica.*

80 Ricorda V. DE PAOLIS, *I matrimoni misti*, cit., p. 152: «La riflessione successiva cercherà però di distinguere i due obblighi, la preservazione della fede e l'educazione cattolica; essi non possono essere posti sullo stesso livello», ciò a differenza di quanto avveniva precedentemente.

81 Al contrario, la dichiarazione stessa ne è «l'involucro», così da essere qualificabile come di diritto ecclesiastico. Così si può leggere in J. F. CASTANO, *il sacramento del matrimonio*, Roma, 1994, p. 494.

82 Cfr. G. P. MONTINI, *Le garanzie o "cauzioni" nei matrimoni misti*, cit., p. 289: *Secondo l'a. proprio poiché trattasi di obbligo di diritto divino—assoluto, da cui nessuna autorità e per nessuna ragione ha la potestà di dispensare, conseguenza logica è che: «Qualora il pericolo fosse "presente", le nozze miste sono proibite per diritto divino, senza possibilità di alcuna licenza o dispensa».*

83 Cfr. J. PRADER, *Il diritto matrimoniale islamico e il problema del matrimonio fra donna cattolica e musulmano*, in *Migrazioni e diritto ecclesiale. La pastorale della mobilità umana nel nuovo Codice di diritto canonico*, Padova, 1992, p. 163: «L'obbligo della conservazione della fede è assoluto e non vi può essere alcuna causa che esoneri la parte cattolica da tale obbligo, per cui non gli è mai lecito esporsi a pericolo prossimo di abbandonare la fede. Se nelle circostanze concrete tale pericolo fosse in atto, la dispensa non potrebbe essere accordata lecitamente».

84 Ciò per il fatto che è «vietato il matrimonio per legge divina ed essendo leso il diritto fondamentale della persona umana, la libertà di coscienza e della professione della propria fede» (*Ibid.*).

il pericolo di abbandono della fede⁸⁵. In questo modo risultano, per di più, applicati anche i principi ecumenici del Concilio sulla libertà religiosa⁸⁶, specialmente quelli riportati nella dichiarazione *Dignitatis Humanae*, ove al n. 5 si ribadisce che in ogni famiglia deve essere mantenuta, da parte dei singoli componenti, la possibilità di professare la propria fede⁸⁷.

Per quanto concerne la questione del battesimo e della educazione cattolica dei figli, che urge sulla parte battezzata in virtù dell'obbligo di cui al can. 793, è da rilevarsi che, dal punto di vista pratico sorgono le maggiori difficoltà⁸⁸. Infatti, considerata la possibile mancata educazione dei figli secondo i dettami della Chiesa quale pericolo remoto, si richiede soltanto che il nubente cattolico ponga in essere tutti gli sforzi possibili per attuare

85 Qui rientra il dovere, di *ius divinum*, non solo di lottare per evitare il pericolo di perdere la fede ma, addirittura quello di lottare per mantenerla. È in questo senso che il codice previgente parlava di *cautiones* ed è nel medesimo senso che può essere sposata la teoria per cui, in assenza delle medesime, la dispensa eventualmente concessa manca di uno dei suoi elementi fondamentali che la possano rendere valida (Cfr. F. LA CAMERA, *Ossimori impliciti e tautologie*, cit., p. 22).

86 Cfr. M. L. TACELLI, *I matrimoni misti*, cit., p. 204. L'a. sottolinea anche che la non sincerità delle promesse possa riguardare anche la parte cattolica.

87 Il testo conciliare recita: «*Cuique familiae, utpote quae est societas proprio ac primordiali iure gaudens, competit ius ad libere ordinandam religiosam vitam suam domesticam sub moderatione parentum. His autem competit ius ad determinandam rationem institutionis religiosae suis liberis tradendae, iuxta suam propriam religiosam persuasionem. Itaque a civili potestate agnoscendum est ius parentum deligendi, vera cum libertate, scholas vel alia educationis media, neque ob hanc electionis libertatem sunt eis iniusta onera sive directe sive indirecte imponenda. Praeterea iura parentum violantur, si liberi ad frequentandas lectiones scholares cogantur quae parentum persuasioni religiosae non respondeant, vel si unica imponatur educationis ratio, ex qua formatio religiosa omnino excludatur*». In merito parte della dottrina ribadisce che esigere, come avveniva nel can. 1061 CIC '17 che il coniuge non cattolico si impegnasse formalmente a non esporre il coniuge cattolico al pericolo di perversione appare problematico sotto il profilo della coscienza del medesimo. Tuttavia, secondo altra parte della dottrina la questione non può essere ridotta ad una eziologia segnata da un automatismo così semplicistico, anche perché, a ben vedere, nelle *cautiones* stesse vi era, anche insito nella dichiarazione della parte cattolica, l'accettazione della fede della comparte: «Nelle cauzioni che doveva prestare il non cattolico vi era un nucleo perfettamente compatibile con la libertà religiosa. Ovviamente l'impegno a rispettare la fede del coniuge cattolico, non si oppone al diritto di libertà religiosa del non cattolico, essendoci naturalmente anche lo stesso dovere della parte cattolica nei riguardi della non cattolica» (Cfr. C. J. ERRÁZURIZ, *I matrimoni misti, approccio interordinamentale*, cit., p. 236-238).

88 Cfr. J. TOMKO, *Aspetti teologici della problematica dei matrimoni misti*, in V. FAGIOLO – G. CONCETTI (a cura di) *La collegialità episcopale per il futuro della Chiesa*, Firenze, 1969, p. 462, all'indomani del Sinodo dei Vescovi spiega: «Qui si tocca il punto centrale delle divergenze, tanto che per molti teologi e pastori il problema dei matrimoni misti si riduce al problema dell'educazione della prole. La difficoltà sorge perché la prole è ugualmente del coniuge cattolico e di quello non cattolico e la soluzione salomonica di tagliarle in due non è attuabile né in senso fisico né in senso spirituale».

questo fine⁸⁹, fermo restando che *ultra posse nemo tenetur*⁹⁰. Stante ciò può comprendersi come il coniuge cattolico sia chiamato a porre un atto positivo di volontà compiere quello sforzo, fermo restando che l'accento, attraverso l'inciso *pro viribus* utilizzato nel canone, è posto non sul risultato perseguito ma sui mezzi attuati per raggiungerlo, che riguardano il costante evolversi del consorzio coniugale⁹¹. In altri termini, si può ritenere che, anche in questo caso, trattasi di attenzione della Chiesa alla tutela ad uno dei fini del matrimonio, il *bonum prolis*, non solo nella dimensione della generazione ma anche della sua educazione e, nel caso, educazione cristiana⁹².

Atteso che, quindi, sulla parte non battezzata non ricada alcun obbligo attivo, il paragrafo secondo del canone impone l'obbligo passivo di questa di essere informata tempestivamente delle promesse del futuro co-

89 Spiega G. BONI, *Disciplina canonica universale circa il matrimonio tra cattolici ed islamici*, cit., p. 82 s.: «Dunque, per quanto concerne il diritto canonico, come anticipato, nella graduale penetrazione di ciò che imperiosamente comanda la legge divina al riguardo, si è mitigato dall'inserito l'oggetto della promessa, emergendo con sempre maggiore trasparenza come si potesse pretendere unicamente dalla parte cattolica una seria e sincera volontà di praticarsi a compiere quanto possibile e di rifiutare risolutamente la cooperazione ad un'altra educazione».

90 Cfr. G. P. MONTINI, *Le garanzie o "cauzioni" nei matrimoni misti*, cit., p. 290, secondo cui con l'inciso *pro viribus* l'autorità ha inteso «constatare che si potranno dare dei casi nella vita familiare in cui la volontà della parte cattolica non sarà di fatto sufficiente a fare in modo che tutta la parole venga battezzata nella chiesa cattolica».

91 Sull'argomento ricorda G. BONI, *Disciplina canonica universale circa il matrimonio tra cattolici ed islamici*, cit., p. 83: «Il soggetto deve solo assicurare di profondersi in un'attività di sforzo: dunque si tratta di un'obbligazione di mezzi e non di risultato, come si è perspicacemente notato». Similmente F. LA CAMERA, *Ossimori impliciti e tautologie*, cit., p. 26 afferma: «Anche qualificando tale obbligo come un'obbligazione di mezzo e non di risultato, non si solleverebbe la parte promettente dall'impegnarsi con tutte le proprie forze per il mantenimento della promessa, recedendovi solamente in caso di forza maggiore o per un bene superiore, quale potrebbe essere l'unità o la pace della famiglia».

92 Per quanto concerne il concetto di *bonum prolis* riferito all'educazione si veda P. PICOZZA, *L'esclusione dell'educazione religiosa della prole*, in *Prole e matrimonio canonico*, Città Del Vaticano, 2003, p. 277-292. L'a. analizzando l'origine in seno alla coppia di educare cristianamente la prole, postosi la domanda se questo derivi direttamente dal matrimonio sacramento ovvero dall'autorità ecclesiastica, e nel caso obblighi in virtù del battesimo il singolo fedele, propende per la prima soluzione, asserendo che: «Si può correttamente affermare che nel can. 1055 possa ricomprendersi l'educazione cattolica della prole come obbligazione essenziale che nasce direttamente dal fatto che il matrimonio è stato elevato alla dignità di sacramento». Nel caso che occupa questo studio, tuttavia, risulta non possibile accettare una tale linea dal momento che trattasi di matrimonio naturale. Altra dottrina spiega che: «Bisogna notare che in merito alla educazione dei figli, alla quale è ordinato tra l'altro per sua indole naturale il patto matrimoniale (Cfr. can. 776 §1 CCEO), non si limita solo all'educazione fisica, ma soprattutto a quella religiosa. Perciò entrambi le parti non devono escludere i fini del matrimonio (Cfr. can. 814, 3° CCEO); ne consegue logicamente che se una delle parti o entrambe le parti con atto positivo di volontà escludono questo diritto primario e obbligo dell'educazione, specie religiosa dei figli, celebrano invalidamente» (D. SALACHAS, *Il sacramento del matrimonio nel nuovo Diritto Canonico delle Chiese Orientali*, Bologna, 1994, p. 167).

niuge, così che ne sia consapevole, nonché, insieme siano informati sui fini e sulle proprietà essenziali del matrimonio che non devono essere escluse da nessuno dei due contraenti. Sono queste delle vere e proprie cautele la cui *ratio*, è porre il concedente della dispensa nella condizione un grado di certezza in merito alla *rationabilis causa* che la celebrazione che viene dispensata non sia, già in partenza, viziata⁹³.

Si può, così, sostenere che, se il numero 1 del canone 1125 palesi quali siano gli ambiti concreti che hanno condotto il Legislatore a contemplare l'impedimento, i nn. 2 e 3 dello stesso mostrano come la norma irritante sia posta a tutela della celebrazione di un matrimonio fruttuoso, quindi capace di condurre, anche nella propria dimensione naturale, i coniugi al bene delle proprie anime. Collegando, infatti, gli oggetti delle due promesse ai due fini del matrimonio, *bonum coniugum* e *bonum prolis*, emerge che massimo valore debba essere prestato dall'autorità ecclesiastica nella fase di preparazione alle nozze. Il senso ultimo della norma, quindi, non può essere ridotto al negativo "evitare il peccato di perdere la fede" da parte del cattolico, ma deve entrare nel ben più ampio percorso che conduce il fedele attraverso il suddetto istituto matrimoniale – benché non sacramento – a perfezionarsi⁹⁴. Se quindi, allo scopo, la Chiesa ha agito in modo remoto attraverso la norma irritante, in modo prossimo l'insieme degli adempimenti da (im)porre dalle parti per celebrare "nozze dispari" permetterà a queste di aderire in modo più cosciente e responsabile all'istituto⁹⁵ che geneticamente, per le condizioni soggettive su cui si poggia, potrebbe risultare problematico⁹⁶.

93 Parte della dottrina, in merito, non esita a sottolineare come, specialmente nel caso di unioni dispari, se da un lato comprendere i fini del matrimonio, *bonum coniugum* e *bonum prolis*, sia abbastanza agevole attesa la loro radice nel *ius naturalis*, più difficile sarà comprenderne le proprietà essenziali del can. 1056 nonché la sacramentalità, la cui radice si innesta nella rivelazione (Cfr. F. LA CAMERA, *Ossimori impliciti e tautologie*, cit., p. 29 ss.).

94 Cfr. S. BERLINGÒ, *La natura canonica dei matrimoni misti*, cit., p. 880: «La *ratio* che accomuna tutti gli interventi normativi di carattere pastorale e disciplinare volti a rendere sempre più congrua la preparazione del coniuge cattolico al matrimonio, è andata evolvendo da *ratio* meramente negativa, indirizzata a rimuovere o neutralizzare le occasioni *enutritivae peccati*, e quindi da *ratio fidei*, a *ratio* positivamente proporzionale, *pro bono perficiendo*».

95 Cfr. P. MONETA, *Il diritto al matrimonio*, cit., p. 203: «L'importanza attribuita dal nuovo codice al momento della preparazione al matrimonio, con la previsione di tutta una serie di adempimenti e di attività preliminari diretti ad assicurare una tensione al sacramento il più possibile cosciente e responsabile (v. can. 1063-1072), poteva indubbiamente costituire un valido punto di riferimento per procedere nel punto ora delineato».

96 Cfr. C. J. ERRÀZURIZ, *I matrimoni misti, approccio interordinamentale*, cit., p. 241: «La prima e più importante risposta riguarda l'obbligo della chiesa di aiutare i suoi figli ad imboscare sempre i loro matrimoni nell'orizzonte della fede, non che ad evitare le unioni problematiche sotto questo profilo».

Il breve percorso svolto ha avuto come scopo di mettere in luce il differente approccio dei tre sistemi giuridici religiosi alla *mixité* matrimoniale, che si configura come espressione delle istanze fondamentali di ogni singolo sistema. In comune a tutti e tre emerge una forma di disfavore nei confronti di tali tipo di unioni che viene poi, però, affrontato in modo diverso. Se nel caso del diritto islamico ed ebraico esso permane immutato e la proibizione non può essere superata se non attraverso la scelta di conversione della parte non appartenente alla confessione che statuisce l'impedimento, nel diritto canonico, invece, si consente il superamento attraverso l'istituto della dispensa, con cui il matrimonio dispari può essere valido anche a fronte della perdurante differenza di confessione religiosa tra le parti. Tuttavia è da rilevarsi che il problema risulta essere non semplicemente da connettersi alla religione ed al diritto religioso, quanto alla forma culturale che sottende ad ogni sistema giuridico. In questo senso, può sostenersi che il terreno delle unioni miste è il vero e proprio banco di prova di quella multiculturalità che caratterizza la compagine sociale attuale, cartina al tornasole di quella integrazione che, per avvenire pienamente, deve essere caratterizzata dalla accettazione dell'altro in tutte le sue dimensioni senza venir meno a quei principi di diritto universale che caratterizzano i rapporti interpersonali.

LEONARDO SCIASCIA E IL POLITEISMO GIURIDICO. MAFIA E PLURALITÀ DEGLI ORDINAMENTI GIURIDICI

Ivan Cecchini

Università degli Studi di Urbino Carlo Bo

La sicurezza del potere si fonda
sull'insicurezza dei cittadini.
Leonardo Sciascia, *Il cavaliere e la morte*

1. IL BUON CRIMINOLOGO CON LA COSCIENZA INFELICE

Alla materia dei sentimenti, la prima, la base stessa della vita, appartengono le parole terra, pane, donne, mistero, cui si aggiungono le parole giustizia e diritto, la materia della ragione¹.

Per come la vede Leonardo Sciascia, in un'intervista al Centro Culturale Francese di Palermo nell'agosto del 1987 a James Dauphiné, ci sono dunque sei parole importanti nella sua vita.

Lo scrittore con il berretto frigio², che vive la giustizia quale passione intima e civile ad un tempo, sa che il diritto è costruzione di ordine delle relazioni umane³, affidato a determinazioni collettive e non alla soggettività di decisioni individuali.

L'intellettuale siciliano, con un tratto profondo di illuministico, laico, pessimismo, è un cultore del vero giudiziario.

Nelle conversazioni con Domenico Porzio, raccolte in "*Fuoco all'anima*"⁴, racconta della visita del Preside della facoltà di lettere di Messina

1 F. Izzo, *Cento anni di Sciascia in sei parole*, Leo Olschki Firenze, 2021, p. XIII.

2 E. AMODIO - E. M. CATALANO, *La Sconfitta della ragione, Leonardo Sciascia e la giustizia penale*, Sellerio Palermo, 2022, p. 25 - 28.

3 M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, Giuffrè Milano, 2023, p. 11. Sciascia avverte che il fenomeno giuridico si dipana all'interno di esperienze sociali denominate ordinamenti, da cui il conflitto, l'urto, fra l'ordinamento statale e l'ordinamento mafioso.

4 L. SCIASCIA, *Occhio di capra*, Adelphi Milano, 1990, p. 70: «è fuoco all'anima, il momento di riposo, di ricreazione e di refrigerio perché poi di più si soffrirà passati quei momenti, il lavoro peserà

per la laurea *ad honorem* che vogliono dargli perché iscritto senza laurearsi all'Università di Messina a magistero.

Confessa che gli piacerebbe averla in legge, «perché non c'è nemmeno bisogno di leggere i codici basta la ragione, la legge è quasi sempre ragione, i principi non sono mai irrazionali ma ne discendono tante applicazioni che possono anche esserlo»⁵.

Un pensiero dialettico sospeso fra la razionalità dell'ordine giuridico e la deriva del diritto vivente, che necessita una continua verifica dei modi di esercizio del potere statale, al fine di prevenire e sradicare ogni forma di arbitrio e sopruso.

Nell'immediato dopoguerra, prima di fare l'insegnante, ha il suo primo impatto con la terribilità della giustizia.

Era stato impiegato al consorzio agrario di Racalmuto, un mestiere che permetteva la conoscenza del mondo contadino, momenti in cui mancava il pane, e i contadini erano costretti a consegnare il grano.

C'era una squadra di polizia che girava per fare delle perquisizioni nelle case di chi aveva la terra, un giorno scoprivano un contadino che aveva un quintale di frumento in più e l'arciprete che ne aveva quindici, Sciascia veniva chiamato come testimone per confermare che i due avevano denunciato una quantità minore.

Il contadino è stato condannato a due anni, l'arciprete è stato assolto perché era arciprete e il suo avvocato lo aveva difeso⁶, la legge era severissima con la sottrazione di grano all'ammasso, così la giustizia ha cominciato a dargli dei turbamenti.

Il commissario di polizia, il Vice, de *“Il cavaliere e la morte”*, romanzo scritto in Friuli nel 1988, un anno prima della morte, quando vagheggia della legge, sotto l'effetto della morfina, dirà: «una legge per quanto iniqua è pur sempre forma della ragione: per conseguirne il fine di estrema, definitiva iniquità, quegli stessi che l'hanno voluta e che l'hanno fatta, sono costretti a prevaricarla, a violentarla»⁷.

Sciascia conosce in profondità l'astrazione che è cifra autentica della legge⁸, che può valere per tutti, definendo misura e forma di fatti del futuro

di più, più si sentirà il dolore o la noia, più il caldo».

5 L. SCIASCIA, *Fuoco all'anima*, Adelphi Milano, 2021, p. 151.

6 Ivi, p. 40.

7 L. SCIASCIA, *Il Cavaliere e la morte*, Adelphi Milano, 1988, p. 68: «E la pena di morte? Ma la pena di morte non ha niente a che fare con la legge: è un consacrarsi al delitto, un consacrare il delitto, una collettività sempre, a maggioranza, dirà che è necessaria: appunto perché è una consacrazione».

8 N. IRTI, «Il giorno della civetta» e il destino di legge, in L. CAVALLARO - R.G. CONTI (a cura di),

ed al contempo la dolorosa solitudine dell'uomo e del siciliano, condizione che dalla legge sembra discordare in pieno, dinanzi ad uno Stato sovrano e territoriale, che si è ridotto, immiserito, in funzioni di sicurezza e di polizia⁹.

Una ossessione, la sua, per il destino di *Dike* e il destino di *Nomos*, per il linguaggio, per la parola mafia.

Alcuni passaggi della narrazione di Sciascia, ma anche le opere cinematografiche tratte dai suoi romanzi, potrebbero iscriversi in capitoli di studi propri della sociologia giuridica¹⁰.

Si allude non soltanto al pensiero di Santi Romano, ma anche al miglior indirizzo socio criminologico¹¹: la difesa dello Stato di diritto attraverso un costante contenimento delle pulsioni dello Stato di polizia, che resta richiuso al suo interno, la creazione di diritto quale creazione di potere¹² e di repentina manifestazione di violenza, insieme a un pensiero giuridico che tende verso l'illuminismo, con un netto rifiuto per il neocostituzionalismo.

Una grave distorsione del giudiziario e dello spirito dell'accertamento razionale connota, nello sviluppo del suo pensiero, forme di sempre più accentuato pessimismo sulle possibilità di recuperare esiti operativi improntati al prevalere della ragione.

Giustizia e diritto sono i due temi fondamentali, da un lato, nella sua vita politica e culturale, dall'altro, nella sua opera letteraria.

Leonardo Sciascia ha una posizione speciale in quanto egli, oltre essere stato scrittore e giornalista, ha avuto un importante ruolo politico

Diritto Verità Giustizia, Omaggio a Leonardo Sciascia, Cacucci Bari, 2021, p. 21.

9 N. IRTI, *Einaudi, Croce e la libertà dei giovani*, in *Il Sole 24 Ore*, 9 giugno 2024. L'opzione di Sciascia per l'astrazione della legge lo allontana dal giusnaturalismo «ove si fa quotidiano e assiduo discorrere di diritti umani, naturali o innati dove l'individuo solitario è smarrito, estraneo alle decisioni supreme ma protetto dei diritti dell'uomo, come dall'altro fenomeno che sta in un assoluto ripiegamento dentro la propria vita, E la libertà o forse meglio sarebbe parlare del groviglio di desideri e attese che premono, mentre la libertà si frantuma in singoli spazi di indipendenza, il fine dei moderni è la sicurezza dei godimenti privati come già diceva Benjamin Constant nel 1819».

10 F. GAMBINO, *In sala con il diritto*, La nave di Teseo Milano, 2023.

11 E. R. ZAFFARONI, *La pericolosità e i crimini di massa*, in S. MOCCIA - A. CAVALIERE (a cura di), *Il modello integrato di scienza penale di fronte alle nuove questioni sociali*, Edizioni scientifiche italiane Napoli, 2016, p. 76. Il compito della nuova integrazione è la necessità, per il diritto penale, del contributo permanente dei dati della realtà relativi all'esercizio del potere punitivo.

12 A. CERETTI - L. NATALI, *Cosmologie violente, percorsi di vite criminali*, Raffaello Cortina Milano, 2009, p. 34. Per Walter Benjamin, muovendo dall'ambiguità del termine *Gewalt*, che sta ad indicare sia violenza che autorità: «Il gesto violento, che interrompe lo stato di natura, fonda, in un preciso istante inaugurale, l'autorità, la quale potrà porre validamente la sua norma solo dopo aver trionfato e dopo aver sospeso, occultato la violenza fondatrice; è questo percorso che fa le leggi. Non a caso, di colui che si fa vendetta da solo, privatamente, la lingua inglese dice: prende la legge nelle sue stesse mani, così per René Girard, il sistema penale contiene il medesimo principio di giustizia del principio di vendetta: quello della reciprocità violenta, della retribuzione».

e intellettuale nella vita italiana della seconda metà del Novecento; i temi della giustizia non sono stati, quindi, solamente spunto per romanzi e inchieste, ma sono rientrati a pieno titolo nelle questioni affrontate nella sua attività di parlamentare italiano ed europeo; ed è proprio questo a costruire il tratto particolare della vita di Sciascia: opera letteraria e impegno politico sono legati da un nesso indissolubile¹³.

Gli appartiene la celebre invocazione di Voltaire, «ricordati la tua dignità di uomo», sulla natura umana, sulla necessità di una possibile morale universale per l'uomo¹⁴, allorché scrive “*L'affaire Moro*”, relazione di minoranza del deputato Leonardo Sciascia della Commissione Parlamentare d'inchiesta, che affronta, attraverso l'esame delle lettere dello statista dal carcere, la morte civile di Moro¹⁵, un'analisi critica della posizione assunta dal governo italiano, quando partiti e giornali sono a difendere lo Stato e si assiste a una insospettata e immane fiamma statolatrica¹⁶ contro la liceità dello scambio di prigionieri fra uno Stato di diritto e una banda eversiva, tra il salvare una vita umana e il tener fede ad astratti principi, «il non astratto principio della salvezza dell'individuo contro astratti principi¹⁷».

In queste narrazioni che affascinano e inquietano per il forte intreccio fra la razionalità di investigatori ed il groviglio che ne frenano il cammino verso la verità, la giustizia è un bene primario ossigeno indispensabile per garantire libertà e uguaglianza, da qui l'impulso dello scrittore a scavare nel presente e nel passato dei casi giudiziari per comprendere come e perché la ragione finisca per cedere il passo all'arbitrio¹⁸.

La letteratura diventa strumento da usare per aprire porte finestre di una giustizia tradita, un monito derivante dal mettere in luce gli *arcana*¹⁹ insiti nel-

13 E. M. AMBROSETTI, *Leonardo Sciascia e la giustizia: rileggendo “Porte aperte”*, in *disCrimen*, 3 febbraio 2024.

14 V. FERRONE, *Storia dei diritti dell'uomo, l'illuminismo e la costruzione del linguaggio politico dei moderni*, Laterza Bari Roma, 2019, p. 123 - 126.

15 L. SCIASCIA, *L'affaire Moro*, Adelphi Milano, 1994, p. 162. La domanda prima ed essenziale cui la Commissione ha il dovere di rispondere, per Leonardo Sciascia, è questa: «perché Moro non è stato salvato, nei cinquantacinque giorni della sua prigionia da quelle forze che lo Stato prepone alla salvaguardia, alla sicurezza, all'incolumità dei singoli cittadini, della collettività, delle istituzioni?».

16 Ivi, p. 65. Ove si incontra, con la migliore evidenza, il duplice ruolo di scrittore e uomo politico: «Di fronte al Moro prigioniero delle brigate rosse, lo Stato italiano si leva forte e solenne: Lo Stato italiano è resuscitato, lo Stato italiano è vivo, forte, sicuro e duro, mentre da un secolo, da più che un secolo, convive con la mafia siciliana, con la camorra napoletana, con il banditismo sardo».

17 *Ibidem*.

18 E. AMODIO - E. M. CATALANO, *La Sconfitta della ragione, Leonardo Sciascia e la giustizia penale*, Sellerio Palermo, 2022, p. 25 - 28.

19 *Ibidem*.

la gestione del potere rispetto agli astratti modelli di riforma (le avvertenze, gli elogi editoriali dei suoi romanzi possono essere letti quali aforismi giuridici, una ulteriore chiave di lettura della realtà), «basta, ripeto, conoscere e osservare, e avere il coraggio di opporsi al conformismo e alla verità ufficiale²⁰».

Una attitudine, dunque, da «buon criminologo» che sa che, per quanto parziale e segnata da scelte politiche, la sua conoscenza rimane pur sempre l'unica conoscenza in questa società: anche se al servizio di quest'ordine sociale e allora Sciascia continuerà, in ogni scritto, la sua analisi, da «buon criminologo» su diritto, potere e giustizia, ma con la coscienza infelice²¹.

Permane in lui una duplice ossessione, per la giustizia e per il potere²², da un lato, la giustizia coinvolge e stringe a sé la verità, la libertà, la dignità umana, il rispetto fra uomo e uomo, dall'altro secondo le parole del Presidente Riches, rivolte all'ispettore Rogas de "*Il Contesto*", «essa è un mistero impenetrabile, infallibile, insensibile all'umanità»²³.

Una ossessione di Sciascia per la tematica dei delitti e delle pene, tanto da accreditare l'esistenza, secondo alcuni, di un'autentica patologia definibile in termini di nevrosi, forse, proprio da quel primo contatto con la giustizia avuto in età giovanile decisivo per la sua formazione culturale.

Su quel lontano episodio cui ebbe l'occasione di assistere, nella sua qualità di impiegato di un ufficio pubblico, due processi penali concernenti la medesima violazione delle leggi annonarie che imponevano l'ammasso del grano: «due sentenze così discordanti sullo stesso reato, date nello stesso giorno e dagli stessi giudici, mi convinsero che i fori privilegiati non erano ancora finiti, nonostante la proclamata uguaglianza di tutti cittadini di fronte alla legge²⁴».

Un pensiero raffinato e sinuoso mostra come la normatività, i giudizi di valore, il giusto e l'ingiusto contrassegnano l'ingresso nel gioco del convivere²⁵ e dei sistemi giuridici, mentre risulterebbe inconcepibile per delle monadi assolute.

Nella scrittura, così, si ritrovano frammenti, grandi e piccoli, di prescrizione, di ingiunzione, quello del fare come i modelli positivi e negativi che si sono scelti, quell'elemento essenziale chiamato mimesi²⁶.

20 L. SCIASCIA, *Il cavaliere e la morte*, cit., quarta di copertina.

21 M. PAVARINI, *La criminologia*, Le Monnier Firenze, 1980, p. 149.

22 A. MITTONE, *La sconfitta della ragione. Sciascia e la giustizia*, Doppiozero, 12 giugno 2022.

23 L. SCIASCIA, *Il contesto*, Adelphi Milano, 1994, p. 79 - 89.

24 AMODIO - E. M. CATALANO, *La Sconfitta della ragione*, cit., p. 28.

25 M. FERRARIS, *Imparare a vivere*, Laterza Bari Roma, 2024, p. 107 - 110.

26 *Ibidem*: «La mimesi funziona così: si finge si imita e alla fine si vive una vita che forse abbiamo

Anche il cinema, per il quale Sciascia nutre una antica vocazione, quella di diventare regista o sceneggiatore²⁷, attraverso la spettacolarizzazione della realtà prende, in un certo senso il posto della religione, fungendo da guardiano del sonno della società moderna incatenata, mentre la religione si imposta come fonte di divieti per esseri umani, lo spettacolo mostra loro ciò che possono potenzialmente fare²⁸. «Il cinema, si è detto, è la forma d'arte, corrispondente all'accentuato pericolo di vita in cui vivono le persone oggi²⁹», ogni teoria dell'immagine restituisce a sua volta un'immagine della società in cui è inserita.

Le istituzioni civili, un'opera cinematografica teatrale, un romanzo, un testo di sapere giuridico stanno sullo stesso piano: equivalgono quali forme prodotte e inventate dall'operare umano, il cinema e il romanzo sono capaci di allargare su più piani lo sguardo sull'esistenza umana, diventando una rilevante forma³⁰ rappresentativa del diritto e della società.

Allo stesso modo, il potere delle citazioni non nasce dalla loro capacità di trasmettere e far rivivere il passato ma al contrario da quello di far piazza pulita, di espellere dal contesto di distruggerli, la loro carica di verità è funzione dell'unicità della sua apparizione, estraniata dal suo contesto vivente³¹.

In una giovanile opera d'esordio, Sciascia volge la favola in puntuta allegoria di denuncia degli orrori della dittatura fascista³² e di tutte le dittature a venire, *l'eterno fascismo italiano*, con i loro archetipi grotteschi, con le contrapposizioni fra lupo e agnello, fra gatto e canarino, uomo e topo, ove appare, con la chiarezza autentica delle favole, la divisione fra dominanti e dominati, fra carnefici e vittime di ogni regime.

imparato a vivere in prima persona e nella imitazione si insinua la prescrizione, con i racconti disegnati sulle pareti di caverne frequentate per migliaia di anni: sono descrizioni di caccia e al tempo stesso delle prescrizioni, insegnano come fare come comportarsi, proprio perché l'umano è un animale mimetico che ha bisogno dell'esempio degli altri e che diventa quello che è imitando gli altri».

27 L. SCIASCIA, «Questo non è un racconto», Adelphi Milano, 2021, p. 141: «Nella provincia siciliana a metà degli anni trenta il cinema era tutto, un possibile strumento di forzare la gabbia in cui il fascismo voleva costringerlo».

28 M. G. EUSEBIO, *Lo sguardo dello schermo*, Franco Angeli Milano, 2017, p. 13 - 19.

29 B.C. HAN, *La crisi della narrazione*, Einaudi Torino, 2023, p. 75.

30 F. GAMBINO, *In sala con il diritto*, La nave di Teseo Milano, 2023, p. 13 - 17. Si rintraccia così il pensiero di Santi Romano nelle pagine de «*Il giorno della civetta*»: la presenza, dentro lo Stato, di sistemi volti ad inquinare la realtà statuale, insieme al rilievo degli ordinamenti giuridici, all'interazione fra sistemi sociali, problematica centrale per le teorie del neopluralismo giuridico.

31 G. AGAMBEN, *L'uomo senza contenuto*, Quodlibet Macerata, 2022, p. 123. Per Walter Benjamin: «Le citazioni delle mie opere sono come i rapinatori in agguato sulla strada che attaccano con le armi il passante e lo alleggeriscono delle sue convinzioni».

32 L. SCIASCIA, *La Sicilia, il suo cuore. Favole della dittatura*, Adelphi Milano, 1997.

Pier Paolo Pasolini, sulle *“Favole della dittatura”*, avrà a dire «non di una satira del poi, mentre invece è attuale proprio nel suo venire poi, nel suo guardare le cose vicine con il binocolo alla rovescia, rimpicciolendole in miniature dove esse trovano una eternità»³³.

Attraverso un cannocchiale rovesciato appare uno scrittore moralista impegnato. Nel risvolto di copertina de *“Il contesto”* Sciascia dichiara: «io sono un uomo che ha una vita morale, io sono impegnato, ma impegnato per me stesso, la nozione di letteratura impegnata mi è dunque estranea, il fatto di cercare e dire la verità rinvia, più che a una tradizione umanista, a una tradizione del secolo dei lumi; Voltaire è stato davvero il padre di questo atteggiamento, consistente nel seguire con attenzione tutto quanto accadesse nel mondo».

Per Voltaire³⁴, come per Sciascia, la tolleranza è l'unica virtù soggettiva e civile che bisognerebbe diffondere e affermare ovunque, perché è l'unica che possa darci reciproca sicurezza e felicità.

Per questo motivo, il romanzo preferito da Sciascia è *“La scomparsa di Majorana”*, il matematico che non ricerca ma trova, la solitudine del siciliano a fronte della solidarietà delle cosche³⁵; da un lato l'assoluta oggettività del diritto dello Stato, il rispetto impersonale per le norme, *contra* il rispetto da uomo a uomo, quello della cerchia mafiosa.

Majorana non era portato a fare gruppo con gli altri scienziati, a stabilire solidarietà e a stabilirvisi, solo i siciliani peggiori hanno il genio del gruppo, della cosca.

Allo stesso modo, si innalza la figura del concittadino di Racalmuto, Diego La Matina, straziato ed ucciso dalla inquisizione, ove «noi abbiamo scritto queste pagine per un diverso giudizio sul nostro concittadino: che era un uomo, che tenne alta la dignità dell'uomo»³⁶.

Sciascia ha fede nei diritti dell'uomo, ma pretende siano resi effettivi da quella scienza del cuore umano³⁷ che indica come vero traguardo

33 P. P. PASOLINI, *Dittatura in fiaba*, in L. SCIASCIA, *La Sicilia, il suo cuore, Favole della dittatura*, Adelphi Milano, 1997, p. 69.

34 I. MEREU, *Intolleranza e tolleranza: dall'editto di Milano (313) alla voce “Tolleranza” del dizionario filosofico (1764) di Voltaire*, in VOLTAIRE, *Trattato sulla tolleranza*, Einaudi Torino, 2022, p. XXVI.

35 M. FERRARIS, *Spettri di Nietzsche*, Guanda Milano, 2014, citato da N. IRTI, «Il giorno della civetta» e il destino di legge, in L. CAVALLARO, R.G. CONTI (a cura di), *Diritto Verità Giustizia, Omaggio a Leonardo Sciascia*, Cacucci Bari, 2021, p. 21.

36 L. SCIASCIA, *Morte dell'inquisitore*, Adelphi Milano, 1992, p. 102.

37 L. SCIASCIA, *A futura memoria (se la memoria ha un futuro)*, Adelphi Milano, 2017, p. 81: «Nessuno, anche se sprovvisto di ogni supporto tecnico, si può considerare estraneo o profano riguardo all'amministrazione della giustizia». Ma l'amministrazione della giustizia presuppone «la scienza

della rifondazione della giustizia³⁸.

Osserva i modi di esercizio del potere statale, al fine di prevenire e sradicare l'esiziale minaccia generata da ogni forma di arbitrio e sopruso; un illuminista per la sua intensa passione giuridica e la fede nella ragione come luogo di una razionalità da cui scaturiscono la libertà e l'uguaglianza, ma per il suo temperamento, segnato da un inguaribile pessimismo, è un moderno illuminista dimezzato³⁹.

2. LA STORIA DI UNA CONTINUA SCONFITTA DELLA RAGIONE

Una passione giuridica ha condotto Leonardo Sciascia ad identificare il proprio credo politico e filosofico nel pensiero dell'illuminismo, che proprio sul radicale rinnovamento della giustizia e sulla riscoperta dei diritti dell'uomo ha ridisegnato la tavola di valori cui si ricollega il primato della ragione⁴⁰.

La giustizia come ossessione, appunto: «tutto è legato, per me al problema della giustizia; in cui si involge quello della libertà, della dignità umana, del rispetto fra uomo e uomo; un problema che si assomma nella scrittura, che nella scrittura trova strazio o riscatto»⁴¹, così nella nota risposta di Leonardo Sciascia a Claude Ambroise: il problema della giustizia nell'opera di Sciascia si pone nel rapporto tra il senso assoluto della giustizia e la realizzazione che di essa fanno le leggi, il potere giudiziario è sempre un potere terribile⁴².

Le sei parole indicate da Sciascia come quelle più rilevanti per l'apprezzamento dei suoi lavori sono un invito a osservare l'immaginario dello scrittore e costituiscono una guida ermetica per lo spazio in cui si svolgono e si sviluppano le sue narrative e inchieste.

del cuore umano al pari di quella dei codici, anzi riceverebbe danno da una eccessiva professionalità». Eppure, osserva, con l'anima alla Voltaire, che in Italia si manifesta una certa tendenza al mutamento ove «l'amministrazione della giustizia, insomma, viene assumendo un che di ieratico, di religioso, di imperscrutabile – e con conseguenti punte di fanatismo».

38 E. AMODIO - E. M. CATALANO, *La sconfitta della ragione, Leonardo Sciascia e la giustizia penale*, Sellerio Palermo, 2022, p. 40 - 45.

39 *Ibidem*.

40 E. AMODIO - E. M. CATALANO, *La sconfitta della ragione*, cit.

41 L. SCIASCIA, *14 domande a Leonardo Sciascia*, in C. AMBROSIE (a cura di), *Opere 1956-1971*, Bompiani Milano, 1987, p. XXI.

42 S. SCUTO, *Sciascia e il potere dei giudici. Dall'inquisizione del Senato milanese al populismo giudiziario*, in L. ZILLETTI - S. SCUTO (a cura di), *Ispezione della terribilità, Leonardo Sciascia e la giustizia*, Leo Olschki Firenze, 2022, p. 171 - 182.

Occorre prendere atto che le sei parole furono pronunciate solo nel 1987, due anni prima della morte dello scrittore e quindi non sono un manifesto, un programma preliminare, bensì un giudizio *post factum*⁴³, una retrospettiva analitica di cose fatte, non da fare.

Il terreno scelto per la sua narrativa è la cultura intellettuale dominante ma mutevole, la politica e tutte quelle forze morali che spingono Diego la Matina, Di Blasi, Bellodi, Laurana, Majorana e altri a protestare⁴⁴ contro ingiustizia e sfruttamento.

Una parola inaspettata che ricorre in questo contesto è la parola terra, Terra è una parola dominante⁴⁵, la terra qui è la Sicilia.

«*Bianca campagna, niura simenza, l'uomo chi la fa sempri la penza*⁴⁶».

Nella letteratura, nera semenza, si trova rifugio, non per ricercare alibi, ma per capire.

Un urto fra sistemi giuridici, diversi e contrapposti, fra la nativa appartenenza alla Sicilia e lo Stato, lo conduce, da un lato, verso il linguaggio, dall'altra, all'antropologia giuridica e alle scienze sociali.

A tal punto, rilegge il Don Chisciotte dal principio alla fine, alla caccia della, introdotta, parola mafia, non registrata dai dizionari della lingua spagnola, ma diligentemente annotata dal Manzoni.

Della mafia, nel sentire mafioso, nell'indifferenza della maggior parte dei siciliani di fronte alla mafia, i non siciliani colgono un antico giudizio di condanna nei confronti dei siciliani, «il non volere giudicare uomini da cui credono di non aver ricevuto alcun danno⁴⁷».

La cultura, forse, in tanti è riuscita a rimuovere questo sentimento, ma è comprensibile che l'imbattersi dia a un non siciliano una sensazione di connivenza, di complicità: mentre semplicemente si tratta di un modo di essere.

«*La cultura, mio caro, è una gran bella cosa...*», dirà il notabile al capo clan, al termine di quel raffinato racconto sulla parola mafia, sulla complessità dell'ordinamento mafioso, che è «*Filologia*»⁴⁸.

Molti sostengono la validità di questo sentimento con il dire che «dalla mafia e dai mafiosi non hanno avuto alcun danno diretto, personale;

43 J. FARRELL, in F. Rizzo (a cura di), *Cento anni di Sciascia in sei parole*, Leo Olschki Firenze, 2021, p. 25 - 28.

44 *Ibidem*.

45 *Ibidem*.

46 L. SCIASCIA, *Occhio di capra*, Adelphi Milano, 1990.

47 L. SCIASCIA, *A futura memoria (se la memoria ha un futuro)*, Adelphi Milano, 2017.

48 L. SCIASCIA, *Il mare color del vino*, Adelphi Milano, 1996, p. 86 - 93.

mentre certamente, inevitabilmente, tutti i siciliani ne hanno avuto danno indiretto e di enorme proporzione⁴⁹».

L'analisi del sistema giuridico siciliano che si situa al di sotto della parola mafia («non sono un mafioso ma semplicemente uno che è vissuto e vive in un paese della Sicilia occidentale, che ha sempre cercato di capire la realtà che lo circonda⁵⁰») lo conduce al pensiero del grande etno-antropologo Giuseppe Pitrè, che nelle sue ricerche sui costumi popolari siciliani, traduce il termine mafioso con «bello, di spicco, notevole, valente».

In un'intervista televisiva, Luciano Liggio nell'illustrare cosa sia mafia ha utilizzato le note tesi di Pitrè⁵¹. «Sono fandonie, non esiste niente», il termine ha un significato originariamente positivo: Liggio teme solo di non avere tutta quella grande ricchezza spirituale, fisica di esserlo, un mafioso, insomma di essere mafioso nel senso bello della parola⁵², come risulta dalle ricerche del grande cultore della lingua antica siciliana, Giuseppe Pitrè.

Da un lato, si avverte la lingua del diritto e dall'altro il dialetto siciliano, che genera categorie, come la celebre e aspra classificazione dei singoli uomini del mafioso don Mariano, codici e nomi impenetrabili⁵³, in modo che il Capitano Bellodi per parlare con la vedova Nicolosi è costretto a ricorrere all'interpretazione del maresciallo.

Nel film di Damiano Damiani del 1969, si mostrano i due nemici, Arena e Bellodi, scrutarsi da balconi opposti, in mezzo alla piazza passa Claudia Cardinale che in una scena del film va da prima dal carabiniere, e poi anche dal boss, a chiedere protezione⁵⁴.

Il notevole del racconto "*Filologia*" dirà al capo clan, nel caso che la commissione antimafia lo interroghi, di utilizzare il significato originario della parola mafia, come nella tradizione risalente all'etnologia ottocentesca⁵⁵, che faceva ricorso alla scienza delle parole, alla filologia appunto, la-

49 L. SCIASCIA, *A futura memoria*, cit.

50 *Ibidem*.

51 F. BENIGNO, *La mala setta*, Einaudi Torino, 2015, p. 382.

52 G. FIANDACA - S. LUPO, *La mafia non ha vinto*, Laterza Bari Roma, 2014, p. 16.

53 F. GAMBINO, *In sala con il diritto*, cit., p. 75.

54 *Ivi*, p. 74 - 76: «Vi è la legge celebrata nel processo, la giustizia, e vi è la giustizia degli uomini di pace, gli uomini d'onore, che mettono ordine e risolvono problemi, uomini dotati non di qualità straordinarie, bensì delle caratteristiche basiche della personalità, vi sono i nessi di imputazione proprie delle norme giuridiche e vi sono invece le distinzioni istituite da altri corpi o sistemi sociali, si pensi alla paura del piombo colante della morte del confidente Calogero di Bella, affiora la forza di intimidazione propria del vincolo associativo, vi è, da un lato, la lingua del diritto, la giustizia dell'assemblea e delle norme, dall'altra il dialetto siciliano che imprime una corte di codici e nomi impenetrabili di una cultura chiusa».

55 *Ibidem*.

vorando per un secolo non a chiarire i concetti ma ad occultarli ed a fornire appunto il suo contributo al disordine, attraverso una non definizione⁵⁶, che dimostra l'impossibilità di precisare cosa è la mafia.

«La mafia non è setta né associazione, non ha regolamenti e statuti; il mafioso non è un ladro, non è un malandrino: e se la nuova fortuna toccata alla parola, la qualità di mafioso è stata applicata anche al malandrino, ciò è perché il non sempre colto pubblico non ha avuto tempo di ragionare sul valore della parola, il mafioso è semplicemente un uomo coraggioso e valente, la mafia è la coscienza del proprio essere, l'esagerato concetto della forza individuale, unica e sola arbitra di ogni contrasto, di ogni urto di interesse di idee, donde la insofferenza della superiorità e peggio ancora della prepotenza altrui; il mafioso vuole essere rispettato e rispetta quasi sempre; se è offeso non si rimette alla legge, alla giustizia, ma sa farsi ragione personalmente da sé, e quando non ne ha la forza, con il mezzo di altri del medesimo sentire di lui»⁵⁷.

Il fallimento della giustizia, nel fallimento dello Stato, si ritrova nel commento inquietante di Giuseppe Guido lo Schiavo⁵⁸, primo Presidente della Corte di Cassazione, alla morte nel 1954 di Calogero Vizzini. il capo della mafia siciliana di quell'epoca: «la mafia ha sempre rispettato la magistratura, la giustizia e si è inchinata alle sue sentenze e non ha ostacolato l'opera del giudice, nella persecuzione a banditi e a fuorilegge ha sempre affiancato le forze dell'ordine».

Parimenti, il notabile di "*Filologia*", con la sua conoscenza dell'ambito letterario e giuridico, ricorda al mafioso cosa accadde nel 1943 con l'arrivo, prima, degli americani, poi, delle lettere anonime e, infine, della confusione «...e te lo garantisco io che a un certo punto non si capirà più niente: fra storia, filologia e lettere anonime, non si capirà più niente, niente»⁵⁹.

Sciascia non aderisce all'interpretazione etno-antropologica⁶⁰ della mafia, la sua definizione resta di sintetica esattezza: «La mafia è una asso-

56 U. SANTINO, *Per una storia delle idee di mafia: dall'unità d'Italia al questore Sangiorgi*, in M. SANTORO (a cura di), *Riconoscere le mafie*, Il Mulino Bologna, 2015, p. 37 - 72.

57 L. SCIASCIA, *Il mare color del vino*, cit.

58 G.G. LO SCHIAVO, *Nel regno della mafia*, in *Rivista Processi*, 1955, citato in E. AMODIO - E. M. CATALANO, *La Sconfitta della ragione*, cit., p. 201 - 202.

59 L. SCIASCIA, *Il mare color del vino*, cit.

60 Sciascia avrebbe apprezzato un eccellente libro sulla mafia, quello di C. VISCONTI, *La mafia è dappertutto, falso!*, Laterza Bari Roma, 2016, p. 82, ove, invece, la precomprensione a base politico antropologico della mafia, si ritrova irresistibilmente nell'approccio di un pubblico ministero alle vicende riguardanti un suo imputato, in questa ottica, non è semplicemente un imputato, ma un esemplare «politico antropologico», un giudizio sulla persona non direttamente connesso alle ipotesi contestate.

ciazione per delinquere, con fine di illecito arricchimento per i propri associati, che si pone come intermediazione parassitaria, e imposta con mezzi di violenza, fra la proprietà e il lavoro, tra la produzione e il consumo, fra il cittadino e lo Stato»⁶¹. Una definizione giuridica, che gli deriva dalla conoscenza e dalla indagine storica, quella del procuratore Pietro Ulloa (1838), dei saggi di Hobsbawm e di Hess.

La confusione linguistica interpretativa era ingenerata da tentativi consapevoli di fornire false piste per scelte politiche o per connivenze esplicite, nei primi decenni dopo l'unità d'Italia autorità giudiziarie e studiosi hanno ben chiara la natura della mafia quale organizzazione criminale.

Ma dopo il delitto di Emanuele Notarbartolo, ucciso nel febbraio del 1883, le cose cambiano⁶², nascono i comitati che difendono, allo stesso tempo, Palizzolo e il buon nome della Sicilia, e qui, anche con l'aiuto del grande etno-antropologo Giuseppe Pitrè, la mafia comincia a perdere la sua squisita natura criminale per assumere il costume e lo spirito di un intero popolo, la scomparsa della mafia dietro codici antropologici ed etnici che comporteranno l'inafferrabilità⁶³ del fenomeno con i semplici strumenti delle leggi e dei codici.

Grazie agli studi storici e giuridici, non è più ammissibile che una storia generale, politica, economica o culturale, venga mascherata da storia della mafia, utilizzando il paradigma mafioso secondo cui la mafia è un'invenzione diretta a calunniare la Sicilia e i siciliani⁶⁴. Mentre, la storia giudiziaria e culturale della mafia, non può farsi se non in stretta connessione con quella del suo antagonista⁶⁵, proprio a partire dagli studi di Sciascia e da un combattivo gruppo di intellettuali siciliani.

61 L. SCIASCIA, *A futura memoria (se la memoria ha un futuro)*, Adelphi Milano, 2017, p. 47 - 55.

62 G. SAVATTERI, *Introduzione*, in S. LUPO, *Mafia*, Treccani Roma, 2022, p. 9 - 32.

63 *Ibidem*.

64 *Ibidem*. Ancora nel 1973 il questore palermitano Migliorini, rifacendosi al «paradigma mafioso», poteva dichiarare: «se la mafia non ha ordinamento né gerarchia: la repressione è impossibile, repressione di cosa? Di un'idea? Di una mentalità?», frase che rimanda al finale del racconto *Filologia* di Sciascia, alla sarcastica postilla del notabile che spiega al mafioso: «la cultura, mio caro è una gran bella cosa ...».

65 *Ibidem*.

3. UN BUON CITTADINO DI UNO STATO CHE ESTERNAMENTE VIENE DENOMINATO MAFIA

Occorre, dunque, recuperare la dimensione politica della soggettività mafiosa, ricercare i fondamenti strutturali che presiedono alla costruzione e riproduzione dei codici culturali, caratteristicamente intesi in senso ideologico, e al gioco di affinità più o meno elettive fra gruppi sociali, ovvero classi sociali, strutture produttive e codici ideologici, «un paradigma della complessità»⁶⁶.

I romanzi di Sciascia si cimentano con la complessità del reale⁶⁷, restituendola in ogni sfaccettatura. Misurano l'incolmabile distanza tra ideale e reale, tra due ordinamenti, quello statale e quello mafioso.

La realtà sociale di cui Sciascia è osservatore disincantato è molto intricata, Sciascia assume la mafia come realtà, come ordinamento fra ordinamenti⁶⁸.

Secondo l'intuizione di Santi Romano, la mafia ha un suo sistema normativo essenziale ma incontestabile, è comunità anch'essa, ordinamento illecito, ma dotato di regole sue proprie; riconoscere la dimensione normativa⁶⁹ della mafia non significa legittimarla; affermare l'esistenza di un suo spazio sociale non equivale a elevarla ruolo di interlocutrice; ma l'opera di Sciascia è stata oggetto di fraintendimenti che non hanno saputo e voluto cogliere il senso delle contraddizioni di cui Sciascia era testimone, quale coscienza critica di una realtà sociale mai lineare.

La narrazione di Sciascia su questa materia si fa più precisa: in ogni angolo del discorso pubblico ci sono moralisti pronti a nuove guerre di religione.

Sciascia, che aborrisce il pensiero unico e preferiva la solitudine, come tutti i migliori siciliani, compie una semplice e essenziale scoperta, grazie al saggio di Henner Hess, che il mafioso non sa di essere mafioso nella nozione che esternamente si ha della mafia, «è un buon cittadino di uno stato che esternamente viene denominato mafia»⁷⁰.

66 M. SANTORO, *Riconoscere le mafie, cosa sono, come funzionano come si muovono*, Il Mulino Bologna, 2015, p. 7 - 34.

67 L. RISICATO, *Leonardo Sciascia e la giustizia, analisi di un'ossessione in dieci lemmi*, in *disCrimen*, 14 luglio 2023.

68 F. GIUNTA, *Leonardo Sciascia e l'enigma della giustizia*, in L. ZILLETTI - S. SCUTO (a cura di), *Ispezioni della terribilità, Leonardo Sciascia e la giustizia*, Leo Olschki Firenze, 2022, p. 191 -198.

69 *Ibidem*.

70 L. SCIASCIA, *A futura memoria (se la memoria ha un futuro)*, cit., 37.

La ricerca della verità porta allo smascheramento di collusioni e reti delinquenziali, «c'è un potere visibile, nominabile, e numerabile; e ce n'è un altro, non enumerabile, senza nome, senza nomi, che nuota sott'acqua; quello visibile combatte quello sott'acqua, specialmente nei momenti in cui si permette di affiorare gagliardamente, e cioè violentemente e sanguinosamente: ma il fatto è che ne ha bisogno»⁷¹.

Nel pensiero di Sciascia, la criminalità organizzata si interseca con il potere dello Stato, alimenta le istituzioni statali e al tempo stesso se ne nutre.

La difesa del diritto e della giustizia nei confronti delle pressioni esercitate dallo spirito dei tempi si ritrova, così, ne *“Il giorno della civetta”*, ove si registra la profonda anomalia di un'organizzazione segreta qual è la mafia, che invece si muove di giorno indisturbata⁷².

Dagli anni ottanta, invece, viene concessa una patente di immunità a fronte di ogni critica che circonda le persone impegnate nel contrasto alla mafia, immunità a cui «i moralisti di nessuna morale si abbeverano»⁷³.

Nei vertiginosi giochi di specchi, nell'intreccio fra verità e possibilità della narrativa illuministica di Sciascia, si può recuperare, altresì, la crisi della conoscenza criminologica e delle grandi narrative della modernità.

Così, le contraddizioni, che in maniera rigorosa avverte la scienza penale, di un radicale mutamento nella costruzione sociale del panico sociale, insieme alla crescente domanda di sicurezza, si riflettono nel consenso sociale che suscita la lotta alla mafia oggi.

La mafia preesisteva alla creazione dello Stato nazionale, non si tratta di una nuova realtà criminale⁷⁴ e neppure si assiste ad un mutamento qualitativamente più minaccioso del modo di operare della stessa.

*«La mafia è oggi socialmente avvertita come più temibile anche se obiettivamente essa non è più temibile di ieri; la sua temibilità è enormemente cresciuta nella rappresentazione sociale perché anche la questione mafia è interpretata al di fuori di un paradigma politico capace se non di giustificarla, certo di capirla come fenomeno sociale, culturale, antropologico»*⁷⁵.

71 L. SCIASCIA, *Il Cavaliere e la morte*, Adelphi Milano, 1988: «Un potere che si può ancora dire di integrale criminalità, un potere che si può anche dire, paradossalmente, sano, di buona salute: sempre, si capisce, nel senso del crimine; la criminalità di quel potere si afferma(va) soprattutto nel non ammetterne altra al di fuori della propria» Il confidente concluderà il dialogo con il commissario dicendo «spero che mi perdoni questa spicciola filosofia: ma non ne ho altre, riguardo al potere».

72 E. AMODIO - E. M. CATALANO, *La sconfitta della ragione*, cit., p. 201 - 213.

73 L. SCIASCIA, *Il Cavaliere e la morte*, cit., p. 59.

74 M. PAVARINI, *Bisogni di sicurezza e questione criminale*, in *Rassegna italiana di criminologia*, 1994, 4, p. 435 - 462.

75 *Ibidem*.

L'avanzato grado di legittimazione raggiunto dal sistema della giustizia penale e dagli apparati giudiziari e di polizia comporta che, per la prima volta in Italia, la mafia è diventata socialmente solo una questione criminale⁷⁶.

La matrice razionalista del pensiero di Sciascia lo induce allo scetticismo, a passare al setaccio del dubbio continuamente, dolorosamente, ogni convinzione, un approccio antitetico rispetto a quelle forme di intransigenza morale⁷⁷ che raggiungono punte di fanatismo per cui ogni dubbio sulla legge antimafia e sui professionisti dell'antimafia rappresenta un tradimento.

Sciascia coraggiosamente ripudia la storia di mafia in chiave antropologica, costruita intorno al concetto di ipertrofia dell'io⁷⁸, nozione che pure è stata fatta propria da studiosi quale Traina e Pitrè, per arrivare a definire la mafia come associazione criminosa, sulla scorta di una visione elaborata nel 1838 da Pietro Ulloa.

La mafia è vista, sia, nel suo aspetto di associazione a delinquere, sia, nella sua forza di penetrazione culturale, nel senso di capacità di dettare il suo modo di intendere la vita.

L'indagine dello scrittore sulla cultura degli uomini di onore tocca anche gli aspetti del sentire mafioso, il risvolto inquietante della mafia, tanto familiare per chi è sempre vissuto vicino all'ambiente degli uomini d'onore da percepirla come normale.

L'ingegnere Bianchi, de *"Il Mare colore del vino"*, nel suo viaggio in treno da Roma verso la Sicilia, domanda ad un uomo istruito e gentile, il professore, se c'è mafia nel suo paese, troverà una risposta colma di meraviglia, come di cose di piccolo conto, fesserie. Allora, arriva da solo alla conclusione: «comincia a capire la mafia, è davvero un dramma»⁷⁹.

4. LA MAFIA E GLI ORDINAMENTI GIURIDICI MINORI, IL DIRITTO MUTO

Per Sciascia, nel primo e nel più grande fra i romanzi che raccontano la mafia, essa «è un sistema che in Sicilia contiene e muove gli interessi economici e di potere di una classe che approssimativamente possiamo dire bor-

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ E. AMODIO - E. M. CATALANO, *La sconfitta della ragione*, cit.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ L. SCIASCIA, *Il mare colore del vino*, cit., p. 28 - 56.

ghese, e non sorge e si sviluppa nel vuoto dello Stato, cioè quando lo Stato, con le sue leggi e le sue funzioni, è debole o manca, ma dentro lo Stato»⁸⁰.

In questo romanzo, che funge da spartiacque nella letteratura e negli studi storici sulla criminalità organizzata, ritroviamo i concetti di giustizia, astrazione della legge, il nucleo centrale della teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici⁸¹, la mafia come sistema, volto non a distruggere le istituzioni statali, ma a sottrarsi alle sanzioni e alla repressione dello Stato.

La teoria di Santi Romano scopre il nesso necessario fra il diritto e lo Stato, il concetto di diritto si determina perfettamente senza quello dello Stato⁸², al contrario non è possibile definire lo Stato senza ricorrere al concetto di diritto, lo Stato è solo uno dei vari ordinamenti giuridici.

Il grande giurista Romano indica l'esistenza di ordinamenti giuridici minori, che in certi periodi possono convivere con l'ordinamento maggiore statale e in altri confliggere, se puntano a soppiantarli, se si pongono come eversivi⁸³.

“*L'ordinamento giuridico*” di Santi Romano indica che il diritto non è pensato come insieme di norme ma come complessa organizzazione dello Stato, attraverso i collegamenti fra autorità e forza che garantiscono le norme giuridiche, ma non si identificano con esse.

Il diritto è quel qualcosa che tiene assieme un gruppo⁸⁴, un qualsiasi gruppo: «dovunque c'è un gruppo sociale stabile con un minimo di durevolezza lì c'è il diritto»⁸⁵, una teoria che sgretola l'impianto classico della scienza giuridica ottocentesca, tutta tesa a sacralizzare lo Stato come produttore unico del diritto.

Santi Romano, al pari del grande romanzo di Leonardo Sciascia, coglie l'essenza del problema, capovolgendo l'osservatorio da cui guardare al diritto; concepirlo come ordinamento prima ancora che come norma e comando ha il preciso significato di costringerlo «a fare i conti con la realtà sociale da ordinare, con la bassa cura dei fatti, respingendo l'idea della sua purezza e proponendo, all'inverso, quella della sua ineliminabile fattualità»⁸⁶.

Questa posizione, il pluralismo giuridico, nella sua versione radicale, può parimenti sintetizzarsi: «qualsiasi gruppo organizzato, proprio in

80 L. SCIASCIA, *Avvertenza*, in Id., *Il giorno della civetta*, Adelphi Milano, 2002.

81 F. GAMBINO, *In sala con il diritto*, cit.

82 S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Quodlibet Macerata, 2018, p. 101.

83 G. FIANDACA - S. LUPO, *La mafia non ha vinto*, Laterza Bari Roma, 2014, p. 17.

84 S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Quodlibet Macerata, 2019, p. 11.

85 S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit.

86 P. GROSSI, *Il mondo delle terre collettive*, Quodlibet Macerata, 2019, p. 23 - 30.

quanto organizzato possiede una qualche forma di ordinamento giuridico, esso è pertanto qualificabile come istituzione, cioè come diritto, se i termini organizzazione, istituzione, ordinamento e diritto sono sinonimi, in quanto indicano lo stesso processo, le forme di ordinamento sono diffusissime, irriducibili a quelle a noi più note»⁸⁷.

Lo Stato non detiene il monopolio della produzione e dell'applicazione del diritto, ma, dal punto di vista della teoria giuridica, esso è un gruppo come un altro.

Da qui la tesi di Romano, oggetto di polemiche, secondo cui anche un'organizzazione criminale, come la mafia, è un'istituzione e ha quindi un diritto interno⁸⁸.

Inutile confondere diritto e giustizia: la mafia è oscena, ma negarne il carattere di entità organizzata è un non senso dettato da moralismo.

Avvalendosi dei concetti di un grande giurista sui sistemi giuridici si potrebbe, inoltre, ribadire che è nella cultura, nell'area silenziosa, che si ritrova il DNA⁸⁹ che fonda l'obbedienza al dominante.

Il sentire irriflesso, seme del diritto muto⁹⁰, è una condizione per l'esistenza della norma, per la sua legittimazione.

Il rispetto per ciò che una cultura umana chiama giusto non si improvvisa, l'ottemperanza all'ordine democratico non si genera dal nulla⁹¹, le regole costituzionali di fondo non potrebbero operare se non corrispondessero pienamente ad un sentire ben radicato nella mente dei consociati giuridici, o almeno dei consociati in grado di adoperare la forza.

Il diritto non ha la forza di distaccarsi dall'ambiente culturale in cui è collocato e di ergersi come sistema normativo indipendente e autosuffi-

87 S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit.

88 *Ibidem*.

89 R. SACCO, *Il diritto muto*, Il Mulino Bologna, 2015: «Il vocabolario del giurista è un significante, ha un significato, ma non ha un referente, è un performativo; sappiamo bene che da un certo giorno il diritto muto è stato scalzato da un diritto parlato autoritativo, o è stato gestito dai giudici, o formulato dai dottori: la parola ha sopraffatto, ma non ha estinto, le fonti del diritto».

«Il diritto muto proviene da tante sorgenti diverse, e può considerarsi normale che più sorgenti siano contemporaneamente in attività per dare una regola a una delle fattispecie; a più forte ragione, possono pervenire al giurista suggerimenti contrastanti provenienti dal diritto muto e dal diritto scritto».

90 *Ibidem*: «Ma nell'area silenziosa, nel pensiero, nel patrimonio culturale acquisito, negli sviluppi dei dati comportamentali condizionati dal DNA, nulla corrisponde a quel diritto scritto; il DNA fonda l'obbedienza al dominante, la cultura non insegna a identificare il dominante con il Parlamento, il DNA fonda la fedeltà al gruppo, la cultura non insegna a identificare il gruppo con lo Stato».

91 *Ibidem*.

ciente⁹², deve essere oggetto delle cure di tanti, come non ci sono padroni, così simmetricamente non ci sono servi del diritto.

«Un malfattore qualificato, come il mafioso, nega fedeltà alla comunità civile, ma è fedele alla cosca, perché, quando il diritto si incontra con la fedeltà, allora quel diritto scritto diventa anche diritto e regola effettiva»⁹³.

Detto altrimenti: quando in una società a potere centralizzato, si vedono sopravvivere la vendetta e la faida, allora non risultano operare quelle strutture psicologiche che consentono il funzionamento della fedeltà⁹⁴, preservando la società dalla corruzione.

Sciascia avverte la problematica del politeismo giuridico⁹⁵ secondo le diverse prospettive, quella di Don Mariano, che è un amministrare, un mettere pace privo di senso umano della giustizia; quella del capitano Bellodi, «con la fede di un uomo che ha partecipato alla rivoluzione e dalla rivoluzione ha visto sorgere la legge, legge che assicura libertà e giustizia, la legge della Repubblica»⁹⁶ che è regola di convivenza nata dalla storia civile e politica di un popolo.

Mentre lo Stato, quello che per noi è lo Stato, è fuori⁹⁷: entità di fatto realizzata dalla forza, per imporre le tasse il servizio militare, la guerra, il carabiniere.

Dietro i personaggi, si intravede Sciascia stesso che rintraccia il destino della legge, che non può che essere impersonale, astratto e lontano, insieme alla scelta individuale «la pluralità degli inizi, delle scelte individuali, per cui ciascun uomo non si trova in un dato diritto, ma vuole la legge alla quale prestare obbedienza»⁹⁸.

Su questo campo, le riflessioni sulla giustizia di Leonardo Sciascia si incontrano con la migliore scienza penale, con il garantismo penale, mafia, camorra e 'ndrangheta, non sono semplici associazioni a delinquere, sono organizzazioni e insieme culture criminali⁹⁹, che si sviluppano e si

92 G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite, legge diritti giustizia*, Einaudi Torino, 2024, p. 154 -183.

93 *Ibidem*.

94 *Ibidem*.

95 N. IRTI, «*Il giorno della civetta*» e il destino di legge, in L. CAVALLARO - R.G. CONTI (a cura di), *Diritto Verità Giustizia, Omaggio a Leonardo Sciascia*, Cacucci Bari, 2021, p. 23.

96 L. SCIASCIA, *Il giorno della civetta*, cit., p. 28.

97 L. SCIASCIA, *Il giorno della civetta*, cit., p. 87.

98 *Ibidem*.

99 L. FERRAJOLI, *Giustizia e politica, crisi e rifondazione del garantismo penale*, Laterza Bari Roma, 2024, p. 312 s.: «La violenza criminale ha sempre alle spalle concezioni sopraffattorie, anti costituzionali della società, l'apologia della forza e della disuguaglianza, le sub culture mafiose, i

mantengono anche grazie al consenso sociale nei loro confronti, a sua volta conquistato attraverso la diffusione dei loro modelli culturali e del ruolo di supplenza, rispetto alla latitanza o all'inefficienza dello Stato.

Il tema dell'autonomia di ciascun sistema è centrale nelle relazioni fra istituzioni illegali e ordinamento statale, affiora il problema della legittimazione delle mafie¹⁰⁰ che, animate, al loro interno da regole condivise e da un proprio senso di giustizia, spiega il fenomeno del radicamento in determinate comunità.

Nelle pagine de *"Il giorno della civetta"*, Sciascia svela la tensione fra sistemi con pretesa di legittimità e la legalità statale, al preminente scopo di sollecitare i congegni produttivi delle norme giuridiche, di denunciare il bisogno di un ritorno al dover essere normativo, proprio dello Stato di diritto.

Allo stesso modo, si è acutamente osservato che il carattere procedurale del diritto moderno supera i dualismi, dissolve la legittimità in legalità, identifica l'una con l'altra; lo Stato di diritto è Stato delle leggi, e le leggi come tali, sono di per sé legittime¹⁰¹: legittimità e legalità entro un dato sistema che si riconosce in un unico ed esclusivo inizio.

Coloro che invocano giustizia non negano né rifiutano la positività delle norme, ma chiedono che abbiano altro e diverso contenuto.

Lotte di classi sociali, conflitti di interessi ideologie, determinano una continua produzione di norme, subito consumate, abrogate, sostituite.

*«Sette scismatica, associazioni criminali, gruppi rivoluzionari sono, come tali, unità normative non meno e non più di Chiesa e Stato, i quali le considerano illeciti e le avversano con energia di condanne e durezza di sanzione»*¹⁰².

Santi Romano pensava ai partiti rivoluzionari, quelli in cui militava Francesco Saverio Merlino, rivoluzionario, condannato per associazione dei malfattori, per aver cercato di riorganizzare un gruppo anarchico, che

fondamentalismi e, più spesso, semplicemente incultura e ignoranza. Ma l'educazione alla legalità e il rispetto dei più deboli è tanto più efficace e credibile quanto più il sistema legale sia razionale e conoscibile e non consista nell'attuale caos normativo, in parte per il valore simbolico e declamatorio associato alla stigmatizzazione penale, non c'è legge o leggina che nei passati decenni non sia stata accompagnata dalla previsione di una pena, con l'effetto di una inevitabile squalificazione della legalità e della giurisdizione e anche di un offuscamento del sentimento comune della giustizia».

100 F. GAMBINO, *In sala con il diritto*, cit.

101 M. CACCIARI - N. IRTI, *Elogio del diritto*, La Nave di Teseo Milano, 2019: *«Essere meglio per lo Stato aver leggi cattive ma stabili piuttosto che buone ma mutevoli»*.

102 *Ibidem*: «La pluralità degli ordinamenti giuridici, teorizzata da un grande studioso italiano, Santi Romano, è la stessa pluralità delle unità normative, di insiemi di norme, le quali rimandando allo stesso inizio e, generandosi da esso per gradi ai piani successivi, si compongono in gerarchia».

nel 1890 scriveva della mafia,¹⁰³ «dentro allo Stato apparente, legale, c'è uno "Stato reale", una consorte, un *trust*, un *Tammany Ring*¹⁰⁴, insomma una cerchia intima di persone legate da interessi più o meno sospetti, creata dal potere politico che essa è chiamata a mantenere e proteggere».

Occorre prendere atto de «la disperante tragicità dell'individuo moderno, il quale, caduti i soccorrevoli dualismi del passato, sta solo in se stesso, condannato a scegliere il proprio ordine di norme»¹⁰⁵.

Nel "*Giorno della civetta*", è la famiglia lo Stato del siciliano, dentro quell'istituto che è la famiglia, il siciliano valica il confine della propria naturale e tragica solitudine¹⁰⁶, mentre sarebbe troppo chiedergli di valicare il confine tra la famiglia e lo Stato.

La pluralità degli ordinamenti¹⁰⁷, traduce in un linguaggio giuridico la pluralità degli inizi, ossia delle scelte individuali, per cui ciascun uomo non si trova in un dato diritto, ma vuole la legge alla quale prestare obbedienza, legge che si oppone al senso della giustizia istintivo, naturale: un dono¹⁰⁸, quel senso della giustizia che rende oggetto di rispetto i capi mafia.

Tutto risolto nella decisione di scelta e nell'intimità del volere, al pari di Sciascia cui interessa il sostrato umano e sociale del pianeta giustizia, la sua autenticità esistenziale¹⁰⁹, nelle sue trame si ritrova non l'indirizzo tecnico giuridico in materia penale¹¹⁰, ma umanità e razionalità, valori

103 U. SANTINO, *Per una storia delle idee di mafia: dall'unità d'Italia al questore Sangiorgi*, cit., p. 72.

104 Organizzazione del Partito democratico americano gestita in connessione con gruppi criminali. Sulle manovre dei sindaci corrotti e l'influenza del *Tammany Hall* sul più famoso corpo di polizia americano, J. STEWART, *NYPD, Storia della polizia di New York*, Odoya Città di Castello, 2019.

105 *Ibidem*.

106 L. SCIASCIA, *Il giorno della civetta*, cit.

107 M. CACCIARI - N. IRTI, *Elogio del diritto*, cit.: «Quando teorici e filosofi del diritto scorgono ordinamenti giuridici anche in bande criminali, moti rivoluzionari, sette religiose (illecite dal punto di vista di Stato e Chiesa, ma giuridiche nel loro interno, nel loro strutturarsi e ordinarsi intorno a un principio costruttivo che conferisce a ciascuno di essi la sua propria legalità), e dunque in qualsiasi umano aggregato che dia da sé a sé stesso un inizio e un corpo di leggi, così moltiplicando e relativizzando i *nomoi* fondativi, allora si avverte come questa folla di dei, questo politeismo giuridico, possa sciogliersi soltanto per la decisione di ciascun individuo». «Non si tratta più di descrivere, dal di fuori e dall'alto, la pluralità dei mondi giuridici, ma di scegliere il proprio: che è il luogo di vincoli obbliganti e di individuale obbedienza».

108 L. SCIASCIA, *Il giorno della civetta*, cit., p. 56.

109 F. GIUNTA, *Leonardo Sciascia e l'enigma della giustizia*; in *Ispezioni della terribilità*, cit., p. 198.

110 L. SCIASCIA, *Porte aperte*, Adelphi, 2014. Nel romanzo, Leonardo Sciascia fonde in un'unica persona due diversi protagonisti del ripristino della pena capitale in Italia, Alfredo Rocco, Ministro della Giustizia, e il fratello Arturo Rocco, studioso di diritto penale, principale *auctoritas* invocata a sostegno della pena di morte. Il Procuratore della Repubblica conferma il suo pieno accordo con le sue tesi, espone su un articolo comparso nella rivista «L'impero», per motivi meramente formali e

che preesistono alla potestà punitiva dello Stato che ad essi si deve conformare.

5. “TERRIFICANTE È SEMPRE STATA L’AMMINISTRAZIONE DELLA GIUSTIZIA, E DOVUNQUE”, “LA REALTÀ È CHE CHI UCCIDE NON È IL LEGISLATORE MA IL GIUDICE, NON È IL PROVVEDIMENTO LEGISLATIVO, MA IL PROVVEDIMENTO GIURISDIZIONALE”

La parola “mafia” assomiglia ad una metaforica lanterna, al punto che i discorsi sulla mafia sono simili alla letteratura di viaggio, sono frutto di *pre-giudizi*, possiedono una radice etnocentrica¹¹¹.

Sono discorsi, accuratamente scandagliati da un grande libro sulla «Mala setta», che intrattengono con il proprio oggetto un rapporto mediato e indiretto, filtrato dalla tradizione dei discorsi preesistenti¹¹², più che dall’osservazione attenta e curiosa, incorrono nel rischio di reificazione¹¹³, quella tendenza a considerare una presunta realtà criminale come presupposta, data.

L’inchiesta storica mostra che fra testimonianze, narrative e non narrative, e la realtà testimoniata¹¹⁴ esiste uno stretto rapporto, riconosce l’esistenza di un nesso fra decifrazione delle tracce e narrazione¹¹⁵, con la conseguenza che la contesa fra narrazione di finzione e narrazione storica può costituire il migliore contributo alla rappresentazione della realtà.

Entrambe, ricerca storica e narrazione seguono le stesse tracce, tirano gli stessi fili, giungono alle medesime conclusioni, sulla presunta natura carsica della questione mafiosa, laddove è di tutta evidenza che di carsico, in realtà, c’è solo l’interesse pubblico per il tema.

La scrittura di Sciascia rileva le continue tensioni e le contraddizioni intrinseche in Italia ed in Sicilia.

legalitari (poiché la pena capitale c’è, poiché la pena capitale è legge), ma anche per motivi sostanziali: il suo ripristino serve a ribadire nella testa della gente l’idea di uno Stato che si preoccupa al massimo della sicurezza dei cittadini; l’idea che davvero, ormai si dorma con le porte aperte. Così, P. COSTA, “*L’onore di vivere*”: *potere e resistenza in «Porte Aperte» di Leonardo Sciascia*, Leo Olschki Firenze, 2022, p. 49 - 64.

111 C. VISCONTI, *La mafia è dappertutto, falso!*, cit.

112 F. BENIGNO, *La mala setta. Alle origini di mafia e camorra 1859 1878*, Einaudi Torino, 2015, p. XXVIII, 270 - 371.

113 F. BENIGNO, *La mala setta*, cit.

114 C. GINZBURG, *Il Filo e le tracce*, Quodlibet Macerata, 2023, p. 352 - 377.

115 *Ibidem*.

In “*Il giorno della civetta*” e in “*A ciascuno il Suo*”, Sciascia esplora l’intreccio e lo scontro fra lo Stato e i poteri locali, sonda le diverse possibilità di lettura della storia della repressione del crimine organizzato, «il suo essere legata ai sussulti della politica, caratterizzata da una serie di alti e bassi, da momenti di attivismo alternati a voragini di rilassatezza, ondate di repressioni a cui segue una fase di calma piatta, un altalenare che corrisponde puntualmente a esigenze politiche e mediatriche»¹¹⁶.

Fasi¹¹⁷ che “*Il giorno della civetta*” registra puntualmente, dalla «libertà che è nella sicurezza della vita e dei beni»¹¹⁸ ottenuta dalla dura repressione, dagli eccezionali poteri, da una eccezionale libertà di azione, quando «in Sicilia si dormiva con le porte aperte»¹¹⁹, dove «il famoso Mori ha spremuto lacrime e sangue», con il sacrificio delle garanzie costituzionali, fino ai magistrati deboli o corrotti, ai marescialli galantuomini, medici e avvocati che si intrigavano alla malavita, per giungere, infine, alla fiducia nella legge dello Stato del capitano Bellodi «un uomo che ha partecipato a una rivoluzione e dalla rivoluzione ha visto sorgere la legge», un uomo cui, quando sente l’angustia in cui la legge lo costringe¹²⁰, ritorna in mente la repressione, il fascismo e ritrova la misura delle proprie idee e dei propri sentimenti.

Parimenti, nei suoi romanzi ed inchieste si recupera l’analisi critica dei discorsi sulla mafia, come pratiche linguistiche e contestuali, che coinvolgono i conflitti dell’arena pubblica e i soggetti che operano in essa; da un lato, giornalisti e politici, dall’altro, gli impulsi normativi che vengono dalle aree degli operatori specializzati nella gestione dell’ordine pubblico,

116 F. BENIGNO, *La mala setta*, cit.

117 Nel Novecento, per tre volte la mafia ha incontrato un antagonista, negli anni del regime fascista, al passaggio tra gli anni quaranta e gli anni cinquanta grazie ai partiti comunista e socialista, al quotidiano l’Ora e a un gruppo di intellettuali, Dolci, Pantaleone e Sciascia, negli anni 90 con la creazione del movimento che possiamo chiamare antimafia. Così, S. LUPO, *Mafia*, Treccani Roma, 2022, p. 22 - 27.

118 N. IRTI, «*Il giorno della civetta*» e il destino di legge, in L. CAVALLARO - R.G. CONTI (a cura di), *Diritto Verità Giustizia, Omaggio a Leonardo Sciascia*, Cacucci Bari, 2021, p. 19: «Per il capitano Bellodi, l’autorità di cui era investito considerava come il chirurgo considera il bisturi: uno strumento da usare con precisione, con sicurezza, e quando riflette su una eccezionale sospensione delle garanzie costituzionali, in Sicilia e per qualche mese, e il male sarebbe stato estirpato per sempre, da questo pensiero egli si ritrae e ritrova la misura delle proprie idee e dei propri sentimenti. Si solleva il tragico interrogativo se la sicurezza della vita dei beni esiga in talune situazioni storiche, per predefiniti periodi di tempo, il sacrificio delle garanzie costituzionali, per Bellodi il vagheggiamento dello stato di eccezione nasceva dalla collera ma non era ancora sereno giudizio».

119 L. SCIASCIA, *Il giorno della civetta*, cit., p. 102.

120 Giorgio Agamben ritrova su questo tema una vicinanza fra due giganti del pensiero giuridico novecentesco, Santi Romano e Carl Schmitt, la necessità come produttrice di legge: G. AGAMBEN, *Lo stato di eccezione*, Bollati e Boringhieri Torino, 2003, p. 15 - 43.

che vanno a comporre una linea interpretativa coerente con gli indirizzi della criminologia contemporanea¹²¹.

Sciascia ha dedicato gran parte della sua opera a esplorare l'evoluzione del potere, le pratiche poliziesche e giudiziarie, l'intera gamma degli strumenti discrezionali, la terribilità del potere che tende a coincidere con la terribilità della giustizia, secondo una sua celebre e lapidaria affermazione: «terrificante è sempre stata l'amministrazione della giustizia, e dovunque. Specialmente quando fedi, credenze, superstizioni, ragion di Stato o ragion di fazione la dominano o vi si insinuano»¹²².

6. I MEZZI PICCINI, UN MICIDIALE TRASTULLO IN MANO A UNA TURBA DI CIECHI

La giustizia è solo una delle manifestazioni del potere, è la violenza punitiva dello Stato strettamente collegata con la sua legittimità, secondo la celebre definizione weberiana dello Stato come monopolista della violenza legittima.

Scrutando la vertiginosa coincidenza fra violenza e legittimità, Sciascia vede nella giustizia l'espressione emblematica del potere¹²³.

L'assoluta irrazionalità della legge creata da colui che comanda, dalla guardia municipale, dal maresciallo, dal questore o dal giudice, da chi ha la forza, insomma¹²⁴. Un perdersi del contenuto razionale della legge, dell'astratta prescrizione legislativa, nei profili di irrazionalità propri della concreta attuazione del comando.

La giustizia proietta sul potere una sacralità che lo rende intangibile, indifferente alle ragioni dell'individuo: da un lato, un individuo, in tutta la sua fragilità e precarietà, e, dal lato opposto, un potere oscuro e irresistibile rafforzato da una solenne e astrusa ritualità.

121 F. BENIGNO, *La mala setta*, cit.: «la questione criminale deve necessariamente includere cosa la gente pensa sia il crimine, mentre dall'altro il suo studio non può essere affrontato indipendentemente dai processi culturali che la definiscono, fra cui, non ultimi i costrutti analitici delle scienze sociali, ... talune indagini di antropologia giuridica relative alla costruzione discorsiva della scena processuale, oltre che alcune ricerche di storia culturale del crimine».

122 L. SCIASCIA, *La Strega e il capitano*, Adelphi Milano, 1999, p. 26.

123 P. COSTA, «*L'onore di vivere*», cit., p. 49 - 64.

124 L. SCIASCIA, *Il giorno della civetta*, cit., p. 27: «Non la legge che nasce dalla ragione ed è ragione, ma la legge di un uomo che nasce dai pensieri e dagli umori di quest'uomo, dal graffio che si può fare sbarbandosi o dal buon caffè che ha bevuto, l'assoluta irrazionalità della legge, ... che la legge fosse immutabilmente scritta ed uguale per tutti, il confidente non aveva mai creduto, né poteva».

Un potere che, nella lotta alla mafia, ha ampiamente utilizzato gli stessi strumenti preventivi usati contro i delinquenti, l'ammonizione di pubblica sicurezza definita non a torto «un micidiale trastullo in mano a una turba di ciechi»¹²⁵ e il famigerato domicilio coatto, oltretutto la gestione dell'ordine pubblico mediante l'arruolamento di individui pericolosi, l'infiltrazione dei movimenti di opposizione e le manovre diversive.

Metodi che Francesco Crispi aveva elogiato in Parlamento, essendo la polizia per lui: «un istituto di previdenza e di provvidenza al tempo stesso»¹²⁶; durante il suo secondo ministero si sperimentano a fondo «i mezzi piccini»¹²⁷, l'informazione e la prevenzione come strumenti principali dell'attività di controllo politico e sociale.

La contestualizzazione di ciò che appare nel passato più plausibile rispetto a ciò che in futuro accadrà, rileva appunto quelle pratiche criminali che informeranno e daranno poi luogo all'organizzazione criminale conosciuta come cosa nostra¹²⁸, attraverso la confusione dei discorsi d'epoca, poliziesco, giudiziario, politico e letterario.

Da questa prospettiva, i discorsi sul crimine organizzato italiano sono parte del più generale tema delle classi pericolose¹²⁹, ma anche delle prassi informali di gestione della pubblica sicurezza; una ambiguità della cultura liberale rispetto ai limiti e ai confini della cittadinanza, al bisogno di costruire un doppio sistema di legalità, uno in vigore per il cittadino qualificato, e uno per gli esclusi da quel quadro di libertà costituzionali¹³⁰.

Da qui una sorta di ritegno ad approfondire la questione delle prassi poliziesche¹³¹, sentite come intimamente ripugnanti, una reticenza, malgrado vi sia una ovvia interrelazione fra questi processi di esclusione e l'identificazione dell'avversario politico, che, emarginato dalla partecipazione alla vita pubblica, va controllato, spiato e reso inoffensivo.

Lo scarto fra la crescita economica e sociale, insieme alla mancata formazione di un costume politico adeguato alla modernizzazione del paese, diventa una chiave di lettura dei limiti che avevano segnato in Italia il processo di democratizzazione delle istituzioni e l'inserimento delle masse nella compagine del vecchio Stato liberale aspramente denunciato da

125 F. BENIGNO, *La mala setta*, cit.

126 G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana*, Il Mulino Bologna, 2020, p. 134 - 148.

127 *Ibidem*.

128 F. BENIGNO, *La mala setta*, cit.

129 *Ibidem*.

130 E. CICONTE, *Le classi pericolose*, Laterza Bari Roma, 2022.

131 F. BENIGNO, *La mala setta*, cit.

Gaetano Salvemini¹³², una debolezza delle istituzioni, una adulterazione della partecipazione popolare che ha corrosa¹³³ dal principio la democrazia italiana in cammino.

Sciascia ha la straordinaria capacità di antevere la realtà nelle diverse sfaccettature e instillare il dubbio con sofferta sincerità¹³⁴, «ho continuato per la mia strada, senza guardare né a destra né a sinistra, e cioè guardando a destra e a sinistra, senza incertezze, senza dubbi, senza crisi, e cioè con molte incertezze, con molti dubbi, con profonde crisi»¹³⁵, capacità che lo avvicina alla migliore scienza penale, al prestare attenzione alle perversioni inquisitorie¹³⁶, a quello che avviene in Italia contro le presunte emergenze di turno, quando vengono varati nuovi pacchetti sicurezza, che invece evidenziano l'utilizzo emotivo ed elettorale delle norme restrittive¹³⁷, un utilizzo improprio del diritto penale, tramite politiche e misure tanto illiberali, indifferenti alle cause strutturali dei fenomeni criminali e inefficaci alla loro prevenzione¹³⁸, quanto promotrici di un sistema penale diseguale e pesantemente lesivo dei diritti fondamentali, «la pazza idea che il giure punitivo debba estirpare i delitti della terra conduce nella scienza penale alla idolatria del terrore»¹³⁹.

Eppure Sciascia ripone al centro la questione delle responsabilità e delle colpe dei singoli uomini, liberi nelle loro scelte verso il bene o verso il male. La disumanità di tali misure giudiziarie conferma ancora oggi che il potere pubblico irresponsabile rappresenta un irrimediabile squilibrio democratico¹⁴⁰.

Ha così rivoluzionato la lettura del capolavoro manzoniano, ha reso attuale “*La storia della colonna infame*”, dagli anni di piombo alle leggi sul pentitismo mafioso e terroristico¹⁴¹.

132 G. SALVEMINI, *Il ministro della mala vita*, Bollati e Boringhieri Torino, 2021.

133 B. CROCE, *Le lezioni di Harvard*, Treccani Roma, 2023.

134 S. SEMINARA, *Sciascia, un «processo per violenza» e la ricerca della verità*, in *Sistema penale*, 14 giugno 2024.

135 L. SCIASCIA, *Il mare color del vino*, cit.

136 L. FERRAJOLI, *Giustizia e politica, crisi e rifondazione del garantismo penale*, cit., p. 31.

137 M. PAVARINI, *Governare la penalità. Struttura sociale, processi decisionali e discorsi pubblici sulla pena*, Bononia University Press Bologna, 2014.

138 L. FERRAJOLI, *L'abuso del diritto penale nella società della paura*, in S. MOCCIA - A. CAVALIERE (a cura di), *Il modello integrato di scienza penale di fronte alle nuove questioni sociali*, Edizioni scientifiche italiane Napoli, 2016.

139 F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, parte speciale*, 1906, p. 22 s., citato in L. FERRAJOLI, *Giustizia e politica, crisi e rifondazione del garantismo penale*, Laterza Bari Roma, 2024, p. 51.

140 E. ANTONUCCI, *I dannati della gogna*, Liberilibri Macerata, 2021, p. XI.

141 S. S. NIGRO, *Una lettura rivoluzionaria: Leonardo Sciascia e la colonna infame*, Leo Olschki

La cronaca del processo agli untori ci dice che furono i giudici a non cercare la verità, volevano una confessione attraverso il pervertimento della giustizia¹⁴².

Il processo agli untori fu dunque non solo conseguente allo spirito dei tempi, secondo l'idea di Pietro Verri, ma furono uomini che giunsero ad abusare di regole vigenti, feroci e inaccettabili.

I giudici della Storia della colonna infame mettono a tacere la voce della propria coscienza perché pressati dall'urgenza di dare in pasto dei colpevoli ai traballanti poteri della città, mostrano il processo penale quale tecnologia del potere costituito, per la carica di violenza e sofferenza che lo precede, per la vittima e per il reo.

Il concetto di umana passione può irrompere nella pratica della giustizia penale e compromettere lo scopo di ricerca di verità e responsabilità, una espansione della società giudiziaria¹⁴³, animata da un'inesauribile istanza punitiva e vendicativa, insieme all'ossessione del complotto e dei veleni diffusi da untori, che riappare puntuale in tempi successivi a ogni riaccendersi di epidemie¹⁴⁴.

Una tendenza che si inverte nell'attuale riproduzione dell'emergenza, un'autopoiesi che dimostra la capacità di rigenerarsi da sé all'interno dei rimedi che le vengono opposti, ove la legislazione antimafia, figlia di un retaggio illiberale, rivolta ad organizzazioni pericolose come le mafie, si estende anche a reati non mafiosi¹⁴⁵.

Parimenti, nella "*Strega e il capitano*", l'atroce procedimento contro Caterina Medici potrebbe essere uno dei molti volti della banalità del male, se non affiorasse l'ottusità e l'incapacità di vedere la verità, la giustizia e l'ingiustizia¹⁴⁶.

Il processo alla strega fu lo strumento con cui il Senato milanese volle attirare l'attenzione del popolo così distraendolo dal proprio malgoverno, «uguale a tanti altri nell'atrocità del procedimento e dell'esito, ma

Firenze, 2022, p. 199 - 201.

142 G. INSOLERA, *La giustizia penale di Alessandro Manzoni*, Mucchi Modena, 2023, p. 41 - 55.

143 *Ibidem*: ove, «una società intronata da un uso continuo di notizie, di complotti di malaffare, volge lo sguardo al leader nella sua recitazione cercando conferme in repliche pronte e dure affidate alla agenzia giudiziaria».

144 A. MANZONI, *Storia della colonna infame, introduzione di Adriano Prosperi*, Einaudi Torino, 2023, p. VII.

145 A. BARBANO, *L'inganno*, Marsilio Venezia, 2022, p. 7 - 27.

146 L. RISICATO, *Leonardo Sciascia e la giustizia. Analisi di una ossessione in dieci lemmi*, in *disCrimen*, 14 luglio 2023.

diverso da quello che Ludovico Melzi proclama aiuto divino ed è semplicemente l'aiuto di un cretino che non riconosce in sé il divino, il divino dell'amore»¹⁴⁷.

La riflessione sul fenomeno endemico, profondo e problematico del populismo giudiziario mostra che il sostegno popolare può diventare fideistico, creando pericolose faglie istituzionali¹⁴⁸, perché alimentato da bisogni di vendetta da sentimenti di rivalsa, in modo che si attribuisce alla giurisdizione penale (la dolorosa necessità del giudicare per Sciascia) un controllo di legalità concepito in maniera estensiva¹⁴⁹, un potere che non è quello secondo lo spirito della legge, ma come tutela della buona politica e come promozione della morale pubblica.

Un potere terribile, in grado di divenire un potere odioso.

«Non c'è *pharmacus* perché non c'è malattia da cui difendersi»¹⁵⁰, non si può richiedere a Leonardo Sciascia una soluzione per risolvere una volta per tutte il problema delle mafie, ma solo farsi carico del problema, scegliere il suo punto di vista¹⁵¹, recuperare la sua graffiante ironia, terreno ove si incontrano le parole finali del testamento giuridico di Santi Romano: una comune visione di pessimismo sul mondo del potere e sul senso di giustizia, sull'ottusità di coloro che riconoscono il senso di giustizia in nome di un bene superiore scelto di volta in volta a seconda delle convenienze e delle opportunità¹⁵².

«E invero sarebbe da augurarsi che l'uomo della strada, l'uomo qualunque, l'uomo popolare non diventi un uomo volgare; che l'uomo qualunque non si atteggi ad uomo sapiente e pretenda di comandare lui quando dovrebbe ubbidire; che insomma il tranquillo bonario uomo della strada non assuma l'atteggiamento dello schiamazzante uomo della piazza, determinando la facile degenerazione della democrazia in oclocrazia»¹⁵³.

147 L. SCIASCIA, *La strega il capitano*, Adelphi Milano, 2019, p. 16.

148 E. ANTONUCCI, *La repubblica giudiziaria*, Marsilio Venezia, 2013.

149 S. SCUTO, *Sciascia e il potere dei giudici*, cit., p. 171 -183.

150 M. PAVARINI, *L'amministrazione locale della paura*, Carocci Roma, 2006, p. 58.

151 *Ibidem*.

152 S. SCUTO, *Sciascia e il potere dei giudici*, cit.

153 S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Quodlibet Macerata, 2019, p. 276.

PARTITI POLITICI E GIUSTIZIABILITÀ. DALL'IMMUNITÀ AI RECENTI CASI DEL PARTITO "MOVIMENTO 5 STELLE"

Veronica Montani

Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

1. IL PLURALISMO GIURIDICO E IL PRINCIPIO DI IMMUNITÀ DEI PARTITI POLITICI.

Il pluralismo giuridico¹, come noto, pone l'accento sulla coesistenza di più sistemi giuridici all'interno di un medesimo spazio sociale, riconoscendo che il diritto non è un'entità monolitica imposta dallo Stato, ma piuttosto il risultato di molteplici fonti normative, che possono essere statali, consuetudinarie, o derivanti da associazioni e gruppi sociali autonomi. Il concetto di pluralismo giuridico sfida, dunque, la visione tradizionale del diritto come sistema unitario e gerarchico, dominato esclusivamente dallo Stato, portando alla luce l'importanza delle norme giuridiche prodotte al di fuori dell'apparato statale.

Storicamente, il pluralismo giuridico ha trovato espressione nei contesti coloniali, dove il diritto statale coesisteva con i sistemi giuridici tradizionali dei popoli indigeni. Nel tempo la teoria si è ampliata per abbracciare una varietà di contesti, dalla giustizia sociale, alle organizzazioni religiose, ai partiti politici, alle associazioni sportive.

1 W. CESARINI SFORZA, *Ordinamenti giuridici (Pluralità degli)*, in *Nuovissimo Digesto Italiano*, XII, 1965, 3; S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, 2 ed., Firenze, 1967; G. CAPOGROSSI, *Saggio sullo Stato*, in Id., *Opere*, Milano, 1959, 5; G. AMBROSINI, *La pluralità degli ordinamenti giuridici nella Costituzione italiana*, in AA. VV. *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, I, Milano, 1973, 5; F. MODUGNO, *Legge – Ordinamento giuridico – Pluralità degli ordinamenti. Saggi di teoria generale del diritto*, Milano, 1985, 190; Id., *Pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1985, XXXIV, 1; A. CAMMAROTA, *Il concetto del diritto e la "pluralità di ordinamenti giuridici"*, Catania, 1926 e ora in *Formalismo e sapere giuridico*, Milano, 1963, 210; V. GUELI, *Pluralità degli ordinamenti giuridici e condizioni della loro coesistenza*, Milano, 1949; N. BOBBIO, *Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano*, in P. BISCARETTI DI RUFFIA (a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, Milano, 1977, 25; Id., *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1955; Id., *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958; Id., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, 1977; Id., *Il positivismo giuridico*, Torino, 1997.

Il pluralismo giuridico non solo riconosce l'esistenza di più fonti normative che operano contemporaneamente, ma considera anche che queste fonti possano essere indipendenti l'una dall'altra, con le proprie strutture, regole e sanzioni. La loro legittimità non dipende necessariamente dal riconoscimento dello Stato, ma da un consenso sociale, religioso o istituzionale. È in questo contesto che la teoria del pluralismo giuridico si è affermata come una chiave interpretativa per comprendere la complessità del mondo giuridico contemporaneo.

Come, peraltro, ricordato da ampia dottrina², la teoria del pluralismo giuridico ha radici profonde che risalgono all'età medievale, ma ha subito una notevole evoluzione nel corso dei secoli. Le sue origini possono essere rintracciate in epoche in cui coesistevano diversi ordinamenti giuridici autonomi, come nel Sacro Romano Impero, dove si intrecciavano leggi imperiali, statuti comunali, diritto canonico e consuetudini locali.

Uno dei primi giuristi a trattare (implicitamente) di pluralismo giuridico fu Baldo degli Ubaldi³, secondo il quale la molteplicità degli ordinamenti giuridici andava considerata come fenomeno derivante dal diritto di natura poiché le leggi esistevano in base all'adeguatezza rispetto alle società che regolavano, cosicché ordinamenti giuridici diversi potevano coesistere in virtù della loro conformità a principi superiori di diritto naturale. In un simile contesto, era esclusa qualsivoglia forma di gerarchia tra ordinamenti, poiché ognuno rispondeva alle esigenze della propria comunità. La teoria di Baldo degli Ubaldi si fondava, in particolare, su una visione unitaria del diritto, articolata attorno a tre proposizioni fondamentali che traggono origine dal diritto naturale e che mirano a spiegare la pluralità degli ordinamenti giuridici all'interno di un contesto universale e razionale.

2 E. ALLORIO, *La pluralità degli ordinamenti giuridici e l'accertamento giudiziale*, in *Riv. dir. civ.*, 1955, 247; G. BOSCO, *La pluralità degli ordinamenti giuridici nell'ambito del diritto delle genti*, in *Studi in memoria di Guido Zanobini*, IV, Milano, 1965, 93; G. CAPOGRASSI, *Note sulla molteplicità degli ordinamenti giuridici*, in *Opere*, IV, Milano 1959, 181; M.S. GIANNINI, *Sulla pluralità degli ordinamenti giuridici*, in C. GINI (a cura di), *Atti del Congresso internazionale di sociologia*, IV, Roma, 1950; ID., *Gli elementi degli ordinamenti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958; C. MORTATI, *Note introduttive ad uno studio sulle garanzie dei diritti dei singoli nelle formazioni sociali*, in AA.VV., *Studi in onore di Salvatore Pugliatti*, III, Milano, 1978; V. GUELI, *La pluralità degli ordinamenti giuridici e condizioni della loro consistenza*, Milano, 1949; A. LAMBERTI, *Gli ordinamenti giuridici. Unità e pluralità*, Salerno 1980, 148; L. PICCARDI, *La pluralità degli ordinamenti giuridici e il concetto di rinvio*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, 1940, 249.

3 Si tratta del commento alla costituzione *omnes populi*, inserita nel primo libro del Digesto e cioè del commento al tratto iniziale delle Istituzioni di Gaio, inserito, quale frammento normativo, in D. I, 1, 9: così ampiamente A. CERRI, *Pluralità delle fonti e pluralità degli ordinamenti*, in *Riv. it. Scienze giur.*, 2010, I, 55.

Secondo tale accezione, tutti gli ordinamenti giuridici – con i propri limiti e il proprio ambito di applicazione - trovano la loro giustificazione ultima in un unico diritto naturale esistendo un “*unicum ius*”, un diritto universale, che, pur riconoscendo la molteplicità delle leggi e degli ordinamenti, ne garantisce la validità e la coerenza. Il pluralismo giuridico, così, si concilierebbe con la molteplicità delle leggi attraverso un principio unificatore, fondato sulla natura stessa delle comunità umane.

È tuttavia, nel XX secolo che il pluralismo giuridico ha ricevuto una trattazione sistematica e moderna. Ne “*L’ordinamento giuridico*”, infatti, l’illustre giurista Santi Romano⁴ propone quello che è stato riconosciuto come il fondamento del pluralismo giuridico contemporaneo, sfidando l’idea dominante che il diritto sia esclusivamente espressione della volontà dello Stato e proponendo, invece, una visione pluralistica e istituzionalistica del fenomeno giuridico attraverso l’idea che gli ordinamenti giuridici non siano necessariamente subordinati a uno stato o a un’autorità centrale, ma che possano esistere e funzionare in parallelo.

Per Santi Romano, l’essenza del diritto non risiede primariamente nelle norme, ma nelle istituzioni quali entità autonome, realtà sociali che producono e applicano norme per regolare il proprio funzionamento e i rapporti tra i loro membri e dunque dotate di un ordinamento giuridico interno che ben può coesistere con altri ordinamenti. Ogni gruppo sociale dotato di una struttura stabile, finalità comuni e organizzazione propria può, secondo il pensiero del giurista, costituire un ordinamento giuridico autonomo, indipendentemente dal riconoscimento statale.

Così inteso, rompendo con il monismo giuridico, secondo cui il diritto sarebbe un prodotto esclusivo dello Stato sovrano e criticando il normativismo giuridico all’epoca dominante, secondo cui il diritto è costituito esclusivamente da norme emanate da un’autorità sovrana e che hanno forza vincolante in virtù della minaccia di sanzioni, il pluralismo giuridico diviene corollario logico della teoria istituzionalista. Il diritto non viene più visto come un sistema unico e chiuso, esclusivamente legato allo Stato, ma, all’opposto, ben può essere prodotto da una varietà di ordinamenti, come i sindacati, le associazioni sportive, le comunità religiose e altre formazioni sociali che si intersecano e si sovrappongono.

4 S. ROMANO, *L’ordinamento giuridico*, cit. Imprescindibile, M.S. Giannini, *Sulla pluralità degli ordinamenti giuridici*, in C. Gini (a cura di), *Atti del XIV congresso internazionale di sociologia*, vol. IV, Roma, 1951, ora in Id., *Scritti*, III, (1949-1954), Milano, 2003, 411, Id., *Gli elementi degli ordinamenti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, 219 ss. e ID., *Autonomia*, in *Studi per Luigi Rossi*, Milano, 1952, 208 ss.

Come sinteticamente ripercorso, dunque, uno degli elementi chiave del pluralismo giuridico è la nozione di ordinamenti autonomi, inteso quale un sistema normativo che si sviluppa all'interno di un gruppo sociale o istituzione e che possiede la capacità di autoregolamentarsi⁵. Gli ordinamenti autonomi, infatti, non solo nascono e perseguono specifiche finalità, che possono non coincidere con quelle dello Stato, ma godono anche di una certa indipendenza rispetto all'ordinamento statale stesso. Causa e conseguenza di ciò è la necessità e la capacità di detti ordinamenti di autoregolarsi, stabilendo le proprie regole e le proprie procedure e affidando le decisioni al gruppo, che spesso riflette i valori, le credenze e gli obiettivi specifici di quell'istituzione da cui l'ordinamento autonomo promana. La legittimità degli ordinamenti autonomi deriva, infatti, non da poteri esterni o dal riconoscimento statale bensì dal consenso dei membri dell'istituzione stessa, così che l'efficacia delle norme risulta basata sulla volontà dei membri di aderire a esse⁶.

L'esistenza di ordinamenti giuridici autonomi solleva, però, questioni sul ruolo dello Stato come fonte ultima del diritto e pone il problema di come gestire i conflitti tra le norme prodotte da ordinamenti autonomi e quelle emanate dallo Stato, dall'altro⁷. Così, solo per far riferimento a due ordinamenti autonomi nati nel contesto dell'associazionismo, interesse di queste pagine, ben si possono citare le ipotesi di regole interne o di decisioni disciplinari prese da un'associazione sportiva o da un partito politico in conflitto con i diritti dei singoli garantiti dall'ordinamento statale (o in contrasto con i principi costituzionali di un Paese).

Ecco che, in questo contesto, i partiti politici godevano di una notevole autonomia nel disciplinare la loro organizzazione interna e nel prendere decisioni riguardanti la selezione dei candidati, la gestione delle risorse finanziarie e la disciplina dei membri e, più in generale, tutti i profili endoassociativi.

L'idea che attraversa questa prima fase evolutiva delle vicende partitiche era che i partiti, in quanto espressione di libertà politica e di asso-

5 Cfr. E. ROSSI, *Le formazioni sociali nella Costituzione italiana*, Padova, 1989, 67, E. TOSATO, *Rapporti fra persona, società intermedie e stato*, in AA.VV., *I diritti umani – Dottrina e prassi*, G. CONCETTI (a cura di), Roma, 1982, 711; P. RIDOLA, *Democrazia pluralistica e libertà associative*, Milano, 1987, 208.

6 Ampiamente, D. MARTIRE, *Pluralità degli ordinamenti giuridici e Costituzione repubblicana. Spunti di riflessione alla luce dell'esperienza costituzionale*, in *Dir. Pubblico*, 2017, 3, 861.

7 Per un ampio approfondimento si v. R. BASILE, S. CAPASSO, O. CLARIZIA, A. COCCO, F. TUCCILLO (a cura di), *Itinerari del pluralismo giuridico*, Napoli, 2024; AA.VV., *Pluralismo giuridico: paradigmi ed esperienze*, in *Quaderni Fiorentini*, I, 2021.

ciazione, dovessero essere tutelati da ingerenze statali, preservando così la loro capacità di agire come intermediari tra i cittadini e le istituzioni. Si trattava di una autonomia percepita e letta come una protezione contro l'interferenza statale, affinché i partiti potessero operare liberamente nella sfera politica senza il rischio di controllo giurisdizionale da parte dello Stato.

Detta autonomia, in questa prima fase, viene così interpretata come una sorta di "immunità" dalle ingerenze esterne⁸, che affonda le sue radici proprio nella teoria del pluralismo giuridico, individuando nei partiti forme di ordinamenti giuridici autonomi, capaci di autoregolarsi indipendentemente dall'intervento dello Stato. La legittimazione del loro operare con un certo grado di esenzione dal controllo giurisdizionale esterno, in particolare riguardo alle decisioni interne e al funzionamento organizzativo, li ha dunque resi immuni da un controllo giurisdizionale, soprattutto nelle questioni interne, sottraendo decisioni disciplinari, espulsioni dei membri e altre controversie interne alla sindacabilità dai tribunali ordinari per relegarle alla sfera delle questioni private puramente interne all'ente stesso.

Così, i partiti politici sono stati storicamente liberi di definire le proprie regole interne, inclusi i criteri per l'ammissione e l'espulsione dei membri, le procedure per la selezione dei candidati e l'elaborazione delle strategie politiche, elevando i rispettivi statuti e regolamenti a "costituzioni interne" vincolanti per tutti i membri poiché, come si ricordava, le controversie interne erano questioni non sindacabili dai tribunali ordinari.

2. DALL'IMMUNITÀ ALLA GIUSTIZIABILITÀ DEGLI ATTI DEI PARTITI

I partiti politici, emblematica forma di organizzazione nel funzionamento delle democrazie contemporanee, sollevano, da sempre, una serie di questioni giuridiche riguardanti il grado di sindacabilità delle loro vicende interne da parte degli organi giurisdizionali statali poiché non sono sempli-

⁸ In termini negativi circa la possibilità per l'associato del partito politico di ricorrere all'autorità giudiziaria, Cass., 1 luglio 1926, in *Foro it.*, 1926, I, c. 1149; Pret. Napoli, 19 ottobre 1959, in *Rep. Foro it.*, 1960, voce *Partiti politici*, n. 7; App. Napoli, 19 ottobre 1959, in *Giur. it.*, 1961, I, 2, c. 44; in senso favorevole, invece, Pret. Fasano, 28 febbraio 1981, in *Giur. it.*, 1982, I, c. 202, con commento (critico) di M. BASILE, *Congresso di partito e misure cautelari*. Per un'ampia disamina, si v. S. MERLINI, *I partiti politici, il metodo democratico e la politica nazionale*, in AA. VV., *Partiti politici e società civile, a sessant'anni dalla entrata in vigore della Costituzione*, Annuario AIC 2008, Napoli, 2009, 102.

cemente strumenti per la partecipazione politica ma vere e proprie istituzioni di carattere privato e coniugano dunque una duplice anima che tocca principi e valori costituzionali e principi e regole del diritto privato.

La dottrina si è lungamente interrogata sulla natura dei partiti - tanto da dover di sovente “regredire all’ineffabile punto di partenza della propria analisi prima di cimentarsi con la loro disciplina”⁹ - poiché coniugano nella loro essenza una duplice natura, “anfibia”¹⁰ e multiforme¹¹, a cavallo tra diritto pubblico e diritto privato¹², trattandosi di soggetti, sì, privati ma esercenti anzitutto una funzione pubblicistica¹³, che consiste nel «concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale», come sancito dall’art. 49 Cost.

I partiti infatti non sono né un potere dello Stato (art. 37 l. n. 87/1953)¹⁴ né un organo o una istituzione dello Stato¹⁵ né tanto meno un ente pubblico (non economico): la loro natura è stata ricostruita, in via residuale¹⁶, dalla giurisprudenza costituzionale¹⁷ e dalla dottrina¹⁸ in termini di soggetto privato titolare di funzioni pubbliche, valorizzando così la connes-

9 A. LAUDONIO, *Il Movimento in Tribunale: tramontate stelle o nessun dorma?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, I, 1267.

10 G. ALPA, *Note sulla riforma dello Statuto giuridico dei partiti politici*, in *Pol. dir.*, 1993, I, 99; V.F. BIONDI, *Il finanziamento pubblico dei partiti politici. Profili costituzionali*, Milano, 2012, 127; S. CURRERI, G. STEGHER, *I partiti politici in Italia*, in *www.federalismi.it*, 2018, 2.

11 V. P. VIRGA, *Il Partito nell’ordinamento giuridico*, Giuffrè, 1948., 24.

12 P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, 1953, 14.

13 N. PIGNATELLI, *La natura delle funzioni dei partiti politici e delle situazioni giuridiche soggettive degli iscritti*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, in *giurcost.org*, 2020; Id., *La giustiziabilità degli atti dei partiti politici tra autonomia privata ed effettività della tutela giurisdizionale*, in *Riv. Gruppo di Pisa*, 2020, 2, 4.

14 V. Corte Cost., ord., 24 febbraio 2006, n. 79 con commento di A. MANNINO, *I partiti politici davanti alla Corte costituzionale*, in *Quaderni Costituzionali*, 2006, 1; A. RIDOLEI, *La Corte costituzionale nega ai partiti politici la possibilità di sollevare conflitti di attribuzione*, in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2006; S. CURRERI, *Non varcate quella soglia!*, in *www.forumcostituzionale.it* 2006, 1.

15 Si v. G.U. RESCIGNO, *Partiti politici, Articolazioni interne dei partiti politici, diritto dello Stato*, in *Giur. cost.*, 1964, 1430 ss.

16 Così E. BETTINELLI, *Alla ricerca del diritto dei partiti politici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1985, 4, 1005.

17 Corte Cost., ord., 24 febbraio 2006, n. 79, cit., secondo cui “i partiti politici vanno considerati come organizzazioni proprie della società civile, alle quali sono attribuite dalle leggi ordinarie talune funzioni pubbliche”.

18 Nella vasta letteratura scientifica v. S. ROMANO, *Principi di diritto costituzionale generale*, Milano, 1947, 178 ss.; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *I partiti politici nell’ordinamento costituzionale*, in *Il Politico*, 1950, 11; M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere*, Bologna, 1986, 142; E. ROSSI, *Le formazioni sociali nella Costituzione italiana*, cit., 161; F. RESCIGNO, *Il diritto di associazione in partiti e il finanziamento della politica*, in R. NANIA, P. RIDOLA (a cura di) *I diritti costituzionali*, Torino, 2001, 521; A. POGGI, *La democrazia nei partiti*, in *www.aic.it*, 4/2015, 15; L. GORI, *Le elezioni primarie nell’ordinamento costituzionale*, Napoli, 2018, 23 ss.

sione tra la dimensione privatistica (soggettiva) e quella pubblicistica (oggettivo-teleologica) non potendosi ovviare “all’ambiguità, polivalenza¹⁹, elusività²⁰, vaghezza²¹ e incompiutezza²² dell’art. 49 Cost.”²³.

Non si può che essere succinti in queste pagine nel ricordare come, sebbene fu proprio l’art. 49 della nostra Costituzione a riconoscere ai partiti, per la prima volta nell’Europa del secondo dopoguerra, una rilevanza costituzionale, durante i lavori dell’Assemblea costituente abbia prevalso l’orientamento di non prevedere all’interno del dettato costituzionale l’attribuzione ai partiti politici di compiti di carattere costituzionale²⁴. I partiti politici, infatti, nascono come massima espressione dell’associazionismo privato, raggiungendosi solo nel XIX secolo, in particolare in Europa, un grado di crescente integrazione tra le loro strutture interne e i sistemi legali degli Stati in cui operano e un riconoscimento costituzionale attraverso la garanzia del diritto di tutti i cittadini a fondare o aderire a un partito politico per concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale. Di fatto, il riconoscimento costituzionale segna un punto di svolta importante in cui i partiti politici, pur essendo associazioni private, assumono un ruolo pubblico di primaria importanza, portando ad una conseguente tensione tra l’autonomia interna dei partiti e il rispetto delle norme e dei principi costituzionali dello Stato, da un lato, e delle norme del Codice civile, dall’altro.

In particolare, il tema del dibattito, sotto il profilo qui di interesse, attiene al tema dell’organizzazione interna dell’ente e ai diritti degli associati o, detto altrimenti, al profilo della democraticità dell’ente.

Le pagine della dottrina costituzionalistica²⁵ ben ricordano il lungo e travagliato percorso della formulazione dell’art. 49 Cost., privo di quel

19 V. CRISAFULLI, *I partiti nella Costituzione*, in *Jus*, 1969, 1-2, 35, 111.

20 S. MERLINI, *I partiti politici, il metodo democratico e la politica nazionale*, in AA. VV., *Partiti politici e società civile a sessant’anni dalla entrata in vigore della Costituzione*, Atti del XIII Convegno annuale, Associazione dei costituzionalisti, Napoli, 2009, 73.

21 G. PASQUINO, *Art. 49 Cost.*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1992, 26.

22 S. BONFIGLIO, *L’art. 49 della Costituzione e la regolazione del partito politico: “rilettura” o “incompiuta” costituzionale?*, in *Nomos*, 2018, 2.

23 N. PIGNATELLI, *La giustiziabilità degli atti dei partiti politici tra autonomia privata ed effettività della tutela giurisdizionale*, cit., 4.

24 Tra i contributi più recenti che ne ripercorrono le ragioni S. CURRERI, *La democrazia nei partiti politici: nuovi spunti per un tema vecchio*, in DPCE online, 2021, 1, 399.

25 C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1976. Per tutti, l’ampia ricostruzione di ampiamente, F. SCUTO, *La democrazia interna dei partiti: profili costituzionali di una transizione*, Torino, 2017, nonché S. MERLINI, *I partiti politici, il metodo democratico e la politica nazionale*, in AA.VV., *Partiti politici e società civile a sessant’anni dall’entrata in vigore della Costituzione*, Napoli, 2009, 62 ss.

riferimento alla democraticità interna, presente, all'opposto, nella formulazione dell'art. 39 co. 2 Cost. per i sindacati.

E' sulla valenza del riferimento al "solo" metodo democratico contenuto nella Carta Costituzionale con cui tutti i cittadini hanno diritto di associarsi liberamente in partiti per concorrere a determinare la politica nazionale che la dottrina ha a lungo dibattuto²⁶, da un lato, le posizioni in favore di una coesistenzialità della democrazia interna giacché "se non esiste una base di democrazia interna, i partiti non potrebbero trasfondere un indirizzo democratico nell'ambito della vita politica del Paese"²⁷; dall'altro, le argomentazioni, forti di un confronto con la formulazione del già citato art. 39 Cost. e delle diverse esperienze europee²⁸, a favore dell'inesistenza di un siffatto obbligo costituzionale e la conseguente piena autonomia organizzativa interna dei partiti. Si tratta, come ricordato, di una "lettura, quest'ultima, funzionale a respingere il timore di un'ingerenza esterna rispetto alle dinamiche interne associative da parte dello Stato e, in particolare, degli organi giudiziari, chiamati in tal modo a pronunciarsi sulle loro dinamiche interne, configurando, per tal via, una intromissione nell'autonomia dell'ente"²⁹. Del resto, la mancata disciplina dell'organizzazione interna dei partiti nel testo costituzionale fu l'esito di una precisa volontà dei Costituenti per evitare una disciplina che avrebbe potuto fornire pretesto a misure antidemocratiche. E non può, parimenti, non osservarsi come la

26 G. MARANINI, *Governo parlamentare e partitocrazia*, in *Rass. Dir. pubbl.*, VI, 1951, 18 ss.; C. ESPOSITO, *I partiti nella Costituzione italiana*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 226 ss.; V. CRISAFULLI, *La Costituzione della Repubblica italiana e il controllo democratico dei partiti*, in *Studi politici*, VII, 1960, 267 ss.; A. PREDIERI, *Democrazia nei partiti nella determinazione della politica nazionale. Equilibri e garanzie costituzionali*, *ibidem*, 288 ss.; M. D'ANTONIO, *La regolazione del partito politico*, in *Studi sulla costituzione*, vol. II, Milano, 1958, 203-230; C. PINELLI, *Discipline e controlli sulla "democrazia interna" dei partiti*, Padova, 1984. Tra gli studi più recenti v. E. ROSSI, *La democrazia interna nei partiti politici*, in *Rivistaaic.it*, 2011, n. 1; A. RUGGERI, *Note minime in tema di democrazia interna dei partiti politici*, *ibidem*; P. MARSOCCI, *L'etica politica nella disciplina interna dei partiti*, *ivi*, 2012, n. 1; A. LANZAFAME, *Sui livelli essenziali di democrazia nei partiti*, *ivi*, 2017, n.1; F. SCUTO, *L'organizzazione e il funzionamento interno dei partiti: vecchi e (apparentemente) nuovi modelli di fronte all'art. 49 Cost.*, in *Dir. cost. Riv. quad.*, 2019, n. 3, 113 ss.

27 S. CURRERI, *La democrazia nei partiti politici: nuovi spunti per un tema vecchio*, cit.

28 Così Germania, Grecia e Spagna: ampiamente, F. SCUTO, *La democrazia interna dei partiti: profili costituzionali di una transizione*, cit.

29 E. GIANFRANCESCO, *I partiti politici e l'art. 49 della Costituzione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 10/2017, 17., 10 ss.; P. RIDOLA, Art. 49, n V. CRISAFULLI, L. PALADIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 1990, 336; C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1982, 612.

garanzia costituzionale riguarda la sfera di determinazione dei singoli rispetto all'associarsi politicamente (o meno) ma non i moduli organizzativi scaturenti da tale scelta³⁰.

È stato, condivisibilmente, osservato che “in tale contesto, il partito politico è stato fortemente “attratto” sul versante della libertà di associazione, così da rimanere un’istituzione incompiuta, perché incompiuto è rimasto il riconoscimento normativo della sua funzione costituzionalmente rilevante”³¹.

Del resto, in assenza di una legge sui partiti quale base per lo sviluppo delle potenzialità insite nell’art. 49 della Costituzione, le stesse indicazioni legislative in tema di partiti - contenute nella nuova disciplina sul finanziamento pubblico dei partiti (d.l. 28 dicembre 2013, n. 149, convertito in legge 21 febbraio 2014, n. 13)³² - prescrivono la democrazia interna più

30 A. LAUDONIO, *Il MoVimento in Tribunale: tramontate stelle o nessun dorma*, cit., 1267; M. PERINI, *I partiti e la democrazia interna. Un problema irrisolto*, Milano, 2018; D. CODUTI, *Regolare i partiti politici contemporanei*, Torino, 2019; S. BONFIGLIO, G. MAESTRI, *I partiti e la democrazia. Dall’art. 49 della Costituzione italiana ai partiti politici europei*, Bologna, 2021.

31 S. BONFIGLIO, *L’art. 49 della Costituzione e la regolazione del partito politico: “rilettura” o “incompiuta” Costituzionale?*, in *Nomos*, 2017, 2, 3.

Sull’incompiutezza dell’art. 49 Cost., si v. S. MERLINI, *I partiti politici e la Costituzione (rileggendo Leopoldo Elia)*, in S. MERLINI (a cura di), *La democrazia dei partiti e la democrazia nei partiti*, cit., 9 ss.; P. RIDOLA, *L’evoluzione storico-costituzionale del partito politico*, in *Partiti politici e società civile a sessant’anni dall’entrata in vigore della Costituzione. Atti del XXIII convegno annuale – Alessandria, 17-18 ottobre 2008*, Napoli, 2009, 16; G. AMATO, *Nota su una legge sui partiti in attuazione dell’art. 49 della Costituzione*, in *Rass. Parl.*, 2012, 4, 777.

Sui diritti individuali in seno ai partiti v. A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, 1988, II, 357 ss.; E. ROSSI, *Le formazioni sociali nella Costituzione italiana*, Padova, 1989; ID., *La democrazia interna nei partiti politici*, in *Rivista AIC*, 1/2011 (18 gennaio 2011), 8; G. DEMURO, *Il dibattito sui partiti: per un diritto individuale di partecipazione politica*, in *Quad. cost.*, 2008, 144 ss.

32 Il d.l. prevede solo alcune indicazioni con riferimento alla selezione delle candidature ma non prevede prescrizioni con riferimento alla tutela dei diritti degli iscritti: è infatti previsto che qualora un partito voglia accedere al finanziamento pubblico tramite contributi privati fiscalmente agevolati debba dotarsi di uno statuto redatto nella forma dell’atto pubblico (art. 3.1), che deve contenere taluni elementi essenziali di democrazia interna e di trasparenza nei confronti degli elettori (art. 3.2) e cioè indichi (0a) l’indirizzo della sede legale nel territorio dello Stato; a) il numero, la composizione e le attribuzioni degli organi deliberativi, esecutivi e di controllo, le modalità della loro elezione e la durata dei relativi incarichi, nonché l’organo o comunque il soggetto investito della rappresentanza legale; b) la cadenza delle assemblee congressuali nazionali o generali; c) le procedure richieste per l’approvazione degli atti che impegnano il partito; d) i diritti e i doveri degli iscritti e i relativi organi di garanzia; le modalità di partecipazione degli iscritti all’attività del partito; e) i criteri con i quali è promossa la presenza delle minoranze, ove presenti, negli organi collegiali non esecutivi; f) le modalità per promuovere, attraverso azioni positive, l’obiettivo della parità tra i sessi negli organismi collegiali e per le cariche elettive, in attuazione dell’articolo 51 della Costituzione; g) le procedure relative ai casi di scioglimento, chiusura, sospensione e commissariamento delle eventuali articolazioni territoriali

quale vago principio che non puntuale prescrizione, riducendone di fatto la portata ad alcuni oneri di tipo procedimentale, al solo fine, peraltro, di permettere l'accesso a forme di finanziamento pubblico indiretto dei partiti politici³³. Oneri, peraltro, non previsti per quei partiti che non vogliono avvalersi delle agevolazioni fiscali previste per la contribuzione volontaria e indiretta ai partiti politici, per i quali è richiesta solamente la presentazione di una dichiarazione che indichi alcuni elementi minimi di trasparenza³⁴.

Come è stato puntualmente osservato, “in questo quadro, non stupisce che il controllo di legalità sui partiti, sotto il profilo della democrazia interna, sia stato assicurato dagli istituti del diritto privato e dal sindacato del giudice comune”³⁵.

Senonché anche il diritto privato degli enti del libro I del Codice civile sconta una mancanza di indicazioni puntuali circa l'estensione del concetto di democraticità delle associazioni e la necessità (o meno) che essa caratterizzi anche gli enti privi di personalità giuridica. E, ancor prima in termini logici, si poneva il problema di applicare gli approdi dottrinali e giurisprudenziali anche ai partiti³⁶.

del partito; h) i criteri con i quali sono assicurate le risorse alle eventuali articolazioni territoriali; i) le misure disciplinari che possono essere adottate nei confronti degli iscritti, gli organi competenti ad assumerle e le procedure di ricorso previste, assicurando il diritto alla difesa e il rispetto del principio del contraddittorio; l) le modalità di selezione delle candidature per le elezioni dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia, del Parlamento nazionale, dei consigli delle regioni e delle province autonome di Trento e di Bolzano e dei consigli comunali, nonché per le cariche di sindaco e di presidente di regione e di provincia autonoma; m) le procedure per modificare lo statuto, il simbolo e la denominazione del partito; n) l'organo responsabile della gestione economico-finanziaria e patrimoniale e della fissazione dei relativi criteri; o) l'organo competente ad approvare il rendiconto di esercizio; o-bis) le regole che assicurano la trasparenza, con particolare riferimento alla gestione economico-finanziaria, nonché il rispetto della vita privata e la protezione dei dati personali. Inoltre, se non vogliono subire la riduzione delle suddette risorse finanziarie, i partiti non devono candidare al Parlamento nazionale e europeo più del 40% di uomini o di donne (art. 9.2.).

33 L. GORI, *I paradossi della democraticità interna ai partiti politici. Le c.d. elezioni primarie del Partito democratico*, in *Osservatorio Costituzionale*, 2023, 5, 8.

34 A pena di ricusazione ex art. 22.1-bis D.P.R., devono provvedere all'indicazione 1) del legale rappresentante del partito o del gruppo politico organizzato, del soggetto che ha la titolarità del contrassegno depositato e della sede legale nel territorio dello Stato; 2) degli organi del partito o del gruppo politico organizzato, della loro composizione nonché delle relative attribuzioni” (art. 14.1 D.P.R. cit. come modificato dall'art. 1.6.a) e b) l. 3 novembre 2017, n. 165).

35 S. BONFIGLIO, *L'art. 49 della Costituzione e la regolazione del partito politico*, cit.

36 Per tutti F. GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*: artt. 36-42 c.c., in

Come già ricordato, sulla base delle teorie di Santi Romano, prima e di Virga poi, la giurisprudenza si era sempre dichiarata priva di competenza rispetto alla sindacabilità delle vicende interne all'organizzazione e alla gestione dei partiti, attribuendo agli stessi una sorta di immunità dal sindacato del giudice sui provvedimenti interni³⁷ in ragione della loro specificità rispetto alla più generica categoria delle associazioni non riconosciute, data dal perseguimento di fini ideali e dalla conseguente mancanza di un profilo patrimoniale, che ne permettesse di riconoscere la natura di contratto.

Il dettato dell'art. 36 c.c. e la valorizzazione dell'autonomia contrattuale dell'associazione pressoché illimitata legittimavano, quindi, un atteggiamento di totale indifferenza e non ingerenza da parte dello Stato nelle questioni interne e nella relativa carenza di giurisdizione dell'ordinamento statale³⁸.

Tale approdo è però scardinato verso la seconda metà del secolo scorso.

Una dottrina illuminata³⁹, attraverso la valorizzazione della comune natura contrattuale delle associazioni di fatto e non e l'opportunità di una applicazione diretta delle norme previste dal codice civile per le prime in favore delle seconde, in ragione del dato costituzionale offerto dall'art. 2 secondo cui devono riconoscersi e garantirsi i diritti inviolabili dell'uomo nelle formazioni sociali, propone il superamento del binomio, fino ad allora dicotomico, del partito quale associazione e quale istituzione per giungere alla conseguente garanzia della protezione giudiziaria dei diritti dei singoli anche all'interno dei partiti (e dei sindacati).

Una convivenza del dato costituzionale con quello privatistico, dunque, che non scalfiva la natura contrattualistica del partito ma permetteva di giungere alla sindacabilità da parte del giudice dei suoi atti interni per non tradire la promessa di protezione che la Costituzione garantisce al singolo anche all'interno delle formazioni intermedie tra Stato e individuo.

A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Bologna-Roma, 1976, 188; F. FERRARA, *Le persone giuridiche*, in *Trattato Vassalli*, II, 1, Torino, 1956; D. RUBINO, *Le associazioni non riconosciute*, Milano, 1952.

37 Si v. sul tema P. RESCIGNO, *Profili privatistici del finanziamento della politica*, in *Quad. cost.*, 1999, 247-253; e, prima, Id., *Sindacati e partiti nel diritto privato*, in Id., *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, Padova, 1987.

38 Per una ricostruzione di sistema si v. G. PONZANELLI, *Introduzione*, in R. BREDI, L. BUGATTI, V. MONTANI, G. PONZANELLI, *Le associazioni non riconosciute*, in P. SCHLESINGER (fondato da) e F.D. BUSNELLI (diretto da), *Il codice civile. Commentario*, Milano, 2016, 17.

39 F. GALGANO, *Principio di legalità e giurisdizione civile nelle controversie interne ai partiti politici*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1984, 378 ss.; e, prima, Id., *Partiti e sindacati nel diritto comune delle associazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, II, 507 ss., Id., *Principio di legalità e giurisdizione civile nelle controversie interne ai partiti politici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, 378.

Nasce una nuova stagione in cui hanno fine le immunità dei partiti politici⁴⁰ (e delle associazioni sindacali) e si discorre di rinascita della libertà del singolo non più e non solo verso lo Stato, ma anche nei confronti delle formazioni sociali e delle associazioni in particolare. Ancora una volta, l'art. 2 della Costituzione offre la base giuridica per ritenere che la protezione dell'individuo vada perseguita senza discriminazione, tanto nelle associazioni dotate di personalità giuridica quanto in quelle prive. La centralità della libertà associativa, che caratterizzava la fine degli anni Sessanta, cede dunque il passo - più o meno incisivamente, secondo le diverse letture offerte dalla dottrina - a cavallo tra gli anni Settanta e Ottanta alle esigenze di tutela del singolo all'interno dei fenomeni associativi⁴¹.

L'autonomia contrattuale di cui all'art. 36 c.c., infatti, deve trovare un preciso limite nella necessità di tutela dei diritti del singolo nei confronti del possibile arbitrio dei gruppi sociali.

Sebbene la lettura costituzionalmente orientata proposta non fu abbracciata dalla giurisprudenza successiva, i giudici giunsero ad una valorizzazione del solo dato civilistico e ad una piena equiparazione, forse anche troppo marcata, alle associazioni non riconosciute⁴², ponendo, a questo punto, la necessità di individuare e applicare in via diretta o analogica le disposizioni relative alle associazioni riconosciute quali gli artt. 21, 23 e 24 c.c. senza però compromettere e annullare - solo ed esclusivamente in favore delle ragioni del singolo - le ragioni dell'ente che potrebbero soccombere innanzi all'applicazione degli artt. 23 e 24 c.c.⁴³: "l'interven-

40 P. RESCIGNO, *Immunità e privilegio*, cit., 379; C. PINELLI, *Possibilità e limiti di intervento dei giudici nelle controversie interne ai partiti politici nella recente esperienza italiana*, in *Giur. cost.*, 1991, 2994; M.A. URCIUOLI, *La tutela del singolo nei partiti politici*, Napoli, 1990, 40; L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano 1967, 403; M. BASILE, *L'intervento dei giudici nelle associazioni*, cit., 206; P. FEMIA, *Politica e libertà di contratto. I partiti politici nel pensiero di Francesco Galgano*, in AA.VV, *Partiti politici e ordinamento giuridico*, cit., p. 25 ss. Esprime il timore di insidie alla libertà dei gruppi ove si ammettesse un potere di interferenza dell'autorità giudiziaria nella vita dell'ente, G. VOLPE PUTZOLU, *Le associazioni tra codice e Costituzione*, cit., 298; ID., *La tutela dell'associato in un sistema pluralistico*, cit., 68; P. PERLINGIERI, *Esclusione dall'associazione non riconosciuta ed ordine pubblico costituzionale*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, 840; ID., *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, 537; ID. (a cura di), *Partecipazione associativa e partito politico*, Napoli, 1993; ID., *Francesco Galgano e i partiti politici*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, 629.

41 Sia concesso di rinviare a V. Montani, sub. art. 36 c.c., in R. BREDI, L. BUGATTI, V. MONTANI, G. PONZANELLI, *Le associazioni non riconosciute*, cit., 31 ss.

42 E. CATERINA, *Il giudice civile e l'ordinamento interno dei partiti politici*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2016, 3, 1, parla di "riduzione civilistica" partito del tutto insensibile alle esigenze emergenti dal testo della Costituzione

43 Si v. PIGNATELLI, *La giustiziabilità degli atti dei partiti politici tra autonomia privata ed effetti-*

to del Giudice potrebbe allora essere giustificato solo sul diverso piano dell'inadempimento contrattuale, sempre facendo riferimento a quel che dice lo statuto, anche sulla base di alcuni principi generali del diritto delle obbligazioni"⁴⁴.

Si tratta, del resto, di una tipologia di "conflitti" che vede assai spesso interessati i partiti politici (e i sindacati), soprattutto con riferimento a decisioni assembleari contrarie alla legge, all'atto costitutivo o allo statuto, ai dinieghi di ammissione e alle assai frequenti esclusioni di membri dell'associazione partitica.

Le cronache giornalistiche prima e giudiziarie poi degli ultimi anni, infatti, confermano l'elevato grado di conflittualità tra contrapposti interessi all'interno dei partiti politici e la giurisprudenza è stata a più riprese chiamata a declinare la democrazia interna dei partiti rispetto alla selezione delle candidature per le elezioni; all'elezione della maggiori cariche interne; alla partecipazione degli associati al processo decisionale; ai diritti dei singoli associati nel partito; alle modalità di accesso ed iscrizione; alle procedure di espulsione; alla tutela delle minoranze interne⁴⁵. L'intervento del giudice ordinario nella vita dei partiti politici si arresta, però, al controllo di legalità e conformità statutaria delle deliberazioni generali ed espulsive ai sensi degli artt. 23, 24 e 36 c.c.⁴⁶, oltre che ammissibile per il ripristino della legalità interna: al contempo, è circoscritto a tali ambiti, non potendosi inserire nella fase antecedente alla nascita del vincolo associativo⁴⁷.

vità della tutela giurisdizionale, cit., 4 per l'ampia e puntuale anali.

44 G. PONZANELLI, *Introduzione*, cit., 20.

45 F. SCUTO, *La democrazia interna dei partiti: profili costituzionali di una transizione*, cit.

46 Trib. Roma, ord. 23 marzo 1995, in *Foro it.*, 1995, I, c. 2575; Trib. Roma, ord. 30 giugno 1982, in *Giur. it.*, 1984, I, 2, c. 362

47 Non si configura infatti un diritto soggettivo per il terzo all'ingresso nell'associazione stessa. La natura contrattuale del fenomeno associativo esclude la configurabilità di un diritto tutelabile ad essere ammessi quali nuovi associati, giacché dovrà discorrersi, come abitualmente avviene nelle dinamiche contrattuali, di proposta, cui dovrà seguire un'accettazione di adesione da parte dell'associazione. A fronte della mancata accettazione della proposta di adesione, il campo di intervento della giurisdizione civile si deve arrestare alla mera violazione delle norme procedurali, non potendosi, invece, estendere ad un controllo di merito sulle ispirazioni ideali del gruppo, che rimane l'unico legittimato a valutare la domanda dell'aspirante associato e a dover esprimere la relativa accettazione, quale atto di autonomia contrattuale privata.

Emblematica in tal senso, la vicenda nota come "caso Pannella" in cui i giudici furono chiamati a pronunciarsi sul difficile equilibrio tra le pretese del singolo e la libertà dell'associazione. In tale occasione si chiarì come, al pari di ogni altra associazione, non è ravvisabile nell'art. 16 c.c. né un obbligo a contrarre per le associazioni né un'offerta contrattuale al pubblico ai sensi dell'art. 1336 c.c., respingendosi, quindi, quell'indirizzo che leggeva nel giudizio di ammissione una mera verifica della sussistenza, in capo all'aderente, delle condizioni previste per l'adesione, in presenza delle quali l'ammissione avrebbe costituito un vero e proprio dovere di adempimento delle obbligazio-

3. LA GIURISPRUDENZA PIÙ RECENTE: LA CENTRALITÀ DEL DIRITTO CIVILE

Assai recentemente, è stato osservato come “non pare esagerato discutere di “crisi” della democrazia (o, per chi ama le metafore, di “eclissi” democratica) nei partiti politici italiani e nei gruppi parlamentari”⁴⁸: un’attenta dottrina, in particolare, ha ricondotto le vicende in discussione entro il perimetro di alcune casistiche quali “(a) sull’oblio, in alcune organizzazioni politiche, delle regole statutarie, a vantaggio di una forte leadership capace di convogliare consensi e di orientare le scelte strategiche ed organizzative del partito; (b) sull’opposta tendenza a “codificare”, nelle regole statutarie, una serie di ampi poteri in capo a pochi soggetti; (c) sulla costituzione di un partito politico a ridosso della tornata elettorale (con una serie di implicazioni che non sembra siano state adeguatamente soppesate); (d) sull’esistenza di partiti “senza statuto” (o virtuali) che sono in grado di interagire con le altre organizzazioni politiche grazie ad consenso che non si fonda sugli iscritti al gruppo e neanche sul successo elettorale, ma sul gradimento del “pubblico” espresso attraverso la potente macchina dei sondaggi”⁴⁹.

Si tratta di questioni⁵⁰ che sembrano porsi sia in relazione ai partiti più “tradizionali” sia in relazione al MoVimento 5 Stelle, interessato da una nutrita serie di interventi giurisdizionali nell’ultimo decennio, che hanno

ni contrattuali. Diversamente, allorché il singolo diviene membro dell’associazione l’ampiezza del potere di intervento del giudice cambia. Il mero interesse del cittadino a divenire associato di una formazione sociale — in quanto tale non azionabile — diviene diritto soggettivo a rimanerne membro, poiché dalla semplice proposta contrattuale si addiuvine al perfezionamento del contratto associativo, in relazione al quale sussiste tanto un diritto di recesso da parte del singolo, quanto un diritto di risoluzione da parte dell’associazione (*rectius*: esclusione) in presenza di gravi motivi. Al pari delle previsioni in materia contrattuale che richiedono un inadempimento di non scarsa rilevanza, nel fenomeno associativo la sussistenza della gravità della condotta dell’associato e le relative motivazioni addotte dalla delibera assembleare risultano sindacabili da parte dei giudici ai sensi dell’art. 24 c.c.

48 G. IORIO, *Prassi statutaria e crisi della democrazia nei partiti politici*, in G. IORIO, P. ZICCHITTU, *Lo statuto dei partiti politici tra diritto pubblico e diritto privato*, Torino, 2021, 101.

49 Così, G. IORIO, *Prassi statutaria e crisi della democrazia nei partiti politici*, cit., 102 a cui si rimanda per un’approfondita analisi.

50 Ampiamente F. SCUTO, *La democrazia interna dei partiti: profili costituzionali di una transizione*, Torino, 2017, spec. 3; E. CATERINA, *Il giudice civile e l’ordinamento interno dei partiti politici: alcune considerazioni sulle recenti ordinanze dei Tribunali di Napoli e Roma*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2016, 3; G. GRASSO, *Il controllo giurisdizionale della democrazia nei partiti: le più recenti tendenze nella lente del Movimento 5 Stelle*, in *Riv. dir. comparati*, 2019, 3; M.V. DE GIORGI, *È la politica, bellezza!*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, 1342, ora in *Id.*, *Enti del libro primo e del Terzo settore. Ventun scritti fra due secoli*, Pisa, 2021, 323; *Id.*, *La legge è uguale per tutti, la giurisprudenza no*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, I, 871.

offerto dopo molti anni l'occasione ai giudici per tornare a pronunciarsi sull'ordinamento interno di un partito politico oltre che sui provvedimenti di espulsione.

I molti provvedimenti che hanno interessato il suddetto partito possono in particolare ricondursi alle vicende correlate all'uso del nome e del simbolo del partito; ai molti casi di espulsione di associati dell'ente; alle modalità di revisione e modifica delle regole statutarie del partito (e alla validità delle conseguenti deliberazioni assunte) rispetto al ruolo dell'assemblea. Proviamo a procedere con ordine.

Nel 2009 viene creata l'Associazione non riconosciuta "MoVimento 5 Stelle", disciplinata dalle regole del c.d. "Non-Statuto", di cui Giuseppe Piero Grillo è legale rappresentante. Alla fine del 2012, per ottemperare ai requisiti previsti per la partecipazione alle elezioni politiche del 2013, viene creata una nuova associazione non riconosciuta "Associazione MoVimento 5 Stelle"⁵¹. Tra le varie previsioni, lo statuto contiene la descrizione e la rappresentazione del contrassegno, attribuito in via esclusiva a Giuseppe Piero Grillo. Di lì a poco, nel dicembre 2014 viene adottato un nuovo Regolamento⁵², in modo del tutto unilaterale da parte del "Capo politico" del partito. Le stringenti regole dettate dai fondatori del movimento ridisegnano la struttura interna dell'associazione: oltre al "Capo politico", che aveva il compito di avviare i procedimenti disciplinari e di decidere in prima istanza sull'espulsione di membri (art. 4 Reg.), era prevista un'assemblea e altri due organi, privi di veri e propri poteri decisionali, denominati "Comitato d'appello" e "Consiglio Direttivo"⁵³.

Appartengono a questo secondo periodo della storia del MoVimento 5 Stelle i numerosi provvedimenti di espulsione, seguiti da altrettanto cospicui ricorsi avanti le Corti.

51 Ai sensi dello statuto, la nuova associazione "riconosce come proprio il diritto costituzionale dei cittadini aderenti al MoVimento 5 Stelle a determinare la politica nazionale mediante la presentazione alle elezioni di candidati e liste di candidati individuati secondo le procedure di diretta partecipazione attuate attraverso la Rete Internet ed opera per il suo esercizio. L'Associazione potrà attuare campagne di sensibilizzazione sugli argomenti del Programma del MoVimento 5 Stelle e si occuperà dello svolgimento degli adempimenti tecnico-burocratici necessari a consentire la presentazione alle elezioni politiche di candidati scelti in Rete dagli aderenti al Movimento 5 Stelle".

52 Esso contiene una normativa dettagliata in materia di diritti e doveri degli iscritti, competenze dell'assemblea degli iscritti, cause di espulsione e procedimento disciplinare.

53 Per un maggior dettaglio si v. E. CATERINA, *Il giudice civile e l'ordinamento interno dei partiti politici: alcune considerazioni sulle recenti ordinanze dei tribunali di Napoli e di Roma*, cit., 5-6.

3.1 LE ESPULSIONI E LE ESCLUSIONI DEGLI ASPIRANTI CANDIDATI ALLE ELEZIONI

I Giudici di Roma⁵⁴ e di Napoli⁵⁵, a distanza di pochi mesi l'uno dall'altro, vengono aditi delle vicende di cui sopra e giungono, seppur con percorsi argomentativi diversi, al medesimo risultato di sospensione cautelare dei provvedimenti di espulsione. Le due pronunce, che aprono le danze alla stagione di giurisprudenza in tema di rapporto tra giudice e ordinamento interno dei partiti politici, costituiscono quasi un *unicum*: “occorre infatti andare indietro di venti anni per trovare, tra le decisioni pubblicate⁵⁶, un altro caso in cui un giudice italiano si sia addentrato in modo così incisivo negli *interna corporis* del «moderno principe», e, in generale, è possibile rinvenire solo un precedente di sospensione cautelare di un provvedimento di espulsione da un partito⁵⁷. Ma, soprattutto, non si era mai avuta una pronuncia incidentale di nullità di norme statutarie di un partito”⁵⁸.

Il Tribunale di Napoli, in particolare, esclusa qualsivoglia forma di accettazione del Regolamento da parte dei ricorrenti, giunge alla sospensione del provvedimento di espulsione rilevando la nullità del Regolamento⁵⁹

54 Trib. Roma, 12 aprile 2016, in www.civiumlibertas.blogspot.com. *Il ricorso è stato proposto da tre membri candidatisi alle “Comunarie” ed espulsi per diverse motivazioni*. Per un commento all'ordinanza del Giudice capitolino e a quella di cui alla nota successiva del Giudice napoletano si v. E. CATERINA, *Il giudice civile e l'ordinamento interno dei partiti politici: alcune considerazioni sulle recenti ordinanze dei tribunali di Napoli e di Roma*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2016, 3; ID., *Le espulsioni dal MoVimento 5 stelle davanti al giudice civile*, in *Quaderni costituzionali*, 2016, 793; M. BASILE, *Il “movimento 5 stelle” al vaglio dei giudici civili*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, I, 249.

55 Trib. Napoli, 14 luglio 2016, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, 1342 con il commento di M.V. DE GIORGI, *Politica, Bellezza! L'impugnazione napoletana vede protagonisti 28 ex membri M5S esclusi dal partito con l'addebito di aver partecipato clandestinamente a un “gruppo” su Facebook destinato alla discussione dell'offerta politica interna al M5S in vista delle elezioni amministrative*.

56 Cfr. Trib. Roma, ord., 23 marzo, 12 maggio e 3 giugno 1995, in *Foro it.*, 1995, I, cc. 2559.

57 Pret. Roma, ord., 6 dicembre 1986, in *Foro it.*, 1987, I, c. 2573.

58 E. CATERINA, *Le espulsioni dal MoVimento 5 stelle davanti al giudice civile*, in *Riv. it. dir. cost.*, 2016, 4, 793.

59 Si legge: “le norme contenute nel Regolamento pubblicato sul portale del leader politico del Movimento non possono disciplinare le materie, come quella dell'esclusione degli associati, riservate dalla legge alla competenza assembleare, in mancanza di una disposizione in tal senso dello statuto; né quel Regolamento può essere inteso come fonte idonea a modificare le norme dello statuto, in quanto le modificazioni dello statuto sono soggette ad un procedimento assembleare «rinforzato», ai sensi del secondo comma dell'art. 21 c.c. (...) Il Regolamento del 2014, non ponendosi come fonte equiordinata allo statuto, non può derogare al terzo comma dell'art. 24 c.c. che prevede la competenza assembleare per la deliberazione delle esclusioni di singoli associati”.

“in quanto non previsto nello Statuto (Non Statuto) ed in quanto adottato da soggetti che in base allo Statuto non avrebbero legittimazione”; il regolamento avrebbe dovuto ricevere l’approvazione da parte dell’assemblea e non essere emanato unilateralmente da altro organo del partito.

Più nel dettaglio, poiché il Non Statuto nulla prevedeva al riguardo, l’assemblea era l’organo chiamato a deliberare e avrebbe dovuto farlo con le modalità e i *quorum* di cui all’art. 21 co. 2 e 24 c.c. In assenza di previsioni diverse o derogatorie, nel silenzio degli accordi interni tra associati, trovano pacificamente applicazione le norme dettate per gli enti personificati in via suppletiva ed era dunque compito dell’assemblea deliberare sui provvedimenti di espulsione così come sulle modifiche allo statuto. In violazione di ciò, il provvedimento di espulsione è illegittimo e il Regolamento nullo⁶⁰.

Diversamente, il Tribunale di Roma ha ritenuto che i ricorrenti non potessero “eccepire l’inesistenza o nullità ovvero il mancato accordo (totalitario) degli associati, poiché, per quanto riguarda la loro specifica posizione, hanno accettato il nuovo strumento di regolamentazione dei rapporti interni, prestandovi adesione”, una sorta di adesione *per facta concludentia* da parte degli espulsi che si erano rivolti al “comitato d’appello” previsto appunto nel Regolamento⁶¹ (e, più in generale, una accettazione da parte di tutti i membri del partito attraverso la ratifica della nomina *online* di due dei tre componenti del “Comitato d’appello”).

Al di là del percorso argomentativo più o meno condivisibile⁶², ciò che risulta particolarmente interessante nelle due sentenze è il grado di ampiezza del sindacato compiuto, con un superamento di quell’indirizzo sopra richiamato che vuole l’intervento del giudice arrestarsi al controllo di legittimità e conformità statutaria delle deliberazioni generali ed espulsive ai sensi degli artt. 23, 24 e 36 c.c. Il Giudice capitolino, in particolare, attesa, a suo

60 Più precisamente la pronuncia napoletana discorre di invalidità.

61 Il Giudice osserva che “*il fatto che si sia proceduto alla nomina di due dei tre componenti del Comitato d’appello (...) a seguito di votazione in rete fa ritenere che gli iscritti al Movimento 5 Stelle si siano espressi anche sul Regolamento in sé e lo abbiano accettato*”.

62 Un’attenta dottrina osserva che “le espulsioni al Tribunale di Roma sono apparse nulle per mancanza di “gravi motivi” che le giustificassero; al Tribunale di Napoli perché decise da organo diverso dalla assemblea dagli iscritti. Né l’uno né l’altro Giudice hanno adeguatamente motivato l’applicazione ad una associazione non riconosciuta come il M5S di una norma dettata per le associazioni riconosciute, e hanno considerato la possibilità – invece forse meglio argomentabile – di dichiarare invalide le espulsioni per una causa più radicale di quella da ciascuno addotta, vale a dire per non essere legittimate dall’ordinamento interno del M5S.”: così, M. BASILE, *Il “movimento 5 stelle” al vaglio dei giudici civili*, cit., 249.

giudizio l'accettazione del Regolamento, si spinge e valutare «l'effettiva sussistenza della causa fondante la misura sanzionatoria, ossia la sussistenza degli inadempimenti o degli illeciti imputati dall'ente all'associato al momento dell'assunzione della delibera sanzionatoria, la loro riconducibilità alla fattispecie prevista dalla legge o dallo statuto, nonché la congruità della motivazione adottata a sostegno della ritenuta gravità della condotta imputata» e ricorre al parametro della «gravità» dei motivi di espulsione ex art. 24 c.c. per effettuare una valutazione di proporzionalità tra la condotta contestata al membro espulso e la sanzione di espulsione stessa, in presenza di «formule generali ed elastiche» nello statuto.

Si tratta quindi di una decisione che entra nel merito delle motivazioni dei provvedimenti di espulsione, accertando la sussistenza degli illeciti imputati e valutandone la gravità⁶³.

Nel medesimo filone si inseriscono anche le successive pronunce dei Giudici di Genova⁶⁴, Palermo⁶⁵ (e ancora Roma⁶⁶), riguardanti l'esclusione di aspiranti candidati alle elezioni amministrative locali dalle liste del MoVimento 5 Stelle. Nel caso siciliano all'associato veniva comunicata via *email* la sua incandidabilità in ragione della pendenza di un procedimento disciplinare innanzi al Collegio dei Probiviri del partito per la mancata sottoscrizione del Codice Etico; condotta quest'ultima, però, che non era mai stata indicata come disciplinarmente rilevante, e per la quale non era mai stata data comunicazione dell'avvio di procedimento volto all'irrogazione di alcuna sanzione. Analogamente, nel caso ligure una associata era stata esclusa dalle "comunarie", per le quali era risultata vincitrice, in ragione di alcuni *like* a commenti di fuoriusciti dal MoVimento.

In entrambi i casi i giudici rilevano che il controllo dei singoli associati può riguardare anche gli atti gestori, non solo in relazione alla conformità alla legge o allo statuto, come previsto dall'art. 23 c.c. per le delibere assembleari⁶⁷, bensì in relazione al carattere lesivo dei diritti del singolo as-

63 E. CATERINA, *Le espulsioni dal MoVimento 5 stelle davanti al giudice civile*, cit., 793.

64 Trib. Genova, 10 aprile 2017, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, I, 871 con commento di M.V. DE GIORGI, *Regolamento 5 stelle: la legge è uguale per tutti, la giurisprudenza no*; G. GRASSO, *La "cifra democratica" del movimento 5 stelle alla prova dell'art. 49 della costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 2017, 3, 616; G. MIGNONE, *Movimento 5 stelle: a che servono gli intellettuali*, in *Giur. it.*, 2017, 8-9, 1890.

65 Trib. Palermo, 12 settembre 2017, in *lacostituzione.info/index.php/2017/09/197regionarie-5stelle-cosi-lo-stop-del-tribunale-di-palermo*.

66 Trib. Roma, 19 febbraio 2018, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, I, 864 con commento di G. IORIO, *L'immunità dei partiti dalle regole di democrazia interna: "quo usque tandem"?*

67 P. CARETTI, E. GRASSI, *La "giustizia interna" nei partiti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1976, 1584 ss.; nonché F. RESCIGNO, *I partiti politici*, in R. NANIA, P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*,

sociato proprio della relativa determinazione come nel caso di specie: sorge, infatti, in capo all'associato un diritto alla candidatura, laddove la scelta dei candidati non sia discrezionale e insindacabile opera di un organo interno dell'associazione ma sia invece disciplinata dalla stessa associazione.⁶⁸

I casi in questione non attengono, infatti, ad un preteso diritto soggettivo all'iscrizione ad un certo partito, che, come già ricordato non sussiste *ex se*, quanto alla difformità dei provvedimenti impugnati rispetto alla disciplina regolamentare interna del partito causata da regole organizzative e procedurali non ben coordinate tra loro (Non Statuto, regolamento interno, codice etico).

Il diritto privato comune conferma la sua funzione di presidio e di garanzia di libertà, in assenza di una diversa lettura della portata dell'art. 49 Cost., grande assente nei percorsi argomentativi in discussione.

3.2 IL NOME, IL SIMBOLO E IL CASUS *BELLI* DELLE MODIFICHE STATUTARIE

In reazione alle pronunce dei Giudici di Roma e Napoli del 2016, di fatto, il MoVimento 5 Stelle avvia nel 26 settembre dello stesso anno una revisione del Non Statuto e del Regolamento, attraverso un voto *on line*⁶⁹ conclusosi un mese dopo con approvazione delle modifiche⁷⁰ ma senza il raggiungimento del *quorum* dei due terzi prescritto dall'art. 21 co. 3 c.c.

Nuovamente alla vigilia delle elezioni politiche dell'anno successivo, viene costituita una nuova omonima associazione "MoVimento 5 Stelle", la terza, avente il medesimo contrassegno della seconda, dotata di un (nuovo) proprio statuto e di un (nuovo) proprio regolamento e contestualmente viene proposta a ogni iscritto al MoVimento l'adesione alla nuova associazione, con tanto di accettazione integrale dello Statuto, pena l'impossibilità di partecipare alle nuove votazioni.

Di lì a poco però anche le nuove regole organizzative tornano al centro delle vicende giudiziarie.

Torino 2006, 727.

68 R. BIN, "Onestà! Onestà!" *Ma ci può essere onestà senza legalità? Il Tribunale di Genova dà ragione a Cassimatis*, in *Iacostituzione.info*, 10 aprile 2017; G. GRASSO, *La «cifra democratica» del MoVimento 5 Stelle alla prova dell'art. 49 della Costituzione*, cit., 616 ss.

69 *Gli iscritti dovevano esprimersi su: 1) approvazione o meno delle modifiche proposte al Non Statuto; 2) necessità o meno di apportare modifiche al Regolamento.*

70 Si v. ancora E. CATERINA, *Le espulsioni dal MoVimento 5 stelle davanti al giudice civile*, cit., 793 per un più ampio approfondimento.

Il Tribunale di Genova⁷¹ viene nuovamente chiamato a decidere in tema di logo e nome: gli organi della seconda associazione concedono alla terza l'uso del contrassegno, realizzando in questo modo una violazione sia del diritto della prima al nome e all'uso del simbolo, poiché non sono stati in alcun modo “interpellati i soci di essa associazione sull'uso dei propri segni di identificazione prima che il nuovo ente fosse costituito”. Nasce, peraltro, un conflitto di interessi ai sensi dell'art. 78, co. 2 c.c. in conseguenza delle posizioni ricoperte da Giuseppe Piero Grillo nelle diverse associazioni M5S, cioè di essere legale rappresentante della prima associazione, Presidente del consiglio amministrativo della seconda e Garante della terza. Da qui la richiesta da parte degli associati dal 2009 di disporre in modo esclusivo del simbolo e del nome, del dominio internet e delle liste di iscrizione al MoVimento 5 Stelle, sostenendo che essi apparterrebbero ancora dell'associazione originaria, i cui diritti sarebbero poi stati indebitamente scavalcati con le novità associative intervenute prima nel 2012 e poi nel 2017. Contestualmente alla costituzione della terza associazione, infatti, veniva comunicato agli iscritti all'associazione MoVimento 5 Stelle costituita nel 2009 che “per potersi candidare e per poter partecipare alle votazioni [dovevano] iscriversi alla nuova Associazione MoVimento 5 Stelle”, configurandosi quindi un esautoramento della prima associazione in favore della terza, in violazione di diritti fondamentali dei singoli associati poiché il tutto era stato deliberato unilateralmente, senza coinvolgimento alcuno dell'assemblea degli associati.

La corte d'Appello genovese nel 2021⁷², confermando la decisione di primo grado, giunge a ritenere che non ci sarebbe stata alcuna scissione seguita a una trasformazione di un soggetto politico, ma un contenzioso tra un soggetto collettivo destrutturato che si qualificava come “non associazione” (la prima) e due associazioni strutturate, qualificabili come partiti e non frutto di scissioni (anzi, in continuità politica con la “non associazione”) e che mancasse la prova che la prima fosse la sola titolare del nome e del simbolo: per la Corte la titolarità di Beppe Grillo del marchio del

71 Trib. Genova, novembre 2019 nonchè il 12 gennaio 2018 per la nomina del curatore; ord. 27 marzo 2018 e 24 maggio 2018 in sede cautelare: si v. G. MAESTRI, *M5S, sentenza di secondo grado sulla titolarità di nome e simbolo*, in <https://www.isimbolidelladiscordia.it/2021/11/m5s-sentenza-di-secondo-grado-sulla.html> nonchè E. FALLETTI, *Il conflitto di interessi sull'uso del simbolo del M5S: la decisione del tribunale di Genova*, in lacostituzione.info/index.php/2018/01/15/il-conflitto-sulluso-del-simbolo-del-m5s-la-decisione-del-tribunale-di-genova.

72 App. Genova, 29 novembre 2021: si v. G. MAESTRI, *M5S, sentenza di secondo grado sulla titolarità di nome e simbolo*, cit.

M5S – così come del dominio del sito - secondo la previsione dell'art. 3 del “non statuto” (“Il nome del MoVimento 5 Stelle viene abbinato a un contrassegno registrato a nome di Beppe Grillo, unico titolare dei diritti d'uso dello stesso”) comportava la necessaria titolarità anche del nome. Per i giudici è “evidente che i ‘diritti d'uso’, posti alla fine del periodo, non possono che riferirsi tanto al nome quanto al contrassegno, indicati all'inizio del medesimo periodo”, essendo, peraltro, il nome “MoVimento 5 Stelle” parte del segno grafico registrato come marchio da Beppe Grillo, per cui i piani dei segni di identificazione e dei marchi hanno finito per sovrapporsi e confondersi.

Sotto altro profilo, il regolamento del 2014, modificato nel 2016, diventa un vero e proprio *casus belli* e conduce alla pronuncia dalla Cassazione dello scorso febbraio⁷³ sulla validità delle modifiche al “Non Statuto” (avvenute con un Regolamento adottato unilateralmente dal Capo Politico del partito e pubblicato on line nel dicembre 2014) e sull'approvazione del nuovo Regolamento avvenuta con le votazioni del settembre/ottobre 2016.

Tema del contendere è, nuovamente, l'applicabilità o meno della disciplina del Codice civile al partito: alcuni dei ricorrenti avevano impugnato, già nel gennaio 2017, il Regolamento del dicembre 2014 e le delibere relative alle successive modifiche; un altro ricorrente, diversamente, lamentava che non aveva potuto partecipare alle votazioni on line del 2016 perché gli era stato disattivato l'*account* già qualche settimana prima della pubblicazione del regolamento del dicembre 2014 e ciò nonostante non fosse stato colpito da alcun provvedimento di espulsione. Il blocco dell'*account*, più correttamente, aveva comportato l'impossibilità di essere destinatario della convocazione dell'assemblea e della successiva votazione.

Ancora una volta le tempistiche dei comportamenti asseritamente qualificati quali espulsioni giocano un ruolo fondamentale.

Giova sin da subito sottolineare come la sentenza in discussione non entra nel merito dell'applicazione diretta o analogica degli artt. 21 e 24 c.c. e della possibilità per i privati di derogarne al contenuto minimo e non si spinge neppure a valutare la democraticità di talune prassi del partito rispetto alla modalità di espressione dell'organo assembleare. I giudici, più limitatamente, perché tale era il perimetro entro il cui quale erano chiamati a pronunciarsi, ritengono applicabili gli artt. 21 co. 2, 23 co. 1 e 24 c.c. perché lo statuto (valido) vigente all'epoca dei fatti nulla prevedeva

⁷³ Cass., 8 febbraio 2024, n. 3575, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, I, 820, con commento di M. RENNA, *L'art. 21, comma 2, cod. civ. annienta il Regolamento del MoVimento 5 Stelle*.

riguardo al procedimento di espulsione e neppure in tema di modifiche del regolamento a mezzo voto on line, integrandosi quindi una lacuna nelle pattuizioni dei privati.

La pronuncia, quindi, ha ad oggetto un più “classico” caso di individuazione della regola applicabile nel silenzio degli accordi tra privati *ex art. 36.c.*

La validità all’epoca del solo Non Statuto, lacunoso nelle regole in rilievo, deriva, infatti, dall’impossibilità di considerare il regolamento del 2014 (adottato unilaterale e mai approvato neppure *ex post* dall’assemblea) accettato sulla base della sola inerzia degli iscritti, non potendo questa essere intesa quale volontà di avvalersi degli effetti negoziali contenuti nelle modifiche nel regolamento (e, *a fortiori*, ciò vale per i soggetti con *account* disabilitato). E poiché solo detto Regolamento del 2014 prevedeva la rete internet modello di consultazione e partecipazione democratica alla vita politica, quale modalità distinta dalla disciplina dell’assemblea, mentre il Non Statuto faceva genericamente riferimento alle consultazioni in rete per l’espressione del solo orientamento politico, la Corte prosegue nel ragionamento e osserva, sempre nel silenzio degli accordi, la necessità del voto assembleare per le modifiche dei regolamenti ai sensi delle regole ordinarie *ex art. 21 co. 2 c.c.*, previsto per le associazioni riconosciute ma applicabile anche agli enti di fatto, tale essendo anche la “non associazione”. Ne consegue non solo l’invalidità del già menzionato regolamento del 2014 ma, altresì, a cascata, della delibera del 2016 di modifica del regolamento stesso.

Parimenti, la Corte, rilevando che il Non Statuto nulla diceva sulla cessazione del rapporto associativo, nel vuoto della disciplina pattizia ha affermato che “l’esclusione degli associati è regolata dall’art. 24 c.c. (...), secondo cui l’esclusione di un associato può essere deliberata solo per gravi motivi, che devono consistere in inadempimenti rilevanti all’accordo associativo e devono essere previsti, in modo sufficientemente specifico, nello statuto, con facoltà per il medesimo di ricorrere all’autorità giudiziaria entro sei mesi dal giorno in cui gli è stata notificata la deliberazione”. Quindi, sebbene “non vi sono rigide prescrizioni di legge sul procedimento di esclusione”, non può considerarsi perfezionata l’espulsione di un associato attraverso la mera disabilitazione dell’*account*, che non solo non soddisfa gli obblighi motivazionali richiesti dal diritto positivo, ma non soddisfa nemmeno larvamente i requisiti dell’“atto unilaterale recettizio” in cui si sostanzia il provvedimento di espulsione”.

In ultima battuta, è nulla nei confronti del ricorrente escluso dalle votazioni la delibera di modifica del regolamento avvenuta nel 2016 e sus-

siste una piena legittimazione attiva da parte degli altri ricorrenti nel far valere tale vizio in ragione del difetto di convocazione nel 2016 nei confronti di tutti gli associati.

3.3 L'ESCLUSIONE DAL VOTO DEGLI ASSOCIATI DA MENO DI SEI MESI

Nelle more della vicenda, però, come si diceva, sorge la terza associazione del MoVimento 5 Stelle, il cui Regolamento del novembre 2018 prevede l'esclusione dal voto degli iscritti da meno di sei mesi, con una formulazione che rimanda ad un regolamento attuativo⁷⁴, invero mai adottato.

Nell'agosto 2021 l'assemblea del partito modifica (nuovamente) il suo statuto, introducendo la figura del Presidente quale organo dell'ente, e pochi giorni dopo elegge Giuseppe Conte quale Presidente.

La vicenda diviene, neanche a dirlo, oggetto di impugnazione da parte degli iscritti da meno di 6 mesi e nel febbraio 2022 il Tribunale di Napoli⁷⁵ sospende le due delibere in via cautelare per la sussistenza di «gravi vizi nel processo decisionale» in quanto, in ragione dell'esclusione degli iscritti da meno di sei mesi, le deliberazioni sarebbero avvenute in assenza dei *quorum* prescritti.

Nel marzo 2022 l'assemblea vota nuovamente per riconfermare «la proposta di modifica dello Statuto e la contestuale revoca della deliberazione assembleare del 17 febbraio 2021» e per l'approvazione dello statuto del MoVimento 5 Stelle nella versione approvata il 2-3 agosto 2021, aggiornato con le modifiche richieste dalla commissione di garanzia degli statuti e per la trasparenza e controllo dei rendiconti dei partiti politici ai fini dell'iscrizione del MoVimento 5 Stelle e infine per la nomina del presidente. Gli associati da meno di sei mesi non votano; questa volta però, nuovamente impugnatte le delibere, il tribunale di Napoli nel giugno scorso⁷⁶, correttamente, non accoglie il ricorso.

Nella prima tornata di votazioni, infatti, l'invalidità delle deliberazioni non derivava dalle previsioni dell'esclusione al voto *ex se* degli iscritti da meno di sei mesi, bensì dalla mancata adozione del regolamento da cui,

74 Il Regolamento, all'art. 6, lett. a) afferma: “con regolamento adottato dal Comitato di Garanzia, su proposta del Capo Politico, può essere introdotta una restrizione alla partecipazione alle Assemblee con riferimento agli iscritti da meno di 6 mesi ed agli iscritti destinatari di provvedimenti disciplinari di sospensione od espulsione”.

75 Trib. Napoli, 3 febbraio 2022, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, I, 1267, con commento di A. LAUDONIO, *Il MoVimento in Tribunale: tramontate stelle o nessun dorma?*

76 Trib. Napoli, 14 giugno 2022, sempre in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, I, 1267.

per previsione statutaria, discendeva la concreta applicabilità della previsione limitativa del voto. Analoghe restrizioni sono infatti pienamente legittime e nient'affatto in contrasto con il principio di democraticità e non solo presenti negli statuti di altri partiti politici o nelle norme in tema di cooperative (art. 2538, co. 1 c.c.) ma sono altresì suggerite dal Codice del Terzo settore quale meccanismo di maggior garanzia della democraticità dell'ente, così, da impedire potenziali alterazioni degli equilibri in seno all'assemblea strumentali per il perseguimento di un diverso esito deliberativo.

Tra le delibere delle due tornate di votazioni, dunque, non differisce il contenuto delle regole di voto: più semplicemente, nella seconda votazione, il peso numerico degli associati da meno di sei mesi era ridotto al totale degli aventi diritto, "cosicché la loro estromissione non è stata suscettibile di dar luogo a risultati diversi rispetto a quelli raggiungibili supponendo la loro ammissione e voto contrario"⁷⁷.

3.4 LA RICERCA DEL PUNTO DI EQUILIBRIO

In più passaggi delle pronunce brevemente ripercorse si ribadisce la derogabilità delle norme previste dal libro I del Codice civile per le associazioni riconosciute con il solo limite derivante dal principio costituzionale di libertà di associazione e l'ineludibilità del principio del consenso assembleare.

La decisione della Cassazione così come le sentenze sopra richiamate in tema di espulsione poggiano sugli schemi del diritto civile⁷⁸ in tema di associazioni non riconosciute e, in particolar modo, sull'applicazione analogica di quanto disposto dal codice per le associazioni riconosciute, lasciando però irrisolte le analoghe possibili questioni derivanti da una statuto non già lacunoso bensì derogatorio delle previsioni del codice per le associazioni riconosciute⁷⁹. Si pensi, per esempio, al tema dell'ammissibilità, con

⁷⁷ A. LAUDONIO, *Il Movimento in Tribunale*, cit., 1267.

⁷⁸ E. CATERINA, *Il giudice civile e l'ordinamento interno dei partiti politici*, cit., 4.

⁷⁹ M. BASILE, *Il "movimento 5 stelle" al vaglio dei giudici civili*, cit., 249 osserva puntualmente, con riferimento alle vicende di espulsione decisa dal Trib. Napoli che "se il Regolamento fosse stato approvato nelle debite forme, sarebbero state valide – diversamente da quanto sembra avere ritenuto il Collegio napoletano – anche le clausole che attribuivano il potere di espellere gli iscritti ad organo diverso dall'assemblea, in quanto la competenza di questa a escludere gli associati (disposta nell'art. 24, comma 3°, cod. civ.) è inderogabile solo in ordine alle associazioni dotate di personalità giuridica".

Per un approfondimento del tema di v. AR. FUSARO, *Su partecipazione e democraticità negli enti del primo libro*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, II, 14; E. ROSSI, *Delibere di esclusione dei soci tra libertà, inderogabilità e promozione della partecipazione democra-*

espressa previsione statutaria, di un'espulsione unilaterale, anche per motivi non gravi, e in assenza di comunicazione o contraddittorio o senza possibilità di impugnazione del provvedimento avanti altri organi dell'ente; della rispondenza del meccanismo della votazione *on line*⁸⁰ - in cui l'intervento dell'associato si limita ad una scelta di tipo referendario tra un "sì" e un "no" - alla procedura assembleare; alla compatibilità di regole organizzative interne fortemente dirigitte⁸¹, finanche escludenti il ruolo dell'assemblea⁸².

Così, la dottrina costituzionale, allarmata dalla «riduzione civilistica» dell'ordinamento interno del partito politico, sfuggibile al piano sostanziale della compatibilità delle norme statutarie con il principio democratico, osserva l'opportunità di applicare direttamente l'art. 49 Cost. inteso come precetto di democrazia interna ai partiti politici, o, quantomeno, di giustificare su questa base una applicazione diretta delle norme sulle associazioni riconosciute⁸³.

È stato osservato che "il "metodo democratico" non ha l'estensione assoluta dei "diritti inviolabili" (quale sarebbe, in astratto, la libertà di

tica, in *Rass. dir. civ.*, 2023, 948; C. PERLINGIERI, *Nuove forme di partecipazione politica e «metodo democratico»*, *ivi*, 2018, 873; A. QUARTA, *Il partito politico tra istituzione, contratto associativo e comunità*, *ivi*, 2018, 901.

80 G. ALFANO, *Miti e realtà dei fenomeni associativi virtuali (il caso del movimento 5 stelle)*, in *Riv. dir. comm. e obbligazioni*, 2018, 2, 233.

81 Ampiamente G. IORIO, *Profili civilistici dei partiti politici. Statuti, prassi, tecniche legislative*, Esi, 2018., nonché ID., *Il nuovo statuto del Movimento 5 Stelle. I chiaroscuri della democrazia digitale*, Napoli, 2022. Si pensi anche al profilo della penale su cui si v. E. GIANFRANCESCO, *Chi esce paga*: la "penale" prevista dallo statuto del Movimento 5 Stelle della Camera, in *Quaderni costituzionali*, 2018, 2, 484; P. VERONESI "E mo' paghi!". Sulla "penale" imposta dallo statuto del Gruppo Movimento 5 Stelle alla Camera e al Senato, *ivi*, 2018, 3, 696, nonché R. BIN, *Ma mi faccia il piacere! La "multa" del M5S ai "ribelli"*, in <http://www.lacostituzione.info/index.php/2017/01/12/ma-mi-faccia-il-piacere-la-multa-del-m5s/>.

82 Sul punto si v. per tutti, P. RESCIGNO, *Immunità e privilegio*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I, 415 e ora in ID., *Persona e comunità*, cit., 379; ID., *Il principio di uguaglianza nel diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, 1515; ID., *Sul c.d. principio di uguaglianza nel diritto privato*, in *Foro it.*, 1960, I, c. 664; F. GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati: artt. 36-42 c.c.*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario al codice civile*, Bologna-Roma, 1976, 188 ss.; M. BASILE, *L'intervento dei giudici nelle associazioni*, Milano, 1975, 180; ID., *Le persone giuridiche*, in G. IUDICA - P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 3 ed. 2020; ID., *Gli enti di fatto*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Trattato di diritto privato*, II, 1, Torino 1999, 477; G. VOLPE PUTZOLU, *La tutela dell'associato in un sistema pluralistico*, Milano, 1977, 99, 180; D. VINCENZI AMATO, *Associazioni e tutela dei singoli*, Napoli, 1984, 141; P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1982, 145; P. RIDOLA, *Democrazia pluralistica e libertà associative*, Milano, 1987, spec. 219, 222 e 230; G. PASETTI, *Parità di trattamento e autonomia privata*, Padova, 1970, 90.

83 Ancora E. CATERINA, *Il giudice civile e l'ordinamento interno dei partiti politici*, cit., 111; ma in senso analogo S. BARTOLE, voce *Partiti politici*, in *Digesto disc. Pubbl.*, X, Torino 1995, 705, nonché, si v. ampiamente, AA.VV., *Annuario Associazione italiana costituzionalisti 2008. Partiti politici e società civile a sessant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione*, Napoli, 2009.

manifestazione del pensiero), ma prende in considerazione sia il diritto dell'iscritto a esprimere il proprio dissenso, sia quello del partito a vedere rispettata la volontà della maggioranza sulle questioni essenziali e a vedere tutelato il proprio “nocciolo valoriale”. Ad essere richiesta è pertanto una attenta valutazione comparativa tra gli interessi in gioco e un bilanciamento tra libertà del partito e libertà nel partito”⁸⁴.

Non possono, allora, non ricordarsi le discussioni della dottrina civilistica più e meno recenti circa i tratti fondamentali e inderogabili, neppure dall'autonomia privata *ex art. 36 c.c.*, nel rispetto di uno “zoccolo duro” di principi di democraticità interna all'ente, pena la fuoriuscita del soggetto collettivo organizzato dallo schema associativo⁸⁵. Resta così salda la possibilità e l'opportunità di tenere distinta la libertà di autoregolazione del partito dal piano costituzionale *ex art. 18 e 49 Cost.*; come ricordato “ancor'oggi, non è opportuno far leva sull'art. 49 Cost. per patrocinare una costruzione pubblicistica del partito politico, in modo da comprimere l'ampiezza dell'autonomia privata, imprescindibile per la costruzione della democrazia pluralistica”.

Le questioni “interne” ai partiti sembrano esercitare più che mai in questi anni un'influenza sulla qualità della rappresentanza politica e di concorso al modello di democrazia rappresentativa che si attua attraverso la partecipazione dei cittadini alla determinazione della politica nazionale tramite i partiti.

Nelle recenti occasioni in cui i Giudici sono stati chiamati a decidere della legittimità di diverse clausole statutarie o di provvedimenti presi dagli organi di un partito emerge complessivamente un buon governo dei principi di democrazia interna, attraverso le maglie del diritto privato che negli ultimi anni ha confermato la sua *vis* rispetto alle vicende partitiche, seppur nella ricerca di un sempre difficile equilibrio tra contrapposte esigenze degli associati e del partito stesso.

84 A. PESCARRELLI, *Profili costituzionali del Codice di comportamento M5S per Roma Capitale*, in Osservatorio Costituzionale, 2017, 2, 9.

85 M. RENNA, *L'art. 21, comma 2, cod. civ. annienta il Regolamento del Movimento 5 Stelle*, cit., 829.

PLURALITÀ DELLE PLURALITÀ. POSTILLA SUL DIRITTO PENALE GLOBALE

Rosa Palavera

Università degli Studi di Urbino Carlo Bo

1. PLURALITÀ DELLE PLURALITÀ: TUTTO È PLURALITÀ, ANCHE IN DIRITTO PENALE?

Tutto è pluralità?

Essendo il discorso sulla pluralità ubiquitario, anche in diritto penale, ci si chiede – per sé stessi, per gli studenti tentati da una tesi con un tocco di postmodernità, per il diritto a cui con la propria ricerca ci si illude di contribuire – se sarà mai ancora possibile rimettere a posto i mobili nella stanza globale.

Ovvero, obiettivo assai più percorribile, in quella piccola stanza personale che è la griglia di analisi con cui il giurista quotidianamente lavora. Una mappa mentale.

Nell'orizzonte di ricerca relativo al diritto penale *globale*, si proporranno tre diverse accezioni del concetto di diritto penale *plurale*, riferite al *diritto nella pluralità*, alla *pluralità del diritto* e alla *pluralità nel diritto* (o *diritto della pluralità*).

2. DIRITTO NELLA PLURALITÀ

Fin dai testi introduttivi o divulgativi sulla materia si è messi in guardia circa l'esigenza di distinguere tra la pluralità giuridica e la pluralità in senso lato *culturale* come fenomeno sociale con cui il diritto deve confrontarsi¹.

1 Un'introduzione al tema può essere costituita dai saggi raccolti in P. SCHIFF BERMAN (ed.), *The Oxford Handbook of Global Legal Pluralism*, Oxford, 2020; cfr. pure G. R. WOODMAN, *Ideological combat and social observation: recent debate about legal pluralism*. In *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 1998, p. 21 ss.; C. J. GREENHOUSE, *Legal pluralism and cultural difference: What is the difference? A response to Professor Woodman*, in *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 1998, p. 61 ss.; per ulteriori riferimenti, v. *infra*, n. 7.

La pluralità sociale che rileva per il diritto ha almeno quattro scaturigini. Ciascuno delinea una potenziale prospettiva di indagine.

2.1 PLURALITÀ DELL'UMANO

La varietà insita nell'umano in quanto tale², per la quale ogni individuo è diverso dall'altro, anche a prescindere dalle origini, dal contesto culturale di formazione e dal vissuto di ciascuno. Questa pluralità esisterebbe persino in un mondo di stanziali irrelati, anche se forse in quel mondo il diritto non esisterebbe.

È un tema che dovrebbe essere ben noto al penalista, perché questi si occupa *cotidie* dell'alterità almeno apparentemente radicale, rispetto a chi pone il diritto, del *trasgressore*. E dovrebbe parimenti occuparsi del componimento di tale alterità nell'orizzonte preventivo dell'interlocuzione per la norma, in quello causale della responsabilità collettiva e in quello prospettico dell'impegno del diritto alla reintegrazione del condannato.

Su questo punto, assai prima della narrativa inimicale di Jakobs, può essere utile rileggere Kant e Beccaria, che si interrogavano circa l'adesione del trasgressore al contratto sociale in forza del quale lo si punisce. In altre parole: con quale diritto la legge può imporsi a chi chiaramente ha dato segno di non aderirvi³.

2.2 PLURALITÀ DELL'UMANO CHE VIAGGIA

La varietà insita nell'individuo umano che viaggia⁴. Non solo lo straniero che fa ingresso in un sistema giuridico, ma anche l'autoctono che fisicamente o meno si relaziona con tradizioni giuridiche differenti. Il concatenarsi di questi *incontri con il diritto* costituisce la *biografia giuridica* di un soggetto e ne determina le architetture decisionali relative alle opzioni di ottemperanza o di trasgressione rispetto alle norme che incontrerà in futuro.

Anche questo aspetto dovrebbe essere ben noto al penalista e lo è certamente al pratico: per esempio, il difensore d'ufficio, che constata la forza autenticamente criminogena dell'esperienza dello sconcerto e della frustrazione circa il diritto.

2 Per tutti, H. ARENDT, *The Life of the Mind*, London, 1978, p. 19 ss.

3 I. KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, Berlin, 1797, tr. it. *La metafisica dei costumi*, Bari, 1983, ora anche in estratto *Del diritto di punizione e di grazia*, in L. EUSEBI (a cura di), *La funzione della pena: il commiato da Kant e da Hegel*, Milano, 1989, p. 217 ss. p. 222.

4 M. MAFFESOLI, *Du Nomadisme, vagabondages initiatiques*, Paris, 1997, n. ed. 2006 ; M. MAFFESOLI, *Nomadisme, un enracinement dynamique*, in *América. Cahiers du CRICCAL*, 2007, p. 13 ss.

Forse si tende a dimenticare, peraltro, che proprio il diritto, come spesso pure i suoi fallimenti, le *ingiustizie*, sono fattori di peso non marginale nel *muoversi* degli uomini. E, a proposito di *forum shopping*, si può ricordare l'impatto sulla storia culturale del continente europeo dell'idea di Paolo di Tarso: almeno nel contenuto, tutta giuridica e intesa a far valere la sua cittadinanza romana.

2.3 PLURALITÀ DELLA SOCIETÀ MULTICULTURALE

La varietà insita in una società locale composta di uomini che viaggiano⁵. Anche senza tenere conto della circostanza che ogni biografia giuridica è plurale, non è chi non veda che persino biografie monolitiche sarebbero comunque tutte diverse le une dalle altre. In una comunità che comprende alloctoni, la diversità aumenta o, quanto meno, ne aumenta la percezione.

Questo tema è stato indagato fino al midollo. Porta con sé due rischi. Da un lato, la sovrapposizione con il dibattito sull'immigrazione mal tollerata e la tentazione di affidare al diritto anche penale non già la promozione, bensì il *governo* delle dinamiche di integrazione. La seconda, il tentativo puerile di decidere fino a che punto l'alterità sarebbe solo individuale (e quindi da negleggiare?) e a quali condizioni invece si dovrebbe tutelare, con la tentazione di un diritto penale *differenziato*. Si rimanda alla copiosa produzione dottrinale sui *reati culturalmente orientati*⁶.

Quasi per nulla arato, invece, benché promettente, è il tema contiguo della dimensione *identitaria* del diritto penale come *diritto estremo* di una comunità e delle potenzialità correlate al mantenimento di questa dimensione pur nel coinvolgimento delle culture alloctone: sia in termini di *chances* dell'ordinamento di conseguire adesione ai precetti, sia sotto il profilo della partecipazione ai processi di normogenesi come fattore di integrazione.

2.4 PLURALITÀ DELLA SOCIETÀ GLOBALE

La varietà propria della società globale⁷. Erano gli anni Ottanta dello scorso

5 Z. BAUMAN, *Liquid Modernity*, Cambridge, 2000; J HUWY - J. LARSEN - K. AXHAUSEN, *Mobilities, Geographies, Networks*, London, 2006.

6 C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati: ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010; A. PROVERA, *Tra frontiere e confini: il diritto penale dell'età multiculturale*, Napoli, 2018.

7 *Explurimis*, R. Robertson, *Globalization: Social Theory and Global Culture*, 1992; M. Featherstone - S. LASH - R. ROBERTSON (eds.), *Global Modernities*, London, 1995; M. B. STEGER, *Justice Globalism: Ideology, Crises, Policy*, London, 2013. Per i primi rilievi penalistici A. BOSSARD, *Transnational*

secolo quando i primi *accordi di cooperazione* svelavano al mondo l'insospettata circostanza che i corrotti portassero i soldi delle mazzette all'estero. Come pure che la cocaina provenisse dalla Colombia, l'*hashish* dal Marocco e l'eroina dall'Afghanistan. Al tema, quindi ormai un po' *vintage*, ma ancora attuale, della *dimensione transnazionale della criminalità* si aggiunge quello oggi più in voga dei reati a consumazione *delocalizzata*, principalmente in rete o nei mercati finanziari, e a consumazione ubiquitaria, come quelli contro il clima, l'acqua, l'atmosfera e, volendo, tutti gli altri *global commons*, nella misura in cui, pur essendo da qualche parte del pianeta *localizzati*, la loro *offesa offende* il mondo intero.

Se il crimine è globale, il diritto penale deve interfacciarsi con culture diverse anche, per così dire, "*a casa loro*": circostanza che di per sé sottrarrebbe al diritto la fruibilità diretta e certa del suo strumento preferito, ossia la coercizione. E non sorprende troppo, pertanto, che proprio nella direzione di un suo recupero concordato si muovano gli Stati, ossia sul mero terreno dell'*enforcement*, spesso affidando alla sola minaccia coercitiva la prevenzione e costantemente trascurando qualsivoglia sforzo di creare un sistema unitario di accertamento dei fatti e di risposta al reato. L'importante pare solo capire *chi può punire* e come gli altri possano aiutare a farlo.

2.5 PRIMA ACCEZIONE DI DIRITTO PLURALE

In questo primo senso, un diritto *plurale* è semplicemente un diritto almeno in parte consapevole dell'esistenza dei fattori sin qui esposti e che si interroghi su come affrontarli, a prescindere dalla risposta che si orienti a dare. Questa condizione è da sempre assai diffusa e, quanto meno a partire dalle interazioni delle comunità indigene con i contigui Stati nazionali, può dirsi propria di tutti i sistemi giuridici del mondo.

crime and criminal law, Chicago, 1990; A. ESER - O. LAGODNY (eds.), *Principles and procedures for a new transnational criminal law. Documentation of an international workshop in Freiburg, May 1991*, Freiburg im Breisgau, 1992; R. D. ATKINS (ed.), *The alleged transnational criminal. The second biennial International criminal law seminar*, The Hague - London, 1995; A. P. SCHMID - E. BOLAND (eds.), *The rule of law in the global village. Issues of sovereignty and universality. Symposium on the occasion of the signing of the UN Convention against transnational organised crime, Palermo, Italy, 12-14 December 2000*, Milano, 2001; più recentemente G. HEINE - B. BURKHARDT - W. GROPP (Hrsg.), *Transnationales Strafrecht. Gesammelte Beiträge*, Berlin, 2011; N. BOISTER - S. GLESS - F. JESSBERGER (eds.), *Histories of transnational criminal law*, Oxford, 2021; A. NIETO MARTÍN, *Global criminal law. Postnational criminal justice in the twenty-first century*, Cham, 2022.

3. PLURALITÀ DEL DIRITTO

Si è osservata la pluralità sociale con cui il diritto deve fare i conti. La prospettiva di analisi ora si capovolge: qui la pluralità riguarda il diritto ed è la società che deve affrontarla. Il fenomeno prende *più denominazioni* e spesso di ciascuna esiste *più di una definizione*. Ancora: *pluralità delle pluralità*.

3.1 PLURALISMO GIURIDICO

Le definizioni di *pluralismo giuridico*, manco a dirlo, sono molteplici⁸.

Forse può apparire curioso che, originariamente, il termine fosse riferito a un territorio determinato, spesso coincidente con il perimetro di uno Stato nazionale o di un suo dominio coloniale. Le risultanze di questo filone di studi, al contrario, sono oggi utilizzate per analizzare la condizione giuridica globale successiva alla crisi degli Stati nazionali e delle affermazioni di dominio territorialmente definite.

Secondo l'impostazione soggettivista, il pluralismo giuridico può, quindi, consistere nella condizione di un individuo sottoposto ad obblighi assortiti, provenienti da una varietà sistemi giuridici che insistono su un medesimo territorio in cui il soggetto si trova ad operare e a prendere le proprie decisioni rispetto alle norme. Una simile (non felice) condizione si manifesta in tre differenti ipotesi.

8 A partire da J. GILISSEN (a cura di), *Le pluralisme juridique*, Bruxelles, 1971; B. DE SOUSA SANTOS, *On modes of production of law and social power*, in *International Journal of the Sociology of Law*, 1985, p. 299 ss.; J. GRIFFITHS, *What is legal pluralism?*. In *The journal of legal pluralism and unofficial law*, 1986, p. 1 ss.; S. ENGLE MERRY, *Legal Pluralism*, in *Law & Society Review*, 1988, p. 869 ss.; J. VANDERLINDEN, *Return to legal pluralism: twenty years later*, in *Journal of Legal Pluralism*, 1989, p. 149 ss.; J. VANDERLINDEN, *Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique*, in *Revue de la recherche juridique*, 1993, p. 573 ss.; F. VON BENDA-BECKMANN, *Who's afraid of legal pluralism?*. in *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 2002, p. 37 ss.; note critiche in B. Z. TAMANAHA, *The Folly of the "Social Scientific" Concept of Legal Pluralism*, in *Journal of Law and Society*, 1993, p. 192 ss.; recentemente addolcite in B. Z. TAMANAHA, *Legal pluralism explained : history, theory, consequences*, New York, 2021; B. Z. TAMANAHA, *Scientific versus folk legal pluralism*, in *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 2021, p. 427 ss.; B. Z. TAMANAHA, *Ubiquity of Legal Pluralism and its Consequences*, in *Victoria University of Wellington law review*, 2024, p. 895 ss.; per una panoramica storica in italiano, cfr. pure il volume monografico G. CAZZETTA (a cura di), *Il pluralismo giuridico: paradigmi ed esperienze*, in *Quaderni fiorentini*, 2021, p. 1 ss.; R. MOTTA, *Approccio classico e approccio critico al pluralismo giuridico*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2004, p. 345 ss.; nonché F. VIOLA (a cura di), *Lo stato costituzionale di diritto e le insidie del pluralismo*, Bologna, 2012; cfr. pure G. DI VETTA, *Il diritto penale nello scenario del post-regulatory State*, in *Politica del diritto*, 2022, p. 255 ss.

La prima ipotesi è costituita dalla sovrapposizione delle affermazioni di sovranità su un medesimo territorio o una medesima persona o una medesima materia. Ciò può accadere per mancato accordo o qualsivoglia malfunzionamento nei criteri di ripartizione delle giurisdizioni, per la contestuale affermazione di giurisdizioni territoriali e universali da parte dei singoli Stati o, ancora, per la compresenza di competenze nazionali e sovranazionali.

La seconda ipotesi è rappresentata dall'*introduzione dall'esterno*, in un ordinamento, di contenuti giuridici con effetto di criminalizzazione, in particolare nella forma di *obblighi di tutela penale*. La logica imperante è pertanto: se non c'è pena, non c'è tutela. Se non si punisce, *non si fa sul serio*. Con buona pace delle evidenze che dimostrano come una *vera tutela* percorra strade assai diverse. Quindi, *si deve punire*: il male della pena diventa *coercibile*, lo Stato può essere *obbligato al male*. Ciò può accadere per effetto di trattati o di altre leve decisionali, anche non necessariamente formalizzate. Nel momento in cui la criminalizzazione passa per una fonte formale dell'ordinamento, da un punto di vista tecnico, non si dovrebbe parlare di pluralismo. Gli studi sull'interlegalità⁹, tuttavia, mettono in evidenza che non sempre sono *le norme* a determinare questi innesti. In ogni caso, il contenuto giuridico *sembra* interno all'ordinamento, ma in realtà resta dipendente dalle dinamiche esterne che lo hanno prodotto. Del resto, anche quando l'innesto segue un percorso formalizzato, la portata di garanzia e di interlocuzione che il procedimento legislativo offre ne risulta gravemente mutilata.

La terza ipotesi riguarda i rinvii effettuati *dall'interno di un ordinamento* a fattori normativi esterni, senza che questi divengano (o divengano subito e percepibilmente) parte formalizzata del diritto in vigore: restando, per esempio, nel mutevole fiume carsico dell'ermeneutica giudiziale. Il contenuto giuridico *sembra esterno* all'ordinamento (e così si sottrae al controllo critico proprio delle norme in senso formale), ma in realtà vi ha già fatto ingresso. Questa condizione nel diritto penale non è certo nuova: ancora una volta, può venire in soccorso il pratico, rammentando all'accademia il coacervo di fonti, tra cui letteratura scientifica in lingua straniera, "buone" prassi e *casi di successo*, linee guida internazionali, la cui ricostruzione anima nei tribunali la ricerca di *come condannare*, per esempio, nei processi per reati colposi. Come pure il pratico *stragiudiziale* potrebbe

9 V. *infra*, § 3.4.

testimoniare fino a che punto il medesimo coacervo sconcerti quanti, prima che gli eventi avversi accadano, intendono orientarsi verso percorsi di legalità, senza tuttavia riuscire a individuarne i contenuti.

La seconda e la terza ipotesi spesso si presentano insieme. Della prima, meno diffusa, è invocato da più parti l'*ampliamento* (sic!).

3.2 PLURALISMO ORDINATO

Con *pluralismo ordinato* si intende la presenza di più ordinamenti sul medesimo territorio, *rimessi in gerarchia* (pur con qualche resistenza all'uso del termine: si preferisce, appunto, considerarli *messi in ordine*) da qualcosa di *diverso* dalla norma fondamentale dell'obsoleto modello kelseniano-piramidale e, soprattutto, da qualcosa che non afferisca a un unico ordinamento (caso in cui il pluralismo verrebbe meno) o che non afferisca per nient'affatto *ad ordinamenti*¹⁰.

Taluni individuano il *totem ordinante* del pluralismo globale nella dinamica evoluzione dell'*enforcement* dei diritti umani. Quando sono ingaggiati per ordinare il pluralismo penale, i diritti umani si candidano a beni intrinsecamente meritevoli di tutela "muscolosa". Tuttavia, non sono i soli candidati ordinatori: l'ipotesi del pluralismo ordinato, anzi, viene propugnata anche senza dichiarare a cosa o a chi sarà assegnato il ruolo. Escluso il diritto naturale, ogni ipotesi è buona. Soltanto, si rileva unanimi che il *casting* è gestito dai giudici, eventualmente *caso per caso*¹¹.

In altre parole, il *pluralismo ordinato* descrive la medesima situazione di cui al *pluralismo disordinato*, riferita però al momento in cui i giudici abbiano (finalmente?) trovato le *argomentazioni giuridiche per decidere* (*recte*, in diritto penale, per *condannare*). Non è necessario che tali

10 M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, Paris, 1982, tr. it. *Dal codice penale ai diritti dell'uomo*, Milano, 1992; M. DELMAS-MARTY, *Mondializzazione e ascesa a potere dei giudici*, in M. VOGLIOTTI (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Torino, 2008, p. 127 ss.; S. MANACORDA, *Le fonti del diritto penale nella costruzione di un pluralismo ordinato. A proposito dell'opera di Mireille Delmas-Marty*, in M. DELMAS-MARTY (a cura di), *Studi giuridici comparati e internazionalizzazione del diritto*, Torino, 2004, p. 127 ss.; C. E. PALIERO, *L'“agorà” e il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale?*, in *Criminalia*, 2012, p. 95 ss.; C. E. PALIERO, *Il diritto liquido. Pensieri post-delmasianiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1099 ss.

11 Una costante del diritto globale: per tutti, A. DI MARTINO, *Dalla regola per il caso al caso per la regola: variazioni brevi e stravaganti sul concetto di caso (case, kasus)*, in *Studi in onore di Lucio Monaco*, A. BONDI - G. FIANDACA - G. P. FLETCHER - G. MARRA - A. M. STILE - C. ROXIN - K. VOLK (a cura di), Urbino, 2020, p. 243 ss.; A. DI MARTINO, *The Importance of Being a Case. Collapsing of the Law upon the Case in Interlegal Situations*, in *The Italian Law Journal*, 2021, p. 961 ss.

argomentazioni siano confortate dal riscontro legislativo. Si potrebbe dire l'*ordinazione*, più che il riordino, del pluralismo come stato di plurima soggezione *a diritti* (e forse non solo).

3.3 SISTEMA DI TUTELA MULTILIVELLO

Con *sistema di tutela multilivello* ci si riferisce al pluralismo ordinato osservato dal punto prospettico degli interessi tutelati¹².

La scelta dell'espressione *tutela* lascia infatti trapelare che il *totem ordinante* del sistema sia costituito dall'oggetto della tutela, ossia i *diritti*. Della vittima, si intende. Non più il bene giuridico, sgradito per la sua pervicace inclinazione a *limitare* il diritto penale e, forse, nemmeno più solo i diritti *umani*. Vanno bene anche diritti "minori", sempre purché *azionabili* dagli umani, e anche i diritti dei *non umani personificati*, come gli animali, la natura, la cultura, le lingue, i "sistemi intelligenti".

La scelta dell'espressione *sistema*, invece, suggerisce che il perseguito *ordine pseudogerarchizzante* abbia raggiunto uno stato di *sistematizzazione*. O forse uno stato sistemico, ossia di infiltrazione nell'intero corpo (normativo). Ancora una volta, in ogni caso, la sistematica approntata serve a capire *chi può punire* e, qui, anche *come usare tasselli di altri sistemi giuridici per farlo*.

3.4 INTERLEGALITÀ

Con *interlegalità* si intende la condizione di pluralismo giuridico nella quale i sistemi normativi compresenti si influenzano a vicenda¹³. In effetti, pare impossibile che ciò non accada. Tuttavia, anche la narrativa interlegalitaria presenta qualche peculiarità.

A livello teorico, gli ordinamenti sono considerati su un piano paritario, nel senso che *ognuno è parimenti libero di prevalere sugli altri*, secondo le proprie forze del momento, quindi *caso per caso*, ma con l'ambizione che la prevalenza in un caso influenzi il quadro complessivo, verosimilmente

12 L'espressione è frequentissima negli studi di parte speciale e ubiquitaria in quelli di diritto penale europeo; per una riflessione di portata generale circa l'impatto sul ruolo della dottrina, V. MILITELLO, *L'identità della scienza giuridica penale nell'ordinamento multilivello*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 106 ss.

13 S. MANACORDA, "Dovere di punire"? Gli obblighi di tutela penale nell'era della internazionalizzazione del diritto, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 1364 ss.; G. MARRA, *Il diritto penale della società punitiva. L'eccezione della libertà nella normalità della coercizione*, in *Criminalia*, 2019, p. 423 ss.

aumentando la probabilità di prevalenza nei casi successivi o comunque generando reazioni nei sistemi connessi. Da queste connessioni – e *non* dalle norme – è determinato l’andamento dei sistemi giuridici e dei loro reciproci rapporti. Ingannevole, quindi, la scelta del lemma *inter-legalità* per definire il fenomeno: non ci si illuda che abbia a che fare con la *legge*.

Questione più interessante è *in quale direzione* i sistemi giuridici si influenzino. L’impressione è che si confortino a vicenda per conseguire *sempre più diritto penale*, ossia sempre più *punizione*¹⁴. Gli studi sull’interlegalità penale sono all’esordio: il teorico attende conferma empirica. Il pratico non ha bisogno di attendere.

3.5 SECONDA ACCEZIONE DI DIRITTO PLURALE

Sotto questo secondo profilo – quello, cioè, della pluralità *del* diritto – un diritto penale è *plurale* quando il rischio di incriminazione che i soggetti sopportano nelle loro attività quotidiane proviene da fonti, anche non ordinamentali, diverse. Sembra una triste costante della condizione umana, ma oggi tutti ne sono ormai consapevoli. Questa consapevolezza, ancorché necessaria, ammorba la loro quotidianità, *persino quando il sistema pare funzionare*. Il che di rado accade: sull’effetto preventivo della deterrenza multilivello ci sarebbe molto (o forse poco) da dire.

Esiste un aspetto, comune a tutte le impostazioni accennate, che il penalista non dovrebbe mai dimenticare. Sono ottime griglie di analisi, per osservare cosa accade. Meglio anzi sarebbe parlare di *diagnosi*, perché si tratta di una *malattia*.

Laddove la pluralità sociale è una risorsa per il diritto, la pluralità del diritto è un problema per la società. Laddove quelle valide *griglie di analisi del problema* siano proposte invece come sue *soluzioni*, occorre ribadire che, dal punto di vista del diritto penale, l’interlegalità, il sistema di tutela multilivello e il pluralismo ordinato non sono altro che gravi *sgrammaticature*.

14 A partire da B. DE SOUSA SANTOS, *Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law*, in *Journal of Law and Society*, 1987, p. 279 ss.; per la dottrina penalistica italiana, C. SOTTIS, *Le regole dell’incoerenza: pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Roma, 2012; G. PALOMBELLA, *Interlegalità. L’interconnessione tra ordini giuridici, il diritto, e il ruolo delle corti*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2018, p. 315 ss.; E. CHITI - A. DI MARTINO - G. PALOMBELLA (a cura di), *L’era dell’interlegalità*, Bologna, 2021; J. KLABBERS - G. PALOMBELLA (a cura di), *The challenge of inter-legality*, Cambridge, 2019; G. PALOMBELLA (a cura di), *Approaching inter-legality*, sezione monografica in *Rivista di filosofia del diritto*, 2022, p. 7 ss.

Queste impostazioni fanno semplicemente *a brandelli* tutti i principi nei quali il diritto penale da secoli cerca, con alterno successo, le proprie garanzie e le proprie *condizioni di efficacia*. A partire dalla *conoscibilità della norma*, senza la quale non c'è modo di valutare la legalità della fonte, non c'è possibilità di ricostruire un bene giuridico per valutarne poi l'offesa, non c'è un metro per misurare la colpevolezza della trasgressione. Non c'è diritto a cui rieducare.

4. PLURALITÀ DEL DIRITTO

È difficile tentare una *pars construens* di fronte a quella che sembra, più che un'ipercostruzione, un'autentica e incontrollata *speculazione edilizia* del diritto. Purtroppo, si prova qualche *ipotesi di lavoro*.

4.1 DUE LETTURE DELL'EXTREMA RATIO

Se si intendesse davvero porre un freno, sarebbe sufficiente leggere il principio dell'*extrema ratio* a livello globale, con portata *confinaria* degli ambiti e delle modalità della criminalizzazione.

Se un comportamento non è considerato reato in tutto il mondo, non può diventare un reato globale, nel senso di perseguibile a prescindere da qualsivoglia correlazione soggettiva o territoriale con l'ordinamento procedente. Se in alcuni sistemi è punito con pena non detentiva o sono previste ipotesi di estinzione del reato o di estinzione o di conversione della pena, questi dovrebbero essere presi a modello, non quelli che hanno stabilito pene più severe.

Se un principio di garanzia è presente solo in alcuni sistemi, si dovrà adottare anche a livello globale. Se esistono diverse interpretazioni di quel principio, si dovrà scegliere quella più rigorosa, di maggior portata limitatrice del potere punitivo. Si tratta di pura derivazione logica dall'idea di *extrema ratio*¹⁵.

15 Sulle diverse declinazioni del principio, C. E PALIERO, *Pragmatica e paradigmatica della clausola di "extrema ratio"*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2018, p. 1447 ss.; A. GARGANI, *Il diritto penale quale "extrema ratio" tra post-modernità e utopia*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2018, p. 1488 ss.; G. P. DEMURO, *"Ultima ratio": alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale* in Riv. it. dir. proc. pen., 2013, p. 1654 ss.; G. MARRA, *Extrema ratio ed ordini sociali spontanei. Un criterio di sindacato sulle fattispecie penali eccessive*, Torino, 2018; G. MARRA, *Verso un diritto penale sperimentale? Metodo ed empiria del canone dell'extrema ratio*, Fano, 2012.

Chi ritenesse che tali conclusioni siano incompatibili con l'obiettivo di ottimizzazione della tutela dei diritti, dovrebbe riflettere sulla circostanza che il diritto penale *non* è il miglior strumento di tutela. Nemmeno a livello globale.

Se, tuttavia, a tale *miglior tutela* il penalista volesse attivamente contribuire, potrebbe leggere il principio dell'*extrema ratio* a livello globale, con portata *propositiva*.

Farsi promotore dell'esigenza di *fare tutto il possibile* prima di (*recte, per non*) ricorrere al diritto penale. Il che, sul piano planetario, significa non esportare *enforcement*, quanto piuttosto supportare – condividendo risorse economiche, scientifiche, tecnologiche – strategie di tutela condivise e *alternative* al diritto penale. Finché non si è seriamente tentata una politica criminale globale, non può darsi un diritto penale globale.

4.2 TERZA ACCEZIONE DI DIRITTO PLURALE

Un ultimo passaggio richiede uno sforzo immaginativo superiore, dopo aver pensato che una politica criminale globale sia possibile, fino al punto da poter considerare, *al suo interno*, un residuale ruolo per il diritto penale: a quel (lontanissimo) punto, occorre interrogarsi su *quale* diritto penale proporre. Oppure, assai più precocemente, su quale diritto penale propugnare, come minore dei *mali*, nell'ipotesi che la globalizzazione punitiva già avviata si compia e prosegua e rigogli, malgrado gli eventuali tentativi di contenimento.

È possibile superare le secche del diritto internazionale penale, il suo *arrivare dopo* – se serve, anche retroattivamente – quando ormai è successo *così tanto* che una qualche legittimazione ci si dispone ad accordare anche alla *pena senza sovranità* (che appartiene ai popoli, e non così, si teme, il *Völkerstrafrecht*¹⁶)?

È possibile risanare le paludi del diritto penale internazionale¹⁷, del *patchwork* dei suoi frammenti di *enforcement* compresenti e *in tensione*,

16 Cfr. L. GRECO, *Zur Singularität der Strafe–Versuch einer Standortbestimmung*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2023, p. 378 ss., p. 427, con riferimento a S. GLESS, *Strafe ohne Souverän?*, in *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 2007, p. 24 ss.; con portata più generale, cfr. pure A. GENTILI, *La sovranità nei sistemi giuridici aperti*, in *Politica del diritto*, 2011, p. 181 ss.

17 N. BOISTER, *Transnational criminal law?*, in *European Journal of International Law*, 2003, p. 953 ss.; D. LUBAN - J. R. O'SULLIVAN - D. P. STEWART - N. JAIN, *International and transnational criminal law*, Aspen, 2023; A. DI MARTINO, *La frontiera e il diritto penale: natura e contesto delle norme di diritto penale transnazionale*, Torino, 2006;

sommatoria conflittuale di tasselli oppositivi, determinata tra gli ordinamenti dai rispettivi e mutevoli *campi di forza*, come un cumulo planetario *dell'agire contro*?

È possibile immaginare un diritto penale globale unitario, intraprendere il cammino necessario per renderlo inclusivo?

Immaginare è sempre possibile. *Proporre* comporta responsabilità e richiede cautele, per evitare la sciagura che raccomandazioni malcaute da parte della dottrina trovino più pronta fortuna di tanti buoni e sempre inascoltati consigli.

Sotto questo terzo profilo, un diritto penale *plurale* è solo quel diritto che *risponde alla pluralità*, accogliendola nel *nomos*. Soltanto in questo terzo significato un diritto penale *plurale* è anche un diritto penale *inclusivo*.

Per gli studiosi, *a livello metodologico*, si rende infatti necessario incorporare nelle abitudini di ricerca la valutazione di quanto le diverse tradizioni giuridiche siano rappresentate nei sistemi penali globali. Previo attento ascolto, che già di per sé costituisce un primo impegno attivo, anche a livello personale, per la realizzazione di una cultura favorevole alla pluralità.

Ma soprattutto, *a livello contenutistico*, è verosimile che si debba rinunciare alle forme tradizionalmente oppositive dell'*enforcement*, a favore di percorsi di prevenzione, accertamento e risposta al reato condivisi. Un diritto penale inclusivo rispetto alle diverse tradizioni giuridiche potrebbe quindi risultare anche un diritto maggiormente includente con riguardo alle comunità coinvolte. Anche laddove ciò implichi la rinuncia allo strumento della *pena*, alla centralità della sua minaccia¹⁸.

Se si chiamerà ancora diritto *penale* globale, non è dato sapere.

18 L. EUSEBI, *Build and Restore Good Human Relationships. Overcoming the Retributive Paradigm as a Key Issue for the Theory of Justice*, in A. MASFERRER (ed.), *Criminal Law and Morality in the Age of Consent. Interdisciplinary Perspectives*, Cham, 2020, p. 213 ss.; tr. it. *Costruire e restaurare: il superamento del paradigma retributivo*, in P. PATRIZI (a cura di), *La giustizia riparativa. Psicologia e diritto per il benessere di persone e comunità*, Roma, 2019, p. 75 ss.; C. MAZZUCATO, *L'universale necessario della pacificazione. Le alternative al diritto e al processo*, in L. LOMBARDI VALLAURI (coordinato da), *Logos dell'essere. Logos della norma*, Bari, 1999, p. 1245 ss.; G. MANNOZZI - G. A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, 2017; G. MANNOZZI, *Social Rehabilitation through Restoration? Old Issues and Transformative Perspectives in the Relationship between Restorative Justice and the Criminal Justice System*, in F. COPPOLA, A. MARTUFI (a cura di), *Social Rehabilitation and Criminal Justice*, New York, 2024, p. 53 ss.; E. MATTEVI, *Definizioni e principi generali della giustizia riparativa tra indicazioni sovranazionali e previsioni nazionali*, in B. BONINI (a cura di), *La giustizia riparativa (d.lgs. n. 150/2022 - d.lgs. n. 31/2024)*, Torino, 2024, p. 67ss.; E. MATTEVI, *La giustizia riparativa nelle fonti sovranazionali: uno sguardo d'insieme*, in *Sistema penale*, 24 novembre 2023, www.sistemapenale.it.



INCONTRI
E PERCORSI

N.07

Il volume raccoglie riflessioni relative a differenti branche dell'ordinamento, che convergono nell'individuare nella pluralità il motore del giuridico e una condizione stessa del formarsi di società umane. La più classica prospettiva delle diversità religiose e culturali si accompagna ad approcci relativamente inediti, dedicati al mondo della produzione e alla prospettiva della vittima vulnerabile nel processo penale, per rinvenire nella pluralità una chiave di lettura costruttiva e inclusiva della complessità del diritto contemporaneo. Partendo dalla metafora delle radici, che alimentano e sostengono lo sviluppo della pianta del diritto, ma aiutano anche a tenere coeso il terreno.

PRINT ISBN 9788831205603
PDF ISBN 9788831205580
EPUB ISBN 9788831205597

uup.uniurb.it

