

IANUS

Diritto e Finanza



UNIVERSITÀ
DI SIENA
1240

Rivista di studi giuridici

<https://www.rivistaianus.it>



ISSN: 1974-9805

n. 12 - 2015

IANUS Diritto e finanza

N. 12 - 2015

IANUS

Diritto e Finanza

N. 12 - 2015

Ianus - Diritto e finanza

Rivista semestrale di studi giuridici

N. 12 - 2015

Editore - Università di Siena, Via Banchi di sotto, 55 - 53100 Siena

Direttore responsabile: Angelo Barba

<http://www3.unisi.it/ianus/>

Registrazione Tribunale di Siena n. 3 del 7 marzo 2008

ISSN: 1974-9805

INDICE

SAGGI

Se non ora quando? Principio di eguaglianza e laicità all'italiana, di FRANCESCA RESCIGNO	7
Il diritto come discorso laico, di ANGELO BARBA	67
Gli orientamenti dell'arbitro bancario finanziario in tema di <i>ius variandi</i> nei contratti bancari, di SIMONA GIANNETTI	79
La parabola del danno all'immagine degli enti, di ROBERTO CARMINA	101
Brevi riflessioni sulla soggettività. Giurisprudenza e prassi, di JACOPO BASSI, SARA LANDINI, MARCO RIZZUTI E NICOLA RUMINE ...	115

MATERIALI

Presentazione allegati

Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, 12 maggio 1994

Documento conclusivo del comitato di studio sulla questione
del conflitto di interessi

Sentenza Consiglio di Stato n. 4897/2015 del 26 ottobre 2015

SAGGI

SE NON ORA QUANDO? PRINCIPIO DI EGUAGLIANZA E LAICITÀ ALL'ITALIANA

Francesca Rescigno

*Professore associato di Istituzioni di Diritto pubblico
Università degli Studi di Bologna*

Il presente saggio si propone di indagare il fenomeno della laicità in Italia anche se questo tema non è certo nuovo in quanto molti lo hanno già affrontato dal punto di vista di diverse discipline: dalla storia, al diritto, alla sociologia, tuttavia, in particolare nel nostro Stato ed in questo frangente storico, la questione della laicità non può dirsi risolta sebbene un approccio realmente laico sia indispensabile per affrontare le sfide che vengono poste da una società che avanza ad una grande velocità.

La laicità non si presenta come un concetto astratto, non è una divagazione filosofica ma ha un contenuto specifico, concreto e tangibile; non è un esercizio dottrinale, «il sogno di un giurista», poiché solo lo Stato laico è l'unico in grado di essere «il luogo di confronto ed integrazione di tutte le verità, riconosciute e relativizzate come tali nella loro infinità varietà».

Seguendo questo filo conduttore il saggio esamina brevemente il periodo statutario per poi affrontare l'esame della Carta costituzionale repubblicana e specificatamente gli articoli 7, 8, 19 e 20 per evidenziare come l'approccio dei nostri Costituenti non è riuscito ad essere realmente neutrale rispetto al fenomeno religioso.

La laicità non appare nella nostra Costituzione ma è il frutto dell'esegesi della Corte costituzionale che nel 1989 l'ha annoverata tra i principi fondamentali dello Stato, tuttavia la laicità "evidenziata" dalla Corte si presenta edulcorata, attenuata, una sorta di "laicità battezzata" che si fonda sui principi del cristianesimo e non sulla neutralità dello Stato rispetto a tutte le confessioni religiose.

La democrazia ha bisogno di laicità, siamo uguali senza distinzione di religione e lo Stato laico neutrale, ma non indifferente, si deve impegnare a rimuovere gli ostacoli che impediscono il concreto dispiegarsi di tale eguaglianza.

Sulle cruciali questioni al centro del dibattito etico, giuridico e politico delle democrazie contemporanee: dalle biotecnologie, alle famiglie, alla dignità del malato e del morente, all'educazione pluralista nella scuola pubblica, alla morale sessuale e molto altro ancora, lo Stato laico neutrale deve sapersi discostare dai parametri magisteriali, dai valori espressi dal giusnaturalismo cristiano; il diritto deve essere espressione di una giustizia al servizio di tutti, ove l'autodeterminazione del singolo contiene già al suo interno il proprio antidoto costituito dall'obiezione di coscienza che gli consente di astenersi dai comportamenti che contrastano con le proprie convinzioni religiose. Laicità significa neutralità, non indifferenza.

In questo contributo verranno dunque esaminati alcuni profili a dimostrazione dei danni che produce nel nostro ordinamento giuridico l'esistenza di un concetto di "laicità confessionale": amore, simboli, diritti, doveri; non è più possibile ignorare che ognuna di queste parole acquista significato solo se declinata nel senso dell'eguaglianza e della laicità ed è arrivato il momento che il nostro Legislatore se ne renda conto e partecipi alla realizzazione del principio di eguaglianza al di là della barriera della religione.

Aim of the present paper is to investigate the phenomenon of secularism in Italy, which is indeed not a novel topic as it has been discussed by Authors dealing with different disciplines: history, law, sociology. However, particularly in our Nation at the present time, the problem of secularism cannot be regarded as a solved one, though a truly secular approach is essential for dealing with the great challenges issued by a rapidly evolving society.

Secularism is not a theoretical concept, nor is it a philosophical speculation: actually, it carries a specific, concrete and tangible, content. It is no «Jurist's daydream», because only a secular State can act as «the place for debate and integration of all truths, recognized and put in perspective as such, in their unlimited variety».

Following the aforementioned path, this essay will briefly review the Statute period; thereafter, an examination of the republican Constitution dealing with articles 7, 8, 19 and 20 in particular will demonstrate that our Constituents were not fully impartial in regulating the religious matter.

Secularism as such does not appear in our Constitution: it originates from the exegesis brought about by the Constitutional Court which, in 1989, included secularism among the fundamental principles of the State. However, secularism as outlined by the Court appears to be a softened and mitigated one, almost a “christened secularism” based more on the principles of Christian religion than on the State's due neutrality towards all Churches.

Democracy needs secularism, we are all equal without religious discrimination so the secular State, neutral not indifferent, should commit to removing obstacles that prevent fulfilment of such equality. When dealing with crucial issues that are being debated on an ethical, juridical and political ground in contemporary democracies, such as biotechnology, family, dignity of the sick and/or dying persons, pluralist education in state schools, sexual morals, and much more, a neutral State must be able to distance itself from the teachings of Church and from parameters hailing from christian natural law tradition. Law should convey fairness to everybody, whereas self-determination carries its own antidote: namely conscientious objection, that allows individuals to refrain from actions contradicting one's religious beliefs. Secularism means neutrality, not indifference.

Consequently, the present contribution will examine particular cases showing that “devout secularism” may damage our judicial system: love, symbols, rights, duties: it is no longer possible to ignore that each of these words attains meaning only when it is enunciated with respect for equality and secularism: it is time for lawmakers to become aware of this, and participate in the fulfilment the equality principle beyond religious barriers.

Sommario:

Introduzione

1. Stato e Chiese in Costituzione
2. La grande assente: la laicità costituzionale
3. Il diritto positivo tra buoni propositi e laicità mancante:
 - a) “All’ombra” dei crocifissi;
 - b) Diversi da chi? La questione delle unioni omosessuali

Prima bibliografia di riferimento

Introduzione

Perché un saggio sulla laicità? O, ancor meglio: perché un altro saggio sulla laicità? Il tema potrebbe apparire, più che abusato, addirittura scontato poiché molto è stato scritto¹; tuttavia, in particolare nel nostro Stato ed in questo frangente storico, la questione della laicità non può dirsi risolta sebbene un approccio realmente laico sia indispensabile per affrontare le grandi sfide che vengono poste da una società che avanza ad una velocità impensabile solo pochi anni fa.

La laicità non è un concetto astratto, non è una divagazione filosofica ma ha un contenuto specifico, concreto e tangibile; non è un esercizio dottrinale, «il sogno di un giurista»², poiché solo lo Stato laico è in grado di essere «il luogo di confronto ed integrazione di tutte le verità, riconosciute e relativizzate come tali nella loro infinità varietà»³.

Benedetto Croce nel suo celebre saggio del 1942 sul “*Perché non possiamo non dirci cristiani*”⁴, affermava che «...non possiamo non riconoscerci e non dirci cristiani, e che questa denominazione è semplice osservanza della verità» e ancora spiegava che il Cristianesimo ha compiuto una rivoluzione «che operò nel centro dell'anima, nella coscienza morale, e conferendo risalto all'intimo e al proprio di tale coscienza, quasi parve che le acquistasse una nuova virtù, una nuova qualità spirituale, che fino allora era mancata all'umanità».

Più recentemente Eugenio Scalfari, a lungo direttore di uno dei principali quotidiani italiani, ha parafrasato Croce nel suo “*Perché non possiamo non dirci laici*”. Secondo il famoso giornalista, i valori alla base delle moderne democrazie sono in buona parte proprio quelli affermati dal cristianesimo, ma sono oggi valori laici nel senso che: «Il laico non è relativista né, tantomeno, indifferente. Soffre con il debole, soffre con il povero, soffre con

¹ «A parlare, a scrivere, di laicità si rischia di ripetersi. Si rischia di ripetere ciò che è stato già detto», così afferma all'inizio del suo breve saggio su laicità e politica TRONTI, *Politica e laicità*, in *Democrazia e Diritto*, 2006, n. 2, 9.

² Così si esprime MARGIOTTA BROGLIO, *La laicità dello Stato*, in PRETEROSSO (a cura di), *Le ragioni dei laici*, Roma-Bari, 2005, 93, “...dopo il risultato del referendum sulla procreazione assistita incombe il rischio che la laicità si riveli solo il sogno di un giurista”.

³ Così cfr. ZANONE, *Laicismo*, in BOBBIO - MATTEUCCI (a cura di), *Dizionario di politica*, Torino, 1976, 511; ed anche RIMOLI, *Laicità*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XVIII, 1995.

⁴ Cfr. CROCE, *Perché non possiamo non dirci «cristiani»*, 1942. Questo saggio è uscito la prima volta su, *La Critica*, il 20 novembre 1942; poi fu raccolto in volume nei *Discorsi di varia filosofia*, vol. I, Bari, 1945 ed anche pubblicato autonomamente sempre dalla Casa Editrice Laterza, nel 1959.

l'escluso e qui sta il suo cristianesimo e il suo socialismo...È secondario che il laico abbia una fede e dia sulla base della propria fede un senso alla sua vita, oppure che non l'abbia, non creda nell'assoluto e non veda nella vita se non il senso della vita e non veda nella morte se non la restituzione della sua energia vitale ai liberi elementi dalla cui combinazione è nata la sua consapevole individualità»⁵.

Invero è doveroso puntualizzare come lo stesso Croce non avesse mai abbandonato la sua convinzione laica né si fosse mai schierato aprioristicamente a difesa della Chiesa romana, acutamente aprendo la propria riflessione con le parole: «rivendicare a sé stessi il nome di cristiani non va di solito scervo da un certo sospetto di pia unzione e d'ipocrisia, perché più volte l'adozione di quel nome è servita all'autocompiacenza e a coprire cose assai diverse dallo spirito cristiano»⁶.

Il problema non si porrebbe se – come sosteneva Kelsen – non esistesse alcun legame fra cristianesimo e democrazia o ancor meglio se la religione cristiana fosse politicamente indifferente e incapace di condizionare la vita politica, ma così non è, ed anzi i rapporti tra Stato e Chiese influenzano fortemente il bilancio complessivo del sistema democratico⁷.

La sfida del terzo millennio è, dunque, quella di smettere di pensare cristianesimo e laicismo come antitetici, senza allo stesso tempo cadere nell'errore di ritenere che la laicità debba essere “cristiana”, “battezzata”, addolcita, edulcorata, insomma trasformata in una “laicità da passeggio”, pronta a lasciare il passo alle ragioni religiose.

Siamo uguali senza distinzione di religione e lo Stato laico neutrale, ma non indifferente, si deve impegnare a rimuovere gli ostacoli che impediscono il concreto dispiegarsi di tale eguaglianza.

Sulle cruciali questioni al centro del dibattito etico, giuridico e politico delle democrazie contemporanee: dalle biotecnologie, alle famiglie, alla dignità del malato e del morente, all'educazione pluralista nella scuola pubblica, alla morale sessuale e molto altro ancora, lo Stato laico neutrale deve sapersi discostare dai parametri magisteriali, dai valori espressi dal giusnaturalismo cristiano; il diritto deve essere espressione di una giustizia al servizio di tutti, ove l'autodeterminazione del singolo contiene già al suo interno il proprio antidoto: l'obiezione di coscienza che gli consente di astenersi dai comportamenti che contrastino con le proprie convinzioni religiose.

⁵ Cfr. SCALFARI, *Perché non possiamo non dirci laici*, in: *La Repubblica*, 7 novembre 2004.

⁶ Si apre proprio con queste parole il saggio di CROCE, *Perché non possiamo non dirci «cristiani»*, Bari, 1959.

⁷ Cfr. KELSEN, *Democrazia e religione*, in IDEM, *La democrazia*, Bologna, 1955, 326.

Laicità significa neutralità, non indifferenza: cioè non si deve negare o disconoscere la presenza delle organizzazioni religiose all'interno delle moderne democrazie liberali, ma è necessario andare oltre il criterio separatista dell'ottocento o forse sarebbe meglio dire che si deve andare verso la sua compiuta realizzazione, per cui «laicità e separazione, neutralità e pluralismo non sono più sinonimo di anticoncordatarismo, di diritto unilaterale comune, di non disponibilità dei pubblici poteri a negoziare con l'autorità religiosa»⁸.

Le Chiese inviteranno i propri fedeli a vigilare sulle leggi imperfette⁹, ma allo stesso tempo lo Stato farà il suo dovere e appronterà in maniera laica e neutrale gli strumenti indispensabili per assicurare una convivenza pacifica in una società sempre più plurale.

Il percorso prescelto nel presente contributo è la disamina di alcuni temi che possono sembrare disomogenei ma in realtà sono legati da un unico filo conduttore costituito da una falsata, se non del tutto assente, applicazione del principio di laicità. Si tratta di fattispecie fortemente caratterizzanti: amore, simboli, diritti, doveri; non è più possibile ignorare che ognuna di queste parole acquista significato solo se declinata nel senso dell'eguaglianza e della laicità da intendersi quale «casa comune in cui i cittadini, credenti e non credenti, si riconoscono nel metodo e nelle proprie, diverse, visioni della vita, senza tentare di prevaricare gli uni rispetto agli altri. È una casa comune che non è neutra rispetto ai valori, ma che crede nella libertà dell'uomo, nella sua capacità di scegliere la propria visione della vita»¹⁰.

1. Stato e Chiese in Costituzione

Il nostro ordinamento giuridico presta da sempre particolare attenzione al fattore religioso sia perché l'esperienza religiosa viene considerata come un bene-valore che contribuisce alla crescita della persona¹¹; ma anche

⁸ Così VENTURA, *La laicità dell'Unione Europea. Diritti, mercato, religione*, Torino, 2001, 111.

⁹ «I cristiani dovrebbero avere abbastanza fede nel potere di convinzione del loro messaggio e del loro stile di vita da non aspettarsi l'aiuto sempre univoco e pericoloso di un qualsiasi braccio secolare». Così RUSCONI, *Come se Dio non ci fosse. I laici, i cattolici e la democrazia*. Torino, 2000.

¹⁰ Così si esprime, e non possiamo non condividere totalmente, D'AMICO, *Laicità per tutti*, in D'AMICO - PUCCIO (a cura di), *Laicità per tutti*, Milano, 2009, 15.

¹¹ Cfr. Sentenza Corte costituzionale n. 440 del 1995 in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1995, 3475 con osservazioni di D'ALESSIO, 3482 e note di RAMACCI, *La bestemmia contro la*

perché, al di là dell'interiorità personale, la religione ha una proiezione esteriore esprimendosi in atti che hanno inevitabili ricadute nella sfera giuridica sociale¹².

L'esame del rapporto tra ordinamento giuridico e fattore religioso precede inevitabilmente l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana investendo il periodo in cui maturano i rapporti tra il nuovo Stato italiano e la Chiesa cattolica.

Muovendo proprio dallo Statuto Albertino si evidenzia una propensione alla confessionalità nel momento in cui vi si afferma, all'articolo 1, che: «la religione cattolica, apostolica e romana è la sola religione di Stato» mentre rispetto alle altre religioni si limita a prevedere che «gli altri culti ora esistenti sono tollerati conformemente alle leggi»¹³. Tuttavia, malgrado le apparenze, si trattava di un regime confessionale *sui generis*, di facciata perché la previsione statutaria non garantì realmente alla religione cattolica una posizione privilegiata né impedì gli scontri Stato-Chiesa legati a questioni politiche e patrimoniali. Insomma l'esigenza primaria dal 1848 in avanti appare quella di affermare la sovranità del potere civile e la sua indipendenza dal potere religioso: così, nonostante l'affermazione dell'articolo 1 dello Statuto, lo Stato liberale sardo-piemontese, poi Stato italiano, si caratterizzò da subito per una decisa laicizzazione del proprio ordinamento¹⁴. L'apice dello scontro tra lo Stato e la Chiesa cattolica si registra, come noto, nel 1870 con l'ingresso a Roma dei bersaglieri, la *debellatio* dello Stato pontificio e la successiva designazione della Città eterna come capitale dello Stato italiano¹⁵.

Divinità: una contravvenzione delittuosa?, 3484 e D'AMICO, *Una nuova figura di reato: la bestemmia contro la "Divinità"*, 3487.

¹² Su a tale aspetto cfr. DALLA TORRE, *Il fattore religioso nella Costituzione*, Torino, 1988; LILLO, *Commento all'articolo 7*, in BIFULCO - CELOTTO - OLIVETTI (a cura di) *Commentario alla Costituzione*, Vol. I, Milano, 2006, 171.

¹³ Sul primo articolo dello Statuto cfr. JAHIER, *Il primo articolo dello Statuto e la libertà religiosa in Italia: monografia storico-giuridica*, Torino, 1925.

Per una ricostruzione della libertà religiosa nell'età liberale cfr. JACINI, *La politica ecclesiastica italiana da Villa Franca a Porta Pia: la crisi religiosa del Risorgimento*, Bari, 1938; SPADOLINI, *Il Tevere più largo*, Napoli, 1967; RUFFINI, *Relazioni tra Stato e Chiesa*, Bologna, 1974; MUSSELLI, *Chiesa e Stato dalla resistenza alla Costituente*, Torino, 1990; CIAMPI, *La libertà delle minoranze religiose*, (a cura di CASAVOLA - LONGO - MARGIOTTA BROGLIO), Bologna, 2009; FERRARI, *La libertà religiosa in Italia. Un percorso incompiuto*, Roma, 2012.

¹⁴ Per una ricostruzione esaustiva cfr. FINOCCHIARO, *Libertà di coscienza e di religione*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XIX, 1990.

¹⁵ Sulla questione romana e i rapporti tra Stato e Chiesa cattolica cfr. JACINI, *La politica ecclesiastica italiana da Villa Franca a Porta Pia: la crisi religiosa del Risorgimento*, Bari,

La Conciliazione tra Stato e Chiesa avvenne solo nel 1929 con la sottoscrizione dei Patti lateranensi dell'11 febbraio 1929, contenenti: il *Trattato* che riconosceva l'indipendenza e la sovranità della Santa Sede e fondava lo Stato della Città del Vaticano; la *Convenzione Finanziaria*, legata al Trattato, che prevedeva un sostanzioso risarcimento per i danni finanziari subiti dallo Stato pontificio in seguito alla fine del potere temporale; e il *Concordato* che definiva le relazioni civili e religiose in Italia tra la Chiesa e il Governo.

I Patti furono resi esecutivi con la legge del 27 maggio 1929, n. 810 con cui venne creato lo Stato Città del Vaticano e posto fine alla *questione romana*; affermando nell'articolo 1, che: «L'Italia riconosce e riafferma il principio consacrato nell'art. 1 dello Statuto del Regno 4 marzo 1848, pel quale la religione cattolica, apostolica e romana è la sola religione dello Stato»¹⁶.

Gli accordi lateranensi riportavano in auge quell'interpretazione dell'articolo 1 dello Statuto che dichiarava la religione cattolica religione di stato, secondo una visione tradizionalista, conservatrice e nazionale del regime, fortemente in contrasto con l'ideologia dello Stato liberale. Nel breve spazio di un biennio, tra il 1929 e il 1931, il complessivo sistema di relazioni si trasformò, dunque, da separatista a concordatario con una marcata impronta confessionista.

Rispetto al ruolo di assoluto privilegio accordato alla sola Confessione cattolica, gli altri culti si trovarono ben presto in posizione di netta

1938; JEMOLO, *Chiesa e Stato in Italia negli ultimi cento anni*, Torino, 1963; SPADOLINI, *Il Tevere più largo*, Napoli, 1967; RUFFINI, *Relazioni tra Stato e Chiesa*, Bologna, 1974; TICCHI, *Aux frontières de la paix. Bons offices, médiations, arbitrages du Saint-Siège (1878-1922)*, Roma, 2002; MAROTTA, *L'occupazione di Roma e della città leonina: rapporti tra santa Sede e autorità italiane dal 20 settembre alla vigilia del plebiscito del 2 ottobre 1870*, in *Cristianesimo nella storia*, 2010, 1, 33. Per cercare di risolvere la "questione romana" nel maggio 1871 venne emanata la Legge delle Guarentigie, che può considerarsi quale atto unilaterale con cui il governo italiano regolava le prerogative del Pontefice e della Santa Sede e i rapporti tra lo Stato e la Santa Sede dopo l'occupazione di Roma. Il Pontefice reagì con la politica del *non expedit* che in pratica vietava ai cattolici di partecipare, sia come elettori, sia come eletti, alla vita politica nazionale. L'evoluzione della società, la progressiva perdita di interesse verso la c.d. questione romana, l'introduzione del suffragio universale maschile nel 1912 e il timore dell'avanzata del Partito Socialista, videro aumentare i tentativi di conciliazione tra Stato e Chiesa cattolica, nasce in questo contesto il "patto Gentiloni" con cui diversi candidati liberali conservatori si impegnarono, in cambio dei voti dell'Unione elettorale cattolica italiana, a rispettare i sette impegni da questa formulati e allo stesso tempo i liberali mettevano a disposizione una nutrita quantità di seggi per i candidati cattolici.

¹⁶ Legge 27 maggio 1929, n. 810 "Esecuzione del Trattato, dei quattro allegati Annessi e del Concordato, sottoscritti in Roma, fra la Santa Sede e l'Italia, l'11 febbraio 1929".

subordinazione; secondo la legge n. 1159 del 24 giugno 1929, infatti, erano ammissibili, nello Stato, i culti diversi dalla religione cattolica apostolica e romana purché «non professino principi e non seguano riti contrari all'ordine pubblico o al buon costume»¹⁷.

Le motivazioni che avevano indotto lo Stato fascista e la Chiesa cattolica a siglare i Patti lateranensi erano simili ma opposte in quanto ognuno dei due soggetti voleva fare dell'altro il proprio braccio secolare o spirituale; tale distanza motivazionale, unita all'alleanza italiana con la Germania e alla successiva entrata in guerra, comportò l'alienazione delle simpatie di gran parte del clero al regime. Così, nel momento della caduta di Mussolini con l'armistizio dell'8 settembre 1943 e l'abbandono in mano tedesca di Roma da parte del Re, il Pontefice si ritrovò protagonista della vita politica del paese.

La difficile eredità lasciata dal fascismo ma anche i complessi rapporti che avevano caratterizzato precedentemente le relazioni Stato-Chiesa cattolica influenzarono l'elezione dell'Assemblea Costituente, composta da forze e ideologie assai diversificate, e il dibattito che in essa si articolò intorno ai temi "religiosi"¹⁸.

I Costituenti volevano mantenere lo Stato e la Chiesa cattolica quali ordinamenti separati e indipendenti, salvaguardando la "pace religiosa" faticosamente raggiunta e garantendo una generale libertà religiosa, accompagnata dall'affermazione dell'eguaglianza e dalla tutela delle confessioni, legittimando anche la libertà di non professare alcuna religione.

Essi scelsero però di non affermare espressamente la laicità tra i principi fondamentali del nuovo ordinamento costituzionale e si preoccuparono soprattutto di disciplinare i rapporti tra Stato e confessioni religiose e ancor più l'aspetto della libertà di professare qualsiasi religione.

Il primo nodo da affrontare era quello dei rapporti tra lo Stato e la Chiesa cattolica e alla prima sottocommissione vennero presentate due relazioni di diversa impostazione¹⁹ poiché da un lato si tendeva a considerare tali

¹⁷ Pochi i culti riconosciuti (ebrei e ortodossi) e molti quelli vietati espressamente come i Pentecostali, i Testimoni di Geova e gli Studenti della Bibbia (con leggi rispettivamente del 1935-1939-1940) e la successiva legislazione antiebraica del 1938 rendeva praticamente surreale per tale comunità ogni rivendicazione di libertà religiosa.

¹⁸ Sul ruolo della Chiesa dalla fine della guerra alla Costituente e sul dibattito in Costituente cfr. ATRIPALDI, *Il catalogo delle libertà civili nel dibattito in Assemblea Costituente*, Napoli, 1979; MUSSELLI, *Chiesa e Stato dalla resistenza alla Costituente*, Torino, 1990.

¹⁹ Sono le relazioni degli onorevoli Mario Cevolotto e Giuseppe Dossetti per le quali cfr. ASSEMBLEA COSTITUENTE, *Atti della Commissione per la Costituzione*, vol. II, Relazioni e proposte, Roma, 1947, 58 ss.

rapporti, nel solco della tradizione liberale, nel contesto dei diritti di libertà religiosa, mentre dall'altro l'impostazione cattolica e l'influsso della teorica dello *jus publicum* li collocavano nell'ambito dei rapporti tra Stato e altri ordinamenti²⁰. In realtà non sorsero reali problemi nel definire, nel primo comma dell'articolo 7, i due ordinamenti quali separati ed indipendenti, in quanto la maggioranza dei costituenti riteneva che tale affermazione altro non rappresentasse se non la constatazione di un dato storico che non poteva arrecare alcun pregiudizio alla libertà dei non cattolici²¹.

Più articolata fu invece la discussione relativa alla seconda parte dell'articolo 7 rispetto all'opportunità o meno di richiamare nel testo costituzionale i Patti Lateranensi del 1929²².

²⁰ Per una ricostruzione delle diverse posizioni cfr. MUSSELLI, *Chiesa e Stato dalla resistenza alla Costituente*, Torino, 1990.

²¹ È doveroso ricordare le perplessità espresse dall'onorevole Calamandrei anche rispetto a questa prima parte. Cfr. Seduta del 20 marzo 1947, in Atti dell'Assemblea Costituente e LARICCIA, *L'impegno di Piero Calamandrei per la laicità dell'Italia democratica*, in *Il Ponte*, 2006, n. 12, 78.

Per un primo esame dell'articolo 7 della Costituzione cfr. CATALANO, *Sovranità dello Stato e autonomia della Chiesa nella Costituzione repubblicana*, Milano 1968; FINOCCHIARO, *Art. 7 e 8*, in BRANCA (a cura di) *Commentario della Costituzione, Art. 1-12, Principi fondamentali*, Bologna-Roma 1975, 321 ss; LARICCIA, *Diritto ecclesiastico*, Padova 1978; P. LILLO, *Commento all'articolo 7*, in BIFULCO - CELOTTO - OLIVETTI (a cura di) *Commentario alla Costituzione*, Vol. I, Milano, 2006, 171.

²² Ancora una volta fu l'Onorevole Calamandrei a battersi contro l'inserimento dei Patti Lateranensi in Costituzione affermando «...attraverso il richiamo dei Patti lateranensi, si introducono di soppiatto nella Costituzione, mediante rinvio, quelle tali norme occulte, leggibili solo per trasparenza, che saranno in urto con altrettanti articoli palesi della nostra Costituzione, i quali in realtà ne rimarranno screditati e menomati. È inutile ricordarli. Il principio della uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, della libertà di coscienza, della libertà di insegnamento, il principio della attribuzione esclusiva allo Stato della funzione giurisdizionale, tutti questi principi costituzionali sono menomati e smentiti da norme contenute nei Patti lateranensi, le quali vengono tacitamente ricevute nel nostro ordinamento col secondo comma dell'articolo 5...Mi limito a richiamare l'attenzione vostra, amici democristiani, su quella norma dei Patti lateranensi, che tutte le riassume: dico l'articolo I del Trattato:« L'Italia riconosce e riafferma il principio consacrato nell'articolo 1 dello Statuto del Regno 4 marzo 1848, per il quale la religione cattolica, apostolica e romana è la sola religione dello Stato » ... E vi chiedo: dobbiamo o no fare una Costituzione democratica, che abbia alla sua base i diritti di libertà».

Sul dibattito nato in merito all'inserimento dei Patti Lateranensi nell'art. 7 cfr. tra gli altri DALLA TORRE, *Il fattore religioso nella Costituzione*, Torino, 1988; MAZZONE, *Tra resistenza e ragioni di Stato: momenti del pensiero politico di Giuseppe Dossetti*, in MELLONI (a cura di) *Giuseppe Dossetti: la fede e la storia. Studi nel decennale della morte*, Bologna, 2007, 311; ELIA, G. *Dossetti e l'art. 7 della Costituzione*, in MONTEFERRANTE - NOCILLA (a cura di), *La*

I relatori contrari a tale inserimento muovevano sia dall'inutilità dello stesso, considerando che normalmente i trattati internazionali o gli accordi con altri Stati non formano oggetto di rinvio costituzionale, ma soprattutto volevano evitare ogni possibile "deriva confessionale" della neonata Repubblica Italiana.

Dall'altro lato invece coloro che, muovendo proprio dalla separatezza ed indipendenza di Stato e Chiesa cattolica, sottolineavano la necessaria bilateralità dei rapporti assicurata dal mantenimento dei Patti con copertura costituzionale che non si traduceva in una "costituzionalizzazione" degli stessi ma realizzava «quella pacificazione religiosa auspicata da tutti gli italiani e quella soluzione di un conflitto storico che era già stata nel desiderio e nell'opera degli ultimi governi democratici»²³.

La formulazione uscita dalla prima sottocommissione sollevò anche in Assemblea Costituente importanti discussioni, l'argomento dei rapporti Stato-Chiesa infatti, come lo definì Vittorio Emanuele Orlando, costituiva comunque una «zona infiammabile»²⁴.

Il problema del valore del richiamo operato dal secondo comma dell'articolo 7 provocò un acceso dibattito poiché si riteneva che con tale riconoscimento costituzionale si sarebbe operato un "potenziamento" delle norme pattizie, ma in realtà la formulazione del secondo comma dell'articolo 7 si traduce nella possibilità di modifica bilaterale degli accordi del 1929 attraverso ulteriori accordi tra le due parti, da rendere esecutivi nell'ordinamento statale secondo le procedure previste per gli accordi internazionali. In mancanza di accordo con l'altra parte, cioè la Chiesa cattolica, lo Stato può sempre ricorrere al procedimento di revisione costituzionale *ex* articolo 138²⁵.

storia, il dialogo, il rispetto della persona. Scritti in onore del Cardinale Achille Silvestrini, Roma 2009, 433.

²³ Così si esprime l'Onorevole Dossetti in ASSEMBLEA COSTITUENTE, *Atti della Commissione per la Costituzione*, vol. II, Relazioni e proposte, Roma, 1947, 62.

²⁴ Orlando concordava sul riconoscimento dell'indipendenza della Chiesa ma non riteneva che l'affermazione dell'indipendenza e sovranità di Stato e Chiesa ognuno nel proprio ordinamento dovesse essere posta all'interno di un testo costituzionale per evitare il pericolo di confusioni e anomale interpretazioni. Rispetto ai Patti Lateranensi il grande statista non appare tanto preoccupato del loro inserimento costituzionale quanto della mancanza di una clausola che salvi il diritto sovrano di denunciare un Trattato. Cfr. ATTI DELL'ASSEMBLEA COSTITUENTE, vol. I, 1941 ss.

²⁵ L'esclusione della costituzionalizzazione dei Patti del 1929 e la loro soggezione ai principi fondamentali è stata successivamente ribadita dalla Corte costituzionale che ha chiarito come il secondo comma dell'articolo 7 «non sancisce solo un generico principio pattizio da valere nella disciplina dei rapporti fra lo Stato e la Chiesa cattolica, ma contiene

Le norme pattizie non sono dunque norme costituzionalizzate potendo modificarsi con legge ordinaria qualora vi sia l'accordo tra le parti, ma presentano comunque una resistenza passiva all'abrogazione per la quale è percorribile unilateralmente la sola via della revisione costituzionale; esse, inoltre, in quanto norme speciali, hanno la forza di derogare alle norme costituzionali pur incontrando il limite invalicabile dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale dello Stato.

I Patti Lateranensi furono revisionati dall'Accordo del 18 febbraio 1984: tale revisione concerne specificamente il Concordato²⁶.

La revisione del 1984 appare particolarmente significativa in quanto ad essa si deve la scomparsa del principio della religione cattolica quale religione di Stato²⁷, eliminazione che finalmente riporta la normativa in materia in linea con le trasformazioni del costume sociale e dell'ordinamento giuridico già da tempo manifestatesi. I nuovi accordi modificano il precedente Concordato negli aspetti più evidenti di giurisdizionalismo statale o confessionale: dalle restrizioni sulle attività politiche del clero, al controllo sulle nomine dei vescovi e dei parroci, fino al loro obbligo di giuramento di fedeltà allo Stato. Significative anche le modifiche in tema di insegnamento della religione cattolica nelle scuole pubbliche rispetto al quale l'articolo 9, comma 2 dell'Accordo dispone: «La Repubblica italiana, riconoscendo il

altresì un preciso riferimento al Concordato in vigore e, in relazione al contenuto di questo ... tuttavia, giacché esso riconosce allo Stato e alla Chiesa cattolica una posizione reciproca di indipendenza e di sovranità, non può avere forza di negare i principi supremi dell'ordinamento costituzionale dello Stato». Cfr. Sentenze n. 30, 31 e 32 del 1971 (rispettivamente in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1971, 150, 154 e 156), per le quali LAVAGNA, *Prime decisioni della Corte sul Concordato*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1971, I, 628; BELLINI, *Sul sindacato di costituzionalità delle norme di derivazione concordataria*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1971, IV, 86; SARACENI, *Primi diretti contatti della Corte costituzionale con l'articolo 7 Cost.: sentenze nn. 30, 31 del 1971*, in *Diritto ecclesiastico*, 1971, 212; LARICCIA, *Patti Lateranensi e principi costituzionali*, in *Diritto ecclesiastico*, 1971, 332; MODUGNO, *La Corte costituzionale di fronte ai Patti lateranensi*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1971, 414.

²⁶ Cfr. legge 25 marzo 1985, n. 121 contenente *Ratifica ed esecuzione dell'accordo, con protocollo addizionale, firmato a Roma il 18 febbraio 1984, che apporta modificazioni al Concordato lateranense dell'11 febbraio 1929, tra la Repubblica italiana e la Santa Sede*. Il nuovo Concordato, sottoscritto il 18 febbraio 1984, è diviso in un Accordo di modificazioni, composto da quattordici articoli, e in un Protocollo Addizionale, composto da ulteriori sette norme, che costituiscono le disposizioni esplicative dell'Accordo, fornendone in pratica l'interpretazione autentica.

²⁷ Il punto 1 del Protocollo addizionale all'accordo precisa infatti: «Si considera non più in vigore il principio, originariamente richiamato dai Patti lateranensi, della religione cattolica come sola religione dello Stato italiano».

valore della cultura religiosa e tenendo conto che i principi del cattolicesimo fanno parte del patrimonio storico del popolo italiano, continuerà ad assicurare, nel quadro delle finalità della scuola, l'insegnamento della religione cattolica nelle scuole pubbliche non universitarie di ogni ordine e grado. Nel rispetto della libertà di coscienza e della responsabilità educativa dei genitori, è garantito a ciascuno il diritto di scegliere se avvalersi o non avvalersi di detto insegnamento», viene dunque meno il riferimento all'insegnamento della religione cattolica quale «fondamento e coronamento» dell'intera istruzione pubblica pur permanendo un privilegio rispetto alle altre religioni²⁸, in quanto anche se certamente può riconoscersi al singolo un vero e proprio diritto soggettivo di avvalersi o meno di tale insegnamento, non è al contempo riconosciuta alcuna possibilità per chi volesse invece conoscere ed approfondire nella scuola i fondamenti di altre religioni.

L'esplicita menzione dei Patti lateranensi all'interno della Costituzione repubblicana influenzò decisamente la sorte delle altre confessioni, poiché se era intenzione dei nostri Costituenti creare una Carta fondamentale che affermasse un ordinamento pluralista e garantista, allora il riconoscimento offerto alla Chiesa cattolica non poteva tradursi in una posizione di esclusività e privilegio e bisognava procedere in maniera analoga riconoscendo e garantendo anche le confessioni diverse dalla cattolica. Così,

²⁸ Secondo l'art. 36 del Concordato lateranense, la religione cattolica costituiva «fondamento e coronamento dell'istruzione pubblica», e il suo insegnamento era reso obbligatorio anche nelle scuole medie e superiori. L'obbligatorietà dell'insegnamento per le scuole elementari era già stata sancita con r.d. n. 2185 del 1923.

Sul compito della scuola rispetto all'insegnamento della sola religione cattolica giova ricordare la limpida analisi di un saggio del 1907 di Gaetano Salvemini poi ripubblicato nel 1951 in cui l'autore afferma «La scuola laica non deve imporre agli alunni credenze religiose, filosofiche o politiche in nome di autorità sottratte al sindacato della ragione. Ma deve mettere gli alunni in condizione di potere in piena libertà e consapevolezza formarsi da sé le proprie convinzioni politiche, filosofiche, religiose». Cfr. SALVEMINI, *Il programma scolastico dei clericali*, Firenze, 1951.

Sull'insegnamento della religione cattolica cfr. FLORIDIA - STCARDI, *Dall'eguaglianza dei cittadini alla laicità dello Stato. L'insegnamento confessionale nella scuola pubblica tra libertà di coscienza, pluralismo religioso e pluralità delle fonti*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1989, II, 1098; BELLINI, *Considerazioni critiche sull'insegnamento della religione cattolica nelle scuole pubbliche*, in BELLINI (a cura di), *Saggi di diritto ecclesiastico italiano*, Soveria Mannelli, 1996, 403; DE MAURO, *Scuola e cultura laica*, in PRETEROSI (a cura di), *Le ragioni dei laici*, Roma-Bari, 2005, 97; PARISI, *Il diritto alla scelta di insegnamenti di religione nella scuola pubblica*, in DOMIANELLO (a cura di), *Diritto e religione in Italia. rapporto nazionale sulla salvaguardia della libertà religiosa in regime di pluralismo confessionale e culturale*, Bologna, 2012, 139.

paradossalmente, è proprio la posizione riconosciuta alla Chiesa cattolica ad indirizzare verso una nuova considerazione per le altre confessioni, che non sono più meri “culti ammessi” ma “confessioni religiose” tutte egualmente libere davanti alla legge²⁹.

La previsione della garanzia e protezione per i culti acattolici divenne la naturale risposta di coloro che avversavano l’inserimento dei rapporti Stato-Chiese in Costituzione e che temevano che il richiamo dell’articolo 7 potesse costituire un’indiretta ammissione di confessionismo statale³⁰, così l’articolo 8 sembra rappresentare una sorta di “antidoto” ad una possibile deriva confessionale cattolica³¹. Certamente il risultato finale di questa spinta garantista ed innovativa, se confrontato con l’articolo 7, appare almeno in parte limitato in quanto non vengono riconosciute come “*uguali*” tutte le confessioni religiose ma si preferisce la formula ai sensi della quale le confessioni religiose sono «egualmente libere davanti alla legge»³²; e ancora, mentre la Chiesa e lo Stato vengono riconosciuti come indipendenti e sovrani ciascuno nel proprio ordine, per le altre confessioni il secondo comma dell’articolo 8 sembra configurare un’autonomia limitata e comunque rimessa alla conformità della propria organizzazione e statuto all’ordinamento giuridico italiano; infine, anche il regime delle intese Stato-rappresentanze religiose sembra ritagliare alle altre confessioni un ruolo

²⁹ Cfr. PASQUALI CERIOLI, *L’indipendenza dello Stato e delle confessioni religiose. Contributo allo studio del principio di distinzione degli ordini nell’ordinamento italiano*, Milano, 2006.

³⁰ Nella seduta del 19 dicembre 1946 della I Sottocommissione, fu l’onorevole Cevolotto, incaricato insieme all’onorevole Dossetti, della stesura delle norme sulla libertà di opinione, di coscienza e di culto, a proporre l’introduzione di un articolo che garantisse la libertà religiosa dei culti non cattolici. Cfr. seduta del 19. 12. 1946, in *Atti Assemblea Costituente*, vol. VI, 802.

³¹ In generale sull’articolo 8 della Costituzione cfr. FINOCCHIARO, *Art. 8*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 197; COLAIANNI, *Confessioni religiose ed intese. Contributo all’interpretazione dell’articolo 8 della Costituzione*, Bari, 1990; RANDAZZO, *Commento all’articolo 8*, in BIFULCO - CELOTTO - OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Vol. I, Torino, 2006, 193.

³² A tale proposito cfr. il discorso riassuntivo dell’Onorevole Ruini nella seduta del 12 aprile 1947 precedente la votazione finale. In tale occasione si doveva scegliere una delle due tesi proposte e cioè «l’eguaglianza tra tutte le confessioni religiose» o il meno ambizioso concetto di «eguale libertà» tra le confessioni. La votazione bocciò il testo «tutte le confessioni sono eguali di fronte alla legge» per soli 5 voti, e approvò invece l’emendamento Cappi-Gronchi secondo il quale «tutte le confessioni sono egualmente libere di fronte alla legge». Cfr. *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell’assemblea Costituente*, Roma, I, 1976, 830.

subalterno rispetto alla tradizione e al riconoscimento dei Patti Lateranensi con la collocazione costituzionale di questi ultimi.

Tuttavia, a dispetto delle perplessità espresse, è opportuno notare che l'articolo 8 è riuscito comunque ad affermare una visione innovativa nei rapporti tra lo Stato e le altre confessioni religiose, così oggi la formula dell'uguale libertà risulta più ricca e comprensiva di quella della mera eguaglianza³³.

Grazie all'evoluzione di dottrina e giurisprudenza si è espansa la tutela riconosciuta alle altre confessioni e progressivamente il principio di eguaglianza ha abbandonato la configurazione meramente "soggettiva" divenendo applicabile anche ai gruppi sociali religiosi; d'altronde se così non fosse l'ineguaglianza di trattamento rispetto a tali gruppi sociali si ripercuoterebbe inevitabilmente sui singoli che li compongono sconfessando *ipso facto* l'intero impianto costituzionale.

Il concetto di *eguale libertà* espresso dall'articolo 8 implica una forte tutela delle confessioni e stigmatizza eventuali valutazioni discrezionali del Legislatore, seppur giustificate dalla forza contrattuale di un determinato gruppo religioso, in quanto contrastanti con il principio di eguaglianza³⁴.

L'articolo 8 riconosce alle confessioni acattoliche il principio di autodeterminazione secondo norme e modelli da esse stesse elaborate³⁵: le confessioni sono dunque considerate alla stregua di ordinamenti originari esterni rispetto allo Stato che non deve ingerirsi nella predisposizione dei loro atti di organizzazione³⁶.

³³ In tal senso cfr. FERRARI, *La libertà religiosa in Italia. Un percorso incompiuto*, Roma, 2012, 50.

³⁴ In tal senso cfr. ONIDA, *Profili costituzionali delle intese*, in MIRABELLI (a cura di), *Le intese tra Stato e confessioni religiose. Problemi e prospettive*, Milano 1978, 25; RANDAZZO, *Diversi ed eguali. Le confessioni religiose davanti alla legge*, Milano, 2008, 73.

³⁵ Sugli statuti delle confessioni religiose cfr. COLAIANNI, *Statuti delle confessioni religiose*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XXX, 1993.

³⁶ In tal senso va letta la Sentenza n. 43 del 1988 (in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1988, 114) con cui la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'articolo 9 del r. d. 30 ottobre 1930, n. 1731, Norme sulle comunità israelitiche e sull'unione delle comunità medesime, che prevedeva i requisiti per l'eleggibilità dei componenti dei consigli delle Comunità israelitiche. Tale previsione era infatti in contrasto con l'art. 8, secondo comma, Cost. che implica l'abbandono da parte dello Stato della pretesa di fissare direttamente per legge i contenuti degli atti organizzativi delle confessioni. L'autonomia istituzionale riconosciuta dalla Carta costituzionale esclude ogni possibilità di ingerenza dello Stato nell'emanazione delle disposizioni statutarie delle confessioni religiose.

L'ultimo comma dell'articolo 8 è dedicato alle intese tra Stato e confessioni religiose diverse dalla cattolica³⁷. Effettivamente è doveroso sottolineare come non esista alcun obbligo per le confessioni religiose di stipulare intese con lo Stato, in quanto tali rapporti, essendo indirizzati ad assicurare effetti civili agli atti dei ministri di culto oltre che agevolazioni di vario genere, hanno carattere meramente facoltativo³⁸.

L'architettura costituzionale degli articoli 7 e 8 dimostra dunque, seppure con declinazioni differenziate, la volontà dei Costituenti di eleggere il metodo pattizio o delle intese, cioè il metodo dell'incontro delle volontà, quale strumento principe per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e le diverse Chiese³⁹, indipendentemente dalla loro quantificazione numerica e dal loro reale *appeal* nella società. Si voleva quindi affermare attraverso

³⁷ Senza pretesa di esaustività, sulle intese tra lo Stato e le confessioni diverse dalla cattolica cfr. PEYROT, *La legislazione sulle confessioni religiose diverse dalla cattolica*, in *La legislazione ecclesiastica*, Atti del convegno celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione, Vicenza, 1967, 538; BIANCONI, *Le intese tra lo Stato e le confessioni religiose diverse dalla Cattolica*, Milano, 1969; CASUSCELLI, *Concordati, intese e pluralismo confessionale*, Milano, 1974; MARGIOTTA BROGLIO, *Libertà religiosa e sistema di rapporti tra Stato e Confessioni religiose. Le "Intese" del 1986 con le Assemblee pentecostali e con le Chiese avventiste*, in *Rivista di studi politici internazionali*, 1987, n. 4, 539; GIOLLI, *La repubblica e le minoranze religiose. Le intese con valdo-metodisti, avventisti, pentecostali e Comunità ebraiche*, in *Nuova antologia*, 1987, vol. 4, 325; LONG, voce *Intese. III) Intese con le chiese rappresentate dalla Tavola valdese*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XVII, 1989; IDEM, voce *Intese. IV) Intese con le confessioni religiose diverse dalla cattolica*, *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XVII, 1989; COLAIANNI, *Confessioni religiose e intese. Contributo all'interpretazione dell'articolo 8 Cost.*, Bari, 1990; PARLATO, *Le intese con le confessioni acattoliche. I contenuti*, Torino, 1991; ARNONE, *Sulle intese tra Stato e confessioni religiose acattoliche*, in *Diritto ecclesiastico*, 1993, I, 782; CASUSCELLI - DOMIANELLO, voce *Intese con le confessioni religiose diverse dalla cattolica*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. VIII, 1993, 518; TEDESCHI (a cura di), *Le intese viste dalle confessioni. Quaderni della scuola di specializzazione in diritto ecclesiastico e canonico*, Napoli, 1999, vol. 6.

³⁸ In tal senso cfr. PEYROT, *Confessioni religiose diverse dalla cattolica*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, 1989, vol. III, 357 e per la giurisprudenza costituzionale la Sentenza n. 59 del 1958 (in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1958, 885 con osservazione di ESPOSITO) con cui la Corte dichiara l'illegittimità degli articoli 3 della legge 1929 n. 1159 e 1 e 2 del r. d. 28 febbraio 1930 n. 289 ricordando che: «Le intese si riferiscono alla facoltà data alle confessioni di organizzarsi secondo propri statuti, facoltà, non obbligo, in quanto potrebbe anche la confessione affermare di voler essere una libera organizzazione di credenti, rinunciando a qualsiasi creazione di rapporti giuridici ...si deve sempre nettamente escludere che sul terreno della libertà religiosa possa aversi una differenza fra una confessione che abbia stipulato "intese" ed una che non ne abbia stipulate».

³⁹ In questo senso LANDOLFI, *L'intesa tra Stato e culto acattolico. Contributo alla teoria delle fonti del diritto ecclesiastico italiano*, Napoli, 1962.

l'accordo il pluralismo confessionale per superare definitivamente lo Stato liberale e ancor più quello fascista.

La riflessione dei Costituenti sulla libertà religiosa si esprime anche negli articoli 19 e 20 della nostra Carta⁴⁰. La libertà religiosa risulta infatti composta da due aspetti principali fortemente connessi: la libertà di coscienza e la libertà di culto che non sono da intendersi quali fatti «puramente interiori dell'intimo sentimento religioso, o areligioso o magari antireligioso» bensì come «l'esteriore espressione" del sentimento religioso e le "pratiche visibili di tale adorazione»⁴¹. La libertà religiosa si sostanzia nella «libertà garantita dallo Stato a ogni cittadino di scegliere e professare la propria credenza in fatto di religione»⁴², essa costituisce storicamente la prima libertà dei moderni⁴³ ma malgrado ciò risulta ancora oggi sostanzialmente ambigua sia per quanto attiene il concetto stesso di libertà religiosa che per i suoi concreti contenuti. Tale intrinseca ambiguità ha fatto sì che la libertà religiosa venisse considerata come “concetto essenzialmente e prettamente giuridico”⁴⁴, ma anche come valore essenzialmente etico-

⁴⁰ In generale sugli articoli 19 e 20 della Costituzione cfr. JEMOLO, *Le libertà garantite dagli artt. 8, 19 e 21 della Costituzione*, in *Diritto ecclesiastico*, 1952, 393; FINOCCHIARO, *Art. 19*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1977; FERRARI, *L'articolo 19 della Costituzione*, in *Politica e diritto*, 1996, 97; RICCA, *Art. 19*, in BIFULCO - CELOTTO - OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Vol. I, Torino, 2006, 420; GUAZZAROTTI, *Art. 19*, in CRISAFULLI - PALADIN - BARTOLE - BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, II ed., Padova, 2008. CATALANO, *Osservazioni sull'articolo 20 della Costituzione*, in *Diritto Ecclesiastico*, 1964, I, 353; FINOCCHIARO, *Art. 209*, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1977, 302; RICCA, *Art. 20 della Costituzione ed enti religiosi: anamnesi e prognosi di una norma «non inutile»*, in *Studi in onore di Francesco Finocchiaro*, II, Padova, 2000, 1557; BETTETINI, *Gli enti e i beni ecclesiastici*, Milano, 2005; BETTETINI, *Art. 20*, in BIFULCO - CELOTTO - OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Vol. I, Torino, 2006, 441.

⁴¹ Cfr. RUFFINI, *Corso di diritto ecclesiastico italiano: libertà religiosa come diritto pubblico subbiiettivo*, Torino, 1924, 198.

⁴² Per tale definizione cfr. D'AVACK, *Il problema storico-giuridico della libertà religiosa*, Roma, 1966; IDEM, *Libertà religiosa (diritto ecclesiastico)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIV, 1974.

⁴³ Così RUFFINI, *Relazioni tra Stato e Chiesa*, Bologna, 1974; DALLA TORRE, *Il fattore religioso nella Costituzione*, Torino, 1988.

⁴⁴ «Emerge da tutto questo, che la libertà religiosa non è, come il libero pensiero, un concetto o un principio filosofico, non è neppure, come la libertà ecclesiastica, un concetto o un principio teologico; ma è un concetto o un principio essenzialmente giuridico». Cfr. RUFFINI, *La libertà religiosa. Storia dell'idea*, Torino, 1901, 5 ss (riedizione Milano, 1991); IDEM, *La libertà religiosa come diritto pubblico subbiiettivo*, Bologna, 1924 (riedizione del volume del 1992). Nello stesso senso anche il pensiero successivo all'entrata in vigore della

politico⁴⁵. L'evoluzione più moderna del concetto di libertà religiosa sostituisce alla formula "diritto pubblico soggettivo" le locuzioni "diritto inviolabile", "diritto costituzionale" e "diritto fondamentale".

La libertà religiosa va dunque considerata come libertà giuridica, come diritto inviolabile ai sensi dell'articolo 2 e ancora quale diritto soggettivo perfetto imponendosi sia nei confronti del privato che dei pubblici poteri, libertà religiosa insomma quale fine costituzionale.

La garanzia offerta dall'articolo 19 riguarda il diritto di ogni individuo di professare la propria fede in forma individuale o associata e di farne propaganda.

Il diritto di professare la propria fede appare diritto dal contenuto indeterminato in quanto, se certamente è facile delimitare la dimensione legata ai riti religiosi e alla propaganda, è invece di difficile precisazione il contenuto della libertà di professione religiosa in senso *extra* culturale. In ogni caso, come sempre avviene per i diritti di libertà, l'interpretazione da prediligersi è quella della massima espansione possibile del diritto in questione, per cui la libertà di religione va intesa come libertà di pratica religiosa perché comporta il diritto di esercitarne in privato o in pubblico il culto, ma anche quale libertà religiosa che si sostanzia in atti *extra* culto. L'unico limite che può porsi all'esercizio dei diritti insiti nella libertà religiosa è quello relativo a riti contrari al buon costume avendo infatti la Costituzione escluso il richiamo esplicito all'ordine pubblico⁴⁶.

Uno degli aspetti più interessanti del diritto di libertà religiosa è quello concernente il suo possibile risvolto negativo e cioè se, nel silenzio della Costituzione, accanto alla libertà di credere si possa considerare come costituzionalmente protetta anche la libertà di non credere. Dai lavori preparatori non si evince un'equiparazione tra libertà religiosa e libertà di ateismo, e almeno fino agli anni '60 si è ritenuto che, se all'ateismo si doveva riconoscere tutela costituzionale, questa avrebbe potuto discendere non dall'articolo 19, bensì dall'articolo 21 nella prospettiva della libera espressione del pensiero. Solo successivamente, anche grazie all'evoluzione

Costituzione, espresso da FINOCCHIARO, *Uguaglianza giuridica e fattore religioso*, Milano, 1958.

⁴⁵ Cfr. GUERZONI, *Libertà religiosa ed esperienza liberaldemocratica*, in AA.VV., *Teoria e prassi della libertà di religione*, Bologna, 1975, 229.

⁴⁶ Secondo parte della dottrina tale limite esiste comunque anche se va considerato solo rispetto alla sua accezione materiale. In tal senso cfr. MAZZIOTTI DI CELSO, *Lezioni di diritto costituzionale*, Milano, 1993, 231, *contra* BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984; FINOCCHIARO, *Art. 7 e 8*, in BRANCA (a cura di) *Commentario della Costituzione, Art. 1-12, Principi fondamentali*, Bologna-Roma, 1975.

della giurisprudenza costituzionale, la situazione ha subito un deciso capovolgimento tanto che ora l'ateismo viene considerato protetto dall'articolo 19 che al riguardo offre maggiori tutele dell'articolo 21⁴⁷.

La previsione dell'articolo 19 va dunque letta nei due sensi della "*libertà di*" e in quella "*di non*": tale previsione tutela il diritto di credere e quello di non credere, quello alla miscredenza e anche quello di non compiere alcuna scelta⁴⁸, così come la facoltà di diffondere e propagandare anche le proprie credenze di tipo negativo ed ateistico.

Completa il quadro di garanzia per l'esercizio della libertà religiosa l'articolo 20⁴⁹ che si occupa dell'autonomia organizzativa delle associazioni religiose e reagisce all'esperienza storica precedente integrando e specificando lo stesso principio di eguaglianza. Esso costituisce la norma di completamento rispetto ai rapporti Stato-religione corroborando il principio di eguaglianza sostanziale in materia religiosa.

2. La grande assente: la laicità costituzionale

La ricostruzione effettuata dimostra un disinteresse reiterato del nostro ordinamento verso la formalizzazione del concetto di laicità. Se forse tale omissione poteva giustificarsi ai tempi dello Statuto Albertino, risulta invero assai più complesso comprendere come i nostri Costituenti, così attenti alla

⁴⁷ Rispetto alla giurisprudenza costituzionale cfr. dapprima la Sentenza n. 58 del 1960 (in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1960, 752) in cui la Consulta sosteneva che "*l'ateismo comincia dove finisce la vita religiosa*" e quindi non risulta tutelato dall'articolo 19 della Costituzione, e successivamente il cambio di giurisprudenza espresso nella sentenza n. 117 del 1979 (in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1979, 816) dove la Corte spiega invece: «l'opinione prevalente fa ormai rientrare la tutela della c.d. libertà di coscienza dei non credenti in quella della più ampia libertà in materia religiosa assicurata dall'art. 19, il quale garantirebbe altresì (analogamente a quanto avviene per altre libertà: ad es. gli articoli 18 e 21 Cost.) la corrispondente libertà "negativa". Ma anche chi ricomprende la libertà di opinione religiosa del non credente in quella di manifestazione del pensiero garantita dall'art. 21 Cost. (norma parimenti richiamata come parametro di giudizio nell'ordinanza del pretore di Torino) perviene poi alle stesse conclusioni pratiche, e cioè che il nostro ordinamento costituzionale esclude ogni differenziazione di tutela della libera esplicitazione sia della fede religiosa sia dell'ateismo, non assumendo rilievo le caratteristiche proprie di quest'ultimo sul piano teorico».

⁴⁸ Sul punto cfr. FINOCCHIARO, *Art. 19*, in BRANCA (a cura di) *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1977, 247.

⁴⁹ Anche se parte della dottrina considera tale previsione costituzionale come "*superflua*". Cfr. RIMOLI, *I diritti fondamentali in materia religiosa*, in RIDOLA - NANIA (a cura di), *I diritti costituzionali*, Torino, 2006, vol. III, 877.

declinazione del principio di eguaglianza e ai diritti di libertà, non si siano soffermati su tale fondamentale valore, tanto che il termine laicità o laico non appare mai nell'intera Carta costituzionale⁵⁰.

Certamente la scelta di includere la laicità quale principio fondante dello Stato nel testo costituzionale non rappresentava un cammino obbligato ed si nota come il panorama delle Costituzioni contemporanee non offra grandi esempi di laicità costituzionale⁵¹; il principale (e a lungo unico) esempio di laicità costituzionale nel vecchio continente è offerto dalla Costituzione francese che prevede espressamente la forma laica dello Stato mentre la legge si occupa di numerosi aspetti pratici legati alla realizzazione della laicità⁵².

⁵⁰ Come nota, all'inizio della sua precisa ricostruzione, RIMOLI, *Laicità*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XVIII, 1995. Rispetto alla dottrina in tema di laicità, senza pretesa di completezza, cfr. GUERZONI, *Note preliminari per uno studio della laicità dello Stato sotto il profilo giuridico*, in *Archivio giuridico*, 1967, n. 1-2, 80; POTOTSCHNIG, *La laicità dello Stato*, in *Jus*, 1977, 247; CARDIA, *Stato laico*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLIII, 1990, 876; DALLA TORRE (a cura di), *Ripensare la laicità. Il problema della laicità nell'esperienza giuridica contemporanea*, Torino, 1993; LARICCIA, *Laicità dello Stato e democrazia pluralista in Italia*, in *Diritto ecclesiastico*, 1994, I, 383; RIMOLI, *Laicità*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XVIII, 1995; FINOCCHIARO, *La Repubblica italiana non è uno Stato laico*, in *Diritto Ecclesiastico*, 1997, 11; PRETEROSSO (a cura di), *Le ragioni dei laici*, Roma-Bari, 2005; ELIA, *A proposito del principio di laicità dello Stato e delle difficoltà di applicarlo*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, vol. II, Napoli, 2005, 1063; MARGIOTTA BROGLIO, *La laicità dello Stato*, in PRETEROSSO (a cura di), *Le ragioni dei laici*, Roma-Bari, 2005, 79; LONG, *Laicità dello Stato, confessioni religiose e multiculturalismo*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2006, 340; CASUSCELLI, *Le laicità e le democrazie: la laicità della «repubblica democratica» secondo la Costituzione italiana*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2007, n. 1, 183; AINIS, *Laicità e confessioni religiose*, Relazione al convegno, *Problemi pratici della laicità agli inizi del secolo XXI*, Napoli, 26 ottobre 2007, ora in www.astrid-online.it; RANDAZZO, *Le laicità. Alla ricerca del nucleo essenziale di un principio*, in *Filosofia e teologia*, 2007, 273; SPADARO, *Libertà di coscienza e laicità nello stato costituzionale: sulle radici "religiose" dello Stato "laico"*, Torino, 2008; AA.VV., *Costituzione, laicità e democrazia*, *Quaderni laici*, n. 0, Torino, 2009; DI GIOVINE, *Laicità e democrazia*, in *Studi in memoria di Giuseppe G. Floridia*, Napoli, 2009, 255; ROLLA (a cura di), *Libertà religiosa e laicità. Profili di diritto costituzionale*, Napoli, 2009; AINIS, *Chiesa padrona. Un falso giuridico dai Patti Lateranensi ad oggi*, Milano, 2009; MANCINA, *La laicità al tempo della bioetica*, Bologna, 2009; PRISCO, *Laicità. Un percorso di riflessione*, Torino, 2009; RODOTÀ, *Perché laico*, Roma-Bari, 2009-2010; BARBA (a cura di), *La laicità del diritto*, Roma, 2010; LARICCIA, *Battaglie di libertà. Democrazia e diritti civili in Italia (1943-2011)*, Roma, 2011; GRASSI, *Laicità e pluralismo religioso*, Villa Vericchio, 2013.

⁵¹ Un'aggiornata rassegna rispetto alla presenza della laicità nelle carte fondamentali dei vari Paesi in Europa è disponibile in www.uaar.it/laicita/in-europa.

⁵² Cfr. articolo 2 della Costituzione francese dello Stato della V Repubblica del 1958 (il principio di laicità era già presente nella Costituzione del 1946): «La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances».

Lo Stato laico, così come inteso in Francia, è uno Stato per il quale le scelte spirituali o religiose attengono alla libertà individuale pur mantenendo anche una dimensione pubblica nel senso che lo Stato non ignora i culti religiosi ma si adopera perché tutti possano esprimersi, garantendo libertà di culto e di espressione proteggendo il singolo nelle sue scelte più personali⁵³. Il concetto di laicità non si limita dunque alla separazione tra Stato e Chiesa, tra politica e sfera spirituale e religiosa, ma permette il consolidamento di valori comuni alla base del vincolo sociale del Paese, perseguendo una doppia esigenza: la neutralità dello Stato da una parte e la protezione della libertà di coscienza dall'altra. In questo senso la laicità costituisce il frutto di una combinazione tra storia, filosofia politica ed etica personale riposando sull'equilibrio tra i diritti, divenendo un elemento essenziale delle moderne società. L'esperienza francese dimostra il radicamento del concetto della laicità statale e la sua naturale evoluzione nell'ambito di una società multiculturale. Di fronte ai nuovi scenari mondiali, infatti, il mondo

⁵³ In quest'ottica si ricorda che nel marzo del 2004, la Francia ha approvato la legge n. 228 volta a disciplinare alcuni aspetti del principio di laicità legati alla simbologia e all'abbigliamento vietando di indossare nelle scuole, nei collegi e nei licei pubblici, *ostensiblement* simboli o abiti che manifestino un'appartenenza religiosa, cioè quelli che «dont le port conduit à se faire reconnaître immédiatement par son appartenance religieuse». Oggetto del divieto non sono più determinati comportamenti, come avveniva nel precedente regime giurisprudenziale, per cui spettava ai capi d'istituto valutare i singoli casi, ma "le port" di determinati segni religiosi in quanto tali, cioè abbigliamenti e segni che vengono oggettivamente esteriorizzati. La *ratio* del provvedimento è l'inversione del criterio di valutazione per cui la regola è il divieto di portare segni religiosi e l'eventuale eccezione potrà essere costituita da quei segni portati in maniera discreta e non ostentati. Più recentemente la Legge n. 1192 del 2010 (entrata in vigore nell'aprile del 2011) ha fatto sì che la Francia divenisse il primo Paese europeo a mettere al bando l'uso del *burqa*, vietando la «dissimulazione del volto nei luoghi pubblici». Le donne che indossano il *burqa* o il *niqab* devono pagare una multa, e possono essere obbligate a seguire uno *stage* di educazione civica. La nuova previsione introduce anche un'inedita fattispecie delittuosa: la «dissimulazione forzata del viso» per cui chi obbliga una donna a coprirsi completamente rischia oltre ad una multa anche il carcere. Secondo il Governo la Legge del 2010 persegue l'obiettivo della protezione della pubblica sicurezza e quello del rispetto «du socle minimal des valeurs d'une société démocratique et ouverte» che si estrinseca nel rispetto dell'eguaglianza tra uomini e donne, in quello della dignità umana e nell'osservanza dei requisiti minimi richiesti dal «vivre ensemble». In generale sulla laicità nell'ordinamento francese e il rapporto tra laicità e simboli cfr. BAUBEROT, *Histoire de la laïcité française*, Paris, 2000; CAVANA, *I semi della discordia. Laicità e simboli religiosi in Francia*, Torino, 2004; SENATO DELLA REPUBBLICA, SERVIZIO STUDI, Dossier n. 518, *Laicità dello Stato e libertà religiosa. Il dibattito presso il Legislatore francese*, febbraio 2004; AA.VV., *Rapporto sulla laicità. Il testo della Commissione francese Stasi*, Milano, 2004; BRUNELLI, *Integrazione non esclusione: la logica del "Rapporto Stasi"*, in *Quaderni costituzionali*, 2004, n. 4, 844; TEGA, *Il parlamento francese approva la legge anti-velo*, in *Quaderni costituzionali*, 2004, n. 2, 398.

occidentale – ma non solo esso – deve interrogarsi su quali principi possono realmente garantire la civile convivenza tra le genti, culture e religioni diverse.

La velocità nei cambiamenti globali ha portato, almeno in alcune circostanze, ad un ritorno del “sacro” e della dimensione religiosa nella vita di tutti i giorni; così ricompaiono fondamentalismi e integralismi che si credevano ormai superati con il loro corollario di dogmi, intolleranza e, in alcuni casi, terrore e morte. In questa società sempre più pluralista, multiculturale, multietnica e multireligiosa deve essere rivalutato e rideclinato il concetto di laicità delle istituzioni, inteso come spazio neutro e comune per tutti i cittadini e gli Stati; è solo la laicità infatti che potrà consentire l'accoglienza, nel reciproco rispetto, e non certo la religione assunta a valore civile⁵⁴.

Le riflessioni precedenti possono guidarci nell'esame del sistema italiano in cui, come già evidenziato, manca qualsiasi esplicito richiamo costituzionale al concetto di laicità.

Alcuni dei principi-base della laicità sono certamente presenti nel dibattito costituente, nella Carta ed anche nell'agenda politica del Legislatore dell'Italia repubblicana, anche se la concreta realizzazione del pluralismo religioso così come quella del principio di eguaglianza senza distinzione di religione ha incontrato da subito evidenti difficoltà. Il silenzio della Carta fondamentale sulla laicità del nostro Stato è divenuto sempre più assordante poiché è innegabile che il rapporto laicità-democrazia costituisce, almeno per la tradizione occidentale⁵⁵, un binomio indissolubile, per cui «il principio del laicismo non è che il principio della democrazia»⁵⁶. Il principio della democrazia deve essere capace di fare coesistere la pluralità delle idee, dei valori, degli stili di vita e per questo la democrazia non può essere che laica, laicità intesa non «come una filosofia tra le filosofie, come

⁵⁴ Cfr. ZAGREBELSKY, *Il problema della laicità nella Costituzione*, in AA.VV., *Costituzione, laicità e democrazia, Quaderni laici*, n. 0, Torino, 2009, 59.

⁵⁵ Non sembra valere il medesimo binomio per quanto concerne invece il mondo islamico in quanto “la democrazia in quanto tale è legata in maniera solo contingente alla aborrita dottrina della laicità. Democrazia significa sovranità popolare, uguaglianza politica, governo rappresentativo e regola di maggioranza. Nessuna di queste espressioni significa laicità. Non esiste perciò per l'Islam l'esigenza di respingere la democrazia”. In questo senso cfr. BAHLUL, *Prospettive islamiche del costituzionalismo*, in COSTA-ZOLO (a cura di), *Lo stato di diritto*, Milano, 2002, 639.

⁵⁶ Così si esprime CALOGERO, *Il principio del laicismo*, in AA.VV., *A trent'anni dal Concordato*, Firenze, 1959, 72, in senso analogo LÉVY, *Dix commandements pour une laïcité à la française*, in *Marianne*, 11-17 mars 2007, 91, in cui afferma: «la laïcité c'est la démocratie»... «elle n'est pas un élément, mais le cœur battant de la culture démocratique» come pure VECA, *Laicità e democrazia: “simul stabunt, simul cadent”*, in *MicroMega, Almanacco di filosofia*, Roma, 2009, 98, dove l'autore sottolinea l'indissolubile legame tra laicità e democrazia per cui una non può esistere senza l'altra e viceversa.

un'ideologia da opporsi ad altre ideologie», ma piuttosto come «la regola di convivenza di tutte le possibili filosofie e ideologie»⁵⁷. In questo senso il principio di laicità può definirsi “*adiàforo*”⁵⁸, valore di tutti i valori, in quanto, grazie alla sua neutralità assiologica, «permette a tutti l'espressione della propria personalità e dei propri convincimenti»⁵⁹. Lo Stato è laico in quanto non è culturale, è separato da ogni cultura nella misura in cui riconosce il pieno valore delle differenze e, conformemente al carattere relativistico della democrazia, non ne assume alcuna in proprio: in un quadro fondamentale di valori condivisi o di principi supremi, che trovano espressione nella Costituzione, le rispetta tutte in egual misura⁶⁰. Lo Stato laico non tende ad imporre i punti di vista di una parte della società al resto della popolazione, nemmeno se quella parte corrisponde alla maggioranza, proclama l'autonomia di coscienza e svolge un ruolo di arbitro non imponendo una “concezione buona” della vita, ed adoperandosi perché nessuno possa imporre la propria agli altri⁶¹.

⁵⁷ Cfr. CALOGERO, *Filosofia del dialogo*, Milano, 1969, 280; e ancora del medesimo autore, *Un'idea di laicità*, Bologna, 2013, 15, in cui afferma: «La mia tesi principale è che la connessione fra laicità, istituzioni e celte democratiche è così stretta che si può concludere a proposito dei due termini, democrazia e laicità, che essi *simul stabunt, simul cadent*». Così anche ROSSI, *Laicità in crisi?*, in RONCAGLIA - ROSSI - SALVADORI (a cura di), *Libertà, giustizia, laicità. In ricordo di Paolo Sylos Labini*, Bari, 208, 59.

⁵⁸ Così lo definisce RIMOLI, *Laicità (dir. cost.)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, IV volume di aggiornamento, 1995, 9; e ancora cfr. RIMOLI, *Laicità e pluralismo bioetico*, Relazione al Convegno annuale dell'associazione italiana dei Costituzionalisti, *Problemi della laicità agli inizi del secolo XXI*, Napoli, 26-27 ottobre 2007, annuario 2007, Padova.

⁵⁹ Cfr. PRODI, *La questione laica nell'Italia di oggi*, in *Rivista del Grande Oriente d'Italia*, 2006, n. 4, in cui osserva che «l'Occidente nella sua storia ha imparato a tenere a bada il sacro senza scacciarlo e questa è la nostra conquista della laicità»; RIMOLI, *Laicità e pluralismo bioetico*, Relazione al Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, *Problemi della laicità agli inizi del secolo XXI*, Napoli, 26-27 ottobre 2007, annuario 2007, Padova; DI GIOVINE, *Laicità e democrazia*, in *Studi in memoria di Giuseppe G. Floridia*, Napoli, 2009, 255. In senso invece radicalmente contrario, cfr. la posizione “confessionale” di MANGIAMELI, *La «laicità» dello Stato tra neutralizzazione del fattore religioso e «pluralismo confessionale e culturale» (a proposito della sentenza che segna la fine del giuramento del teste nel processo civile)*, in *Diritto e società*, 1997, 41.

⁶⁰ Così COLAIANNI, *Diritto pubblico delle religioni. Eguaglianza e differenze nello Stato costituzionale*, Bologna, 2012, 45 ss.

Sul carattere relativistico della democrazia cfr. KELSEN, *La democrazia*, Bologna, 2001, 151.

⁶¹ Sulla definizione di Stato laico cfr. HAARSCHER, *La laïcité*, Paris, 1996 e la bella ricostruzione effettuata da MARGIOTTA BROGLIO, *La laicità dello Stato*, in PRETEROSSO (a cura di), *Le ragioni dei laici*, Roma-Bari, 2005, 79.

Per queste ragioni, dottrina e giurisprudenza si sono impegnate in “un’esegesi creativa” del testo costituzionale al fine di dedurre comunque la presenza della laicità tra i principi fondanti.

Il concetto di laicità quale principio generale del nostro ordinamento viene quindi elaborato dalla dottrina ma soprattutto dalla giurisprudenza costituzionale.

Il punto di partenza nella ricostruzione giurisprudenziale della laicità è costituito dalla sentenza n. 203 del 1989 con cui la Consulta ha elevato il concetto di laicità a principio supremo dell’ordinamento costituzionale⁶².

La pronuncia di cui sopra prende le mosse dalla spinosa questione dell’insegnamento della religione cattolica rispetto alla posizione degli studenti che decidono (o i cui genitori decidono) di non avvalersi di tale insegnamento che, ai sensi della Legge n. 121 del 1985 non può più considerarsi obbligatorio così come del resto va considerato l’eventuale insegnamento alternativo.

La Corte nella sentenza del 1989 afferma: «*Il principio supremo della laicità dello Stato, che è uno dei profili della forma di Stato delineata nella Carta costituzionale*», inserendo così la laicità tra i valori fondanti della Carta e dello Stato, e descrivendo tale principio dicendo che: «il principio di laicità, quale emerge dagli artt. 2, 3, 7, 8, 19 e 20 della Costituzione, implica non indifferenza dello Stato dinanzi alle religioni ma garanzia dello Stato per la salvaguardia della libertà di religione, in regime di pluralismo confessionale e culturale ...la scelta confessionale dello Statuto Albertino, ribadita nel Trattato lateranense del 1929, viene così anche formalmente abbandonata nel Protocollo addizionale all’Accordo del 1985, riaffermandosi anche in un rapporto bilaterale la qualità di Stato laico della Repubblica italiana».

Lo Stato si fonda anche sul principio di laicità, la religione cattolica non è più la religione di Stato, ma nonostante ciò viene mantenuto e considerato non costituzionalmente illegittimo l’insegnamento della sola religione cattolica nelle scuole dello Stato non universitarie⁶³. Il *genus* “valore della cultura religiosa” e la *species* “principi del cattolicesimo nel patrimonio storico del popolo italiano”

⁶² Cfr. Sentenza n. 203 del 1989 in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1989, 890, con osservazioni di SACCOMANNO, 903 e nota di MUSSELLI, *Insegnamento della religione cattolica e tutela della libertà religiosa*, 908 ed anche FLORIDIA - SICCARDI, *Dall’eguaglianza dei cittadini alla laicità dello Stato*, *ivi*, 1086.

⁶³ Per la Corte non esiste ambiguità e spiega che «esaurito il ciclo storico, prima, della strumentale utilizzazione della religione come sostegno alla morale comune, poi dell’opposizione positivista tra religione e scienza, quindi dell’eticità dello Stato totalitario», la Repubblica può ora infine, proprio per la sua forma di Stato laico, «fare impartire l’insegnamento di religione cattolica in base a due ordini di valutazioni: a) il valore formativo della cultura religiosa, sotto cui s’inscrive non più una religione, ma il pluralismo religioso della società civile; b) l’acquisizione dei principi del cattolicesimo al “patrimonio storico del popolo italiano”».

concorrerebbero a descrivere l'attitudine laica del nostro Stato-comunità, al servizio delle concrete istanze della coscienza civile e religiosa dei cittadini⁶⁴.

Infine, la scelta se avvalersi o meno di tale insegnamento non pregiudica in alcun modo la posizione dello studente; diversamente potrebbe essere se vi fosse la previsione obbligatoria di altra materia per i non avvalenti, poiché proposta in luogo dell'insegnamento di religione cattolica, quasi corresse tra l'una e l'altro lo schema logico dell'obbligazione alternativa, quando dinanzi all'insegnamento di religione cattolica si è chiamati ad esercitare un diritto di libertà costituzionale non degradabile, nella sua serietà di imperativo di coscienza, ad opzione tra equivalenti discipline scolastiche.

Nel caso in esame dunque la questione di legittimità proposta viene dichiarata infondata e l'insegnamento della religione cattolica nelle scuole -come delineato dal nuovo Concordato- in quanto facoltativo, viene considerato conforme alla libertà dei non credenti così come di chi professa un'altra religione, non contrastando con la Costituzione e con il principio supremo della laicità dello Stato in essa implicitamente contenuto e dalla Corte soltanto messo in evidenza.

L'esegesi della sentenza del 1989 lascia alquanto perplessi in quanto, se da un lato la Corte afferma l'esistenza di uno Stato laico «entro un quadro normativo rispettoso del principio supremo di laicità» (punto 5), dall'altro, «proprio per la sua forma di Stato laico» (punto 7), inspiegabilmente conferisce solo ad una specifica religione una condizione privilegiata, rendendola unica confessione oggetto di studio (sia pur non obbligatorio) nelle scuole pubbliche⁶⁵.

Ciò che appare di difficile comprensione è come sia possibile conciliare il principio di eguaglianza senza distinzione di religione con una laicità temperata dal riconoscimento del valore della sola cultura cattolica quale patrimonio storico dell'intero popolo italiano. Così operando, la laicità riconosciuta dalla Corte nasce viziata, certamente in sintonia con la struttura degli articoli 7 e 8 della Carta costituzionale dai quali deriva un innegabile *favor* nei confronti della religione cattolica non solo per la collocazione costituzionale dei Patti Lateranensi, ma perché, come già evidenziato, rispetto alle altre confessioni si afferma che «tutte le confessioni religiose sono egualmente libere davanti alla legge» ben sapendo che «*egualmente*

⁶⁴ Secondo i giudici della Consulta con l'accordo del 1984: «emerge un carattere peculiare dell'insegnamento di una religione positiva: il potere suscitare, dinanzi a proposte di sostanziale adesione ad una dottrina, problemi di coscienza personale e di educazione familiare, per evitare i quali lo Stato laico chiede agli interessati un atto di libera scelta».

⁶⁵ Mettendo in tal modo in discussione la stessa eguaglianza tra le diverse confessioni religiose o come causticamente segnalato da ROTA in *La laicità nella legislazione italiana: alcune considerazioni di una cittadina preoccupata*, si afferma che «Tutte le religioni sono uguali, ma certamente ce n'è una, in Italia, che è più uguale delle altre». Cfr. www.uaar.it/uaar/ateo/archivio/2014.

libere» non significa «*uguali*». La laicità richiamata dalla Corte non realizza il principio cardine dell'eguaglianza di cui al primo comma dell'articolo 3; infatti se l'eguaglianza è il presupposto della democrazia e se come ha chiarito la stessa Corte «è un principio generale che condiziona tutto l'ordinamento nella sua obiettiva struttura», espressione di un «generale canone di coerenza dell'ordinamento normativo»⁶⁶, allora questa coerenza deve dispiegarsi anche in materia religiosa, per cui o realmente lo Stato assume una posizione di neutralità e garanzia nei confronti di tutte le confessioni religiose o, in caso contrario, non potrà essere definito quale stato laico, e la democrazia presenterà inevitabilmente un *deficit* nel suo dispiegamento e funzionamento poiché la laicità è riconoscimento pieno e rispettoso della dignità dell'altro attraverso la salvaguardia della sua diversità culturale, religiosa e morale.

Bisogna dunque domandarsi come sia possibile conciliare eguaglianza e privilegio, laicità e confessionalismo, libertà religiosa ed indottrinamento in una sola fede, disconoscendo il principio della neutralità dello Stato⁶⁷, vero cardine della riflessione laica.

L'attitudine laica del nostro Stato viene così posta al servizio di concrete istanze della coscienza civile e religiosa dei cittadini e in tale ottica diviene logico presumere che non esista un concetto univoco di laicità, così il termine laicità acquista diversi significati non solo per la polemica pubblicistica o politica ma anche nel linguaggio giuridico, esiste quindi una «laicità negativa o laicità-neutralità» e una «laicità sana» o «positiva»⁶⁸.

⁶⁶ Cfr. sentenze Corte Costituzionale n. 25 del 1966; n. 175 del 1971 e n. 204 del 1982 rispettivamente in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1966, 241; 1971, 2109; 1982, 2146.

⁶⁷ La Corte parla di «equidistanza» e «imparzialità» ma non di «neutralità». Cfr. sentenza n. 329 del 1997 in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1997, 3335 con osservazioni di D'ALESSIO, 3341 e nota di RIMOLI, *Tutela del sentimento religioso, principio di eguaglianza e laicità dello Stato*, *ivi*, 3343, dove la Corte afferma: «il principio costituzionale della laicità o non-confessionalità dello Stato, affermato in numerose occasioni da questa Corte (sentenze n. 203 del 1989, n. 259 del 1990 e n. 195 del 1993) ... non significa indifferenza di fronte all'esperienza religiosa ma comporta equidistanza e imparzialità della legislazione rispetto a tutte le confessioni religiose».

⁶⁸ Su tale distinzione cfr. DALLA TORRE, *Sana laicità o laicità positiva?*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica, 2012. Parla di «sana laicità» Pio XII in un discorso del 1958 dove sostiene: «Vi è in Italia chi si agita perché teme che il cristianesimo tolga a Cesare quel che è di Cesare. Come se dare a Cesare quello che gli appartiene, non fosse un comando di Gesù; come se la legittima, sana laicità dello Stato non fosse uno dei principii della dottrina cattolica; come se non fosse tradizione della Chiesa il continuo sforzo per tenere distinti, ma pure, sempre secondo i retti principii, uniti i due Poteri; come se, invece, la mescolanza tra sacro e profano non si fosse il più fortemente verificata nella storia quando una porzione di fedeli si è staccata dalla Chiesa». In linea con tale tradizione si

La Corte considera appurata l'esistenza di diverse tipologie di laicità ponendo alla base del riconoscimento della laicità nel nostro Stato una visione confessionale della stessa in quanto riconoscendo l'insegnamento della sola religione cattolica nella scuola pubblica quale estrinsecazione dei valori fondanti dello stato mette inevitabilmente in discussione il principio di eguaglianza *ex* articolo 3.

Questa pronuncia non costituisce, a parere di chi scrive, il riconoscimento formale del principio di laicità, ma certifica una "metamorfose interpretativa" del principio stesso, una kafkiana mutazione che mette «in forse lo stesso contenuto originario ed essenziale, cioè il principio di neutralità religiosa e di conseguente imparzialità dello Stato»⁶⁹.

La Corte prende le distanze da una concezione del fenomeno religioso quale elemento strettamente correlato alla sfera del privato, ponendosi in una prospettiva non di mera astensione, ma in quella di una "laicità positiva".

Questa impostazione, decisamente discutibile, viene ribadita dalla Corte quando essa viene chiamata a decidere una seconda volta sulla legittimità dell'articolo 9, comma 2, della legge n. 121 del 1985⁷⁰, occasione in cui la Consulta ribadisce decisamente l'orientamento maturato nella sentenza del 1989 sostenendo che: «l'insegnamento di religione cattolica, compreso tra gli altri insegnamenti del piano didattico, con pari dignità culturale, come previsto nella normativa di fonte pattizia, non è causa di discriminazione e non contrasta – essendone anzi una manifestazione – col principio supremo di laicità dello Stato».

La definizione di laicità rimane dunque ancorata all'idea di "buona laicità" che ben si concilia con i privilegi riconosciuti alla sola religione cattolica.

Così concepita la nostra laicità appare – come acutamente osservato – una «laicità battezzata e praticante» fondata «sulla norma implicita che continua a riconoscere al cattolicesimo – e non ai principi costituzionali – un ruolo pontificale nel processo d'integrazione societaria e, di conseguenza, un

presenta Papa Benedetto XVI nel suo discorso ai partecipanti al Convegno sulla laicità, promosso dall'Unione giuristi cattolici italiani il 9 dicembre 2006.

⁶⁹ In tal senso cfr. GUERZONI, *Il principio di laicità tra società civile e Stato*, in TEDESCHI (a cura di), *Il principio di laicità nello Stato democratico*, Napoli, 1996, 75.

⁷⁰ Cfr. Sentenza Corte Costituzionale n. 13 del 1991, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1991, 77, con nota di SACCOMANNO, *Insegnamento di religione cattolica: ancora una interpretativa di rigetto*, 88. In tale occasione il giudice *a quo* si sofferma sulla collocazione dell'insegnamento nell'ambito dell'orario ordinario che comporta per i non avvalentisi l'obbligo di rimanere a scuola, nonché – con particolare riguardo alla scuola elementare – la riduzione del numero di ore disponibili per la normale attività didattica.

regime di privilegio in perfetta continuità con la natura di Nazione Stato e non di Stato-Nazione dell'Italia»⁷¹.

Inevitabilmente, la mancanza della laicità quale fondamento dell'impianto costituzionale inficia, almeno in parte, la democraticità dell'ordinamento poiché sul fronte religioso, non sembra essere garantita l'uguaglianza dei cittadini e delle confessioni religiose davanti alla legge; infatti non è assicurata l'eguale libertà delle confessioni religiose ogni volta che ad una sola confessione venga offerta la possibilità di una esplicazione più accentuata di libertà e la libertà si trasformi in "privilegio"; del pari non sono garantite la libertà di religione e verso la religione di moltissimi italiani, credenti e non credenti, dentro la scuola e fuori della scuola; non è garantita l'uguaglianza tra credenze religiose e credenze filosofiche e tra confessioni religiose e organizzazioni non confessionali e filosofiche⁷².

Per non continuare a "tradire" la Costituzione⁷³ è necessario intervenire in modo che l'inegabile "valore della cultura religiosa" e del "patrimonio storico" costituito *anche* dal cattolicesimo non divengano ostacoli insormontabili all'effettiva realizzazione del principio di eguaglianza, ma siano anzi utili strumenti nelle mani di un attento Legislatore pronto a declinare finalmente anche nel nostro Paese il paradigma della laicità al di fuori e al di là di pretestuose differenziazioni tra "laici" e "laicisti" che realmente testimoniano solo una situazione di velato (neanche tanto) confessionismo.

Il principio di laicità appare oggi iscritto a pieno titolo anche tra i pilasti della democrazia europea e i vari interventi in materia di salvaguardia dei diritti fondamentali, contro ogni forma di discriminazione, incidono

⁷¹ Cfr. FERRARI, *Laicità del diritto e laicità narrativa*, in *Il Mulino*, 2008, n. 6, 1123 e ss.

⁷² In senso decisamente critico verso la "laicità all'italiana" e ampiamente condivisibile cfr. il pensiero di LARICCIA espresso in numerosi saggi ed articoli tra cui *La rappresentanza degli interessi religiosi*, Milano, 1967; *L'eguaglianza delle confessioni religiose di fronte allo Stato*, in AA.VV., *Individuo gruppi e confessioni religiose nello stato democratico*, Milano, 1973, 421, *Le libertà di religione e verso la religione*, in BELLINI (a cura di), *Teoria e prassi delle libertà di religione*, Bologna, 1975; *Laicità dello Stato e democrazia pluralista in Italia*, in *Diritto ecclesiastico*, 1994, I, 383, *La laicità in Italia, oggi*, in CARCANO (a cura di), *Le voci della laicità*, Roma, 2006, 23; *Garanzie di libertà e di uguaglianza per i singoli e le confessioni religiose, oggi in Italia*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica, 2007, *Battaglie di libertà. Democrazia e diritti civili in Italia (1943-2011)*, Roma, 2011.

⁷³ Sul tradimento della nostra Costituzione non ha dubbi AINIS quando afferma: «Purtroppo tutta la storia della legislazione religiosa in età repubblicana è intessuta di favoritismi e discriminazioni. Sono state discriminate le confessioni di minoranza, a partire dagli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore della Costituzione, quando facendo leva sulla natura programmatica (dunque non vincolante) delle norme costituzionali i culti accattolici vennero costretti ad una condizione di sostanziale illibertà; ed è stata privilegiata la religione dominante», cfr. AINIS, *Chiesa padrona. Un falso giuridico dai Patti Lateranensi ad oggi*, Milano, 2009, 101 ss.

inevitabilmente sulla competenza, teoricamente esclusiva, degli Stati membri sulle “chiese nazionali”. È dunque ipotizzabile - e forse auspicabile - una progressiva convergenza dei modelli europei di relazioni tra Stato e Chiese verso un paradigma fondamentalmente unitario di libertà religiosa, poggiato sul primato della libertà individuale, sul divieto di discriminazione per motivi religiosi, sull'autonomia confessionale e sulla cooperazione tra istituzioni pubbliche e gruppi religiosi⁷⁴.

Invero il principio di laicità e la sua reale attuazione fanno parte della vita di noi tutti, lo Stato laico infatti è l'unico in grado di superare ogni *weltanschauung* caratterizzata dal c.d. integralismo, da certezze indimostrabili, da pericolosi dogmi, insomma solo lo Stato laico è in grado di “smascherare” le ideologie e realizzare effettivamente ed efficacemente il principio di eguaglianza senza violare le scelte più intime, personali e pure confessionali che ognuno dei suoi consociati è libero comunque di compiere nella sua dimensione privata⁷⁵.

3. Il diritto positivo tra buoni propositi e laicità mancante

Le conseguenze pratiche della mancanza del principio di laicità nel nostro ordinamento risultano tristemente evidenti in molti settori della legislazione: dalla scuola, alla famiglia, alle coppie di fatto etero ed omosessuali, alla procreazione assistita, alla questione del fine vita, fino alla gestione dei simboli religiosi. Nascita, amore, simboli, educazione, morte, diritti e doveri: ognuna di queste fattispecie necessita del principio di laicità per potersi declinare ai sensi di quanto previsto dall'articolo 3 ma purtroppo questo non avviene nel nostro ordinamento ancorato ad una

⁷⁴ Così FERRARI, *Laicità del diritto e laicità narrativa*, in *Il Mulino*, 2008, 1123 e ss.

⁷⁵ La necessità di revisionare l'approccio del nostro Stato rispetto alla questione religiosa è magistralmente esposta da LARICCIA, *Per una riforma del sistema di rapporti tra Stato e confessioni religiose*, in AA.VV., *Costituzione e religione, Percorsi costituzionale*, 2/3, Trento, 2013, 23, in cui l'autore propone una riforma costituzionale che introduca l'espressione “*laica*” nell'articolo 1 dopo le parole «L'Italia è una Repubblica»; abroghi l'articolo 7; sopprima nel secondo comma dell'articolo 8 le parole «diverse dalla cattolica» e aggiunga allo stesso articolo 8 i due commi seguenti: «La regolamentazione dei rapporti fra lo Stato e le singole confessioni religiose non deve in ogni caso ledere la libertà religiosa, l'eguaglianza e la pari dignità delle diverse confessioni, nonché i diritti costituzionali garantiti a tutti i cittadini.

Le attività ecclesiastiche, in quanto afferenti a interessi diversi da quelli propriamente spirituali, sono disciplinate dal diritto comune».

Infine, l'autore propone di inserire all'articolo 19 il comma: «La Repubblica garantisce la libertà di coscienza».

visione confessionale dello Stato che ferisce quotidianamente il principio di eguaglianza, il principio di autodeterminazione, e la libertà di coscienza di ognuno di noi.

Questa è l'ottica in cui verranno esaminate alcune questioni, a dimostrazione delle nefande conseguenze sul diritto positivo della mancanza del principio di laicità in un Paese che si ritiene civile e democratico⁷⁶.

a) “All’ombra” dei crocifissi

Si è accennato al rapporto esistente tra laicità e simboli religiosi esaminando l'impostazione francese; le scelte della Francia dimostrano infatti quanta importanza abbia l'utilizzo della simbologia, persino nell'abbigliamento, nel rapporto con la laicità⁷⁷.

La questione della presenza dei simboli religiosi nello spazio pubblico presuppone, da un punto di vista teorico, una riflessione sul

⁷⁶ Si interroga in maniera lucida e circostanziata su cosa accade quando la politica si inoltra sul terreno dell'eticamente sensibile RODOTÀ, *Perché laico*, Bari, 2009-2010, 41 ss, in cui l'autore nota come sia necessario «mettere da parte una versione caricaturale della laicità, sempre soggetta a scrutinio da parte di chi decide quale sia la laicità «buona», guardando invece a essa come a un modo d'essere della società e della politica, un carattere della stessa democrazia».

⁷⁷ In generale sull'importanza dell'uso dei simboli con particolare riferimento ai simboli religiosi cfr. FERRERO, *I simboli in rapporto alla storia e filosofia del diritto, alla psicologia e alla sociologia*, Torino, 1892 (riedito a cura di LAURETANO, Napoli, 1995); KERTZER, *Riti e simboli del potere*, Roma, 1989; KUBIK, *The power of symbols against the symbols of power*, Pa., 1994; GATTAMORTA, *Teorie del simbolo: studio sulla sociologia fenomenologica*, Milano, 2005; DIENI - FERRARI - PACILLO (a cura di), *Symbolon/Diabolon. Simboli, religioni, diritti nell'Europa multiculturale*, Bologna, 2005; JASONNI, *Simbolo religioso e laicità (Appunti a margine della rilettura apologetica di un frammento eracliteo)*, in *Archivio giuridico Filippo Serafini*, 2005, 2; CASUSCELLI, *Il crocifisso nelle scuole: neutralità dello Stato e «regola della precauzione»*, in *Diritto ecclesiastico*, 2005, n. 1, 512; PARISI (a cura di); *Simboli e comportamenti religiosi nella società globale*, Napoli-Roma, 2006; DIENI - FERRARI - PACILLO (a cura di), *I simboli religiosi tra diritto e culture*, Milano, 2006; MANCINI, *Il potere dei simboli, i simboli del potere: laicità e religione alla prova del pluralismo*, Padova, 2008; BENIGNO - SCUCCIMARRA (a cura di), *Simboli della politica*, Roma 2010; DE OTO (a cura di), *Simboli e pratiche religiose nell'Italia «multiculturale». Quale riconoscimento per i migranti?*, Roma, 2010; ZAGREBELSKY, *Simboli al potere: politica, fiducia, speranza*, Torino, 2012; LA CAMERA, *Il diritto ad esporre simboli religiosi nello spazio pubblico*, in DOMIANELLO (a cura di), *Diritto e religione in Italia. Rapporto nazionale sulla salvaguardia della libertà religiosa in regime di pluralismo confessionale e culturale*, Bologna, 2012, 215; VANONI, *Laicità e libertà di educazione. Il crocifisso nelle aule scolastiche in Italia e in Europa*, Milano, 2013.

ruolo che il principio di laicità esplica nelle contemporanee società multiculturali. In questo senso una corretta declinazione del principio di laicità può condurre ad una pacificazione dei conflitti di carattere identitario, concernenti l'affermazione e la rivendicazione pubblica delle diversità di cui le varie soggettività (etniche, religiose e politiche), sono protagoniste⁷⁸.

Sulla base di quanto premesso pare opportuno soffermarsi su una vicenda emblematica della "paradossale laicità all'italiana" e cioè la questione dell'esposizione del crocifisso nei luoghi dello Stato⁷⁹.

Il problema del simbolo crocifisso è se debba essere considerato lecito, e soprattutto rispondente ad uno Stato che afferma annoverare il principio di laicità tra i suoi principi fondamentali, esporre un crocifisso in un'aula scolastica in un tribunale, in un luogo di cura o in un ufficio pubblico. Oppure se questa scelta, oltre a potere offendere la coscienza del non credente o dell'appartenente ad un'altra confessione religiosa, contraddica i principi di laicità ed eguaglianza.

Senza soffermarsi specificamente sull'esposizione del simbolo cattolico per eccellenza nei tribunali⁸⁰, nei seggi elettorali⁸¹ e negli

⁷⁸ Chiarisce con maestria gli effetti negativi del simbolo in termini di carica identitaria rispetto ai fondamentalismi di ogni religione LOMBARDI VALLAURI, *Simboli e realizzazione*, in DIENI - FERRARI - PACILLO (a cura di), *Symbolon/Diabolon. Simboli, religioni, diritti nell'Europa multiculturale*, Bologna, 2005, 13.

⁷⁹ L'esposizione del crocifisso negli uffici pubblici in genere, è disciplinata dall'Ordinanza ministeriale 11 novembre 1923 n. 250; mentre l'esposizione nelle aule giudiziarie deriva dalla Circolare del Ministro Rocco, Ministro Grazia e Giustizia, Div. III, del 29 maggio 1926, n. 2134/1867 recante "*Collocazione del crocifisso nelle aule di udienza*". Per quanto concerne la scuola si fa riferimento ad una serie di atti secondari su cui si avrà modo di soffermarsi nel prosieguo della trattazione. Più recentemente rispetto all'esposizione di simboli religiosi all'interno di uno spazio pubblico destinato ad uso privato è stata prevista - dall'articolo 58, comma 2, d.p.r. 30 giugno 2000, n. 230 - la possibilità al detenuto di «esporre nella propria camera individuale o nel proprio spazio di appartenenza nella camera a più posti, immagini e simboli della propria confessione religiosa». Infine, si ricorda la "*Carta dei valori della cittadinanza e dell'integrazione*" approvata con Decreto del Ministro dell'Interno 23 aprile 2007, n. 26628, in cui si afferma tra l'altro che «l'Italia rispetta i simboli, e i segni, di tutte le religioni. Nessuno può ritenersi offeso dai segni e simboli di religioni diverse dalla sua». Peccato solo che i simboli delle altre religioni non trovino alcuno spazio nei luoghi dello Stato.

⁸⁰ Rispetto alla collocazione del crocifisso nei tribunali cfr. Circolare Ministero di Grazia e Giustizia - Div. III del 29/5/1926, n. 2134/1867: «Prescrivo che nelle aule di udienza, sopra il banco dei giudici e accanto all'effigie di Sua Maestà il Re sia restituito il Crocifisso, secondo la nostra antica tradizione. Il simbolo venerato sia solenne ammonimento di verità e di giustizia. I Capi degli uffici giudiziari vorranno prendere accordi con le Amministrazioni comunali affinché quanto ho disposto sia eseguito con sollecitudine e con decoro di arte,

quale si conviene all'altissima funzione della giustizia». Tale previsione ancora oggi incredibilmente applicata è stata oggetto di una dura contestazione da parte di un magistrato di Camerino (il dottor Tosti) che nell'ottobre del 2003 decise di rimuovere il crocifisso presente nell'aula giudiziaria. Tale gesto causò un'inchiesta dell'allora Ministro della giustizia Castelli al fine di appurare se fosse necessario intervenire con un trasferimento d'ufficio o un'azione disciplinare nei confronti del magistrato, che invece colse l'occasione per scrivere al Ministro per rammentargli come la circolare fascista che prevede la presenza dei crocifissi nei tribunali sia da considerarsi superata perché incompatibile con la Costituzione italiana e con la Convenzione europea sui diritti dell'Uomo, chiedendo la rimozione da tutte le aule giudiziarie di tutti i crocifissi. La decisione del giudice di astenersi dalle udienze fino alla rimozione dei crocifissi gli costò una prima condanna del dicembre del 2005 da parte del Tribunale dell'Aquila, a sette mesi di reclusione e all'interdizione dei pubblici uffici per un anno (cfr. Tribunale dell'Aquila, Sentenza n. 622, 15 dicembre 2005). Malgrado la condanna il giudice ha proseguito la sua (nostra) "battaglia di laicità" rifiutandosi di prestare il proprio operato in aule dove fosse esposto il crocifisso. Intanto, la prima condanna veniva confermata dalla Corte di Appello dell'Aquila, e poi successivamente annullata nel 2009 dalla Cassazione che accoglieva la non configurazione del reato di omissione di atti di ufficio, poiché le udienze erano state tenute comunque dai sostituti. In seguito all'assoluzione è stato riattivato il procedimento disciplinare e nel 2010 la Sezione disciplinare del CSM – pur ritenendo che l'imposizione dei crocifissi potesse configurare la lesione dei diritti di libertà religiosa e di coscienza – rimuoveva il giudice Tosti dalla magistratura. Nel luglio del 2012 la Corte di appello dell'Aquila ha assolto il giudice dal reato di omissione di atti di ufficio per essersi rifiutato di tenere le udienze sotto l'imposizione dei crocifissi. La lunga vicenda del giudice Tosti arriva anche dinanzi alla Corte costituzionale la quale con l'Ordinanza n. 127 del 2006 dichiara inammissibile il conflitto tra poteri dello Stato. Dopo condanne, assoluzioni e azioni disciplinari possiamo ben dire che la questione è tuttora aperta e che accanto al motto «La legge è uguale per tutti», ancora oggi, trova posto nei nostri tribunali, il simbolo della passione di Cristo, come a ricordarci che una cosa è l'eguaglianza dinanzi alla legge e ben altro è invece l'eguaglianza senza distinzione di religione.

⁸¹ Rispetto all'esposizione del simbolo cattolico nei seggi elettorali si sono verificati alcuni casi di "obiezione", sia da parte di scrutatori che di semplici elettori. Si segnala la Sentenza n. 439 del marzo 2000, della Corte di Cassazione, IV Sezione Penale, in cui viene riconosciuta l'obiezione di coscienza di uno scrutatore che lamentava come contrario ai propri convincimenti il fatto che l'amministrazione pubblica nell'organizzare le operazioni elettorali non avesse provveduto, all'eliminazione dei crocifissi nei luoghi adibiti a seggi. La Cassazione si dimostra attenta al principio di laicità che anima un «regime di pluralismo confessionale e culturale» e interpreta il concetto di laicità espresso dalla Consulta nel 1989 non nel senso dell'irrelevanza e dell'indifferenza ma, all'opposto, «non indifferenza dello Stato dinanzi alle religioni ma garanzia dello Stato per la salvaguardia della libertà di religione, in regime di pluralismo confessionale e culturale», si tratta cioè di una "laicità attiva" nel senso di un preciso compito che pesa sullo Stato per rimuovere quegli ostacoli che ai sensi dell'articolo 3 della Costituzione impediscono l'eguaglianza senza distinzione di religione. La sentenza del 2000 appare particolarmente significativa in quanto menziona in diversi punti la neutralità degli spazi pubblici, sia in generale sia rispetto specificamente ai seggi elettorali considerando la necessità che il pubblico «sia neutrale e tale permanga nel tempo».

ospedali⁸², si circoscrive la presente ricostruzione all'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche, in quanto la commistione tra istruzione e simbolo religioso rappresenta uno dei maggiori pericoli per la democrazia e per i giovani che hanno una personalità "in progress" e quindi ancor più bisognosi di neutralità e laicità nella formazione delle proprie convinzioni.

L'esposizione dei crocifissi nelle scuole pubbliche non deriva da una esplicita previsione legislativa ma si desume da una serie di atti secondari concernenti l'insegnamento della religione cattolica e soprattutto gli arredi scolastici⁸³.

I Patti Lateranensi e le successive modifiche del 1984 non hanno stabilito niente di specifico rispetto all'esposizione del crocifisso nelle scuole o, più in generale negli uffici pubblici. È interessante notare come il Consiglio di Stato abbia però fornito parere negativo rispetto ad una

Per una ricostruzione della vicenda cfr. VIPIANA, *Neutralità degli spazi pubblici e diritto all'identità religiosa nell'ordinamento italiano: orientamenti giurisprudenziali*, in ROLLA (a cura di), *Libertà religiosa e laicità. Profili di diritto costituzionale*, Napoli, 2009, 129 ss.

⁸² Sull'esposizione del crocifisso negli ospedali pubblici si ricorda la condanna a 8 mesi di reclusione, per vilipendio alla religione, inflitta nel gennaio 2006 al Signor Adel Smith, poiché aveva gettato dalla finestra, tre anni prima, il crocifisso che si trovava nella stanza dell'ospedale dove era ricoverata sua madre. Interessante anche l'esposto presentato dallo scrittore Ennio Montesi, nel 2010, alla Procura della Repubblica di Ancona, al Tribunale dei diritti del Malato e al presidente Giorgio Napolitano, contro l'Ospedale di Jesi. Montesi ricoverato presso il reparto di chirurgia generale per un delicato intervento richiese sia verbalmente sia con istanze scritte alla direzione di presidio ospedaliero che venisse rimosso il simbolo del crocifisso dalla camera assegnatagli. La direzione ospedaliera comunicò a Montesi che in nessun caso il crocifisso sarebbe stato rimosso, la legittima protesta non produsse dunque alcun concreto risultato.

⁸³ L'esposizione dell'immagine del crocifisso (e del ritratto del Re) nelle scuole pubbliche è disposta dall'articolo 118, r.d. 30 aprile 1924, n. 965, in ogni aula delle scuole medie (del Regno d'Italia) e, per la scuola elementare, dal r.d. 26 aprile 1928, n. 1297, che all'allegato C (articolo 119) prevede il crocifisso nella tabella degli arredi e del materiale occorrente nelle varie classi. La vigenza di tali norme viene successivamente confermata dall'articolo 30 della legge 28 luglio 1967, n. 641 in materia di edilizia scolastica (poi sostituito dall'articolo 6 della legge 17 febbraio 1968, n. 106) e dalla circolare del Ministero della Pubblica Istruzione 19 ottobre 1967, n. 367/2527 che prevede l'esposizione dell'immagine del Presidente della Repubblica al posto di quella del Re. Il decreto legislativo 16 aprile 1994, n. 297 (T.u. delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione) non menziona espressamente gli elementi di necessario corredo delle aule scolastiche; la circolare del Miur del 3 ottobre 2002, n. 2667, dedicata proprio al crocifisso, ribadisce l'obbligo per i dirigenti scolastici di assicurare il rispetto dell'esposizione. Ancora, in merito all'esposizione di simboli religiosi diversi dal crocifisso nelle scuole pubbliche è intervenuta la circolare del Ministero della Pubblica Istruzione dell'8 aprile 1923, n. 8823 che accogliendo le richieste dei valdesi, prevede la possibilità di affiggere un'immagine del Redentore «in un'espressione significativa che valga a manifestare il medesimo altissimo ideale che è raffigurato nel crocifisso».

abrogazione implicita dovuta al decadimento della previsione della religione quale religione di Stato avvenuto proprio con la modifica dei patti Lateranensi⁸⁴. In realtà, le norme contestate potrebbero ritenersi implicitamente abrogate dal Decreto Legislativo n. 297 del 1994 che regola l'intera materia scolastica, anche se lo stesso Decreto, all'articolo 676 intitolato "norme di abrogazione", recita: «le disposizioni inserite nel presente testo unico ... vigono nella formulazione da esso risultante; quelle non inserite restano ferme ad eccezione delle disposizioni contrarie od incompatibili con il testo unico stesso, che sono abrogate»⁸⁵; per cui alla specificazione del contenuto minimo necessario delle locuzioni generali "arredi" ovvero "arredamenti" contenute negli artt. 107, 159 e 190, potrebbero ancora concorrere le due disposizioni regolamentari, comprendendo dunque ancora il crocifisso tra gli "arredi" scolastici. La ricostruzione non è del tutto convincente ma è comunque stata finora

⁸⁴ Con il parere n. 63 del 1988, il Consiglio di Stato ha stabilito che le norme dell'art 118 r.d. 30 aprile 1924 n. 965 e l'allegato C del r.d. del 26 aprile 1928 n. 1297, che prevedono l'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche non possono essere considerate implicitamente abrogate dalla nuova regolamentazione concordataria sull'insegnamento della religione cattolica in quanto, premesso che «...il Crocifisso, o più esattamente la Croce, a parte il significato per i credenti, rappresenta il simbolo della civiltà e della Cultura cristiana, nella sua radice storica, come valore universale, indipendentemente da specifica confessione religiosa, le norme citate, di natura regolamentare, sono preesistenti ai Patti lateranensi e non si sono mai poste in contrasto con questi ultimi. Occorre, poi, anche considerare che la Costituzione repubblicana, pur assicurando pari libertà a tutte le confessioni religiose, non prescrive alcun divieto alla esposizione nei pubblici uffici di un simbolo che, come il Crocifisso, per i principi che evoca e dei quali si è già detto, fa parte del patrimonio storico». Sul tale parere cfr. GALANTE, *Piccole note sul crocifisso nelle aule scolastiche*, in BIN – BRUNELLI - PUGIOTTO - VERONESI (a cura di), *La laicità crocifissa? Il nodo costituzionale dei simboli religiosi nei luoghi pubblici*, Torino 2004, 154, in cui l'autrice sottolinea come «L'attribuzione al crocifisso di un valore culturale non risolve alcun problema. Se anche si ammetta che quel simbolo abbia una valenza culturale, di cui si sia arricchito nei secoli, mai sarebbe possibile escluderne il significato religioso, con cui è invece venuto ad esistenza».

⁸⁵ L'articolo 107 del decreto legislativo n. 297 del 1994, nell'elencazione puntuale delle suppellettili che compongono l'arredo fa però riferimento esplicito solo all'attrezzatura, all'arredamento e al materiale da gioco per la scuola materna; l'articolo 159 stabilisce che «spetta ai comuni prevedere al riscaldamento, all'illuminazione, ai servizi, alla custodia delle scuole e alle spese necessarie per l'acquisto, la manutenzione, il rinnovamento del materiale didattico, degli arredi scolastici, ivi compresi gli armadi o scaffali per le biblioteche scolastiche, degli attrezzi ginnici e per le forniture dei registri e degli stampati occorrenti per tutte le scuole elementari...» e l'articolo 190 recita: «i Comuni sono tenuti a fornire (...) l'arredamento" dei locali delle scuole medie». In nessun caso si trova comunque alcun esplicito riferimento al crocifisso.

sufficiente a giustificare la presenza del crocifisso nelle aule scolastiche e a convincere la magistratura della liceità di tale collocazione.

Intorno al tema si sono sviluppati diversi casi⁸⁶ che hanno coinvolto non solo la dottrina ma anche gli organi giudiziari nazionali ed extra-nazionali.

⁸⁶ Rispetto ai quali si rammenta che nell'inverno 1987-88 la signora Maria Vittoria Migliano Montagnana insegnante presso un istituto tecnico aveva sollecitato il Preside di tale istituto a rimuovere il crocifisso da tutte le aule dove questo era esposto, altrimenti avrebbe sospeso ogni sua attività didattica. Stante il rifiuto del Preside, la professoressa Migliano interruppe la sua attività didattica e venne perciò sottoposta d'ufficio ad un procedimento disciplinare e inquisita dalla magistratura per interruzione di pubblico servizio. L'insegnante non ottenne alcun pronunciamento dirimente né dal Ministero della Pubblica Istruzione, né dall'autorità giudiziaria e la caduta del governo nel marzo 1988 spense il caso mediatico che era sorto intorno alla sua legittima protesta. Rispetto al clamore mediatico si segnala l'intervento della scrittrice Natalia Ginzburg sulle pagine dell'Unità, con un articolo dall'emblematico titolo: «*Non togliete quel crocifisso: è il segno del dolore umano*», in cui la famosa scrittrice -con estrema superficialità- afferma che il crocifisso non discrimina nessuno sostenendo: «... È l'immagine della rivoluzione cristiana, che ha sparso per il mondo l'idea dell'uguaglianza fra gli uomini fino allora assente...Il crocifisso non genera nessuna discriminazione. È muto e silenzioso. C'è stato sempre...». Cfr. GINZBURG, *Non togliete quel crocifisso: è il segno del dolore umano. Quella croce rappresenta tutti*, L'Unità, 22 marzo 1988. *Contra* la posizione della Ginzburg cfr. le condivisibili critiche di LUZZATTO, *Il crocifisso di Stato*, Torino, 2011, 13 ss.

L'altro caso nasce dalla richiesta, nell'anno scolastico 2002-2003, di un cittadino italiano di religione musulmana (Adel Smith) all'insegnante della scuola di Ofena (in provincia dell'Aquila), frequentata dai suoi figli, di rimuovere il crocifisso appeso alla parete o in subordine, di appendervi un quadretto con il testo di un versetto del Corano. L'insegnante accondiscende a questa seconda richiesta, ma successivamente il dirigente scolastico impone di rimuovere il quadretto. Assistito da un avvocato, Adel Smith ricorre al Tribunale dell'Aquila per ottenere un pronunciamento d'urgenza che dandogli ragione decreta la rimozione del crocifisso. Una successiva Ordinanza revoca però tale pronunciamento per difetto di giurisdizione, in quanto l'istanza presentata non integrava una domanda "meramente risarcitoria", ma si concretizzava nella richiesta di una misura di carattere inibitorio idonea ad interferire nella gestione del servizio scolastico, per la quale è prevista l'esclusiva competenza del giudice amministrativo. La vicenda si è poi chiusa in sede di ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione dinanzi alle Sezioni Unite della Cassazione che con l'Ordinanza n. 115614 dichiara la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo sulla base del fatto che la richiesta di rimozione del crocifisso investe in via «immediata il potere dell'amministrazione in ordine all'organizzazione e alle modalità di prestazione del servizio scolastico» e che l'articolo 33 del decreto legislativo n. 80 del 1998 attribuisce nella materia dei pubblici servizi al «giudice amministrativo la giurisdizione esclusiva se in essa la pubblica amministrazione agisce esercitando il suo potere autoritativo». In maniera decisamente oscura la Suprema Corte dapprima dichiara che il crocifisso «per il suo valore escatologico e di simbolo fondamentale della religione cristiana» non può essere «considerato alla stregua di qualsiasi componente dell'arredo scolastico», e poi richiama «le pressanti esigenze di tutela delle minoranze religiose, etniche e culturali in un ordinamento ispirato ai valori della tolleranza, della solidarietà, della non discriminazione e del rispetto del pluralismo»; ma se la

Particolarmente significativa la vicenda cominciata con la denuncia della signora Lautsi che, nel 2002, chiede al Consiglio d'istituto della scuola media di Abano Terme frequentata dai propri figli, di rimuovere il crocifisso dalle aule; al rifiuto della scuola la signora si rivolge al Tribunale Amministrativo Regionale del Veneto che non entra nel merito della vicenda e rimette la questione di legittimità alla Corte Costituzionale fondando la propria ordinanza di remissione sui due presupposti: che le norme regolamentari del 1924 e del 1928 fossero tuttora vigenti in virtù dell'art. 676 del Decreto legislativo n. 297 del 1994 e che quindi fosse possibile un controllo indiretto su di esse attraverso la proposizione di una questione di legittimità avente ad oggetto alcune disposizioni del testo unico sull'istruzione, così come «specificate» da tali norme secondarie⁸⁷.

Con l'Ordinanza n. 389 del 2004 la Corte “decide di non decidere” e dichiara la manifesta infondatezza della questione sollevata «sotto ogni profilo» ritenendo «erronei» i presupposti del ricorso⁸⁸. A giudizio della Corte, infatti, per un verso, «gli articoli 159 e 190 del testo unico si limitano a disporre l'obbligo a carico dei Comuni di fornire gli arredi scolastici, rispettivamente per le scuole elementari e per quelle medie, attenendo dunque il loro oggetto e il loro contenuto solo all'onere della spesa per gli arredi», ragion per cui «non sussiste fra le due menzionate disposizioni legislative, da un lato, e le disposizioni regolamentari richiamate dal remittente, dall'altro lato, quel rapporto di integrazione e specificazione, ai fini dell'oggetto del quesito di costituzionalità proposto, che avrebbe

questione non è meramente organizzativa bensì riguarda la tutela di valori costituzionalmente protetti, allora la competenza dovrebbe essere del giudice ordinario e non certo di quello amministrativo. Sul caso di Adel Smith cfr. VANONI, *Laicità e libertà di educazione. Il crocifisso nelle aule scolastiche in Italia e in Europa*, Milano, 2013, 88.

⁸⁷ Cfr. TAR Veneto, Sezione I, Ordinanza 14 gennaio 2004, n. 56, in *Foro italiano*, 2004, III, 235.

⁸⁸ Cfr. Ordinanza n. 389 del 2004, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2004, 4280 e ss con osservazioni di LARICCIA, *A ciascuno il suo compito: non spetta alla Corte costituzionale disporre la rimozione del crocifisso nei locali pubblici*; GEMMA, *Esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche: una corretta ordinanza di inammissibilità*; RIMOLI, *La Corte, la laicità e il crocifisso, ovvero di un appuntamento rinviato*; GIGLI - GATTAMELATA, *Il crocifisso: valore universale di un arredo scolastico*. Ancora su tale pronuncia cfr. GEMMA, *Spetta al giudice comune, non alla Corte costituzionale, disporre la rimozione del crocifisso*, in BIN - BRUNELLI - PUGIOTTO - VERONESI (a cura di), *La laicità crocifissa? Il nodo costituzionale dei simboli religiosi nei luoghi pubblici*, Torino 2004, 161; CELOTTO, *Il simbolo sacro inserito tra gli arredi scolastici può mettere in discussione la laicità dello Stato*, in *Guida al diritto*, 2004, n. 8, 95; MARGIOTTA BROGLIO, *Obbligatorio o non obbligatorio? Il crocifisso per ora resta appeso*, in OLIR, *Osservatorio delle libertà ed istituzioni religiose*, www.olir.it, dicembre 2004.

consentito, a suo giudizio, l'impugnazione delle disposizioni legislative "come specificate" dalle norme regolamentari». Ancora, la Corte afferma che «per quanto riguarda l'art. 676 del d.lgs. n. 297 del 1994, non può ricondursi ad esso l'affermata perdurante vigenza delle norme regolamentari richiamate, poiché la eventuale salvezza, ivi prevista, di norme non incluse nel testo unico, e non incompatibili con esso, può concernere solo disposizioni legislative, e non disposizioni regolamentari, essendo solo le prime riunite e coordinate nel testo unico medesimo, in conformità alla delega di cui all'art. 1 della legge 10 aprile 1991, n. 121, come sostituito dall'art. 1 della legge 26 aprile 1993, n. 126». L'impugnazione delle disposizioni del testo unico «si appalesa dunque il frutto di un improprio trasferimento su disposizioni di rango legislativo di una questione di legittimità concernente le norme regolamentari richiamate: norme prive di forza di legge, sulle quali non può essere invocato un sindacato di legittimità costituzionale, né, conseguentemente, un intervento interpretativo di questa Corte».

Insomma la Corte sostiene che non esisteva alcun rapporto di specificazione tra la fonte primaria richiamata nell'ordinanza di rimessione e le fonti secondarie attraverso le quali si impone l'esposizione del crocifisso ed anche che la vigenza di queste ultime non si fonda del Decreto legislativo n. 297 del 1994 lasciando sostanzialmente aperta la questione.

La precisazione è certamente sottile: la questione risulta inammissibile, ma lo è in quanto non vi sarebbe un obbligo legislativo all'affissione del crocifisso bensì al massimo una previsione con fonte secondaria; in tal modo la Consulta non sembra voler avallare il Parere del Consiglio di Stato del 1988 che sosteneva la vigenza e la costituzionalità delle disposizioni del periodo fascista; in più, considerando che nel 2000 la Corte di Cassazione, Sezione IV penale, con la sentenza n. 439, ha dichiarato non necessaria e non legittima la presenza del crocifisso nei seggi elettorali, allora si potrebbe pensare che la loro legittimazione a rimanere nelle scuole debba essere rimessa sostanzialmente all'autonomia e alla discrezionalità delle singole istituzioni e concretamente alle decisioni assunte dagli organi direttivi. Questa è solo una delle ipotesi interpretative, tanto che la "non decisione" della Consulta suscitò reazioni diverse e discordanti, venendo accolta entusiasticamente dai sostenitori dell'esposizione del crocifisso che interpretarono tale Ordinanza quale affermazione del fatto che "*il crocifisso deve rimanere dov'è*"⁸⁹, e polemicamente da coloro che invece la

⁸⁹ Cfr. CASAVOLA, *Consulta: il crocifisso resta in classe*, in: *Il Messaggero*; OLIVETTI, *Via italiana alla laicità*, in *Avvenire*, entrambi del 16 dicembre 2004.

considerarono una sorta di “fuga” rispetto alla spinosa questione dei simboli religiosi grazie a semplici motivi di rito⁹⁰. Certamente la Corte poteva cogliere l’occasione per indirizzare almeno un monito ai giudici per le future decisioni in materia e invece finisce con il rimettere alla magistratura il compito di definire, caso per caso (e con esiti interpretativi non sempre convincenti), il significato delle previsioni in materia, sul presupposto, invero ancora discutibile, della loro conformità a Costituzione.

Il seguito della laconica Ordinanza della Corte arriva con la sentenza T.A.R. Veneto 17-22 marzo 2005, n. 1110, in cui il Tribunale regionale, in maniera “dissociata” rispetto alla precedente ordinanza di rimessione che poteva far supporre una propensione verso la caducazione delle norme incriminate, decide di superare le perplessità precedenti e dopo avere affermato la propria giurisdizione passa al giudizio nel merito, rispetto al quale il giudice amministrativo è consapevole che: «il crocifisso peraltro, come appare evidente, non può essere considerato semplicemente come un arredo, ma è un simbolo...il crocifisso costituisca *anche* un simbolo storico-culturale, e di conseguenza dotato di una valenza identitaria riferita al nostro popolo ...il crocifisso non può, oggi, essere considerato come un mero simbolo storico e culturale, nemmeno nel contesto scolastico, ma deve essere valutato *anche* come un simbolo religioso. A tale proposito va evidenziato come la croce vada intesa quale simbolo del cristianesimo, non già semplicemente del cattolicesimo, e quindi riassuma in sé oltre al cattolicesimo stesso anche i valori delle altre confessioni cristiane presenti nel nostro Paese... In sostanza, la croce è un simbolo in cui si possono identificare numerose (anche se probabilmente non tutte) confessioni religiose... In sostanza, non appare azzardato affermare che, attraverso i tortuosi e accidentati percorsi della storia europea, la laicità dello Stato moderno sia stata faticosamente conquistata anche (certamente non solo) in riferimento più o meno consapevole ai valori fondanti del cristianesimo... Si può quindi sostenere che, nell’attuale realtà sociale, il crocifisso debba essere considerato non solo come simbolo di un’evoluzione storica e culturale, e quindi dell’identità del nostro popolo, ma quale simbolo altresì di un sistema di valori di libertà, eguaglianza, dignità umana e tolleranza religiosa e quindi anche della laicità dello Stato, principi questi che innervano la nostra Carta costituzionale...nel momento attuale, il crocifisso in classe presenta una valenza formativa e può e deve essere inteso, sia come

⁹⁰ Cfr. PUGIOTTO, *Sul crocifisso la Corte costituzionale pronuncia un’ordinanza pilatesca*, in www.forumcostituzionale.it, 23 dicembre 2004; PUGIOTTO, *Verdetto pilatesco sul crocifisso in aula. Dopo l’ordinanza si naviga a vista*, in *Diritto & Giustizia*, 2005, n. 3, 80.

il simbolo della nostra storia e cultura e conseguentemente della nostra stessa identità, sia quale simbolo dei principi di libertà, eguaglianza e tolleranza e infine della stessa laicità dello Stato, fondanti la nostra convivenza e ormai acquisiti al patrimonio giuridico, sociale e culturale d'Italia...».

Il ragionamento del giudice amministrativo lascia decisamente perplessi se non increduli; il giudice si è avventurato su quello che lui stesso definisce essere un «terreno scivoloso» ed è “scivolato” non tanto perché sostiene l'esistenza di un'affinità tra i valori che costituiscono l'architrave del pensiero cristiano e il nucleo portante della Carta repubblicana, ma perché afferma che per questo il simbolo della croce diviene simbolo di un sistema di valori di libertà, eguaglianza, dignità umana, tolleranza religiosa e dunque simbolo della laicità dello Stato.

Sono molti i profili della Sentenza che non convincono: innanzitutto si dà per appurata una ricostruzione del principio di laicità ben lontana dalla neutralità che invece tale principio dovrebbe esprimere sposando l'idea di una laicità “attiva” rispetto alla quale lo Stato svolge un ruolo di promozione, non nella direzione di promuovere l'eguaglianza tra le varie confessioni religiose bensì in quella di esaltare i valori espressi dalla religione cattolica in senso omnicomprensivo rispetto alle altre confessioni; ancora non è condivisibile l'impostazione che collega il valore storico attribuito al crocifisso e l'articolo 9 del nuovo Concordato, in quanto l'insegnamento della sola religione cattolica nella scuola pubblica è comunque facoltativo mentre la presenza del crocifisso nella stessa scuola si configura come obbligatoria; infine, in nessuna considerazione vengono tenute le libertà fondamentali degli alunni, considerando che tra le funzioni primarie della scuola dovrebbe invece esserci l'educazione al pluralismo religioso e culturale ed alla tolleranza ed anche la protezione della libertà di coscienza degli alunni stessi. In particolare, sotto quest'ultimo profilo, l'esposizione del crocifisso nelle scuole, anche se non lo si considerasse quale simbolo religioso ma unicamente quale simbolo culturale, viola il dovere d'imparzialità e neutralità che deve essere proprio dell'amministrazione scolastica poiché in tal modo si esalta una sola matrice culturale (e religiosa) a discapito degli altri aspetti, compromettendo le finalità dell'educazione al pluralismo e alla tolleranza ancor più importante quando i soggetti coinvolti non hanno il pieno e libero esercizio di quei diritti (come i minori nell'ambito scolastico).

La storia infinita dell'esposizione del crocifisso nelle scuole pubbliche prosegue con la Sentenza n. 556 del 2006 del Consiglio di Stato il quale conferma l'impostazione relativa alla “*laicità del crocifisso*” elaborata dal giudice amministrativo di I° grado e chiarisce, preliminarmente, che il

concetto di laicità non va inteso in senso generale ed univoco, per cui se è pur vero che la laicità richiede la distinzione tra la dimensione temporale e quella spirituale è altrettanto vero che ogni Stato realizza la propria personale laicità. Esiste dunque una dimensione soggettiva, una oggettiva e persino una territoriale della laicità.

Il Consiglio di Stato afferma, tra l'altro, che il crocifisso deve restare nelle aule scolastiche in quanto «simbolo idoneo ad esprimere l'elevato fondamento dei valori civili» che hanno un'origine religiosa, ma «che sono poi i valori che delineano la laicità nell'attuale ordinamento dello Stato», e ancora spiega che il simbolo esprime significati diversi a seconda del luogo in cui si trova. Il giudice amministrativo afferma anche che sarebbe difficile trovare, «nel contesto culturale italiano», un altro simbolo più idoneo del crocifisso ad esprimere «l'elevato fondamento dei valori civili». Su questo ultimo punto il dissenso non può che essere totale in quanto non si tiene in alcuna considerazione l'esistenza di un altro simbolo, certo più idoneo allo scopo indicato e pure chiaramente descritto dalla Carta repubblicana addirittura tra i suoi principi fondamentali: si tratta della nostra bandiera, simbolo costituzionalizzato dall'articolo 12⁹¹. La bandiera è infatti l'unico dei simboli della Repubblica a trovare esplicita menzione nella Costituzione che non si riferisce né all'inno, né a feste nazionali, né alla lingua o tantomeno a simboli religiosi o pseudo-tali.

L'annosa vicenda dell'esposizione del crocifisso, battaglia di principi e di laicità, prosegue poiché la combattiva signora Lautsi decide di rivolgersi alla Corte europea per i diritti dell'uomo che con la Sentenza del 3 novembre 2009 (Procedimento n. 30814/06), *Lautsi v. Italia*, capovolge l'impostazione delineata fino a quel momento dalla giustizia italiana stabilendo che l'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche costituisce «una violazione del diritto dei genitori a educare i figli secondo le loro convinzioni e del diritto degli alunni alla libertà di religione».

⁹¹ Sulla bandiera cfr. QUADRI, *Bandiera e altri segni distintivi dello Stato*, in *Novissimo Digesto Italiano*, 1958, II, 268; CASSESE, *Commento all'articolo 12*, in BRANCA (a cura di) *Commentario della Costituzione, Art. 1-12, Principi fondamentali*, Bologna-Roma 1975, 589; TAROZZI - VECCHIO (a cura di), *Gli italiani e il tricolore. Patriotismo, identità nazionale e fratture sociali lungo due secoli di storia*, Bologna, 1999; GROPPi, *Bandiera*, in CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006; IDEM, *Commento all'articolo 12*, in BIFULCO - CELOTTO - OLIVETTI (a cura di) *Commentario alla Costituzione*, Vol. I, Milano, 2006, 306.

Oltre alla bandiera il Tribunale dimentica anche l'esistenza del simbolo della nostra Repubblica, ufficializzato il 5 maggio 1948, caratterizzato da tre elementi: la stella, la ruota dentata, i rami di ulivo e di quercia.

La Corte dei diritti sottolinea come spetti principalmente all'istruzione pubblica salvaguardare e promuovere il pluralismo educativo, essenziale alla preservazione della società democratica così come la concepisce la Convenzione, per cui «il rispetto delle convinzioni dei genitori deve essere reso possibile nel quadro di un'istruzione capace di garantire un ambiente scolastico aperto e favorendo l'inclusione piuttosto che l'esclusione, indipendentemente dall'origine sociale degli allievi, delle loro credenze religiose o dalla loro origine etnica», infatti «la scuola non dovrebbe essere il teatro di attività di proselitismo o predicazione» bensì «un luogo di unione e confronto di varie religioni e convinzioni filosofiche, dove gli allievi possono acquisire conoscenze sulle diverse tradizioni». Il pluralismo per la Corte è assicurato dalla neutralità dello Stato, ancor più necessaria quando i protagonisti sono i bambini che ancora non possono aver maturato quella capacità critica consona a prendere le distanze rispetto al messaggio che deriva da una scelta preferenziale manifestata dallo Stato in materia religiosa.

La Corte di Strasburgo riconosce al crocifisso una pluralità di significati, ma tra questi ritiene prevalente quello religioso per cui la sua esposizione nelle aule scolastiche va al di là del semplice impiego di simboli in contesti storici specifici, poiché la presenza stessa del crocifisso può essere interpretata dagli studenti come un segno religioso che caratterizzerà l'ambiente scolastico sancendo un privilegio per una sola religione, ledendo così il pluralismo culturale e religioso e pregiudicando le minoranze religiose. Lo Stato è tenuto alla neutralità confessionale nel quadro dell'istruzione pubblica obbligatoria e l'esposizione nelle aule delle scuole pubbliche di un simbolo che è ragionevole associare al cattolicesimo (la religione maggioritaria in Italia) non appare di alcun aiuto alla realizzazione del pluralismo educativo essenziale alla preservazione d'una società democratica come la concepisce la Convenzione, e alla preservazione del pluralismo che è stato riconosciuto pure dalla Corte costituzionale nel diritto nazionale.

La Sentenza del 2009 è di estrema rilevanza in quanto respinge nettamente tutti gli artifici retorici utilizzati dai giudici amministrativi italiani per tentare di giustificare l'esposizione del crocifisso, indirizzando un vero e proprio monito se non addirittura un rimprovero ai giudici nazionali (e forse allo stesso Legislatore) quando afferma che non si vede come un simbolo ragionevolmente e indubbiamente associato al cattolicesimo possa servire al pluralismo educativo, e declinando senza timori il principio di laicità.

La battaglia civile, culturale e religiosa sottesa all'esposizione del crocifisso nelle scuole pubbliche non è però conclusa e continua con l'ultima (per ora) Sentenza pronunciata dalla Grande Chambre il 18 marzo 2011, in seguito al ricorso italiano supportato da altri 20 Paesi aderenti alla CEDU, con cui viene sostanzialmente ribaltata la pronuncia di primo grado del 2009, e assolta l'Italia perché pur essendo vero che il crocifisso è essenzialmente un simbolo religioso: «non sussistono tuttavia nella fattispecie elementi attestanti l'eventuale influenza che l'esposizione di un simbolo di questa natura sulle mura delle aule scolastiche potrebbe avere sugli alunni»; in altre parole, la Corte lo considera, questa volta, un simbolo «passivo», e le scelte relative alla sua esposizione o meno nelle aule scolastiche rientrano totalmente «nell'ambito del margine della discrezionalità dello Stato»⁹².

⁹² Sulle sentenze della Corte di Strasburgo cfr. MANCINI, *La supervisione europea presa sul serio: la controversia sul crocifisso tra margine di apprezzamento e ruolo contro-maggioritario delle Corti*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2009, 4055; BARTOLE, *Simbolo religioso, simbolo passivo, simbolo civile: le metamorfosi forensi del Crocifisso*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, 65; WEILER, *Il crocifisso a Strasburgo: una decisione imbarazzante*, in *Quaderni Costituzionali*, 2010, 148; TEGA, *Cercando un significato europeo di laicità: la libertà religiosa nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti*, in *Quaderni Costituzionali*, 2010, 799; PAJNO, *Dialogando con Weiler: apologo di Marco e Leonardo*, in *Quaderni Costituzionali*, 2010, 873; CORTESE, *Dialogando con Weiler: il crocifisso e gli "imbarazzi" del giurista*, in *Quaderni Costituzionali*, 2010, 877; GUAZZAROTTI, *Il crocifisso visto da Strasburgo*, in *Studium Iuris*, 2010, n. 5, 494; RICCA, *Chi vuole il crocifisso? Domande semplici, democrazia interculturale, fede personale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, 5; CARDIA, *Identità religiosa e culturale europea. La questione del crocifisso*, Torino, 2010; SCAFFIDI, *L'esposizione di simboli religiosi nella scuola pubblica: la decisione della Corte e europea dei diritti dell'uomo del 3 novembre 2009 nel caso Lautsi c. Italia (ric. 30814/2006)*, in *Persona e mercato*, 2011, n. 2, 120; LEONI, *L'"Affaire Lautsi c. Italie": la vicenda giudiziaria dell'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), aprile 2011; PINELLI, *Esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche e libertà di religione (Oss. a Corte europea dei diritti dell'uomo- Grande Chambre, Lautsi contro Italia, 18 marzo 2011)*, in *Osservatorio sul rispetto dei diritti fondamentali in Europa* (www.europeanrights.eu), 10 maggio 2011; TOSCANO, *La sentenza Lautsi e altri c. Italia della Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), ottobre 2011; RUGGIU, *Il crocifisso come "simbolo passivo" nella Lautsi II: riflessioni sulle tecniche argomentative dei giudici nei conflitti multiculturali e religiosi*, in *Diritti Comparati*, www.diritticomparati.it, 28 luglio 2011; ERRANTE PARRINO, *La decisione della "grande chambre" sul caso del crocifisso nelle scuole italiane*, in *Persona e mercato*, 2011, n. 2, 129; MANCINI, *La sentenza della Grande Camera sul crocifisso: è corretta solo l'opinione dissenziente*, in *Quaderni costituzionali*, 2011, 2, 425, dove l'autrice sostiene che "l'unica cosa buona della sentenza Lautsi è l'opinione dissenziente del giudice Malinverni. Per il resto, la Corte EDU dà con questa decisione una delle prove più penose della sua storia".

Quella che emerge dalla sentenza è una Corte “prudente” che lascia fuori dal terreno d’indagine sia la legittimità dell’ostensione del crocifisso attuata in luoghi diversi, sia il fondamentale principio di laicità quale risultante dall’ordinamento italiano, insomma evita con cura gli aspetti più contraddittori della vicenda⁹³.

Nella sentenza del 2009 il crocifisso era un “simbolo forte”, mentre nel 2011 mostra una natura essenzialmente “passiva”; la differenza non è solo terminologica, poiché la diversa opinione su questo punto si ripercuote sull’esito della decisione, infatti se il simbolo controverso è “forte” allora per la giurisprudenza della Corte non è necessario fornire la prova che lo stesso abbia un’influenza su coloro che ne hanno subito l’ostensione; mentre diversamente un simbolo “debole” non offende, ed appare necessario eventualmente dimostrare in giudizio la prova della limitazione effettiva subita in concreto dai diritti dei ricorrenti; in mancanza di tale prova si deve concludere per l’inesistenza di una violazione.

I giudici di Strasburgo hanno dunque cercato di minimizzare magari supponendo che effettivamente il simbolo del crocifisso in uno Stato laico, improntato al pluralismo religioso e alla neutralità, non potesse provocare gravi danni, ma purtroppo questo ragionamento e questa sentenza colpiscono duramente il già “evanescente” principio di laicità all’italiana. La Corte sostiene che esso non è oggetto del suo giudizio, ma così non può essere poiché essa stessa riconosce il valore religioso del simbolo crocifisso; il ragionamento sviluppato in questa pronuncia pone in secondo ordine l’equidistanza e l’imparzialità dello Stato in materia religiosa, caratteri che invece da tempo contraddistinguevano la giurisprudenza di Strasburgo. Non si ritrova nella sentenza alcuna traccia della neutralità a cui la Corte ha fatto ricorso in tante occasioni, una “neutralità ad ampio spettro” e trasversale non limitata nei suoi caratteri fondanti e nelle sue implicazioni concrete a singoli aspetti della disciplina giuridica di ciò che è religioso, una neutralità ormai divenuta “principio-chiave” delle decisioni prese a Strasburgo per definire la struttura e la forma dello Stato democratico e pluralista, una neutralità che «va a braccetto con la laicità»⁹⁴ perché «laicità significa neutralità; lo dice la

⁹³ L’unica parte convincente della sentenza è l’opinione dissenziente espressa dal giudice Malinverni a cui ha aderito il giudice Kalaydjeva.

⁹⁴ Cfr. COLAIANNI, *Il crocifisso tra Roma e Strasburgo* in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), maggio 2010; TOSCANO, *La sentenza Lautsi e altri c. Italia della Corte europea dei Diritti dell’Uomo*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), ottobre 2011. Sull’inscindibile legame esistente tra laicità e neutralità ci si è soffermati più volte, per completezza cfr. CASUSCELLI, *L’evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia di vilipendio della*

Corte europea, lo dice la dottrina: neutrale è, e deve essere, lo spazio pubblico di convivenza, in primo luogo la scuola, sede primaria di formazione del cittadino. Non va confuso ciò che rientra nella libertà dei singoli e ciò che è consentito allo Stato»⁹⁵.

L'inveramento del principio di laicità comporta la realizzazione di una «*communis area*», di una «*terra non nullius ma utriusque*», dove può esprimersi quel «ponderato accomodamento transattivo fra le pretese in lizza al quale è regola di convivenza civile addivenire»⁹⁶.

Ai sensi di quanto esaminato, la sentenza del 2011 non convince e lascia aperto un profondo *vulnus* nel nostro ordinamento.

In un quadro di questo tipo appare auspicabile che l'amministrazione scolastica si attenga al «principio di precauzione» per cui, nell'attesa di un'apposita disciplina sull'esposizione dei simboli nei luoghi pubblici, considerando la deludente giurisprudenza in materia, cerchi di temperare nella pratica i diversi interessi coinvolti pubblici e privati, nel tentativo di salvaguardare il pluralismo culturale e religioso nella scuola⁹⁷. È infatti sconcertante riflettere sul fatto che nelle nostre scuole pubbliche, dove si formano le coscienze e la capacità critica dei piccoli cittadini, l'unica religione che viene insegnata (seppure non obbligatoriamente) è la religione cattolica e l'unico simbolo che si trova esposto (questo obbligatoriamente) è il crocifisso. Ciò che manca ancora oggi nel nostro ordinamento è il passaggio qualitativo dal privilegio al pluralismo: è evidente che l'avvento dello Stato di diritto e la secolarizzazione non hanno sciolto tutti i nodi; il nostro Stato dovrebbe ricordare che non è vero che il crocifisso sia da sempre presente sui muri delle nostre scuole, delle nostre carceri, dei nostri

religione, in *Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica*, 2001, n. 3, 1124; BRUNELLI, *Simboli collettivi e segni individuali di appartenenza religiosa: le regole della neutralità*, in *Problemi pratici della laicità agli inizi del secolo XXI* (Atti del XXII Convegno Annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, Napoli 26-27 ottobre 2007), Padova, 2008, 275.

⁹⁵ Cfr. CARLASSARE, *Crocifisso: una sentenza per l'Europa "non laica"*, in *Costituzionalismo.it*, 2011, n. 2 (www.costituzionalismo.it/articoli/384), ed ora anche in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2011, n. 6, parte II, 291.

⁹⁶ In tal senso cfr. BELLINI, *Dal dogmatismo teologico al relativismo etico*, in AA. VV., *La Chiesa e l'Europa*, Cosenza, 2007, 54; BELLINI, *Il diritto d'essere sé stessi. Discorrendo dell'idea di laicità*, Torino, 2007, 137. Ancora secondo PRISCO, *La laicità. Un percorso di riflessione*, Torino, 2007, 43, «nel senso suo più profondo ... la laicità indica un'attitudine critica del pensiero, deliberatamente "irrispettoso" del principio di autorità, in quanto tale».

⁹⁷ In tale senso cfr. CASUSCELLI, *Il crocifisso nelle scuole: neutralità dello Stato e «regola della precauzione»*, in OLIR, *Osservatorio delle libertà ed istituzioni religiose*, www.olir.it, luglio 2005.

tribunali: ci è arrivato solo in un preciso momento della nostra storia ed esso, come tutti i simboli sacri ma anche profani, non può stare «muto e silenzioso», ma parla e discrimina, «separando i meriti dei buoni cristiani dalle colpe degli eretici, dei giudei, dei mori»⁹⁸.

Sono i nostri diritti inviolabili e la nostra Costituzione a testimoniare la nostra identità culturale, la nostra storia e il nostro percorso democratico e non certo il crocifisso, simbolo religioso che paradossalmente divide più che unire e che per questo dovrebbe essere lasciato alla dimensione privata.

b) Diversi da chi? La questione delle unioni omosessuali

La mancanza di laicità nel nostro ordinamento non si rinviene solo nell'uso impositivo e disinvolto che viene fatto del simbolo della cristianità, ma si riverbera pesantemente sulla definizione della vita privata ed affettiva di molte persone creando diseguaglianze difficilmente tollerabili agli albori del terzo millennio. In tale ottica pare opportuno indagare cosa accade ai diritti delle coppie omosessuali.

Il ragionamento si basa sul diritto all'identità sessuale, diritto controverso che ha trovato esplicito riconoscimento solo grazie all'evoluzione della giurisprudenza costituzionale⁹⁹.

⁹⁸ Come ci ricorda LUZZATTO, *Il crocifisso di Stato*, Torino, 2011, 16.

⁹⁹ La Corte si è occupata per la prima volta di identità sessuale e libertà sessuale alla fine degli anni '70 con la sentenza n. 98 del 1979 (cfr. sentenza n. 98 del 1979 in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1979, 719 con nota di BARTOLE, *Transessualismo e diritti inviolabili dell'uomo*, *ivi*, 1178). In tale occasione la Corte ha accolto una ricostruzione teorica assai restrittiva in ordine alla possibilità di configurare un autonomo diritto all'identità sessuale ricavabile sulla base dell'articolo 2 della Carta costituzionale prediligendo un'interpretazione "chiusa" dell'articolo 2. Il giudizio di costituzionalità traeva origine dalla richiesta di un soggetto che in seguito alla rettificazione del proprio sesso, realizzata con apposito intervento chirurgico a Casablanca, chiedeva che fosse dichiarata la sua appartenenza al sesso femminile sui registri dello Stato civile, dove era invece iscritto come appartenente al sesso maschile. In questa occasione la Consulta, pur dimostrando una certa "apertura mentale" non dando credito all'interpretazione restrittiva che si era occupata del transessualismo in sede scientifica, la quale, per la maggiore, sosteneva che anche in seguito ad interventi chirurgici non si può parlare di reale mutamento di sesso, in quanto permane comunque l'originario assetto cromosomico, ammette invece il fenomeno del transessualismo ed invita il Legislatore ad occuparsi della materia, tuttavia, allo stesso tempo, respinge l'esistenza di un diritto all'identità sessuale *ex* articolo 2, per cui pur ammettendo la rettificazione del sesso si disconosce la garanzia del suo riconoscimento in sede costituzionale, motivando sull'assunto che non esistono altri diritti fondamentali inviolabili che non siano necessariamente conseguenti a quelli costituzionalmente previsti, e il diritto all'identità sessuale non è

Trascorrono gli anni ma il parametro del sesso, il diritto alla propria identità sessuale e i diritti fondamentali ad essa collegati non sembrano essere passati di moda; così assistiamo oggi a nuove richieste provenienti della società civile, nuove polemiche giuridiche e, nel silenzio legislativo, inevitabili nuovi interventi della Corte costituzionale.

Le richieste dei giorni nostri si basano sia sul contenuto dell'identità sessuale che sull'effettiva applicazione del principio di eguaglianza senza distinzione di sesso. Il parametro del sesso quale possibile ed ingiustificabile fonte di diseguaglianza rileva infatti non solo per quanto concerne la parità di genere, ma anche riguardo al trattamento che l'ordinamento giuridico riserva sia alle persone di sesso diverso che chiedono forme giuridiche di riconoscimento della propria "unione di fatto", così come rispetto al

ricosciuto né implicitamente né esplicitamente dalla Costituzione, per cui spetta solo al Parlamento la sua disciplina in via legislativa.

La questione della configurazione dell'identità sessuale quale diritto inviolabile non è però definitivamente tramontata e alcuni anni più tardi, in un contesto decisamente diverso, la Corte torna ad occuparsi di tale fattispecie (cfr. sentenza n. 561 del 1987, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1987, 3535). Si tratta di un ricorso in materia pensionistica di guerra, per assicurare una pensione anche alle vittime di violenza carnale che non abbiano però subito menomazioni durature; specificamente, nel caso oggetto del giudizio principale, alla ricorrente, vittima nel 1944 di violenza carnale ad opera di tre soldati marocchini, era stato prima concesso un assegno di guerra rinnovabile per infermità conseguita a tale violenza e poi respinta l'istanza di aggravamento per l'insussistenza degli esiti di essa. Con la sentenza del 1987 la Corte coglie l'occasione per affermare, per la prima volta, l'esistenza di un diritto fondamentale alla libertà sessuale quale diritto soggettivo assoluto, ricompreso quindi tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione ed inquadrato tra i diritti inviolabili della persona *ex* articolo 2, sostenendo che: «La violenza carnale costituisce invero, nell'ordinamento giuridico penale, la più grave violazione del fondamentale diritto alla libertà sessuale. Essendo la sessualità uno degli essenziali modi di espressione della persona umana, il diritto di disporre liberamente è senza dubbio un diritto soggettivo assoluto, che va ricompreso tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione ed inquadrato tra i diritti inviolabili della persona umana che l'articolo 2 Cost. impone di garantire. Da tale qualificazione discendono precise conseguenze circa l'estensione della tutela accordata dall'ordinamento alle lesioni della libertà sessuale assoggettate a sanzione penale». La Corte sceglie dunque la strada della sentenza additiva sanzionando l'omissione legislativa ed inquadra il diritto di disporre della propria libertà sessuale tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione *ex* articolo 2 censurando la norma ove non prevede un trattamento pensionistico di guerra che indennizzi i danni anche non patrimoniali patiti dalle vittime di violenze carnali consumate in occasione di fatti bellici. La libertà sessuale diviene in tal modo uno dei modi essenziali di espressione della persona umana, immediatamente protetto dalla Costituzione e l'articolo 2 viene, in questo caso, considerato quale vero e proprio catalogo aperto di diritti.

trattamento accordato a persone dello stesso sesso che cercano di stabilizzare dal punto di vista giuridico la propria unione¹⁰⁰.

Come noto, fino ad ora il nostro ordinamento non si è preoccupato di adottare una normativa organica del matrimonio fra soggetti dello stesso sesso e le norme vigenti del diritto di famiglia sembrano precludere ogni riconoscimento giuridico di tale tipo.

Il problema è se tale lacuna legislativa e tali divieti possano o meno considerarsi in linea con il dettato costituzionale ai sensi dell'articolo 2 fondamento dei diritti inviolabili e dell'articolo 3 base del principio di eguaglianza senza distinzione di sesso.

¹⁰⁰ Per una bibliografia specifica in materia di unioni omosessuali cfr. DANNA, *Matrimonio omosessuale*, Bolsena, 1997; MONTALTI, *Orientamento sessuale e Costituzione decostruita. Storia comparata di un diritto fondamentale*, Bologna 2007; BARBAGLI - COLOMBO, *Omosessuali moderni. Gay e lesbiche in Italia*, Bologna, 2007; VERONESI, *Costituzione, "strane famiglie" e "nuovi matrimoni"*, in *Quaderni Costituzionali*, 2008, n. 3, 577; BILOTTA (a cura di), *Le unioni tra persone dello stesso sesso. Profili di diritto civile, comunitario, comparato*, Milano-Udine, 2008; BUFFONE, *Riconoscibilità del diritto delle persone omosessuali di contrarre matrimonio con persone del proprio sesso*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2009, I, 918; CRIVELLI, *Il matrimonio omosessuale all'esame della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2009, 1238; FERRANDO, *Il matrimonio gay: il testimone passa alla Consulta*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2009, n. 9, 1905; BENTHAM, *Difesa dell'omosessualità*, Genova, 2009; FIORILLO, *Matrimonio omosessuale: la lacuna italiana nella tutela dei diritti, alla luce della Costituzione e della normativa europea*, in *Giurisprudenza di merito*, 2009, 1839; BERTONE, *Le omosessualità*, Roma, 2009; NASCIBENE, *Unioni di fatto e matrimonio tra omosessuali. Orientamenti del giudice nazionale e della Corte di Giustizia*, in *Corriere giuridico*, 2010, n. 1, 101; BONINI BARALDI, *La famiglia de-genera. Matrimonio, omosessualità e Costituzione*, Milano-Udine 2010; ARGENTIERI, *A qualcuno piace uguale*, Torino, 2010; BIN - BRUNELLI - GUAZZAROTTI - PUGIOTTO - VERONESI (a cura di), *La «società naturale» e i suoi "nemici". Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Torino, 2010; CHIASSONI, *La grande delusione: Tecnica e cultura nella giurisprudenza sul matrimonio omosessuale*, in AA. Vv., *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011, Vol. I, 863; PINI, *Quando eravamo froci. Gli omosessuali nell'Italia di una volta*, Milano, 2011; PEZZINI - LORENZETTI (a cura di), *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, Napoli, 2011; TORINO, *La tutela della vita familiare delle coppie omosessuali. Nel diritto comparato, europeo e italiano*, Torino, 2012; PRISCO (a cura di), *Amore che vieni, amore che vai... Unioni omosessuali e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2012; PRISCO, *Una nuova problematica frontiera dell'eguaglianza*, in CORBISIERO (a cura di), *Comunità omosessuali. Le scienze sociali sulla popolazione LGBT*, Milano, 2013, 53; MARCHESINI, *Omosessualità e magistero della Chiesa. Comprensione e speranza*, Milano, 2013; FERRARI (a cura di), *Lo status giuridico delle coppie same sex: una prospettiva multilivello*, Padova, 2013; MANNELLA, *I "diritti" delle unioni omosessuali. Aspetti problematici e casistica giurisprudenziale*, Napoli, 2013; SCHILLACI (a cura di), *Omosessualità, eguaglianza, diritti: desiderio e riconoscimento*, Roma, 2014; VASSALLO, *Il matrimonio omosessuale è contro natura. FALSO*, Roma-Bari, 2015.

La questione, al centro da tempo del dibattito politico e culturale, è arrivata anche al vaglio della Corte costituzionale che si è pronunciata, in maniera poco convincente, con la Sentenza n. 138 del 2010 con cui è stata chiamata a giudicare sulla legittimità costituzionale degli artt. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143-bis e 156-bis Codice civile, «nella parte in cui, sistematicamente interpretati, non consentono che le persone di orientamento omosessuale possano contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso»¹⁰¹.

Nel caso in questione la Corte riunisce due ricorsi di legittimità: uno presentato dal Tribunale di Venezia e l'altro dalla Corte d'Appello di Trento¹⁰² con cui si chiedeva il vaglio della Corte rispetto a diversi articoli del Codice civile nella parte in cui sembra non essere consentito alle persone omosessuali di contrarre matrimonio prendendo quale parametro costituzionale gli articoli 2 e 3. La Corte ammette il giudizio e riunisce le questioni in quanto coincidenti. Ammettendo le questioni al suo giudizio la Corte condivide il presupposto normativo posto alla base delle due ordinanze di rimessione e cioè la circostanza che nel nostro ordinamento, sulla base dell'attuale assetto normativo, sussiste un divieto di matrimonio per le coppie omosessuali. La Consulta ha dunque scartato l'ipotesi di una dichiarazione di inammissibilità per difetto di interpretazione adeguatrice, che avrebbe comportato il rinvio della soluzione del problema alla pluralità di scelte dei giudici comuni.

Il divieto di matrimonio per le coppie omosessuali, pur non essendo statuito in maniera diretta e dettagliata, emerge dalle norme censurate e cioè specificamente gli articoli 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143 bis e 156 *bis* del Codice civile, come pure dalla disciplina della filiazione legittima e da altre discipline collegate al matrimonio quali quella relativa ai casi di scioglimento del matrimonio stesso, discipline che presuppongono la, o che risultano comunque improntate alla, differenza di sesso dei coniugi¹⁰³.

¹⁰¹ Cfr. sentenza Corte costituzionale n. 138 del 2010 in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2010, 1604, con osservazione di ROMBOLI, *Il diritto «consentito» alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice «troppo» e «troppo poco»*, 1629.

¹⁰² Cfr. Tribunale di Venezia, Sez. III civile, ordinanza del 3 aprile 2009; Corte d'appello di Trento, ordinanza del 29 luglio 2009.

¹⁰³ Si ricorda che tra i 28 Paesi dell'Unione Europea l'Italia è uno dei nove che ancora non prevede alcun tipo di tutela per le coppie omosessuali, il panorama europeo registra infatti un'ampia maggioranza di Paesi che riconoscono nuove forme di unioni civili aprendole anche alle coppie omosessuali, oppure la creazione di strumenti *ad hoc* solo per le coppie omosessuali. Rispetto alla prospettiva comparata, merita una specifica menzione il referendum svoltosi in Irlanda il 22 maggio scorso, indirizzato a modificare la Costituzione al

La sentenza n. 138 del 2010, nell'affrontare la questione del riconoscimento dei diritti delle coppie omosessuali, dimostra un atteggiamento alquanto interlocutorio della Corte che, diversamente da quanto accaduto in altre occasioni, sembra preferire la cautela e non "invade" il campo del Legislatore, malgrado la sostanziale inerzia da esso dimostrata in questi anni.

La Corte ha diviso la questione sottoposta dichiarandola infondata rispetto agli articoli 3 e 29 Cost. ed inammissibile in riferimento agli articoli 2 e 117, 1° comma, in particolare, per quel che concerne gli articoli 2 e 117, 1° comma, viene dichiarata l'inammissibilità della questione, in quanto diretta ad ottenere una pronuncia additiva «non costituzionalmente obbligata».

Rispetto alla circostanza che ha dato origine al giudizio della Consulta si ricorda, per completezza, che si trattava del ricorso di due coppie omosessuali che si erano rivolte rispettivamente al Tribunale di Venezia e alla Corte di appello di Trento (il Tribunale di Trento aveva già respinto il ricorso contro il diniego di pubblicazione da parte dell'ufficiale di stato civile) in quanto gli ufficiali di stato civile dei rispettivi comuni di residenza si erano rifiutati di procedere alla pubblicazione di matrimonio richiesta dai soggetti. I funzionari infatti avevano ritenuta illegittima la pubblicazione in quanto confligente con la normativa vigente sia costituzionale che ordinaria, normativa ai sensi della quale il matrimonio risulta incentrato sulla diversità di sesso dei coniugi.

In effetti dalla ricostruzione presentata dal Tribunale di Venezia si evince che nel nostro ordinamento giuridico il matrimonio tra persone dello

fine di introdurre, nell'articolo che definisce l'istituto della famiglia, la clausola per cui «il matrimonio può essere contratto in base alla legge da due persone, senza distinzione di sesso». Nel Paese – di *cattolicissima* tradizione – erano già previste le Unioni Civili anche per le coppie dello stesso sesso, ma con la consultazione referendaria (la prima di questo genere) si è voluto legittimare costituzionalmente il matrimonio omosessuale. Tale referendum – che ha registrato una netta vittoria dei favorevoli alla modifica – assume un particolare significato per la modalità adottata ed anche perché l'Irlanda fino al 1993 considerava l'omosessualità reato. Quanto avvenuto dimostra insomma che la tradizione e la religione cattolica che caratterizzano comunque il Paese non necessariamente devono guidare l'azione del Legislatore che si è dimostrato attento e aperto ai cambiamenti della società. Una vera lezione per il nostro Legislatore "dormiente". Per una prima riflessione sul referendum irlandese cfr. SCHILLACI, *National Conversation. L'Irlanda e il matrimonio egualitario: spunti per una comparazione*, in *Diritti comparati*, www.diritticomparati.it, 26 maggio 2015; ROTELLI, "Marriage may be contracted in accordance with law by two persons without distinction as to their sex" (Trentaquattresimo emendamento che introduce l'articolo 41, comma 4, alla Costituzione irlandese), in *Diritti comparati*, www.diritticomparati.it, 28 maggio 2015.

stesso sesso non è né previsto né vietato espressamente, anche perché appare abbastanza chiaro che il problema non si era manifestato apertamente né nel 1942 e tantomeno nel 1975 quando venne approvata la riforma del diritto di famiglia¹⁰⁴. In ogni modo, pur mancando una statuizione precisa, è evidente che l'istituto del matrimonio come tratteggiato dall'attuale ordinamento italiano si limita all'unione tra persone di sesso diverso, riferendosi al marito e alla moglie quali "attori" della celebrazione, protagonisti del rapporto coniugale e autori della generazione (articoli 107, 108, 143 e ss e 231 e ss).

Tuttavia nuovi bisogni, legati all'evoluzione della cultura e della civiltà, chiedono tutela e così facendo impongono un'attenta riflessione sull'eventuale persistente compatibilità dell'interpretazione tradizionale con i principi costituzionali. Inoltre non si può trascurare come il diritto di sposarsi sia ormai considerato a pieno titolo, a livello sovranazionale, tra i diritti fondamentali della persona¹⁰⁵ come d'altronde lo stesso giudice delle leggi ha affermato in alcune sue precedenti pronunce, riconoscimento che evidentemente non coinvolge però le persone omosessuali¹⁰⁶.

Sulla base delle ordinanze di rimessione la Corte si concentra sulla possibile qualificazione delle unioni omosessuali quali formazioni sociali e sull'eventuale protezione ad esse garantita dall'articolo 2, e procedendo in maniera innovativa annovera tali unioni nell'alveo delle formazioni sociali affermando: «... per formazione sociale deve intendersi ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico. In tale nozione è da annoverare anche l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri», tuttavia esclude che tale riconoscimento giuridico debba obbligatoriamente manifestarsi attraverso un'equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio, lasciando alla discrezionalità del Legislatore il

¹⁰⁴ Cfr. legge n. 151 del 19 maggio 1975.

¹⁰⁵ Cfr. gli articoli 12 e 16 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948; articoli 8 e 12 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950 (CEDU) e gli articoli 7 e 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 2000, oggi parte integrante del Trattato di Lisbona.

¹⁰⁶ La Corte ha infatti riconosciuto il diritto di sposarsi con la persona prescelta (cfr. sentenza n. 445 del 2002 in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2002, 3634), così come il diritto di non sposarsi (cfr. sentenza n. 166 del 1998, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1998, 1419).

compito di individuare le forme di garanzia e riconoscimento più consone rispetto alle esigenze di queste inedite formazioni sociali¹⁰⁷.

Non vi è dunque violazione dell'articolo 2 e nemmeno dell'articolo 3 e del principio di eguaglianza, in quanto la normativa del Codice civile, oggetto del sindacato, che contempla esclusivamente il matrimonio tra uomo e donna, non può considerarsi illegittima sul piano costituzionale in quanto è in sintonia con gli articoli 29 e 30, e «non dà luogo ad una irragionevole discriminazione, in quanto le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio»¹⁰⁸.

La Corte usa una sorta di argomento "originalista" o come sottolineato da alcuni "sistematico-tradizionalista"¹⁰⁹ ai sensi del quale i caratteri essenziali dell'istituto del matrimonio che i costituenti avrebbero incorporato nella disposizione costituzionale si rifanno direttamente alla disciplina codicistica; Codice civile e Costituzione appaiono dunque in perfetta

¹⁰⁷ La Corte afferma che: «spetta al parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette, restando alla Corte costituzionale la possibilità di intervenire a tutela di specifiche situazioni. Può accadere, infatti, che, in relazione ad ipotesi particolari, sia riscontrabile la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale, trattamento che questa Corte può garantire con il controllo di ragionevolezza», delineando così il compito del Parlamento, come pure un suo possibile ruolo in materia in un futuro.

¹⁰⁸ Infatti, dice la Corte, se è pur vero che «i concetti di famiglia e di matrimonio non si possono ritenere "crystallizzati" rispetto all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore, perché sono dotati della duttilità propria dei principi costituzionali e, quindi, vanno interpretati tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell'ordinamento, ma anche dell'evoluzione della società e dei costumi»; bisogna anche puntualizzare che tale «interpretazione non può spingersi fino al punto d'incidere sul nucleo della norma, modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata». E continua spiegando come «la questione delle unioni omosessuali rimase del tutto estranea al dibattito svoltosi in sede di Assemblea, benché la condizione omosessuale non fosse certo sconosciuta. I costituenti, elaborando l'art. 29 Cost., discussero di un istituto che aveva una precisa conformazione ed un'articolata disciplina nell'ordinamento civile. Pertanto, in assenza di diversi riferimenti, è inevitabile concludere che essi tennero presente la nozione di matrimonio definita dal codice civile entrato in vigore nel 1942, che, come sopra si è visto, stabiliva (e tuttora stabilisce) che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso». Per questo la Corte respinge l'idea di una modifica in via ermeneutica del precetto costituzionale dell'articolo 29, perché «non si tratterebbe di una semplice rilettura del sistema o di abbandonare una mera prassi interpretativa, bensì di procedere ad un'interpretazione creativa». Il significato dell'articolo 29 è confermato dal fatto che la previsione successiva si occupa dei figli (art. 30), sottolineando l'importanza della «finalità procreativa del matrimonio che vale a differenziarlo dall'unione omosessuale».

¹⁰⁹ Così la definisce PEZZINI, *A prima lettura (la sent. 170/2014 sul divorzio imposto)*, in articolo29, www.articolo29.it/2014/prima-lettura-sent-1702014-divorzio-imposto.

armonia nella disciplina del vincolo matrimoniale, caratterizzato in entrambi dal paradigma eterosessuale che non può essere superato per via ermeneutica¹¹⁰. La chiusura ad un'interpretazione evolutiva ed adeguatrice del paradigma eterosessuale non è però considerata dal giudice delle leggi come definitiva in quanto potrà comunque essere superata dall'intervento legislativo, e questo è l'unico margine di speranza lasciato alle coppie omosessuali.

La Corte, con la Sentenza del 2010, attende e sollecita un'esplicita modificazione della disciplina legislativa per giungere all'incorporazione, nell'istituto del matrimonio, di un contenuto che in origine era ad esso totalmente estraneo; chiude all'integrazione *per via giudiziaria* (chiusura che vale sia per i giudici comuni che per la Corte stessa) ed apre al cambiamento da parte del Legislatore, senza raccogliere direttamente le istanze di trasformazione ordinamentale provenienti dall'evoluzione dei costumi, ma confidando in un Legislatore positivo e attento.

Insomma ancora una volta, così come era avvenuto nel 2006 con l'Ordinanza n. 127 in materia di crocifisso, la Corte "decide di non decidere", non vuole essere *costretta* a pronunciare una sentenza additiva che non ritiene essere "costituzionalmente obbligata" e seppure riconosce che l'unione omosessuale rientra nell'ambito delle "formazioni sociali" (e in tale ambito non può che essere una variante di "famiglia") in quanto rappresenta una forma di stabile convivenza tra due persone dello stesso

¹¹⁰ Tale argomentazione non convince perché, come spiega assai chiaramente Pezzini, «cercare nell'intenzione dei costituenti l'interpretazione delle norme costituzionali sulla famiglia risulterebbe particolarmente incongruo: da un lato, il dato materiale della trasformazione sociale radicale intervenuta nel corso degli ultimi sessant'anni rende irrimediabilmente invecchiati, al limite della incomprendibilità, i toni e gli accenti del dibattito costituente; dall'altro, la notevole articolazione e l'alto tasso ideologico delle posizioni espresse in sede di Costituente rendono particolarmente difficile ricavarne un orientamento univoco. Si noti peraltro che, anche se il dibattito costituente sulla famiglia appare, per molti aspetti, altrettanto ideologico di quello attuale, resta comunque più ricco di rimandi e di riferimenti alle circostanze materiali ed alle situazioni effettive in cui i diritti della famiglia e dei suoi componenti appaiono bisognosi di tutela; al punto che, guardando alla concretezza delle discussioni svolte nella Terza Sottocommissione, sorge il dubbio che, in questo campo come in generale nella formulazione delle garanzie costituzionali dei diritti sociali ed economici, l'egemonia da parte della Prima Sottocommissione abbia determinato un sacrificio eccessivo delle istanze di specificazione delle norme, a partire dal quale si è consolidato il difetto tutto italiano di un accentuato strabismo tra il piano dell'affermazione del principio ed il piano della sua attuazione, costruiti come vicende separate e prive di momenti di incontro e connessione giuridica». Cfr. PEZZINI, *Il matrimonio same sex si potrà fare la qualificazione della discrezionalità del Legislatore nella sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2010, 2715.

sesto, che devono poter godere del diritto fondamentale al vivere liberamente la propria unione ottenendo il relativo riconoscimento giuridico e relativi diritti e doveri, non riesce però, malgrado questa significativa apertura, ad andare oltre, non equipara quindi le unioni omosessuali al matrimonio, non estende la disciplina di questo alle coppie omosessuali e attende fiduciosa i futuri interventi legislativi in materia.

L'unione omosessuale si presenta così come una formazione sociale in cui si sviluppa la personalità umana, ma la sua disciplina non è né quella codicistica, né tantomeno quella della Costituzione, bensì sarà, un giorno, quella che il Legislatore sceglierà di adottare, ecco dunque come la Corte ha "abbandonato" le formazioni sociali *unioni omosessuali* nel "limbo" di un diritto che non c'è¹¹¹.

La Sentenza del 2010 non è stigmatizzabile solo perché la Corte confida eccessivamente nel Legislatore auto-limitando drasticamente il proprio ruolo ermeneutico, ma anche perché effettivamente l'omissione della Consulta viola il principio di eguaglianza poiché la questione era (e rimane) sostanzialmente una questione di eguaglianza, in quanto le norme che possono definire la condizione del soggetto omosessuale sono le stesse che garantiscono pari dignità sociale a tutte le persone e che affermano l'uguaglianza *senza distinzioni di sesso*. Si viola il principio di eguaglianza perché ciò che si assicura giuridicamente al soggetto eterosessuale, nell'ambito di una relazione di coppia eterosessuale, viene invece inspiegabilmente negato al soggetto omosessuale nell'ambito di una relazione di coppia omosessuale. Anche perché, come detto, non si rinviene alcun istituto "altro" rispetto al matrimonio di cui all'articolo 29 della Costituzione che possa essere adattato alle esigenze delle coppie omosessuali, e precludere l'accesso all'unico matrimonio riconosciuto significa *de facto* stabilire un privilegio per alcuni soggetti (le coppie

¹¹¹ Sul "monito" rivolto al Parlamento, merita di essere ricordata la *Relazione* del Presidente Franco Gallo tenuta nella riunione straordinaria della Corte costituzionale del 12 aprile 2013, appositamente convocata alla presenza del Presidente della Repubblica, dei Presidenti delle Camere e del Governo proprio per rappresentare «alcuni problemi istituzionali e ordinamentali» e per sottolineare che le esortazioni della Corte al Legislatore «non equivalgono al mero auspicio ad un mutamento legislativo, ma costituiscono l'affermazione – resa nell'esercizio tipico delle funzioni della Corte – che, in base alla Costituzione, il Legislatore è tenuto ad intervenire in materia». Il Presidente Gallo aveva richiamato espressamente la sentenza n. 138 del 2010, ricordando come essa avesse «affidato al Parlamento la regolamentazione della materia nei modi e nei limiti più opportuni», aggiungendo anche che, quando già era accaduto che il Parlamento non avesse dato seguito ad analoghi inviti, la Corte si era vista costretta a dichiarare l'illegittimità costituzionale delle norme non emendate.

“normali”) e creare al contempo un pericoloso precedente che rimanda l’attribuzione e la gestione di alcuni diritti inviolabili alla discrezionalità legislativa.

La questione del matrimonio omosessuale¹¹² sembra dunque destinata a rimanere all’ordine del giorno ancora per molto tempo come testimoniano le

¹¹² Esiste anche un altro profilo di grande interesse che in questa sede può essere solo accennato ed è quello relativo al c.d. “divorzio imposto”, (cfr. sentenza n. 170 del 2014, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2014, 2694, con nota di SAITTO, *L’incostituzionalità del “divorzio imposto” tra rettificazione di sesso e tutela del “pregresso vissuto” della coppia*, *ivi*, 2706, con cui è stata dichiarata l’illegittimità costituzionale degli articoli 2 e 4 della legge 14 aprile 1982, n. 164, *nella parte in cui non prevedono che la sentenza di rettificazione dell’attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio, consenta, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima, con le modalità da statuirsi dal Legislatore*). Il caso in questione, come sottolinea la stessa Corte costituzionale rappresenta una «*situazione innegabilmente infrequente*», ma ciò nonostante possibile. Il caso riguarda un soggetto di sesso maschile che sposa una donna e poi decide di mutare sesso. La sentenza che dispone la rettificazione dell’attribuzione di sesso e il cambio del nome anagrafico non dice nulla sul matrimonio, ma ci pensa l’ufficiale dello stato civile, che *motu proprio* annota a margine dell’atto di matrimonio il suo scioglimento. Dopo un primo *iter* giudiziario si arriva alla pronuncia del Giudice costituzionale che interviene con una sentenza manipolativa, che integra e modifica le disposizioni sottoposte al suo esame, che escono dal giudizio costituzionale con una portata normativa ed un contenuto diversi da quello originario: il contenuto nuovo, “aggiunto” come costituzionalmente dovuto, è rappresentato dalla possibilità di convertire il matrimonio in una “convivenza registrata”, anche se ad onor del vero, fino ad ora tale forma giuridica non esiste e non sembra che il nostro Legislatore abbia urgenza di crearla. Il matrimonio resta dunque collegato al paradigma eterosessuale come era già avvenuto con la sentenza del 2010, ma nella sentenza del 2014 rileva la volontà di mantenere in vita un rapporto quale diritto inviolabile della persona riconducibile all’articolo 2. La Corte non preclude la possibilità di una diversa regolamentazione di livello legislativo, che possa in futuro equiparare le coppie eterosessuali e quelle omosessuali, ma ribadisce che tale equiparazione deve avvenire con una scelta espressa del Legislatore. La Corte pone la coppia «fuori dal matrimonio tradizionale» anche se ammette che la situazione venutasi a creare «non è neppure semplicisticamente equiparabile ad una unione di soggetti dello stesso sesso», e ciò perché, altrimenti, si cancellerebbe «un pregresso vissuto che merita invece tutela». Insomma l’unione che si presenta davanti alla Corte non è un matrimonio tra due persone dello stesso sesso (per la disciplina del quale si attende ancora l’intervento legislativo) ma non è neppure un matrimonio secondo il modello legislativo attualmente vigente: se sappiamo che cosa non è questa unione, non sappiamo però definire che cosa effettivamente sia anche se è pur vero che tale unione deve essere «tutelata come forma di comunità, connotata dalla stabile convivenza tra due persone, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione», e pertanto come «formazione sociale» ai sensi dell’art. 2 della Costituzione. Spetta dunque al Parlamento, attraverso un’adeguata normativa, «evitare il passaggio da uno stato di massima protezione giuridica ad una

recenti iniziative di alcuni Comuni che hanno istituito registri per la trascrizione dei matrimoni omosessuali contratti all'estero¹¹³, ed anche

condizione...di assoluta indeterminazione». La sentenza della Consulta è stata recepita dalla Corte di Cassazione che il 21 aprile 2015 si è pronunciata con la sentenza n. 8097. Per la Cassazione, la scelta della Consulta «non è stata solo un “monito” ma una decisione autoapplicativa e non meramente dichiarativa». Pertanto, scrive la Cassazione «In attesa dell'intervento del legislatore, cui la Corte ha tracciato la via da percorrere, il giudice a quo è tenuto ad individuare sul piano ermeneutico la regola per il caso concreto che inveri il principio imperativo stabilito con la sentenza di accoglimento. La Corte con la sentenza additiva di principio ha indicato al giudice il nucleo di diritti da proteggere... Nella specie tale adeguamento, alla luce del chiaro dispositivo della sentenza della Corte Costituzionale, non può che comportare la rimozione degli effetti della caducazione automatica del vincolo matrimoniale sul regime giuridico di protezione dell'unione fino a che il legislatore non intervenga a riempire il vuoto normativo, ritenuto costituzionalmente intollerabile, costituito dalla mancanza di un modello di relazione tra persone dello stesso sesso all'interno del quale far confluire le unioni matrimoniali contratte originariamente da persone di sesso diverso e divenute, mediante la rettificazione del sesso di uno dei componenti, del medesimo sesso. Tale opzione ermeneutica è costituzionalmente obbligata e non determina l'estensione del modello di unione matrimoniale alle unioni omoaffettive, svolgendo esclusivamente la funzione temporalmente definita e non eludibile di non creare quella condizione di massima indeterminazione stigmatizzata dalla Corte Costituzionale in relazione ad un nucleo affettivo e familiare che, avendo goduto legittimamente dello statuto matrimoniale, si trova invece in una condizione di assenza radicale di tutela» e ancora «Risulta, in conclusione, necessario, al fine di dare attuazione alla declaratoria d'illegittimità costituzionale contenuta nella sentenza n. 170 del 2014, accogliere il ricorso e conservare alle parti ricorrenti il riconoscimento dei diritti e doveri conseguenti al vincolo matrimoniale legittimamente contratto fino a quando il legislatore non consenta ad esse di mantenere in vita il rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata che ne tuteli adeguatamente diritti ed obblighi. La conservazione dello statuto dei diritti e dei doveri propri del modello matrimoniale è, pertanto, sottoposta alla condizione temporale risolutiva costituita dalla nuova regolamentazione indicata dalla sentenza». La coppia in questione risulta quindi titolare di “diritti a termine” sottoposti alla futura discrezionalità del Legislatore se e quando questi si deciderà ad adottare un'adeguata normativa in materia. Si augura che la Sentenza della Consulta e la successiva pronuncia della Suprema Corte costituiscano lo sprone efficace per scuotere il Parlamento dal suo lungo sonno in materia di diritti delle coppie omosessuali e delle unioni civili e lo guidino infine verso una legislazione laica e garantista di tali situazioni giuridiche.

¹¹³ Rispetto alla trascrizione è opportuno sottolineare come, nella maggior parte dei casi che si sono manifestati fino ad oggi, sia i funzionari pubblici che i giudici sembrano convergere sull'idea per cui nel nostro Paese oltre all'impossibilità di celebrare matrimoni tra persone dello stesso sesso, risulta impossibile anche l'eventuale trascrizione di matrimoni contratti all'estero tra persone dello stesso sesso. Si ricordano a tale proposito i pareri contrari espressi nel luglio e ottobre 2004 dal Ministero dell'interno e il recente richiamo del Ministro Alfano, nell'ottobre 2014, contro i sindaci che, nel silenzio della legge, avevano istituito registri di trascrizione per i matrimoni omosessuali contratti all'estero. La Circolare inviata dal Ministero ai Prefetti, nell'ottobre del 2014 ordinava il ritiro e la cancellazione delle

alcune recentissime vicende giudiziarie¹¹⁴, così come la polemica relativa alla discussione della Proposta di legge n. 245 a firma Scalfarotto e altri Onorevoli presentata nel marzo 2013, concernente le modifiche alla Legge n. 654 del 1975 al fine di contrastare in maniera più efficace l'omofobia e la transfobia.

La ricostruzione che precede pone inevitabilmente molti interrogativi sull'*impasse* legislativa in materia di unioni di fatto eterosessuali e omosessuali ed anche sul se, come e quanto il principio di laicità possa giocare un ruolo determinante anche in questo importante settore della vita privata.

Premettendo che la questione del matrimonio omosessuale riguarda tutti e tutte e non una sparuta minoranza, poiché quando parliamo di eguaglianza senza distinzione di sesso parliamo di un diritto costituzionale che rileva di per sé indipendentemente da quanti soggetti effettivamente ne beneficino, si fatica a comprendere l'inerzia legislativa se non collegandola ad una "sudditanza psicologica" rispetto agli atteggiamenti della Chiesa Cattolica da sempre contraria alla legittimazione del matrimonio omosessuale¹¹⁵.

trascrizioni delle nozze *gay* celebrate all'estero e in caso di inerzia avvisava che sarebbe stato direttamente il Ministero ad annullare d'ufficio gli atti illegittimamente adottati, in quanto la disciplina dell'eventuale equiparazione dei matrimoni omosessuali a quelli celebrati tra persone di sesso diverso e la conseguente trascrizione delle unioni omosessuali celebrate all'estero nei registri dello stato civile rientrano nella competenza esclusiva del Legislatore nazionale.

¹¹⁴ Emblematica la vicenda del Tribunale di Grosseto che, nell'aprile del 2014, ha riconosciuto che «è trascrivibile l'atto di matrimonio celebrato all'estero tra persone omosessuali, non esistendo nell'ordinamento italiano alcun impedimento alla trascrizione nei registri dello stato civile dell'atto di matrimonio contratto all'estero, secondo le forme previste dalla legge straniera, non avendo la trascrizione natura costitutiva, ma soltanto certificativa e di pubblicità di un atto già valido di per sé sulla base del principio *tempus regit actum*». Questa pronuncia a dir poco rivoluzionaria è stata poi annullata, per motivi procedurali legati alla corretta individuazione della controparte, nel settembre del 2014 dalla Corte di appello di Firenze che non è comunque entrata nel merito del matrimonio omosessuale o della sua trascrizione se contratto all'estero. La questione dunque non può dirsi risolta in via definitiva. Su tale pronuncia cfr. SEGNI, *Matrimonio omosessuale, novità dall'Europa*, in *Famiglia e diritto*, 2014, n. 7, 673.

¹¹⁵ Diverso è l'atteggiamento maturato negli ultimi anni dalle Chiese protestanti, quantomeno quelle europee: luterani, calvinisti, anglicani, valdesi, in modi e tempi diversi hanno aperto all'omosessualità, tanto che persone apertamente *gay* possono fare carriera al loro interno e le unioni di *gay* e lesbiche possono essere ufficialmente celebrate, o quantomeno benedette, da un ministro di culto. Il 7 giugno del 2015 nella Chiesa Valdese di piazza Cavour a Roma si è celebrata la prima benedizione di un'unione *gay* tra due uomini. Per la chiesa di piazza Cavour si tratta della seconda benedizione di unioni same-sex, la prima riguardava una coppia di donne ed era avvenuta nel 2013. Si segnala come anche l'ebraismo

Ma il problema non sono i giustificabili timori della Santa Sede bensì il fatto che tali posizioni influenzino le decisioni dello Stato laico italiano che dovrebbe invece unicamente confrontarsi con le esigenze ed i chiari segnali provenienti dalla società civile e procedere in tempi brevi, come richiesto dalla Corte costituzionale nel 2010, alla predisposizione di una disciplina delle unioni eterosessuali ed omosessuali nel senso dell'eguaglianza e del rispetto dei diritti di tutti i soggetti interessati, ai quali, nel frattempo, non resta che continuare a tentare di far valere la propria posizione in ogni sede civile e giudiziaria.

Abbiamo bisogno di un Legislatore laico e coraggioso, un Legislatore che smetta di alternare all'omissione l'intervento eticamente orientato, la "norma ad una dimensione" nella quale la giuridicità diviene veicolo obbligato di una sola etica¹¹⁶; è difficile sapere quanto potremo ancora sopportare, «quanta diseguaglianza possiamo ancora accettare»¹¹⁷, prima di rinunciare definitivamente a credere nel nostro Paese e nelle sue istituzioni¹¹⁸. La laicità "inventata" dalla Corte nel 1989 non funziona, dobbiamo declinare finalmente in senso laico il paradigma dell'eguaglianza, realizzando infine la rivoluzione promessa quasi settanta anni fa dai diritti inviolabili sanciti dalla nostra Carta fondamentale, perché la laicità costituisce un essenziale valore fondante del vivere insieme¹¹⁹.

progressista (comunque minoritario) mantenga un atteggiamento di apertura nei confronti dell'omosessualità.

¹¹⁶ In questo senso cfr. PRODI, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Bologna, 2000; RODOTÀ, *Perché laico*, Bari, 2009-2010, 67.

¹¹⁷ Cfr. ARNSPERGER - VAN PARIJS, *Quanta diseguaglianza possiamo accettare?*, Bologna, 2010.

¹¹⁸ Continuiamo ancora oggi dunque a sentirci come Arturo Carlo Jemolo, quando stupito dalla «inattesa realizzazione di uno Stato guelfo a cento anni dal crollo delle speranze neoguelfe» affermava «questa Italia non è quella che avevo sperato; questa società non è quella che vaticinavo: società laica nella sua struttura giuridica, ma dove tutti portassero in sé un alto afflato religioso». Cfr. JEMOLO, *Chiesa e Stato in Italia negli ultimi cento anni*, Torino, (nuova ed.) 1963, 547-548.

¹¹⁹ Come ricorda Rodotà: «La laicità, lo sappiamo, non è una tavola di valori da contrapporre semplicisticamente ad altri valori. È piuttosto una dimensione della libertà, uno strumento per la libera formazione della personalità, un elemento essenziale per la convivenza. Vi è un'antica componente della laicità, in cui certamente si rinviene la sua matrice illuministica, che consiste nel valore della conoscenza piena e critica, liberata da catechismi e censure. Ma per muovere in questa direzione, è indispensabile una specifica cornice istituzionale. Così, nella sua storia concreta, la laicità incontra lo Stato, di cui diviene un connotato anche perché questo è l'unico modo per allontanare la tragedia delle guerre di religione...». Cfr. RODOTÀ, *Perché laico*, Bari, 2009-2010, 60 ss.

Prima bibliografia di riferimento

- AA.VV., *Costituzione, laicità e democrazia*, *Quaderni laici*, n. 0, Torino, 2009;
- AA.VV., *Costituzione e religione*, *Percorsi costituzionale*, 2/3, Trento, 2013;
- ABBAGNANO N. - FORNERO G., *Laicismo*, in N. ABBAGNANO (a cura di), *Dizionario di filosofia*, Torino, 1998;
- AINIS M., *Laicità e confessioni religiose*, in relazione al convegno, *Problemi pratici della laicità agli inizi del secolo XXI*, Napoli, 26 ottobre 2007, ora in www.astrid-online.it;
- AINIS M., *Chiesa padrona. Un falso giuridico dai Patti Lateranensi ad oggi*, Milano, 2009;
- ARNSPERGER C. - VAN PARIJS P., *Quanta disegualianza possiamo accettare?*, Bologna, 2010;
- BALDASSARRE A., *Diritti inviolabili*, Voce *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XI, 1989;
- BARAGLIA S., *Il crocifisso nelle aule delle scuole pubbliche: una questione ancora aperta*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2004, 2129;
- BARBA A. (a cura di), *La laicità del diritto*, Roma, 2010;
- BARBAGLI M. - COLOMBO A., *Omosessuali moderni. Gay e lesbiche in Italia*, Bologna, 2007;
- BARILE P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984;
- BARSOZZI V. - FIORITA N., *Separatismo e laicità*, Torino, 2008;
- BASSO L., *Perché chiedo l'abrogazione del Concordato*, in *L'Astrolabio*, VIII, 27.9.1970, n. 38, 12;
- BELLINI P. (a cura di), *Saggi di diritto ecclesiastico italiano*, Soveria Mannelli (CZ), 1996, vol. I e II;
- BELLINI P., *Dell'idea di laicità nei rapporti fra i privati*, in M. TEDESCHI (a cura di), *Il principio di laicità nello Stato democratico*, Soveria Mannelli, 1996, 11;
- BELLINI P., *Il diritto d'essere se stessi. Discorrendo dell'idea di laicità*, Torino, 2007;
- BENTHAM J., *Difesa dell'omosessualità*, Genova, 2009;
- BIN R. - BRUNELLI G. - PUGIOTTO A. - VERONESI P. (a cura di), *La laicità crocifissa? Il nodo costituzionale dei simboli religiosi nei luoghi pubblici*, Torino, 2004;
- BIN R. - BRUNELLI G. - GUAZZAROTTI A. - PUGIOTTO A. - VERONESI P. (a cura di), *La «società naturale» e i suoi "nemici". Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Torino, 2010;
- BOLGIANI F. - MARGIOTTA BROGLIO F. - MAZZOLA R. (a cura di), *Chiese cristiane, pluralismo religioso e democrazia liberale in Europa*, Bologna, 2006;
- CALAMANDREI P., *L'avvenire dei diritti di libertà*, in E. RUFFINI, *Diritti di libertà*, Firenze, 1975, (ristampa anastatica dell'edizione del 1946);
- CALAMANDREI P., *Questa nostra Costituzione*, Milano, 1995;
- CARDIA C., *Ateismo e libertà religiosa nell'ordinamento giuridico, nella scuola, nell'informazione, dall'Unità ai nostri giorni*, Bari, 1973;
- CARDIA C., *Concordato, intese, laicità dello Stato. Bilancio di una riforma*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2004, 1, 23;
- CARDIA C., *Identità religiosa e culturale europea. La questione del crocifisso*, Torino, 2010;
- CARLASSARE L., *Crocifisso: una sentenza per l'Europa "non laica"*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2011, 6, parte II, 291;
- CASAVOLA F. P., *Costituzione italiana e valori religiosi*, in G. DALLA TORRE (a cura di), *Ripensare la laicità. Il problema della laicità nell'esperienza giuridica contemporanea*, Torino, 1993, 59;
- CASUSCELLI G., *Concordati, intese e pluralismo confessionale*, Milano, 1974;
- CASUSCELLI G., *Il crocifisso nelle scuole: neutralità dello Stato e «regola della precauzione»*, in OLIR, *Osservatorio delle libertà ed istituzioni religiose*, www.olir.it, luglio 2005;
- CAVANA P., *I semi della discordia. Laicità e simboli religiosi in Francia*, Torino, 2004;

- CIAMPI C. A., *La libertà delle minoranze religiose*, (a cura di F. P. CASAVOLA - G. LONGO - F. MARGIOTTA BROGLIO), Bologna, 2009;
- COLAIANNI N., *Confessioni religiose e intese. Contributo all'interpretazione dell'articolo 8 Cost.*, Bari, 1990;
- COLAIANNI N., *Il crocifisso tra Roma e Strasburgo in Stato, Chiesa e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechurchiese.it), maggio 2010;
- CROCE B., *Perché non possiamo non dirci cristiani*, in *La Critica*, 20 novembre 1942;
- D'AGOSTINO F. – AMODIO P.A. (a cura di), *Le libertà di religione e di culto. Contenuti e limiti*, Torino, 2003;
- D'AGOSTINO F. – DALLA TORRE G. – CARDIA C. – BELARDINELLI S. (a cura di), *Laicità cristiana*, Cinisello Balsamo, 2007;
- DALLA TORRE G. - LILLO P., *Sovranità della Chiesa e giurisdizione dello Stato*, Torino, 2008;
- DALLA TORRE G., *Il fattore religioso nella Costituzione*, Torino, 1988;
- DALLA TORRE G. (a cura di), *Ripensare la laicità. Il problema della laicità nell'esperienza giuridica contemporanea*, Torino, 1993;
- DALLA TORRE G., *Europa. Quale laicità?*, Cinisello Balsamo 2003;
- D'AMICO M., *Laicità per tutti*, Milano, 2009;
- D'AMICO M., *La laicità è donna*, Roma, 2013;
- D'AVACK P. A., voce *Confessionismo*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. VIII, Milano, 1961;
- D'AVACK P. A., voce *Concordato*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. VIII, Milano, 1961;
- D'AVACK P. A., *Il problema storico-giuridico della libertà religiosa. Lezioni di diritto ecclesiastico*, Roma, 1966;
- DE GREGORIO L., *Le confessioni religiose nel diritto dell'Unione europea*, Bologna, 2012;
- DE SIERVO U., *I cattolici e la Costituzione*, Bologna, 1998;
- DI GIOVINE A., *Laicità e democrazia*, in *Studi in memoria di Giuseppe G. Floridia*, Napoli, 2009, 255;
- DIENI E. - FERRARI A. - PACILLO V. (a cura di), *Symbolon/Diabolon. Simboli, religioni, diritti nell'Europa multiculturale*, Bologna, 2005;
- DIENI E. - FERRARI A. - PACILLO V. (a cura di), *I simboli religiosi tra diritto e culture*, Milano, 2006;
- ELIA L., *A proposito del principio di laicità dello Stato e delle difficoltà di applicarlo*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, vol. II, Napoli, 2005, 1063;
- FINOCCHIARO F., *Uguaglianza giuridica e fattore religioso*, Milano, 1958;
- FINOCCHIARO F., *Art. 7 e 8*, in G. BRANCA (a cura di) *Commentario della Costituzione, Art. 1-12, Principi fondamentali*, Bologna-Roma 1975, 321;
- FINOCCHIARO F., *La Repubblica italiana non è uno Stato laico*, in *Diritto Ecclesiastico*, 1997, 11;
- FLORIDIA G. G. - SICARDI S., *Dall'eguaglianza dei cittadini alla laicità dello Stato. L'insegnamento confessionale nella scuola pubblica tra libertà di coscienza, pluralismo religioso e pluralità delle fonti*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1989, II, 1098;
- JEMOLO A. C., *Chiesa e Stato in Italia negli ultimi cento anni*, Torino, (nuova ed.) 1963;
- LARICCIA S., *Patti Lateranensi e principi costituzionali*, in *Diritto ecclesiastico*, 1971, 332;
- LARICCIA S., *Laicità dello Stato e democrazia pluralista in Italia*, in *Diritto ecclesiastico*, 1994, I, 383;
- LARICCIA S., *L'impegno di Piero Calamandrei per la laicità dell'Italia democratica*, in *Il Ponte*, 2006, n. 12, 78;
- LARICCIA S., *La laicità in Italia, oggi*, in CARCANO R. (a cura di), *Le voci della laicità*, Roma, 2006, 23;

- LARICCIA S., *Battaglie di libertà. Democrazia e diritti civili in Italia (1943-2011)*, Roma, 2011;
- LARICCIA S., *Per una riforma del sistema di rapporti tra Stato e confessioni religiose*, in AA.VV., *Costituzione e religione, Percorsi costituzionale*, 2/3, Trento, 2013;
- LOMBARDI VALLAURI L., *Amicizia, carità, diritto*, Milano, 1974;
- LUZZATTO S., *Il crocifisso di Stato*, Torino, 2011;
- MANCINI S., *Il potere dei simboli, i simboli del potere: laicità e religione alla prova del pluralismo*, Padova, 2008;
- MANCINI S., *La sentenza della Grande Camera sul crocifisso: è corretta solo l'opinione dissenziente*, in *Quaderni costituzionali*, 2011, 2, 425;
- MARGIOTTA BROGLIO F., *Libertà religiosa e sistema di rapporti tra Stato e Confessioni religiose. Le "Intese" del 1986 con le Assemblee pentecostali e con le Chiese avventiste*, in *Rivista di studi politici internazionali*, 1987, n.4, 539;
- MARGIOTTA BROGLIO F., *La riforma dei Patti Lateranensi dopo vent'anni*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2004, 1, 5;
- MARGIOTTA BROGLIO F., *La laicità dello Stato*, in G. PRETEROSSO (a cura di), *Le ragioni dei laici*, Roma-Bari, 2005, 79;
- MODUGNO F., *I «nuovi diritti» nella Giurisprudenza Costituzionale*, Torino, 1995;
- MONTALTI M., *Orientamento sessuale e Costituzione decostruita. Storia comparata di un diritto fondamentale*, Bologna, 2007;
- MUSSELLI L., *Chiesa e Stato dalla resistenza alla Costituente*, Torino, 1990;
- MUSSELLI L., *Diritto e religione in Italia ed in Europa. Dai Concordati alla problematica islamica*, Torino, 2011;
- NANIA R., *Il Concordato, i giudici, la Corte*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1982, 147;
- PARISI M. (a cura di); *Simboli e comportamenti religiosi nella società globale*, Napoli-Roma, 2006;
- PEZZINI B. - LORENZETTI A. (a cura di), *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, Napoli, 2011;
- PEZZINI B., *Il matrimonio same sex si potrà fare. la qualificazione della discrezionalità del Legislatore nella sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2010, 2715;
- PINELLI C., *Esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche e libertà di religione (Oss. a Corte europea dei diritti dell'uomo- Grande Chambre, Lautsi contro Italia, 18 marzo 2011)*, in *Osservatorio sul rispetto dei diritti fondamentali in Europa (www.europeanrights.eu)*, 10 maggio 2011;
- PRETEROSSO G. (a cura di), *Le ragioni dei laici*, Roma-Bari, 2005;
- PRISCO S., *La laicità. Un percorso di riflessione*, Torino, 2007 (ult. ed. 2009);
- PRISCO S. (a cura di), *Amore che vieni, amore che vai...Unioni omosessuali e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2012;
- PUGIOTTO A., *Verdetto pilatesco sul crocifisso in aula. Dopo l'ordinanza si naviga a vista*, in *Diritto & Giustizia*, 2005, n. 3, 80;
- PUGIOTTO A., *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in AA.VV., *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011, Vol. III, 2697;
- RANDAZZO B., *La Corte apre al giudizio di uguaglianza tra confessioni religiose?*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1998, 1864;
- RANDAZZO B., *La laicità. Alla ricerca del nucleo essenziale di un principio*, in *Filosofia e teologia*, 2007, 273;
- RANDAZZO B., *Diversi ed eguali. Le confessioni religiose davanti alla legge*, Milano, 2008;
- RESCIGNO P., *Persone e comunità: saggi di diritto privato*, Bologna, 1966;

- RESCIGNO P., *Interesse religioso e formazioni sociali*, in *Individuo gruppi e confessioni religiose nello stato democratico*, Milano, 1973;
- RIMOLI F., *Laicità (dir. cost.)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, IV volume di aggiornamento, 1995;
- RIMOLI F., *I diritti fondamentali in materia religiosa*, in P. RIDOLA - R. NANIA (a cura di), *I diritti costituzionali*, Torino, 2006, vol. III, 877;
- RIMOLI F., *Democrazia. Pluralismo. Laicità*, Napoli, 2013;
- RODOTÀ S., *Perché laico*, Roma-Bari, 2009-2010;
- ROLLA G. (a cura di), *Libertà religiosa e laicità. Profili di diritto costituzionale*, Napoli, 2009;
- ROMBOLI R., *La legittimità costituzionale del "divorzio imposto": quando la Corte dialoga con il Legislatore ma dimentica il giudice*, in *Il Foro italiano*, 2014, n. 10;
- ROMBOLI R., *Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimonio*, in *Foro italiano*, 2010, I, 1367;
- RUSCONI G. E., *Come se Dio non ci fosse. I laici, i cattolici e la democrazia*, Torino, 2000;
- RUSCONI G. E., *Non abusare di Dio. Per un'etica laica*, Milano, 2007;
- SALVEMINI G., *Il programma scolastico dei clericali*, Firenze, 1951;
- TORINO R., *La tutela della vita familiare delle coppie omosessuali. Nel diritto comparato, europeo e italiano*, Torino, 2012;
- VECA S., *Laicità e democrazia: "simul stabunt, simul cadent"*, in *Micro Mega, Almanacco di filosofia*, Roma, 2009, 98;
- VECA S., *Un'idea di laicità*, Bologna, 2013;
- ZAGREBELSKY G., *Simboli al potere: politica, fiducia, speranza*, Torino, 2012.

IL DIRITTO COME DISCORSO LAICO*

Angelo Barba

Professore ordinario di Diritto privato nell'Università di Siena

Ne "Il diritto come discorso", un libro di Aurelio Gentili, mi è parso di intravedere la possibilità culturale di un nuovo realismo giuridico, ossia un punto di partenza per avviare una riflessione attenta al rapporto tra la vita e le norme, che rispetti la necessità etica per cui il mutismo dei fatti non dipenda dalla sordità degli interpreti.

L'epistemologia costruisce l'esperienza giuridica nella legalità costituzionale estesa alle norme interposte soltanto se ossessionata dalla prossimità laica alla concreta realtà della vita e dalla sua complessità.

In "The law as discourse," a book by Aurelio Gentili, it seemed to glimpse the cultural possibilities of a new legal realism, which is a starting point to begin a careful reflection on the relationship between life and the rules, respecting need ethics to which the silence of the facts does not depend on deafness interpreter.

The epistemology builds legal experience in constitutional legality extended to interposed rules only if obsessed lay close to the concrete reality of life and its complexity.

Sommario:

1. Per un nuovo realismo giuridico
2. Concezione comunicativa dell'ordinamento giuridico ed incertezza soggettiva
3. Il discorso giuridico tra problema e sistema
4. La costruzione del sillogismo giudiziario
5. La laicità del discorso giuridico

* *Annette Zimmermann zum Gedächtnis gewidmet.*

1. Per un nuovo realismo giuridico

La mia breve riflessione sul libro di Aurelio Gentili “Il diritto come discorso” tenta, o forse si illude, di rintracciare il senso culturale complessivo della raccolta di saggi attraverso la meditazione di uno di essi, quello che mi è parso esprimere in maniera più compiuta ed efficace l’insegnamento che la personale riflessione ha ritenuto di poter trarre: essere la soluzione del caso concreto l’unica funzione dell’impegno epistemologico che costruisce e, nello stesso tempo, delimita l’esperienza giuridica.

L’argomentazione giuridica riceve e ricostruisce la realtà: è costitutiva dell’unica esperienza possibile per il diritto. L’esperienza giuridica dissolve l’ontologia nell’epistemologia, l’essere nel sapere, mediante la validità e la coerenza della soluzione normativa ricostruita dall’interprete.

Il diritto dispone di uno statuto epistemologico che si risolve, da un lato, nelle condizioni di validità delle norme che autorizzano l’emersione – se si preferisce, la rilevanza - dei fatti nel giuridico e, dall’altro, nelle condizioni che assicurano la razionalità dell’argomentazione che giustifica la concreta soluzione del singolo caso. La norma traduce il fatto in fattispecie e quest’ultima, affidata alla razionalità dell’argomentazione, seleziona la realtà giuridica.

Dunque il diritto esiste solo come discorso in cui si fondono, in un’unità epistemologica (dogmatica) indissolubile, una componente normativa ed una componente critica.

Se la norma perdesse la fattispecie, un’ipotesi che oggi, anche per il lettore è doveroso formulare, si modificherebbe lo statuto epistemologico del diritto nel senso di un’accresciuta discrezionalità argomentativa dell’interprete, ma i fatti naturali continuerebbero ad essere, in sé e per sé, privi di rilevanza giuridica.

La componente critica prevarrebbe su quella normativa, sollecitando un più accurato controllo sulla razionalità dell’argomentazione, ma renderebbe possibili esiti del discorso giuridico in grado di evitare l’arbitrio delle semplificazioni sussuntive. Le semplificazioni che la cultura liberale continua, forse in maniera inconsapevole, ancora oggi a coltivare nel segno della prevedibilità della decisione (calcolabilità).

In realtà, la contrapposizione tra ‘giudizio’ e ‘decisione’ che il giurista liberale ritiene di poter individuare - quest’ultima, a differenza della prima, realizzata mediante l’applicazione della norma priva di fattispecie – rende ragione solo della necessità e di tutta l’insufficienza del principio di uguaglianza formale che giustifica ed assiste la ‘tecnica’ della fattispecie.

La fattispecie astratta pretende di semplificare la complessa mutevolezza della vita reale con ciò emarginando dal discorso giuridico proprio quel “soggettivismo vitalistico” che, al contrario, il dato Costituzionale accoglie e protegge mediante il principio di uguaglianza sostanziale (arg. ex art. 3, 2^a comma Cost.), e le norme interposte presidiano con l’art. 6 del TUE, che pure incide, nel senso dell’estensione, sull’art. 51 della Carta di Nizza¹.

Il libro dà conto di un lungo itinerario di studio, di un percorso che l’Autore di questa breve e disorganica riflessione ha avuto la fortuna ed il privilegio di seguire, e per molti versi di ammirare nel suo costante, meditato, tormentato divenire.

Non mi soffermerò sulla dialettica tra scrittore e giurista soltanto perché non riesco a superare il pregiudizio ideologico che mi rende ostile a qualsiasi prospettiva di riflessione che possa presentare anche solo il rischio, l’eventualità, di una deriva estetica che asseconi la degenerazione del pensiero giuridico in pensiero giuridico debole.

La formula che ho appena richiamato, pensiero debole, di certo non voleva solo evocare l’antologia curata da Gianni Vattimo e Pier Aldo Rovatti nel 1983; intendeva almeno ricordare che il contesto culturale in cui collocare la riflessione di Aurelio Gentili è quello del (nuovo) realismo giuridico e che è proprio nel segno della rinascita del realismo - oggi si riflette con stimolante attenzione sul nuovo realismo in contrapposizione al postmoderno - che il giurista deve recuperare il senso della necessità di un pensiero giuridico forte in quanto costruito *per* la realtà della vita².

Nella riflessione di Aurelio Gentili mi è parso di intravedere la possibilità culturale di un nuovo realismo giuridico, ossia un punto di partenza per avviare una riflessione attenta al rapporto tra la vita – intesa non solo in senso biologico, ma anche biografico - e le norme, che rispetti la necessità etica per cui il mutismo dei fatti non deve dipendere dalla sordità degli interpreti.

L’epistemologia costruisce l’esperienza giuridica nella legalità costituzionale estesa alle norme interposte soltanto se ossessionata dalla prossimità laica alla concreta realtà della vita e dalla sua complessità.

¹ Emblematica di una cultura liberale che non riesce ancora ad accettare la legalità costituzionale costruita sul modello della democrazia pluralista ed estesa alle norme interposte e, con questa, la costituzionalizzazione della vita in senso biologico e biografico, da un lato, e l’insufficienza della tecnica della fattispecie, dall’altro, è la posizione di N. Irti, di cui v., da ultimo, *Un diritto incalcolabile*, in *RDC*, 2015, pp. 11 e ss.

² Si v. M. Ferraris, *Manifesto del nuovo realismo*, Bari (Laterza) 2013, passim, ma pp. 33 ess.

Nel saggio che ho scelto per questa riflessione, l'ordinamento delle pretese giudizialmente perseguibili, Aurelio Gentili ci ricorda che i fatti sono ostinatamente muti, eppure edifica l'ordine giuridico sulla soggettiva incertezza, dunque su un fatto di bisogno, una concreta esigenza di tutela, che rivendica una valida e razionale risposta.

Ma vi è un'insidia che minaccia il mio breve discorso e devo darne conto: a voler recuperare la risalente metafora familiare utilizzata da Rodolfo Sacco in una relazione veneziana tenuta alla fine degli anni ottanta (1989), forse il primo Convegno del mio noviziato, e che utilizzava i nonni ed i nipoti per scandire il trascorrere delle generazioni di studiosi, posso dire che mi trovo a parlare delle cose scritte da un fratello maggiore. Severo, ma sempre attento ed interessato al lavoro altrui e generoso del proprio tempo.

Vi è un legame affettivo e culturale assai intenso che rende più difficile evitare l'insidiosa prigionia delle emozioni. Tuttavia, occorre provarci, almeno per fornire una testimonianza di lettura.

2. Concezione comunicativa dell'ordinamento giuridico ed incertezza soggettiva

Se meditato attraverso il saggio intitolato "L'ordinamento delle pretese giudizialmente perseguibili", il diritto come discorso sembra proporre una concezione comunicativa dell'ordinamento giuridico.

Intanto conviene ricordare subito che il titolo del saggio utilizza parte di una frase di Bernhard Windscheid che il lettore potrà ritrovare nella pagina 3 del noto saggio *Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts* (Verlagshandlung von Julius Buddeus, Düsseldorf 1856).

È utile riportare l'intera frase: "*Die Rechtsordnung ist nicht die Ordnung der Rechte, sondern die Ordnung der gerichtlich verfolgbaren Ansprüche. Sie gibt dadurch Rechte, dass sie gerichtliche Verfolgung bewilligt. Die Actio ist nichts Abgeleitetes, sie ist etwas Ursprüngliches und Selbständiges*". Serve a comprendere il significato del saggio e rivela possibili connessioni culturali con le riflessioni di G. Tarello sulla Scuola Storica³.

³ La frase di Windscheid appena citata è preceduta, giova ricordarlo, dalla affermazione per cui "*Die Rechtsordnung sagt nicht zu dem Individuum: du hast dieses und dieses Recht, sondern: du hast diese und diese Actio. Sie sagt nicht: in dieser Beziehung ist dein Wille für die anderen Individuen Gesetz, sondern: in dieser Beziehung kannst du deinen Willen den*

Nella concezione comunicativa dell'ordinamento giuridico la fondazione del diritto è affidata, infatti, alla relazione partecipativa che si svolge all'interno del processo nella forma del contraddittorio. La competizione tra argomentazioni che giustificano (meglio, cercano di giustificare) pretese contrapposte caratterizza, anche nel senso del limite (nel discorso di Aurelio Gentili il principio dispositivo occupa un ruolo di rilievo nella costruzione della premessa minore del sillogismo giudiziale), l'azione comunicativa che permette al giudice la decisione del caso e, con questa, la fondazione del diritto.

La razionalità del discorso costituisce un antecedente necessario, ancorché non sufficiente, della razionalità giuridica che è asseverata dai giudici proprio sulla base di quanto affermato dalle parti nel contraddittorio.

Si tratta di una ricostruzione in cui la norma non costituisce più l'antecedente che autorizza il giudice a riconoscere il diritto soggettivo. Quest'ultimo, invece, è l'esito argomentativo cui si perviene, attraverso l'interpretazione, muovendo da pretese e disposizioni.

L'approccio realistico analitico, a me è parsa massiccia l'influenza di Giovanni Tarello ma è bene che il lettore non trascuri la circostanza culturale (non di fatto) che il saggio era scritto in onore di Pietro Rescigno, consente ad Aurelio Gentili di sviluppare una prospettiva di ricerca già indicata nel 1991, nella voce "Pretesa" scritta per l'Enciclopedia Giuridica e riprodotta nel volume in esame⁴.

In quella voce si affermava che tutte le proposizioni che predicano l'esistenza o l'inesistenza di diritti o di doveri non sono proposizioni assertive, relative cioè ad una corrispondente realtà, che non può esserci, data l'assoluta mancanza di referente semantico dell'espressione utilizzata. In particolare, l'espressione diritto soggettivo adempie solo l'ufficio di connettivo tra un antecedente di fatto ed un conseguente.

Tali proposizioni (quelle che predicano l'esistenza o l'inesistenza di diritti o di doveri, comprese le sentenze di accertamento) sono da intendere come enunciati costitutivi che non pongono un problema di verità, ma solo di razionalità giuridica ossia di correttezza logica e di validità. Il controllo di

anderen Individuen gegenüber gerichtlich geltend machen". Di G. TARELLO v. *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, il Mulino, 1988, *passim* ma in part. pp. 103 e ss.

⁴ L'opera di G. Tarello non è riducibile ad una citazione, si cfr. però *Diritto e sistema nel realismo giuridico americano*, in *L'antiformalismo giuridico*, Milano (Cortina) 1999, pp. 219 ss. per cogliere il senso di un itinerario di ricerca avviato con la nota monografia, *Il realismo giuridico americano*, Milano 1962.

razionalità è effettuato dal Tribunale e dovrebbe essere anticipato dagli Avvocati.

In tale prospettiva la pretesa non è più un concetto inutile in quanto assorbito dal diritto e dall'azione; essa è invece indispensabile per comprendere l'incertezza soggettiva che il discorso giuridico è chiamato a risolvere non in assoluto, ma rispetto al singolo caso e proprio assicurando quell' "incontrollabile soggettivismo della decisione" che, lo si è già accennato, inquieta e spaventa il giurista liberale.

La pretesa consente di vedere l'ordinamento in una prospettiva diversa da quella che pone come antecedente il diritto oggettivo: il giudice, conoscendo il conflitto, non scopre la regola del caso, bensì lo decide. Egli non riconosce ma fonda il diritto soggettivo selezionando, e quindi asseverando, una delle tesi in competizione.

Il rapporto tra pretesa e diritto soggettivo è, quindi, riconducibile alla classica controversia sul metodo giuridico per cui, da un lato, si afferma che il pensiero giuridico è topico; dall'altro che la scienza giuridica o è sistematica o non è. In sostanza, a voler riprendere categorie care alla riflessione di L. Mengoni, pretesa e diritto soggettivo sembrano riproporre, con riguardo al fondamento del diritto, l'antitesi tra problema e sistema⁵.

La pretesa, il problema collocato nella storia, è un antidoto alla statica chiusura del sistema giuridico.

3. Il discorso giuridico tra problema e sistema

Per Aurelio Gentili creazione e deduzione, quali modalità argomentative che costruiscono l'esito del discorso sulla base, rispettivamente, del problema e del sistema, non riescono a dar conto, in maniera completa, del discorso giuridico, come, più in generale, del discorso razionale pratico.

Infatti: 1) la direzione epistemologica offerta dal sistema, mediante la deduzione della conclusione dalle premesse, non riesce a dar conto del fatto che si può dedurre (solo) la conclusione dalle premesse, ma non le prime premesse del ragionamento sillogistico;

2) nondimeno, se meditato dal punto di vista del problema, il discorso giuridico rivela la necessità politica, oltre che logica, di un antecedente della decisione, ossia di un criterio dato che costituisca la premessa per fondare la decisione.

⁵ Di Mengoni si v., almeno, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, ora in *Diritto e valori*, Bologna 1985, pp. 11 ss.

Occorre quindi un collegamento, una connessione, tra problema e sistema un'integrazione tra creazione e deduzione, una modalità argomentativa che rimuova l'impossibilità di ricostruire l'unità del discorso razionale pratico.

Lo scopo del saggio è quello di individuare questo criterio, e tale criterio consentirà, mediante la formula "ordinamento delle pretese giudizialmente perseguibili", il collegamento tra sistema e problema. Sullo sfondo resta l'interrogativo se quello giudiziale sia l'unico ambito consentito all'incontro tra ordinamento (sistema) e pretesa (problema) o se ve ne siano altri: per esempio quello del contratto.

Intanto, nel saggio, vi è la consapevolezza che l'incertezza soggettiva immanente alla pretesa, una volta accostata e resa compatibile con l'ordinamento, ne modifica in maniera significativa la natura: esso non è più *ordo ordinatus* bensì *ordo ordinans*.

Ma l'*ordo ordinans* presenta comunque il rischio del deduttivismo. Ed allora il criterio ordinante non può essere esterno al discorso razionale pratico, ma a questo interno. Anzi "bisogna che quel criterio sia esso stesso". È il problema stesso a porre la logica individuale, la logica del singolo caso, che impone la decisione.

Questa conclusione, tuttavia, non autorizza ancora la critica per cui è alla sola coerenza logica dell'argomentazione che si riconosce l'attitudine a giustificare la decisione: non è il (solo) controllo logico-formale dell'argomentazione a giustificare la scelta della pretesa prevalente, ma la sua coerenza sostanziale. La sola *consistency*, intesa come non contraddizione del discorso razionale pratico, non è sufficiente a giustificare la decisione.

Anche da questo punto di vista vi è una sorprendente coincidenza con il pensiero di Mengoni, e ciò con riguardo all'idea della necessità che la decisione giudiziale sia giustificata tanto sotto il profilo interno, quanto sotto il profilo esterno, cioè in relazione alla validità *della scelta delle premesse* da cui muovere.

Si giunge così al rapporto tra verità, validità e coerenza: un profilo assai delicato nel discorso giuridico di Aurelio Gentili.

La decisione del singolo caso, se coerente rispetto alle stesse condizioni poste dall'argomentazione, è giustificata e, in quanto giustificata, è valida, non vera. Nell'ordinamento delle pretese giudizialmente perseguibili la relatività immanente all'idea che la decisione del singolo caso fondi il diritto soggettivo, esclude la stessa possibilità concettuale di un assoluto e, di conseguenza, non ha bisogno della verità.

Al centro della riflessione vi è il discorso coerente, non il discorso vero; e la coerenza del discorso non dipende esclusivamente dalla sua consistency, ossia dalla mancanza di contraddizione, bensì anche da una congruenza contenutistica che si risolve nella legalità dell'argomentazione ossia nella sua corrispondenza a principi (o a regole) superiori.

Intanto però occorre sottolineare che Aurelio Gentili elaborava la sua riflessione nel 1998 e come, di conseguenza, essa abbia contribuito al superamento dell'idea, che pure caratterizzava il giuspositivismo analitico tradizionale, per cui la coerenza costituisca un requisito della struttura dell'ordinamento giuridico. Secondo tale impostazione la coerenza dell'ordinamento è realizzata mediante l'eliminazione delle antinomie.

Per Aurelio Gentili la coerenza acquista una più estesa operatività con riguardo alla validità della decisione: legittima l'argomentazione come fondamento del diritto soggettivo.

Con questo saggio la coerenza è considerata un requisito metodologico, essa diventa un problema che riguarda la razionalità del ragionamento e, dunque, secondo Aurelio Gentili, il fondamento di validità del discorso.

Il rapporto tra validità e coerenza svolge un ruolo di particolare significato nel controllo razionale dell'argomentazione giuridica ed in particolare nella costruzione del sillogismo giudiziale. Si tratta in sostanza di un controllo razionale sui presupposti istituzionali della decisione, ossia sulla fondazione della premessa minore e della premessa maggiore. Tale controllo dà conto della ragione sufficiente della scelta di una certa ricostruzione del fatto a preferenza dell'altra (o delle altre) prospettata(e) dalle parti, così come dà conto della scelta di una norma o di una sua interpretazione piuttosto che di un'altra pure proposta in alternativa.

4. La costruzione del sillogismo giudiziario

La coerenza, Gentili però preferisce il termine congruenza, esprime la compatibilità tra le premesse del discorso sul caso ed il sistema, ed è destinata a svolgere un ruolo sempre più decisivo nella misura in cui aumenta la discrezionalità dell'interprete.

L'Autore prende in considerazione ipotesi diverse in ragione della diversa misura di discrezionalità esercitata dal giudice. Ed infatti la riflessione si sofferma molto sull'*analogia legis* e sull'*analogia juris*, ossia sulle ipotesi in cui si registrano misure diverse (minore e maggiore) di distanza tra premessa (maggiore) della decisione e diritto positivo, distanza,

“scarto” a voler utilizzare un’espressione cara a Letizia Gianformaggio, che la discrezionalità del giudice è chiamata a colmare⁶.

Nell’ipotesi in cui la premessa maggiore sia costruita in base a principi, Aurelio Gentili distingue tra principi che regolano un determinato settore dell’ordinamento, e sono dotati quindi di maggiore prescrittività, e principi più generali, ossia i principi valori “che di per sé ancora non dicono in quale caso qualcuno possa o debba fare qualcosa”.

Nelle ipotesi in cui il giudice utilizzi un *principio-valore* (ad esempio: solidarietà, eguaglianza ecc.), e non invece un principio che sia riassuntivo di uno specifico compendio di regole, non essendo più possibile individuare una gerarchia tra principi – e ciò perché sono possibili più ipotesi sulla gerarchia – non c’è più un principio sovraordinato che può consentire il controllo di coerenza, intesa come *coherence*.

In tali ipotesi vi è l’impossibilità di un controllo di coerenza perché manca un termine di riferimento: ciascun principio-valore costituisce una possibile gerarchia e dunque un potenziale criterio di controllo. Sono questi i casi in cui l’A. ritiene vi sia la misura massima di creatività e, dunque, la decisione è sempre più politica.

All’estremo opposto vi è la fondazione della premessa minore, in cui la scelta non è libera né quanto all’oggetto, né quanto al metodo. Quanto all’oggetto vi è il principio dispositivo e quanto al metodo la disciplina della prova non lascia spazio ad un metodo diverso da quello della scelta in funzione di congruenza narrativa.

Tra i due estremi si colloca la fondazione della premessa maggiore sulla base di disposizioni. Essa è vincolata, e dunque controllabile, solo in punto di metodo, libera con riguardo all’oggetto (la norma che si ricava per via di interpretazione dalla disposizione): il controllo sul metodo attiene alla congruenza dell’argomentazione che giustifica la scelta di un’interpretazione tra le molte possibili per una data disposizione.

Sulla coerenza del discorso si basa la validità della decisione e quindi del diritto affermato dal giudice per il singolo caso. È valido il diritto se fondato su di un discorso coerente e la coerenza del discorso dipende dal rispetto dei vincoli sostanziali alla produzione normativa (qui vi è la differenza con il vigore del diritto che ha riguardo al rispetto dei vincoli formali imposti all’atto normativo, alla sua formazione).

⁶ V. L. GIANFORMAGGIO, *L’analogia giuridica*, in *Studi Senesi*, 1985, n. 3 (estratto). Si cfr. a riguardo V. VELLUZZI, *Tra teoria e dogmatica. Sei studi intorno all’interpretazione*, Pisa (ETS) 2012, passim, ma pp. 65 e ss., e 85 ss.

Gli esiti della riflessione vengono, dunque, verificati nella costruzione del sillogismo giudiziario:

a) *la fondazione della premessa minore*: si parte dalla considerazione che i fatti sono ostinatamente muti per affermare che la premessa minore è costituita da un'asserzione sul fatto.

La prima fase della fondazione della premessa minore è costituita dall'accertamento del fatto; la seconda fase nella sua qualificazione giuridica (sussunzione), ossia la trasformazione del fatto in fattispecie.

In entrambe le fasi, dunque sia nell'accertamento che nella qualificazione dei fatti l'attività del giudice ha carattere valutativo e decisionale, non ricognitivo.

In particolare, nella fase di accertamento dei fatti il giudice sceglie tra le diverse teorie della realtà, tra le diverse ricostruzioni del fatto prospettate dalle parti, quella dotata di reale congruenza narrativa in base a quei tests di falsificazione che sono le prove, e quindi in base all'applicazione delle regole sulle prove.

Anche nella qualificazione dei fatti, nella fase che dal fatto conduce alla fattispecie, il giudice, nel rispetto del principio dispositivo, opera una selezione tra gli argomenti proposti dalle parti o ne individua di propri (terza via). Sceglie (e giustifica la scelta) tra le alternative qualificazioni in competizione, in base alla congruenza sussuntiva: tale congruenza è diversa da quella narrativa. Nella congruenza narrativa prevale la verità della ricostruzione in base alla non falsificazione; nella congruenza sussuntiva, invece, la corrispondenza del fatto alla norma.

Il giudice quindi non è libero né quanto all'oggetto né quanto al metodo.

b) *nella fondazione della premessa maggiore* il metodo della selezione, tra tesi in competizione circa il senso di ciascuna norma, di quella più controllata e congruente (scelta in funzione di congruenza) si applica ad un oggetto: la pluralità di norme che ciascuna disposizione contiene.

Nell'analogia vale lo stesso discorso fatto sulle norme. La stessa cosa per le clausole generali (zona di penombra della norma significa larga discrezionalità del giudice nella scelta tra diverse ricostruzioni).

La congruenza consente di giustificare la scelta, dunque vincolo nel metodo ma non nell'oggetto.

Il giudice è più libero (sia quanto al metodo che quanto all'oggetto), più creativo, quando decide in base a principî che coincidono con valori, che sono diversi dai principî norma. La libertà del giudice in questo caso non si rivela nella decisione quanto invece nella scelta del principio.

5. La laicità del discorso giuridico

Ma se il diritto come discorso non pone un problema di verità, ma solo un problema di validità e quest'ultima è da intendere come coerenza logico-formale e come coerenza normativa, allora può concludersi nel senso della laicità del discorso e quindi, nell'impostazione di Aurelio Gentili, della laicità del diritto.

La negazione di un *ordo ordinatus*, ed è questo il punto che mi interessa ai fini della laicità del discorso giuridico, pone in risalto il valore dell'incertezza come fattore di pluralismo, come negazione di integralismo: significa riconoscere la pari dignità assiologia degli argomenti che fondano le pretese e, attraverso il contraddittorio, la necessità della comunicazione per arrivare alla decisione valida.

L'incertezza non è altro che il rifiuto di una verità antecedente e della stessa utilità della verità come valore. Ciò che, in sostanza, significa riconoscere nel relativismo metodologico, non certo in quello filosofico, il fondamento del processo comunicativo che porta alla decisione e nella decisione una selezione tra argomenti in competizione operata non in base ad una gerarchia tra valori, bensì attraverso una tecnica di giustificazione razionale: prevale l'argomento che, alle condizioni poste in fatto ed in diritto dall'argomento stesso, resiste alla falsificazione.

È chiaro poi che il discorso giuridico avviato da Aurelio Gentili deve adeguarsi all'ineluttabile declino delle categorie spazio-temporali come ordinanti in senso assoluto e, di conseguenza, deve riconoscere logiche diverse da quella classica.

Il progresso scientifico e tecnologico rivelano, in particolare, i limiti della spietata esclusione imposta dalla logica duale dell'aut/aut e la grazia inclusiva del *sowohl als auch*.

La logica del terzo incluso (non più escluso) si afferma perché l'identità biologica può non coincidere con quella biografica; perché la vita e la morte conoscono fasi intermedie e, dunque, ad esempio, alcune esigenze tipiche dei fenomeni successivi vengono, di fatto, risolte mediante l'amministrazione di sostegno.

Nondimeno, sul piano del diritto patrimoniale, si dubita molto che oggi sia ancora vero che la proprietà o è pubblica o è privata (art. 42 Cost.). Così come le razionalità di sistema non sono più riconducibili solo allo Stato ed al mercato.

Il rapporto tra Scienza e Giurisprudenza impone all'interprete il prezioso valore del dubbio che relativizza l'acquisizione giuridica, consiglia prudenza

e, soprattutto, umile consapevolezza della possibile falsificazione rispetto al principio di diritto affermato in via assoluta.

In tal modo, l'esclusione del nesso di causalità tra errore nella diagnosi prenatale e malattia del bambino, pure riaffermata di recente ed a Sezioni Unite dalla Cassazione (sentenza 25767 del 22 dicembre 2015), conosce il limite immanente ad un modello argomentativo del tutto privo di valore laddove la patologia sia curabile con terapia (farmacologica o chirurgica) fetale.

In tal caso l'errore diagnostico sarebbe causalmente efficiente rispetto al mancato possibile intervento e potrebbe giustificare l'accoglimento della pretesa risarcitoria del bambino nei confronti del medico.

GLI ORIENTAMENTI DELL'ARBITRO BANCARIO FINANZIARIO IN TEMA DI *IUS VARIANDI* NEI CONTRATTI BANCARI

Simona Giannetti

*Dottoranda in Diritto delle persone, imprese e mercati presso l'Università
"Federico II" di Napoli*

L'Autrice, muovendo dalla nozione di ius variandi, attraverso la lettura combinata dei diversi testi legislativi, compie una disamina della disciplina. L'attenzione si concentra maggiormente sull'esercizio dello ius variandi nel sistema bancario, più volte modificato nel corso degli anni dal legislatore, e poi sull'applicazione della fattispecie in esame nei sistemi di pagamento e nel Codice del Consumo. Nella seconda parte viene sottolineato come la rapida evoluzione della disciplina, il dibattito dottrinale e l'impiego da parte delle banche dello ius variandi sia stato oggetto di numerose decisioni formulate dall'Arbitro Bancario Finanziario.

The author, moving from the notion of ius variandi, by a combined reading of the different legislative texts, performs an examination of the discipline. The attention is focused more on the exercise of ius variandi in the banking system, amended many times by the legislator over the years, and then the application of the discipline in payment systems and in the Consumer Code. In the second part it's underlined that the rapid evolution of the discipline, the legal debate and the use by banks of ius variandi has been the subject of many decisions made by the Arbitro Bancario e Finanziario.

Sommario:

1. Premessa. Lo *ius variandi*
2. Lo *ius variandi* nei contratti bancari: l'evoluzione normativa dell'articolo 118 T.u.b.
3. (*Segue*). Lo *ius variandi* nei sistemi di pagamento: l'articolo 126-*sexies* T.u.b.
4. (*Segue*). Lo *ius variandi* nel Codice del consumo
5. L'Arbitro Bancario Finanziario: *ius variandi* e giustificato motivo
6. (*Segue*). L'Arbitro Bancario Finanziario: *ius variandi* e inserimento di nuove clausole e/o condizioni contrattuali
7. (*Segue*). L'Arbitro Bancario Finanziario: *ius variandi* nei contratti a tempo determinato

1. Premessa. Lo *ius variandi*

L'esercizio del c.d. *ius variandi* – ossia del diritto potestativo¹ riservato ad una parte di modificare unilateralmente, durante l'esecuzione di un contratto, alcune clausole senza ricorrere ad un nuovo accordo² – viene sottoposto dalla legge, a determinati limiti e condizioni in chiave di tutela delle posizioni soggettive delle parti negoziali.

Sulla base della disciplina del Codice civile occorre stabilire se sia ammissibile l'attribuzione, ad entrambe o ad una delle parti, dello *ius variandi*³, in quanto l'art. 1372 c.c. stabilisce che i contraenti non sono legittimati a modificare, in modo unilaterale, il contenuto dell'accordo posto in essere⁴; ne consegue che il contratto originario deve essere rispettato⁵ poiché condotte in deroga alle sue pattuizioni rappresentano inadempimenti e dunque legittimano la parte lesa ad esercitare i rimedi che l'ordinamento le riconosce (risarcimento del danno o risoluzione)⁶.

In materia⁷, si evidenzia come l'esercizio dello *ius variandi* risulti “discriminante” per la controparte che si trova a subire le variazioni contrattuali poiché, a differenza dell'atto di recesso unilaterale, l'esercizio di tale istituto vincola una delle parti non soltanto all'originario contenuto dell'accordo⁸, ma anche a quanto stabilito dal titolare del potere di

¹ SIRENA, *Il ius variandi della banca dopo il c.d. decreto - legge sulla competitività* (n. 223 del 2006), in www.judicium.it, 1.

² Sulla definizione dello *ius variandi* Cfr. RESCIO, *Clausola di modifica unilaterale del contratto e bancogiro*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1987, II, 94 ss.; NIVARRA, *Jus variandi e contratti aventi ad oggetto servizi finanziari*, in *Diritto privato*, 1996, 319 ss.

³ In argomento v., *ex multis*, ROPPO, *Autonomia privata e poteri unilaterali di conformazione del contratto*, in BELVEDERE e GRANELLI (a cura di), *Confini attuali dell'autonomia privata*, Padova, Cedam, 2001, 142.

⁴ Cfr. ROPPO, *op. cit.*, 503.

⁵ DI GENNARO, *La disciplina dello ius variandi nei contratti bancari*, in *diritto.it*, 2013, 1.

⁶ SANGIOVANNI, *Le modifiche unilaterali dei contratti bancari fra recenti riforme e decisioni dell'arbitro bancario finanziario*, in *Riv. Dir. Banc.*, Marzo 2012, 1.

⁷ Per un'ampia rassegna del dato positivo v., *ex multis*, SCHELSINGER, *Poteri unilaterali di modificazione (“ius variandi”) del rapporto contrattuale*, in *Giur. Comm.*, 1992, I, 18 ss.; LA ROCCA, *Il potere della banca di modificare unilateralmente i contratti: esigenze sostanziali e profili civilistici*, in *Banca impr. soc.*, 1997, 55.

⁸ Si veda per osservazioni a carattere generale, CARPINO, *Diritti potestativi*, ad vocem in *Enc. Giur. Treccani*, XI, Roma, 1988, 1 ss., e, *ivi*, 10, dove, riprendendo LAVAGGI, *Osservazioni sul recesso unilaterale del contratto*, in *Foro it.*, 1950, I, 1053 ss., si evidenzia il peso del controllo dei motivi dell'atto, ponendo in risalto le capacità della clausola di buona fede che possono risultare efficace nella selezione degli abusi.

modifica⁹. Tale interpretazione porta a configurare lo *ius variandi*, secondo alcuni, come «uno strumento di arbitrio e prevaricazione»¹⁰, poiché si pone in contrasto con i capisaldi della teoria generale del contratto¹¹.

Lo *ius variandi* è previsto in alcune norme¹² del codice civile relative ai contratti, quali:

- art. 1661 c.c., concernente le “variazioni ordinate dal committente”; norma che attribuisce al soggetto il potere di modificare discrezionalmente il progetto inizialmente concordato; unico limite è che l’ammontare di suddetta variazione non debba superare il sesto del prezzo complessivo convenuto;

- art. 1685 c.c., disciplinante i “diritti del mittente”, ovvero è attribuita al mittente la facoltà di dare dei contrordini al vettore rispetto al contenuto iniziale del contratto;

- art. 1865 c.c., relativo al “diritto di riscatto della rendita perpetua”; è conferita all’assicurato la possibilità di variare l’obbligazione del debitore attraverso il riscatto pagando una somma pari al valore della rendita;

- art. 1925 c.c., disciplinante il “riscatto e riduzione della polizza”; tale disposizione è legata alla disciplina del riscatto della rendita perpetua, con l’aggiunta che l’assicurato può, attraverso la riduzione dei premi, ridurre la somma assicurata;

- art. 2103 c.c., relativo alle “mansioni del lavoratore”; norma che pone in capo all’imprenditore/datore di lavoro lo *ius variandi*, potendo questi destinare il lavoratore a mansioni diverse rispetto a quelle per le quali è stato assunto; può altresì trasferirlo da un’unità produttiva ad un’altra solo se sussistano comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive.

In tutti i casi sopra richiamati, ad esclusione di quello previsto dall’art. 2103 c.c., la disciplina dello *ius variandi* è a beneficio del contraente più “debole”, all’opposto di quanto accade in ambito bancario dove è attribuita al contraente avente una maggiore forza contrattuale¹³.

Analizzando complessivamente la disciplina, si può rilevare come il legislatore in alcune leggi complementari, abbia previsto la possibilità per

⁹ DI MARZIO, *Clausola sullo ius variandi*, in CENDON (a cura di), *I nuovi contratti nella prassi commerciale*, XXIV, *Clausole ricorrenti – accordi e discipline*, Torino, Utet, 2004, 143.

¹⁰ In dottrina, v. SCARPELLO, *La modifica unilaterale del contratto*, n. 35, Padova, Cedam, 2010, 1.

¹¹ Quali la base consensuale dell’accordo, il principio del vincolo contrattuale e i requisiti dell’oggetto del contratto.

¹² In dottrina, v. SCHLESINGER, *op. cit.*, 22-23; NIVARRA, *Jus variandi del finanziatore e strumenti civilistici di controllo*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, 465-466.

¹³ Così, NIVARRA, *Jus variandi del finanziatore*, *op. cit.*, 466.

una parte di esercitare tale potere, “legittimando” il suo inserimento nel contratto attraverso un’apposita clausola¹⁴.

Fanno da contraltare all’esercizio della facoltà di modifica unilaterale del contratto taluni meccanismi legislativi di tutela dell’altro contraente¹⁵, articolati dalla dottrina in tre fattispecie principali:

- ipotesi ad ampio carattere discrezionale; in questo caso, sono limitate le modalità di esercizio del potere e al titolare è attribuita massima discrezionalità di applicazione della relativa disciplina¹⁶;

- ipotesi ad attenuato carattere discrezionale, nel cui ambito rientrano le norme in materia bancaria di cui a breve si dirà (art. 118 del d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385 il c. d. Testo unico bancario, da ora in poi T.u.b.) e di tutela del consumatore (art. 33, 2° c., Codice del consumo, di seguito Cod. cons.), dove il potere di modifica unilaterale, per essere esercitato, deve essere “giustificato” dal titolare stesso, dunque lo *ius variandi* è circoscritto all’interno di precisi limiti regolamentari;

- ipotesi a carattere condizionato; qui l’applicazione della disciplina dello *ius variandi* è legata alla verifica dell’esistenza di circostanze sopravvenute alla conclusione del contratto¹⁷.

2. Lo *ius variandi* nei contratti bancari: l’evoluzione normativa dell’articolo 118 T.u.b.

Nel sistema bancario, la disciplina dello *ius variandi* ha subito nel corso degli anni numerose modifiche derivanti da diverse fonti: gli apporti maggiori sono stati forniti *in primis* dalla prassi, cui si sono spesso uniformate dottrina e giurisprudenza; dalle direttive delle associazioni di categoria; dal diritto comunitario dapprima e poi da quello europeo¹⁸; e

¹⁴ Cfr. GRANELLI, *Modificazioni unilaterali del contratto: c.d. ius variandi*, in *Obbligazioni e contratti*, 2007, 968.

¹⁵ In argomento v., *ex multis*, SAVINI, *Brevi note in tema di arbitraggio e clausole di modificazione unilaterale del contratto*, in *Dir. econ. assic.*, 1999, 219; ROPPO, *Il contratto*, (sec. ed.), in *Tratt. Iudica - Zatti*, Milano, Giuffrè, 2011, 524.

¹⁶ Art.1661 c.c. in tema di appalto; Art. 2103 c.c. in tema di rapporto di lavoro.

¹⁷ Art. 1577 c.c. in tema di locazione; Art. 1686, 2° c., c.c. in tema di trasporto; Art 1711, 2° c., c.c. in tema di mandato; Art. 1770, 2° c., c.c. in tema di deposito.

¹⁸ Sull’influenza del diritto comunitario nell’ordinamento interno del sistema creditizio e finanziario si v., PREDIERI, *Il nuovo assetto dei mercati finanziari e creditizi nel quadro della concorrenza comunitaria*, I, Milano, 1992, 183 ss.; CAPPELLETTI e PIZZORUSSO, *L’influenza del diritto comunitario sul diritto italiano*, Milano, 1992. Con riguardo al diritto privato, v. PARDOLESI, *Saggi di diritto privato europeo: persona, proprietà, contratto responsabilità*

infine dalle autorità amministrative indipendenti (soprattutto dalla Banca d'Italia e dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato)¹⁹.

L'art. 118 del T.u.b.²⁰ trae origine dall'art. 16 delle Norme Uniformi Bancarie (c.d. "n.u.b."), relativo ai conti correnti di corrispondenza e ai servizi connessi, che affidava agli enti creditizi un ampio margine di discrezionalità nell'esercizio dello *ius variandi*²¹.

In seguito l'art. 4, 2° c.²², e l'art. 6²³ della l. 154/1992 in tema di trasparenza delle operazioni bancarie, hanno introdotto una disciplina generale applicabile ai contratti bancari²⁴, che fino ad allora erano disciplinati singolarmente dal codice civile che ne aveva tipizzati solo alcuni. L'intervento è stato oggetto di forti critiche, per cui nello stesso anno la materia viene nuovamente regolata dall'art. 21, lett. d), della l. 142/1992 sul credito al consumo²⁵.

civile, private, Ed. Scientifiche italiane, 1995; LIPARI, *Trattato di diritto privato europeo*, Cedam, 2003; RIZZO, *Diritto privato comunitario*, I, *Fonti, principi, obbligazioni e contratti*, e II, *Lavoro, impresa e società*, Napoli, 1997; BENACCHIO, *Diritto privato della comunità europea. Fonti, modelli, regole*, Padova, 1998; GAMBARO, «*Jura et leges*» nel processo di edificazione di un diritto privato europeo, in *Europa e diritto privato*, 1998, 995.

¹⁹ Per una rassegna sulle problematiche evidenziate dalle autorità amministrative indipendenti si v., PREDIERI A., *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, a cura di PREDIERI, I, 1997, Antella - Firenze.

²⁰ Le disposizioni del T.u.b. che riguardo le modifiche unilaterali dei contratti riproducono (in larga parte) regole contenute nella c.d. legge sulla trasparenza bancaria. L'introduzione di regole sulla trasparenza nell'ordinamento con regole di diritto positivo deriva da un lungo processo costituito da varie fasi; da ricordare la proposta di legge n. 3617 nota come "proposta Minervini" e pubblicata in *Dir. banca merc. fin.*, 1987, II, 58 ss., e il successivo disegno di legge di iniziativa governativa, di modifica della "proposta Minervini", iniziative seguite dall'«Accordo interbancario per la pubblicità e la trasparenza delle condizioni praticate alla clientela» predisposto dall'A.B.I. (circolare 25 ottobre 1988, n. 5, reperibile in *Quad. giur. dell'impresa*, 1989, 2, 197 ss.).

²¹ Cfr. SPENA, *Sub artt. 4, 5 e 6*, in PORZIO, *Commentario alla legge 17 febbraio 1992, n. 154*, in *Nuove leggi civili comm.*, 1993, p. 1165.

²² La legge del 17 febbraio del 1992, n° 154 recante "Norme per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari", al suo art. 4, 2° c., prevedeva la facoltà della banca di poter variare a svantaggio del cliente le condizioni contrattuali, subordinando la validità di detta clausola alla sua specifica approvazione da parte del cliente.

²³ La legge del 17 febbraio del 1992, n. 154 al suo art. 6 disciplinava, nel caso di variazioni contrattuali, le modalità di esercizio subordinandole, per la loro efficacia, alla preventiva comunicazione al cliente o alla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, in caso di modifiche generalizzate dei tassi di interesse.

²⁴ Si v. MORERA, *Contratti bancari (disciplina generale)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, I, 164.

²⁵ Legge 19 febbraio 1992, n. 142 recante "Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee", pubblicata in G.U. n. 42, del 20 febbraio 1992, supplemento ordinario (legge comunitaria per il 1991).

Successivamente, le leggi 154 e 142 del 1992 sono confluite nel Titolo VI del T.u.b. In questa sede il 2° c. dell'art. 4 della l. n. 154/1992 è diventato il 5° c. dell'art. 117 del T.u.b. (oggi soppresso), mentre l'art. 6 è stato ripreso e in parte modificato dall'art. 118 del T.u.b.²⁶; la norma è stata poi nuovamente rivista in modo radicale dal decreto legge del 4 luglio 2006, n. 223 (c.d. decreto sulla competitività)²⁷, convertito in legge con modifiche dalla legge 4 agosto 2006, n. 248²⁸.

Una prima novità rilevante attiene all'introduzione del "giustificato motivo" come condizione necessaria all'esercizio dello *ius variandi*. Sul punto è opportuno richiamare l'art. 1341, 2° c., c.c. secondo il quale le condizioni generali di contratto, se non approvate per iscritto e in modo specifico, non hanno effetto, estendendo così l'applicazione dello *ius variandi*, ma subordinandolo all'approvazione specifica da parte del cliente, non solo per le variazioni dei tassi di interesse (come previsto dall'art. 117, 5° c. del T.u.b.) ma anche per le altre condizioni contrattuali²⁹.

Con il d.lgs. n. 141/2010³⁰ sono stati modificati in modo significativo i commi 1 e 2 dell'art. 118 ed eliminato il 5 c. dell'art. 117 T.u.b. che

²⁶ La versione originaria dell'art. 118 del T.u.b. lasciava senz'altro eccessivi spazi di manovra agli intermediari, prevedendo la sola tutela dell'approvazione in forma specifica della clausola, e per altro verso autorizzando un uso sostanzialmente illimitato dello *ius variandi*, che non era subordinato né alla presenza di un giustificato motivo, né alla concessione di un preavviso, né a forme di comunicazione personale.

²⁷ Decreto legge del 4 luglio 2006, n. 223 recante "Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale", pubblicato in G.U. del 4 luglio 2006, n. 153, e convertito, con modificazioni, in legge con l. 4 agosto 2006, n. 248, pubblicata sul supplemento ordinario alla G.U. dell'11 agosto 2006, n. 186.

²⁸ In argomento: SANTONI, *Lo jus variandi delle banche nella disciplina della legge n. 248 del 2006*, in *Banca borsa*, 2007, I, 249 ss.; SIRENA, *Il ius variandi, della banca dopo il c.d. d.l. sulla competitività (n. 223 del 2006)*, in *Banca borsa*, 2007, I, 262 ss.; MORERA, *Contratti bancari (disciplina generale)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, I, 168 ss.; ID., *Sub art. 118*, in *Testo unico bancario. Commentario*, a cura di PORZIO, BELLI, LOSAPPIO, RISPOLI FARINA, SANTORO, Milano, 2010, 984 ss.; ID., *Le variazioni dei tassi d'interesse conseguenti a decisioni di politica monetaria*, in *Foro it.*, 2007, V, 252; MIRONE, *Le "fonti private" del diritto bancario: concorrenza, trasparenza e autonomia privata nella (nuova) regolamentazione dei contratti bancari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, I, 300 ss.

²⁹ Cfr. SIRENA, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti bancari di credito al consumo*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, I, 273.

³⁰ Decreto legislativo del 13 agosto 2010, n. 141, recante "Attuazione della Direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito ai consumatori, nonché modifiche del Titolo VI del testo unico bancario (decreto legislativo n. 385 del 1993) in merito alla disciplina dei soggetti operanti nel settore finanziario, degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi",

prevedeva la possibilità di variare in modo sfavorevole al cliente i tassi d'interesse o le altre condizioni contrattuali solo se tale clausola di modifica fosse indicata nel contratto ed approvata espressamente dal cliente; in questo modo, la disciplina dello *ius variandi* è stata interamente accorpata nell'art. 118 T.u.b.³¹. L'ambito applicativo dell'art. 118 concerne precipuamente i contratti a tempo indeterminato, la norma tuttavia detta una diversa disciplina per quelli a tempo determinato (di durata), nei quali la facoltà della banca di modificare in modo unilaterale le condizioni contrattuali è esercitabile solo in determinati casi e entro limiti più ristretti. Sui contratti di durata e in particolare sulla qualificazione come tale del mutuo non sono mancate dispute³², ma la tesi maggioritaria³³ è che il mutuo oneroso rientri in questa fattispecie³⁴ poiché in esso «la durata certamente risponde all'interesse di entrambi i contraenti»³⁵. La legge, in particolare, prevede una limitazione relativa all'oggetto della variazione, ovvero la modifica unilaterale può essere convenuta esclusivamente per le clausole che non fanno riferimento ai tassi di interesse. Tale delimitazione è rilevante ai fini del mantenimento dell'equilibrio sinallagmatico del contratto in quanto se la banca fosse

come modificato e integrato dal decreto legislativo 14 dicembre 2010, n. 218, entrato in vigore il 3 gennaio 2011.

³¹ In dottrina, v. DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori e la riforma del t.u. bancario*, in *Contratti*, 2010, 11, 1046.

³² OPPO G., *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, 143 ss.; GIAMPICCOLO, *Mutuo (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, 451; SIMONETTO, *Mutuo (Disciplina generale)*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma, 1990, 6; GAGGERO, *La modificazione unilaterale dei contratti bancari*, Padova, 1999, 147 ss.

³³ CAPOBIANCO, *Contratto di mutuo bancario e ius variandi*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 508 ss.

³⁴ *Contra* OPPO, *op. cit.*, 1943, I, 158 ss.; SCODITTI, *Mutui a tasso fisso: inserzione automatica di clausole o integrazione giudiziale del contratto?*, in *Foro it.*, 2001, I, 921; BUSSOLETTI, *La normativa sulla trasparenza: il ius variandi*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 1994, 478.

³⁵ PORZIO, *I contratti di durata nel testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, p. 293. Si vedano anche: FERRONI, *Ius superveniens, rapporti in corso e usurarietà sopravvenuta*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, 514 ss.; SPENA, *Norme per la trasparenza delle operazioni e servizi bancari e finanziari*, in *Nuove leggi civ. commentate*, 1993, 1165; FAUSTI, *Mutuo e ius variandi*, dattiloscritto inserito nel volume a cura del Consiglio Nazionale del Notariato, *Mutui ipotecari e clausole vessatorie*, s.l., s.d., 4; INZITARI, *Il mutuo con riguardo al tasso "soglia" della disciplina assicurata, allo ius variandi e al divieto dell'anatocismo*, in AA.VV., *Mutui ipotecari. Riflessioni giuridiche e tecniche contrattuali*, Milano, 1999, 113 ss. (lo scritto è anche pubblicato in *Banca borsa tit. cred.*, 1999, 267 ss.); FRANCHI, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto de contratti*, a cura di VETTORI, Padova, 1999, 589. In giurisprudenza si v. Trib. Napoli, 1 marzo 1997, in *Corriere giur.*, 1997, 814.

legittimata a modificare unilateralmente il tasso di interesse il cliente potrebbe non riuscire più a fronteggiare i costi derivanti dal rapporto posto in essere.

Un ultimo intervento normativo in materia si è registrato con il decreto legge 70/2011 (c.d. decreto sviluppo)³⁶ convertito con le modifiche della legge n. 106/2011 che ha inserito all'interno dell'art. 118 T.u.b. il c. 2-*bis*³⁷: «Se il cliente non è un consumatore né una micro - impresa come definita dall'articolo 1, comma 1, lettera *t*), del decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 11, nei contratti di durata diversi da quelli a tempo indeterminato di cui al comma 1 del presente articolo possono essere inserite clausole, espressamente approvate dal cliente, che prevedano la possibilità di modificare i tassi di interesse al verificarsi di specifici eventi e condizioni, predeterminati nel contratto».

Come si è accennato, l'applicazione dello *ius variandi* nell'ambito dei contratti bancari è un fenomeno consolidato nella prassi degli istituti di credito italiani ed è la stessa legge che attribuisce questa facoltà alle banche per adeguare i contratti esistenti alle variazioni del contesto micro e macro economico, consentendo, secondo certe interpretazioni, la prosecuzione di un rapporto che diversamente sarebbe destinato ad una probabile risoluzione³⁸. Su queste basi la dottrina ritiene che tale disciplina applicata ai contratti bancari sia finalizzata ad evitare la risoluzione dei rapporti per eccessiva onerosità sopravvenuta³⁹. Quindi lo *ius variandi* bancario non deve essere inteso solamente come un privilegio che il legislatore ha voluto attribuire alle banche, ma anche come un utile “strumento di governo del rapporto”⁴⁰.

Va detto, inoltre che il potere di modifica unilaterale delle condizioni contrattuali può assumere una duplice valenza, in quanto può apportare sia modifiche migliorative sia modifiche sfavorevoli per il cliente.

Per quanto concerne le variazioni a vantaggio del cliente, è stato osservato che a prescindere da un'originaria pattuizione, è esercitabile, nel corso dell'esecuzione del contratto, un ampio *ius variandi*, «ove la

³⁶ Decreto legge 13 maggio 2011, n. 70, recante “*Prime disposizioni urgenti per l'economia*”, pubblicato in G.U. n. 110 del 13 maggio 2011.

³⁷ Comma inserito dall'art. 8, c. 5, lett. *f*), D.L. 13 maggio 2011, n. 70.

³⁸ Cfr. SANGIOVANNI, *op cit.*, 1, il quale evidenzia come l'esercizio dello *ius variandi* sia una “facoltà riconosciuta all'istituto di credito, purché originariamente pattuita nel contratto, di modificare unilateralmente in futuro le condizioni”.

³⁹ SANTONI, *Lo jus variandi delle banche nella disciplina della l. n. 248 del 2006*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, I, 261.

⁴⁰ NIVARRA, *Jus variandi del finanziatore*, *op. cit.*, 463 e 471.

modifica si traduca esclusivamente in un vantaggio per la controparte»⁴¹. A tal proposito, l'art. 118 T.u.b. al 1° c. stabilisce che: «nei contratti a tempo indeterminato può essere convenuta, con clausola approvata specificamente dal cliente, la facoltà di modificare unilateralmente i tassi, i prezzi e le altre condizioni previste dal contratto qualora sussista un giustificato motivo», essendo proprio la presenza dello stesso a fare sì che la banca possa effettuare tali variazioni a vantaggio del cliente⁴²; inoltre, la stessa norma al 2° c. prosegue stabilendo che «qualunque modifica unilaterale delle condizioni contrattuali deve essere comunicata espressamente al cliente secondo modalità contenenti in modo evidenziato la formula: "Proposta di modifica unilaterale del contratto", con preavviso minimo di due mesi, in forma scritta o mediante altro supporto durevole preventivamente accettato dal cliente. Nei rapporti al portatore la comunicazione è effettuata secondo le modalità stabilite dal CICR. La modifica si intende approvata ove il cliente non receda, senza spese, dal contratto entro la data prevista per la sua applicazione. In tale caso, in sede di liquidazione del rapporto, il cliente ha diritto all'applicazione delle condizioni precedentemente praticate».

Infine, il 3° c. dell'art. 118 T.u.b. prevede che «le variazioni contrattuali per le quali non siano state osservate le prescrizioni del presente articolo sono inefficaci, se sfavorevoli per il cliente». Come si è accennato la questione è esaminata altresì sotto il profilo della loro vessatorietà⁴³, poiché secondo l'art. 118 T.u.b. siffatte clausole prevedono l'approvazione specifica del cliente, *ex art. 1341 c.c.* Le modifiche sfavorevoli spesso sono relative alle condizioni economiche rendendo il contratto «più profittabile per l'istituto di credito e, per converso, più svantaggioso per la controparte»⁴⁴. Pertanto le banche potrebbero essere spinte ad adottare comportamenti di *moral hazard* modificando in senso peggiorativo le originarie condizioni di contratto.

⁴¹ In dottrina, v. SCHLESINGER, *op. cit.*, p. 21.

⁴² Art. 118 T.u.b. In dottrina, v. DOLMETTA, *Jus variandi bancario. Tra passaggi legislativi e giurisprudenza dell'ABF le linee evolutive dell'istituto*, in *www.ilcaso.it*, 24 luglio 2011, 9.

⁴³ Per clausola vessatoria (in un contratto concluso tra un professionista e un consumatore) si intende quella clausola che determina a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto (art. 33, c. 1, del d.lgs. n. 206/2005). Infatti, «il giudizio di vessatorietà non è escluso dall'esistenza di una specifica disciplina del *jus variandi*, dettata dal t.u. bancario" in SIRENA, *op. cit.*, p. 356; v. anche SIRENA, *La nuova disciplina delle clausole*, *op. cit.*, 262-263.

⁴⁴ Cfr. SANGIOVANNI, *op. cit.*, 2.

Al fine di porre rimedio a tali pratiche uno dei limiti posti dal legislatore è l’inserimento della necessaria presenza di un “giustificato motivo”⁴⁵ per poter applicare variazioni contrattuali sfavorevoli⁴⁶, ferma restando l’esistenza del più generale correttivo derivante dall’applicazione del regime di concorrenza tra gli operatori del settore⁴⁷. Il “giustificato motivo” rappresenta “la stella polare”⁴⁸ che l’impresa creditizia deve seguire nell’esercizio della disciplina in questione, nonché “criterio euristico”⁴⁹ per appurarne la legittimità.

⁴⁵ Cfr. DOLMETTA, *Linee evolutive di un ius variandi*, in *Ius variandi bancari, Sviluppi normativi e di diritto applicato*, a cura di DOLMETTA, SCIARRONE ALIBRANDI, in *Quaderni di Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, 36, 3, che in merito al profilo del giustificato motivo applicato allo *ius variandi* parla di «un parziale assestamento (se non altro) del dato legislativo». Il legislatore non specifica cosa si intende per "giustificato motivo", per tale motivo l'interprete è posto dinanzi al problema di come e cosa qualificare un "giustificato motivo". Secondo vari autori (si v. MORERA, *Contratti bancari, op. cit.*, 168; MORERA, *Commento*, in *Testo unico bancario. Commentario*, a cura di PORZIO, BELLÌ, LOSAPPIO, RISPOLI FARINA, SANTORO, Milano, 2010, 990) per "giustificato motivo" è da intendersi “qualsiasi evento che sia potenzialmente idoneo a modificare l'originario sinallagma contrattuale”. *Contra* (FERRO LUZZI, *Modifica allo ius variandi nei contratti bancari e disciplina transitoria*, in *Due pareri sull'art. 8 comma 5°, lett. f) e g), d. l. n. 70/2011*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, 4, 490) c'è chi sostiene che esso corrisponda ad eventi esterni alle parti del contratto e che siano tali da influire sui rapporti giuridici e renderli economicamente non sopportabile, per la banca, il peso, negativo, degli stessi se reiterati per un numero indefinito di rapporti. Altri autori invece (BUSSOLETTI, *La disciplina del ius variandi nei contratti finanziari secondo la novella codicistica sulle clause vessatorie*, in *Diritto della banca e del merc. fin.*, 2005, 21) interpretano il concetto come un allargamento del “concetto di giusta causa”, facendo ricomprendere all'interno del concetto di “giustificato motivo” anche motivazioni esterne al rapporto considerato e cause non solo legate ad avvenimenti esterni bensì anche a vicende interne alla banca stessa.

⁴⁶ Cfr. SARTORI, *Sul potere unilaterale di modificazione del rapporto contrattuale; riflessioni in margine all'art. 118 T.U.B.*, in *Ius variandi bancari, Sviluppi normativi e di diritto applicato*, a cura di DOLMETTA, SCIARRONE ALIBRANDI, in *Quaderni di Banca, borsa e tit. cred.*, 2012, 36, 136, il quale specifica che l'utilizzo dello *ius variandi* «costituisce uno strumento di controllo del rischio grazie al quale è possibile adeguare il rapporto ai cambiamenti economici non prevedibili *ex ante*; e ciò senza costringere le parti a sciogliere il vincolo ovvero ad affrontare un processo di rinegoziazione del contenuto del rapporto. Uno strumento, insomma, di conservazione del contratto funzionale a logiche di efficienza economica». Cfr. Collegio di Milano, decisione n. 1705 del 2011.

⁴⁷ Sui profili evolutivi della concorrenza e della relativa applicazione al settore bancario v. ROTONDO *Il controllo antitrust nel mercato finanziario*, Napoli, 2004, *passim*.

⁴⁸ Cfr. SARTORI, *op cit.*, 137.

⁴⁹ Cfr. SARTORI, *op cit.*, 137.

3. (Segue). Lo *ius variandi* nei sistemi di pagamento: l'articolo 126-*sexies* T.u.b.

Il quadro normativo della disciplina deve essere poi completato esaminando altre due disposizioni⁵⁰.

La prima è quella relativa ai sistemi di pagamento, ovvero l'art. 126-*sexies*⁵¹ introdotto dal d.lgs. n. 11 del 2010, che adotta una disciplina totalmente diversa e più permissiva rispetto a quella prevista dall'art. 118, in conformità all'art. 44 della direttiva 2007/64/CE. La norma in particolare non prevede l'approvazione in forma scritta della clausola dal cliente, ma solo la previsione in contratto dello *ius variandi*; le modalità di comunicazione delle modifiche, almeno con due mesi di anticipo, sono regolamentate dalla Banca d'Italia (art. 126-*sexies*, c. 2); la variazione delle clausole contrattuali non è subordinata all'esistenza e alla comunicazione di un giustificato motivo da parte dell'intermediario; la modifica è ritenuta accettata dal cliente a meno che questi non comunichi la non accettazione e dunque ha la possibilità di recedere «senza spese prima della data prevista per l'applicazione della modifica»⁵²; le variazioni concernenti i tassi d'interesse e di cambio possono essere immediatamente applicate senza preavviso, anziché seguendo il regime dell'art. 126-*sexies*, c. 2, solo se sono diretta conseguenza della variazione dei tassi «di riferimento convenuti nel contratto»⁵³. L'intera disciplina del 126-*sexies* è tuttavia derogabile se il cliente non è un consumatore o una c.d. microimpresa (126-*sexies*, c. 3).

4. (Segue). Lo *ius variandi* nel Codice del consumo

La seconda disposizione in materia è quella relativa alle variazioni unilaterali delle condizioni contrattuali nell'ambito della disciplina del Codice del consumo (in seguito Cod. cons.), il quale reca una disciplina sullo

⁵⁰ Su profili di coordinamento fra l'art. 118 e le discipline in materia di credito al consumo e servizi di pagamento, si veda in particolare SCIARRONE ALIBRANDI, MUCCIARONE, *La pluralità delle normative di ius variandi nel t.u.b.: sistema e fratture*, in AA.VV., *Ius variandi bancario. Sviluppi normativi e di diritto applicativo*, Milano, 2012, XVII.

⁵¹ Per un esame più completo si rinvia al commento di TROIANO, *Sub art 126-bis, 126-ter, 126-quater, 126-quinquies, 126-sexies*, in *Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia. D.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 e successive modificazioni. Tomo II*, a cura di COSTA, Giappichelli, Torino, 1574 ss.

⁵² Art. 126-*sexies*, 2° c.

⁵³ Art. 126-*sexies*, 3° c.

ius variandi che viene considerata⁵⁴ come indice dell'ammissibilità – in via generale – di un diritto potestativo di fonte “convenzionale”, in quanto la sua attribuzione non è qualificata *a priori* abusiva, ma è assoggettata ad una generale presunzione di vessatorietà la quale è subordinata alla mancata indicazione nel contratto di un giustificato motivo a fondamento dell'esercizio del potere di modifica unilaterale. Restano inoltre fermi i limiti esterni posti all'esercizio dello *ius variandi* nei contratti con i consumatori, i quali trovano fondamento nei principi generali ricavabili dall'ordinamento giuridico⁵⁵.

Ai sensi della disciplina contenuta nel Cod. cons. si reputano vessatorie, e sono quindi nulle (*ex art. 36, c. 1, Cod. cons.*)⁵⁶, le clausole che «malgrado la

⁵⁴ Cfr. RIZZUTO, *Sub art. 1469-bis, comma 3°, n. 11*, in BIANCA, BUSNELLI (a cura di), *Commentario al capo XIV bis del codice civile*, cit., 342; GORGONI, *Sub art. 33 comma 2 lett. m)*, in VETTORI (a cura di), *Codice del consumo. Commentario*, Padova, 2007, 281 e, part. 286 «La norma [...] disciplinando lo *ius variandi*, dimostra che l'ordinamento considera tale strumento, avente la funzione di adeguare il contratto alle sopravvenienze, un valore aggiunto per la conservazione del contratto»; DIURNI, *Sub art. 1469-bis, 3° comma, nn. 12 e 13*, in ALPA, PATTI (a cura di) *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, Milano, 2003, 481 ss.; SCIARRONE ALIBRANDI, *Interventi normativi sul contenuto regolamentare dei contratti bancari: il diritto di recesso e lo ius variandi*, in AA.VV. *Nuove regole per le relazioni tra banche e clienti. Oltre la trasparenza?* Atti del convegno tenutosi in San Miniato il 22 e 23 ottobre 2010, Torino, 2011, 73; ASTONE, *Commento sub art. 1469-bis, 2° comma*, in ALPA, PATTI (a cura di), *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, Milano, 1997; RISPOLI FARINA, *Clausole vessatorie e contratti con i consumatori di servizi bancari e finanziari*, in *Riv. dir. impresa*, 1998, II; 366; CUBEDDU, *Sub art. 1469-bis, 4° comma*, in ALPA, PATTI (a cura di) *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, Milano, 2003, 637 ss.; DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: la direttiva 2008/48/CE e l'armonizzazione “completa” delle disposizioni nazionali concernenti “taluni aspetti” dei “contratti con i consumatori”*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 255; DE POLI, *Le regole di comportamento dei «creditori» nella direttiva 2008/48/CE in materia di credito al consumo*, in *Dir. banc.*, 2009, I, 33.

⁵⁵ Cfr. GRASSI, MINUCCI, *Sub art. 33, comma 2, lettera m)*, in CESARO (a cura di) *I contratti del consumatore. Commentario al Codice del consumo (D. lgs. 6 settembre 2005, n. 206)*, Padova, 2007, 208, dove si sottolinea come «l'interprete, ben prima di valutare i “giustificati motivi” debba sincerarsi che la clausola non sia in conflitto con norme o principi del nostro ordinamento, e perciò nulla».

⁵⁶ La formulazione del previgente art. 1469-*quinquies*, il quale sanciva l'“inefficacia” delle clausole che fossero risultate vessatorie, aveva creato non poche perplessità in dottrina circa la forma di invalidità così comminata. Tali perplessità possono oggi considerarsi superate dallo stesso legislatore nella trasposizione della disciplina nel Codice del consumo, il quale sancisce la nullità delle clausole riconosciute come vessatorie, *ex art. 33 e 34 Cod. cons.*, facendo salva la restante parte del contratto. Si tratta di una ipotesi di nullità parziale e relativa (c.d. nullità di protezione) la quale opera solo a favore del consumatore, pur potendo essere rilevata d'ufficio dal giudice, *ex art. 36, c. 3, Cod. cons.*; cfr. BIANCA C., *Diritto civile*,

buona fede» determinino a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto (art. 33, c. 1, Cod. cons.)⁵⁷.

Si tratta, pertanto, di una clausola generale di «significativo squilibrio contrario a buona fede» la cui concretizzazione viene attribuita all'interprete, il quale, rispetto alla valutazione delle condizioni contrattuali in concreto predisposte dal professionista, dispone di un'ampia discrezionalità. L'unico limite posto a tale sfera è costituito dall'art. 34 Cod. cons., nel quale sono dettati i criteri strumentali a guidare l'opera del giudice nell'ambito del giudizio di vessatorietà. Mediante l'applicazione di tali criteri, il giudice potrebbe escludere o accertare la vessatorietà di una clausola che si presume

3, *Il contratto*, II ed., Milano, 2000 (rist. 2008), 388 ss.; ROPPO, *Il contratto*, II ed., in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2011, 862 ss.

⁵⁷ Già la formulazione contenuta nell'art. 3, par. 1 della direttiva 1993/13/CEE era stata oggetto di critiche ad opera della dottrina, la quale ne aveva auspicato una correzione in sede di recepimento nell'ordinamento interno, così da rendere esplicita l'applicazione della disciplina a quelle clausole che si ponessero in contrasto con la buona fede (oggettiva) intesa quale regola di condotta «che, nella fase della formazione dell'accordo, impone al professionista, nei contratti con i consumatori, di tenere conto dei legittimi interessi della controparte astenendosi dal predisporre un regolamento contrattuale significativamente sbilanciato a proprio vantaggio»; v. TROIANO, *Sub art. 33*, in DE CRISTOFARO, ZACCARIA (a cura di), *Commentario breve al diritto dei consumatori*, Padova, 2010, 240 s. Tale auspicio è stato, però, disatteso dal legislatore il quale ha riprodotto l'espressione «malgrado buona fede» sia nell'art. 1469-bis, c. 1, c.c. che nell'art. 33, c. 1, Cod. cons., determinando il formarsi in dottrina di interpretazioni contrapposte circa il significato da attribuire all'espressione stessa (v. per i relativi riferimenti TROIANO, *op. cit.*, 241 ss.). Nonostante la divergenza di opinioni entrambi gli orientamenti giungono a riconoscere l'operatività nel giudizio di vessatorietà del principio di buona fede in senso oggettivo, chi in via diretta ritenendo l'inciso frutto di un errata traduzione della direttiva in lingua italiana, chi invece considerando il riferimento a quest'ultima implicito nel concetto di significativo squilibrio (v. TROIANO, *op. cit.*, 245.; cfr. anche BIANCA, *Diritto civile*, cit., 379, il quale sottolinea come il dato normativo non sia idoneo ad escludere l'operatività della buona fede quale precetto che regola l'esercizio di poteri discrezionali). Anche con riguardo al ruolo da attribuire al parametro della buona fede, rispetto a quello del significativo squilibrio, la dottrina appare divisa tra quanti reputano i due criteri come concorrenti ai fini dell'accertamento della vessatorietà (cfr. ROPPO, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie: spunti critici*, in *Europa e dir. priv.*, 1998, 67; BIGLIAZZI GERI, *Sub art. 1469-bis. Clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore comma 1°*, in BIANCA, BUSNELLI (a cura di), *Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore. Art. 1469-bis - 1469-sexies*, Padova, 1999, 91) e quanti, invece, ritengono che questi si fondano in un unico criterio di giudizio, assumendo la buona fede la funzione di criterio di valutazione della significatività dello squilibrio (LENER, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie*, cit., 160), il cui ambito di applicazione sarebbe tracciato dai criteri complementari indicati nell'art. 34, c. 1, Cod. cons.; cfr. TROIANO, *op. cit.*, 248 ss.; v. anche ARMONE, *Commento sub art. 1469-sexies*, in BARENGHI (a cura di), *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, Napoli, 1996, 221.

possa dare luogo al significativo squilibrio contrario a buona fede di cui all'art. 33 Cod. cons. Ovviamente una clausola a sfavore del consumatore potrebbe non risultare vessatoria nel caso in cui sia riequilibrata da altre condizioni (inserite nello stesso contratto ovvero in altro negozio collegato) che attribuiscono un significativo vantaggio a favore del consumatore⁵⁸.

Al fine del superamento della presunzione di vessatorietà, è richiesta la presenza di giustificati motivi legittimanti l'esercizio dello *ius variandi*, nonché la specifica indicazione di questi ultimi nell'ambito del contratto. Potrebbe senz'altro considerarsi "giustificato motivo" l'esigenza di far fronte al mutare delle circostanze esterne incidenti sul programma contrattuale, ovvero sugli interessi delle parti, configurandosi il diritto di modifica unilaterale quale strumento di adeguamento nel tempo del rapporto contrattuale, mediante cui affrontare eventuali sopravvenienze che impediscano la piena realizzazione dell'interesse avuto di mira dalle parti.

La discrezionalità connaturata all'esercizio dello *ius variandi* preclude al consumatore la possibilità di valutare correttamente il rischio economico che ha assunto mediante l'adesione al contratto predisposto dal professionista⁵⁹; pertanto, la preventiva indicazione nel contratto dei giustificati motivi per l'esercizio del potere di modifica riduce tale discrezionalità limitando, al contempo, la possibilità di abusi a danno del consumatore⁶⁰.

Il fatto che siano indicati in contratto i presupposti dello *ius variandi*, inoltre, garantisce una più agevole verifica circa la correttezza del suo esercizio. Attraverso la previsione di questo elemento formale il legislatore circoscrive l'ambito applicativo del "giustificato motivo", imponendo al professionista la predeterminazione e puntuale indicazione delle specifiche circostanze di natura oggettiva idonee a fondare l'esercizio del potere di modifica unilaterale. L'interprete deve preliminarmente verificare, alla luce del principio di buona fede, se i motivi indicati nel contratto quale presupposto della variazione possano definirsi *giustificati*, ossia non imposti alla controparte sfruttando il proprio maggiore "peso" contrattuale, ma che corrispondano a ragioni meritevoli di tutela, in quanto «sufficientemente serie e gravi»⁶¹. In subordine, ed allo scopo di accertare l'efficacia o meno

⁵⁸ Cfr. BIANCA, *Diritto civile, op. cit.*, 382; ROPPO, *Il contratto*, II ed., in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2011, 858.

⁵⁹ Cfr. LENER, BOCCHINI, *Gli elenchi di clausole vessatorie*, in GABRIELLI, MINERVINI (a cura di), *I contratti dei consumatori*, Torino, 2005, 261.

⁶⁰ Cfr. SCARANO, *Ius variandi del rapporto contrattuale nei contratti a tempo indeterminato con il consumatore*, in BIANCA, BUSNELLI (a cura di), *Commentario al capo XIV bis del codice civile, cit.*, 513.

⁶¹ Cfr. GRASSI, MINUCCI, *Sub art. 33, op. cit.*, 211.

della modifica apportata al regolamento contrattuale, occorre verificare la corrispondenza dei motivi indicati in contratto con la motivazione che, nel caso specifico, risulta essere alla base della modifica operata dal professionista.

5. L'Arbitro Bancario Finanziario: *ius variandi* e giustificato motivo

La rapida evoluzione della disciplina dello *ius variandi* ha innescato un vivace dibattito nell'ambito della dottrina volto a dare sistematicità alle norme in materia e colmare gli eventuali vuoti normativi. Il dibattito dottrinale e il ripetuto impiego della disciplina dello *ius variandi* da parte delle banche si riflette ampiamente nelle numerose decisioni⁶² dell'Arbitro Bancario e Finanziario (in seguito ABF)⁶³.

L'ABF per quanto concerne la definizione dell'istituto ribadisce in più decisioni che «lo *ius variandi* riconosciuto agli intermediari è, a tutti gli effetti, un diritto potestativo che attribuisce il potere di modificare la sfera giuridica dell'altra parte»⁶⁴ indipendentemente dall'accettazione o dal rifiuto di quest'ultima, e ferma restando la necessità che la relativa comunicazione debba riportare la dicitura «proposta di modifica unilaterale del contratto» (ai sensi dell'art. 118 T.u.b.).

Come già detto lo *ius variandi*, come del resto ogni altro diritto, ha proseguito l'Arbitro, deve essere esercitato entro i limiti della sua funzione, ovvero quella di eliminare la sopravvenuta circostanza che ha modificato l'equilibrio economico del contratto. Presupposto normativo in applicazione di siffatta disciplina è il «giustificato motivo» che deve essere inteso come causa che alteri significativamente l'equilibrio economico contrattuale. Nella valutazione della presenza del «giustificato motivo», il Collegio di Roma ha ripetutamente affermato che esso non deve essere generico bensì riguardare eventi di comprovabile effetto sul rapporto bancario con riferimento ai contratti oggetto delle modifiche; difatti, si è osservato che lo stesso si fonda su un coerente giudizio fra un fatto legittimante e la modifica apportata al

⁶² Cfr. CENTINI, *Lo ius variandi nelle decisioni dell'Arbitro Bancario e Finanziario*, in *I Contratti*, 2012, 2, 183.

⁶³ L'ABF com'è noto è un sistema di risoluzione delle controversie che possono sorgere tra i clienti e le banche e gli altri intermediari in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari. È un sistema "stragiudiziale" perché la risoluzione delle controversie avviene al di fuori del processo ordinario.

⁶⁴ Cfr. Collegio di Milano: decisioni n. 98, 443, 1491, 1554 del 2010 e decisione n. 2316 del 2011; Collegio di Napoli, decisione n. 396 del 2011.

contratto; a questo proposito il Collegio ha espressamente chiarito come «l'andamento del mercato dei tassi non sia “giustificato motivo” ai sensi dell'art. 118 T.u.b.» in quanto è una «motivazione assolutamente generica del tutto priva dei requisiti di determinatezza e verificabilità impliciti nella normativa»⁶⁵.

Essenziale risulta per l'Arbitro la comunicazione della modifica unilaterale che deve avere un contenuto tale da poter consentire al cliente una valutazione sulla congruità della modifica rispetto alla ragione posta a giustificazione della stessa⁶⁶.

Sotto il profilo della necessaria sussistenza del “giustificato motivo” per l'applicazione della disciplina dello *ius variandi* nei contratti bancari, il Collegio di Roma⁶⁷ ha ulteriormente precisato che tale disciplina trova giustificazione nella circostanza che la variazione negativa, degli indici economici, irrilevante per il singolo rapporto contrattuale, assume spesso effetti economicamente insopportabili per l'intermediario, il quale si vede moltiplicare per “n” volte il “micro” squilibrio di segno negativo. Come già detto si arriva alla conclusione che lo *ius variandi* è un istituto finalizzato a conservare l'equilibrio sinallagmatico del rapporto, in modo tale da mantenere l'equilibrio dell'intero complesso delle prestazioni tipologicamente simili, effettuate dall'imprenditore nei confronti di un numero indefinito di controparti. Sotto questo aspetto pertanto risulta determinante l'esatta indicazione del “giustificato motivo” ai fini della verifica della sussistenza o meno dell'unica condizione posta dal legislatore affinché si possa modificare unilateralmente un negozio giuridico in regolare svolgimento; per questa ragione l'ABF ha più volte sottolineato nelle sue decisioni come il “giustificato motivo” non può in alcun modo essere generico, ma deve riguardare eventi che siano in grado di produrre comprovabili effetti sul rapporto bancario e che siano riferibili alla categoria dei contratti oggetto delle modifiche⁶⁸.

⁶⁵ Cfr. Collegio di Roma, decisione n. 4141 del 2013.

⁶⁶ “Il giustificato motivo non può (...) essere generico, ma deve riguardare eventi di comprovabile effetto sul rapporto bancario poi riferibili alla categoria di contratti oggetto delle modifiche. La comunicazione della modifica unilaterale deve avere contenuto tale da consentire al cliente di poter valutare la congruità della modifica rispetto alla ragione posta a giustificazione della stessa” così Collegio di Roma, decisione n. 3981 del 2012. Più recentemente, si vedano: Collegio di Roma, decisione n. 253 e 2202 del 2013 e decisione n. 675 del 2015.

⁶⁷ Cfr. Collegio di Roma, decisione n. 3981 del 2012.

⁶⁸ Così Collegio di Roma, decisione n. 1722 del 2015: “(...) nelle suddette comunicazioni della banca resistente l'esercizio dello *ius variandi* è stato motivato in base a scelte di politica

Sempre in riferimento al “giustificato motivo”, il Collegio di Milano⁶⁹, oltre a riferirsi l’art. 118 del T.u.b., nella versione vigente, aggiornato dall’art. 4, c. 2, d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141, tiene a precisare che tale norma debba essere coordinata con quanto disposto in precedenza dal Provvedimento del Governatore del 29 luglio 2009⁷⁰, dove è presente un richiamo all’art. 118 T.u.b. in merito alle comunicazioni che l’intermediario deve fornire espressamente al cliente; inoltre, nel Provvedimento si legge testualmente che: «Secondo il Ministero dello sviluppo economico le “modifiche” disciplinate dall’art. 118 del T.u.b., riguardando soltanto le fattispecie di variazioni previste dal contratto, non possono comportare l’introduzione di nuove clausole. La modifica si intende approvata se il cliente non recede dal contratto entro sessanta giorni dalla ricezione della comunicazione. Il cliente ha diritto di recedere senza spese e di ottenere l’applicazione, in sede di liquidazione del rapporto, delle condizioni precedentemente praticate. Le variazioni contrattuali per le quali non siano state osservate le suddette prescrizioni sono inefficaci, se sfavorevoli per il cliente (art. 118, comma 3, del T.u.b.)».

A tal proposito è necessario sottolineare, ha ribadito il Collegio di Milano, che secondo un ormai consolidato orientamento come già evidenziato, la disciplina dello *ius variandi* riconosciuta agli intermediari – sebbene la comunicazione riporti la dicitura “proposta di modifica unilaterale del contratto”, ai sensi dell’art. 118, c. 2, del T.u.b. – è, a tutti gli effetti, un diritto potestativo, che attribuisce il potere di modificare la sfera giuridica dell’altra parte, indipendentemente dall’accettazione o dal rifiuto di quest’ultima. Gli effetti sono risolutivamente condizionati all’esercizio del recesso, facoltà riconosciuta in capo al cliente che subisce la modifica in senso sfavorevole delle condizioni contrattuali⁷¹.

commerciale o comunque gestionale (ampliamento della rete di postazioni ATM, introduzioni del *microchip* nelle carte di credito, informatizzazione delle comunicazioni alla clientela), le quali non pongono l’esigenza di mantenere l’equilibrio sinallagmatico tra le prestazioni contrattuali delle parti contraenti, quanto di salvaguardare il margine di profitto della stessa banca: non sussiste pertanto il giustificato motivo che è richiesto dall’art. 118, 1° comma, t.u.b.”.

⁶⁹ Cfr. Collegio di Milano, decisione n. 5376 del 2013.

⁷⁰ Provvedimento relativo alle Disposizioni di “Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari – Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti”, Sez. IV, par. 2 – “Variazioni contrattuali”.

⁷¹ Cfr. Collegio di Milano, decisione n. 98 - 177 - 249 - 443 - 716 - 786 - 1010 - 1298 del 2010.

Il Collegio nel motivare la posizione secondo la quale il “giustificato motivo” non deve essere generico ha anche ricordato che il Ministero dello sviluppo economico, con una sua circolare del 21 febbraio 2007, è intervenuto in materia e, dopo aver individuato il “giustificato motivo” in «eventi di comprovabile effetto sul rapporto bancario», ha precisato che «tali eventi possono essere sia quelli che afferiscono alla sfera del cliente (ad esempio, il mutamento del grado di affidabilità dello stesso in termini di rischio di credito) sia quelli che consistono in variazioni di condizioni economiche generali che possono riflettersi in un aumento dei costi operativi degli intermediari (ad esempio, tassi di interesse, inflazione ecc.)»; nella relativa comunicazione, dunque, «il cliente deve essere informato circa il giustificato motivo alla base della modifica unilaterale, in maniera sufficientemente precisa e tale da consentire una valutazione circa la congruità della variazione rispetto alla motivazione che ne è alla base».

6. (Segue). L'Arbitro Bancario Finanziario: *ius variandi* e inserimento di nuove clausole e/o condizioni contrattuali

In merito alle possibili modifiche effettuate in applicazione dello *ius variandi*, il Collegio di Napoli⁷² ha affermato che il meccanismo di cui all'art. 118 T.u.b. può essere utilmente impiegato solo per modificare le caratteristiche di commissioni già precedentemente contemplate all'interno del contratto, non anche quando si tratta di introdurre delle commissioni del tutto nuove e che hanno funzione diversa rispetto a quelle che dovrebbero sostituire. L'eccezione all'immodificabilità del contratto senza il consenso delle parti, prevista dal T.u.b., è limitata solo ed esclusivamente alla possibilità di variare clausole e/o condizioni contrattuali, siano esse di carattere economico o di natura normativa, già esistenti. Eccezione che quindi non può essere utilizzata per introdurre clausole e/o condizioni nuove che possano incidere in maniera sostanziale sull'equilibrio iniziale del rapporto contrattuale addirittura modificando, anche solo in modo parziale, la natura del contratto stesso⁷³.

⁷² Cfr. Collegio di Napoli, decisione n. 6599 del 2013, decisione n. 300 del 2010.

⁷³ Cfr. Collegio di Napoli, decisione n. 397 del 2011.

7. (Segue). L'Arbitro Bancario Finanziario: *ius variandi* nei contratti a tempo indeterminato e di durata

L'Arbitro ha formulato numerose decisioni anche in merito alla diversa applicazione dello *ius variandi* nei contratti a tempo indeterminato e di durata. Differenza fondamentale tra i contratti a tempo indeterminato e quelli a tempo determinato è il momento della cessazione del rapporto contrattuale; nel primo caso (si pensi al conto corrente) il contratto non ha una durata prestabilita, può infatti protrarsi per pochi mesi o per molti anni, cioè fin quando le parti non decidono di esercitare il diritto di recesso loro riconosciuto; nel secondo caso (è l'ipotesi del mutuo), il cliente è fin da subito a conoscenza dell'arco di tempo di durata del contratto sottoscritto.

Per quel che riguarda l'esercizio dello *ius variandi* nei contratti a tempo indeterminato, l'art. 118, 1° c., T.u.b., stabilisce che la clausola di modifica unilaterale delle condizioni contrattuali da parte della banca deve essere specificamente approvata dal cliente, e al 2° c. viene puntualizzato che necessario è l'invio di una comunicazione, contenente le modifiche, in forma scritta o mediante altro supporto durevole, preventivamente accettato dal cliente, con preavviso minimo di due mesi; per questi motivi l'ABF è pervenuto alla conclusione che, come stabilito dal 3° c. dell'art. 118 T.u.b., le variazioni contrattuali unilateralmente decise dalla banca senza aver rispettato le norme disciplinanti l'esercizio dello *ius variandi*, se sfavorevoli al cliente sono inefficaci⁷⁴.

Ampia parte della dottrina e molteplici decisioni dell'ABF hanno affermato l'inapplicabilità dell'art. 118 T.u.b. ai contratti di mutuo e di conseguenza l'impossibilità da parte della banca di apportare modifiche unilaterali alle condizioni contrattuali. La motivazione di tale assunto è riscontrabile nella circostanza per la quale, in caso di esercizio dello *ius variandi* da parte della banca, il diritto di recesso del mutuatario risulterebbe privo di concreta praticabilità, in quanto quest'ultimo dovrebbe immediatamente procedere alla restituzione anticipata del debito residuo se non intendesse accettare le nuove condizioni proposte dal mutuante⁷⁵.

⁷⁴ Cfr. Collegio di Roma, decisione n. 138 del 2014. Cfr. Collegio di Milano, decisione n. 424 del 2015, decisione n. 535 del 2015.

⁷⁵ Tale problematica è meno rilevante nella pratica per quanto concerne i contratti di apertura di credito o di finanziamento a breve termine, laddove l'obbligazione restitutoria del debitore risulta essere considerevolmente meno gravosa.

Come si è già rilevato siffatta interpretazione è stata ampiamente condivisa dal Ministero dello sviluppo economico⁷⁶ affermando che i contratti di mutuo sono esclusi dall'applicazione dell'art. 118 T.u.b. Tale posizione è stata poi rafforzata sempre dallo stesso Ministero che ha sottolineato come la volontà stessa del legislatore, in sede di conversione della l. n. 248/2006, è stata quella di voler escludere dall'applicazione dello *ius variandi* «i contratti di durata aventi una natura peculiare e regolati da leggi speciali», ovvero i contratti di mutuo⁷⁷. Tuttavia, l'interpretazione sin qui richiamata non è condivisa in modo univoco e, pertanto, molte banche continuano ad applicare lo *ius variandi* anche ai contratti di mutuo.

Come si è detto, il rimedio di cui dispone il cliente in caso di esercizio dello *ius variandi* da parte della banca consiste nell'esercitare il diritto di recesso che però, nel contratto di mutuo, comporta delle conseguenze particolarmente gravose per il mutuatario che, all'occorrenza, sarebbe obbligato a restituire la somma ancora dovuta. Per ovviare a tale inconveniente il legislatore, come confermato dal Collegio di Milano, ha perciò previsto che, per quanto riguarda i contratti a tempo determinato, lo *ius variandi* applicabile dalla banca non possa estendersi sino alla modifica delle clausole riguardanti i tassi di interesse⁷⁸, ovvero possono essere variate tutte le clausole che riguardano altri aspetti economici del rapporto contrattuale.

Come sopra ricostruito⁷⁹, l'art. 118 T.u.b. nel corso degli anni ha subito numerose e repentine modifiche da parte del legislatore, modifiche che hanno evidenziato una netta distinzione in merito all'applicazione soggettiva della norma; siffatta distinzione riguarda le differenti controparti con le quali la banca può trovarsi a dover concludere un contratto, ovvero da un lato, consumatori e micro - imprese, dall'altro professionisti e macro - imprese; tale distinzione porta all'applicazione di una diversa disciplina rispetto al tipo di soggetti che concludono il contratto. Ultimo intervento del legislatore è stato quello di inserire un c. 2-bis⁸⁰ con l'intento di disciplinare

⁷⁶ Nota del 21/02/2007, n. 5574.

⁷⁷ Cfr. Collegio di Milano, decisione n. 334 del 2010.

⁷⁸ Cfr. Collegio di Milano, decisione n. 387 del 2010.

⁷⁹ *Infra*, § 2, nel paragrafo sull'evoluzione normativa dell'art. 118 T.u.b. si segnalano le modifiche apportate dal legislatore nel corso degli anni alla disciplina in esame.

⁸⁰ «Se il cliente non è un consumatore né una micro-impresa come definita dall'articolo 1, comma 1, lettera t), del decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 11, nei contratti di durata diversi da quelli a tempo indeterminato di cui al comma 1 del presente articolo possono essere inserite clausole, espressamente approvate dal cliente, che prevedano la possibilità di

l'applicazione della norma quando si tratta di professionisti e macro-imprese. Dalla lettura del c. 2-*bis* emerge in modo chiaro che “giustificato motivo”, elemento essenziale e necessario per la variazione delle clausole contrattuali, per i professionisti e per le macro-imprese è individuato *a priori*, ovvero al momento della conclusione del contratto, momento in cui la banca ha la possibilità di identificare in modo preventivo gli eventi e le condizioni per legittimare le variazioni contrattuali o dei soli tassi d'interesse.

modificare i tassi di interesse al verificarsi di specifici eventi e condizioni, predeterminati nel contratto».

LA PARABOLA DEL DANNO ALL'IMMAGINE DEGLI ENTI

Roberto Carmina

Avvocato del Foro di Palermo, Dottorando di ricerca dell'Università di Palermo e International Phd scholar, Katholieke Universiteit Leuven

Il lavoro prende in esame la casistica e la letteratura sul tema del danno all'immagine degli enti. Tale analisi è funzionale alla relativizzazione dei parametri di giudizio sull'an e sul quantum risarcitorio del danno all'immagine degli enti, dando prevalenza al criterio della futilità del pregiudizio effettivamente subito.

The work examines case studies and literature on the subject of damage to the image of associations. This analysis is functional to the relativization of the judging parameters on the an and quantum of compensation of the damage to the image of the associations, giving preference to the criterion of the futility of the loss actually incurred.

Sommario:

1. Un sintetico excursus storico degli orientamenti giurisprudenziali-dottrinali sul tema
2. Valutazioni critiche sulla limitazione del ristoro del danno all'immagine dell'ente
3. Considerazioni conclusive

1. Un sintetico excursus storico degli orientamenti giurisprudenziali-dottrinali sul tema

Com'è noto, nell'ultimo cinquantennio si è assistito alla tendenza della dottrina e della giurisprudenza ad estendere il campo di applicazione dei danni risarcibili ex art. 2043 c.c. ed ex art. 2059 c.c.¹.

In relazione all'art. 2043 c.c., nel 1999 la Cassazione ha definitivamente affermato l'atipicità del danno patrimoniale risarcibile. Conseguentemente il danno ingiusto previsto dalla disposizione testé menzionata corrisponde alla lesione di una qualunque posizione soggettiva meritevole di tutela per il nostro ordinamento giuridico².

Per quel che concerne l'art. 2059 c.c. ci si è chiesti periodicamente che cosa dovesse intendersi per danno non patrimoniale risarcibile. Originariamente si è ritenuto che esso fosse da limitare al danno morale soggettivo, identificato nelle sofferenze psicologiche derivanti da un reato ex art. 185 c.p. e nelle sporadiche ipotesi espressamente previste dalla legge.

¹ Cfr, *ex multis*, MAZZAMUTO, *Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c. e le ambiguità delle Sezioni unite a proposito della risarcibilità del danno non patrimoniale*, in *Contr. impr.*, 2009, 589 ss; ZIVIZ, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 2011, 1 ss; CENDON, *Trattato dei nuovi danni. Danni in generale. Integrità fisica e psichica. Criteri del risarcimento*, Padova, 2011, 1 ss; CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 315 ss; PALAZZO, *Tutela del consumatore e responsabilità civile del produttore e del distributore di alimenti in Europa e negli Stati Uniti*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, 685 ss; FRANZONI, *Il danno non patrimoniale, il danno morale: una svolta per il danno alla persona*, in *Resp. civ. prev.*, 2003, 680 ss; BUSNELLI - PATTI, *Danno e responsabilità civile*, Torino, 2013, 1 ss; LIOTTA, *Attività sportive e responsabilità dell'organizzatore*, Napoli, 2005, 1 ss; NAVARRETTA, *Ripensare il sistema dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ. prev.*, 2004, 3 ss; SANTORO, *Sport estremi e responsabilità*, Milano, 2008, 1 ss; PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *I «nuovi» danni e le funzioni della responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2003, 462 ss; ASTONE, *Danni non patrimoniali. Art. 2059*, Milano, 2012, 1 ss; ALESSI, *Il difficile percorso della responsabilità civile europea*, in *Danno e resp.*, 1999, 377 ss; CENDON, *Non di sola salute vive l'uomo*, in CENDON – ZIVIZ (a cura di), *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*, Milano, 2000, 14 ss; CARMINA, *L'obbligo degli enti sportivi dilettantistici di tutelare la salute degli sportivi e i correlativi profili di responsabilità*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, 332 ss; CARMINA, *La responsabilità disciplinare oggettiva dei sodalizi sportivi*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, 1692 ss; CASTRONOVO - MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007, 1 ss; RUPERTO, *La giurisprudenza sul codice civile. Coordinata con la dottrina. Libro IV: Delle obbligazioni. Artt. 2028-2059*, Milano, 2012, 205 ss; CARBONE, *Il fatto dannoso nella responsabilità civile*, Napoli, 1969, 1 ss.

² Cass, SS. UU, 22 luglio 1999, n. 500 e n. 501, in *Danno e resp.*, 1999, 965 ss.

Pertanto non era concepibile un risarcimento del danno non patrimoniale a favore degli enti stante che essi non hanno emozioni³.

Nel 2003 la Cassazione mutò definitivamente orientamento e affermò che seppur il danno morale soggettivo non fosse ipotizzabile per gli enti stante che questi soggetti collettivi non possono avere un patema d'animo, era nei confronti di questi configurabile un danno non patrimoniale, ex art. 2059 c.c. in combinato disposto con l'art. 2 della Costituzione⁴.

Una successiva pronuncia della Corte Costituzionale confermò la risarcibilità ex art. 2 della Costituzione e ex art. 2059 c.c. del danno non patrimoniale, il cui rinvio ai casi in cui la legge consente la riparazione del danno non patrimoniale può ben essere riferito alle previsioni della Carta Costituzionale. Infatti si affermò che in caso di lesione di diritti garantiti costituzionalmente non può interpretarsi restrittivamente la riserva di legge di cui all'art. 2059 c.c.⁵.

Successivamente la giurisprudenza tornò sul tema specificando che l'ente avrebbe potuto far valere il danno non patrimoniale da intendersi quale lesione dei diritti immateriali al nome, all'immagine, alla reputazione e all'esistenza di essa⁶. In altri termini, a detta della Cassazione, la Costituzione esige la risarcibilità delle posizioni giuridiche soggettive che trovano in essa fondamento, sia che riguardino le persone fisiche sia che concernano gli enti collettivi, laddove queste non presuppongano la fisicità del loro titolare, a prescindere dalla sussistenza di un danno patrimoniale. La *ratio* di tale affermazione, come anticipato, è da rinvenirsi nell'art. 2 della Costituzione che tutela i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali dove si realizza la sua personalità. Infatti «sarebbe contraddittorio riconoscere la risarcibilità del danno non patrimoniale per lesione di un diritto fondamentale al soggetto persona fisica quando agisce direttamente e non riconoscerla alla formazione sociale, la quale è pur sempre espressione di uomini nati da ventre di donna»⁷.

Nel 2008 la giurisprudenza chiarì che il danno non patrimoniale doveva essere inteso e liquidato in senso unitario ed ammise la sussistenza di varie voci di danno (danno biologico, morale soggettivo ed esistenziale) solo a fini meramente classificatori⁸. In tal modo si ritornò ad un sistema binario nel

³ Tribunale di Roma, 17 dicembre, 1976, in *Giur. it.*, 1978, 26 ss.

⁴ Cass, sez. III, 31 maggio 2003, n. 8827 e n. 8828, in *Foro it.*, 2003, 2273 ss.

⁵ Corte Costituzionale, 11 Luglio 2003, n. 233, in *Foro it.*, 2003, 2202 ss. Dello stesso avviso anche Cass, SS. UU, 24 marzo 2006, n. 6572, in *Foro it.*, 2006, 1344 ss.

⁶ Cass, sez. I, 2 luglio 2004, n. 12110, in *Danno e resp.*, 2005, 977 ss.

⁷ Cass, sez. III, 4 giugno 2007, n. 12929, in *Danno e resp.*, 2007, 1236 ss.

⁸ Cass. SS. UU, 11 novembre 2008, n. 26972, in *Danno e resp.*, 2009, 19 ss.

quale si possono configurare solo danni patrimoniali o danni non patrimoniali.

In seguito le Sezioni Unite della Suprema Corte precisarono che il danno morale, da intendersi quale voce del danno non patrimoniale, si sarebbe potuto distinguere in due sottocategorie: l'ipotesi in cui la risarcibilità risulta in modo espresso da una legge *ad hoc* (in cui rientra il caso del fatto illecito integrante un reato) e quella in cui la risarcibilità discende da un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., per aver il fatto illecito realizzato un pregiudizio a un diritto della persona garantito dalla Costituzione⁹.

Più recentemente la Corte di Cassazione ha ribadito che la tutela costituzionale dei diritti deve trovare applicazione anche per gli enti, prevedendosi per essi la possibilità di richiedere il risarcimento del danno non patrimoniale all'immagine, da intendersi quale diritto immateriale della personalità, compatibile con l'assenza di fisicità. Pertanto «in tali casi, oltre al danno patrimoniale, se verificatosi, e se dimostrato, è risarcibile il danno non patrimoniale costituito - come danno c.d. conseguenza - dalla diminuzione della considerazione della persona giuridica o dell'ente, sia sotto il profilo della incidenza negativa che tale diminuzione comporta, sia sotto il profilo della diminuzione della considerazione da parte dei consociati in genere o di settori o categorie di essi con le quali la persona giuridica o l'ente di norma interagisca»¹⁰.

⁹ Cass, SS. UU, 13 febbraio 2009, n. 3677, consultabile *on line* in <http://www.iusexplorer.it>.

¹⁰ Cass, sez. III, 22 marzo 2012, n. 4542, consultabile *on line* in <http://www.dirittoegiustizia.it>. In tema, per quel che concerne il settore pubblico, si veda anche Corte dei Conti, Sicilia, sezione giurisdizionale, 9 luglio 2015, n. 670, consultabile *on line* in www.grandiclienti.ilsole24ore.com. Sulla questione della distinzione tra il danno evento e quello conseguenza occorre precisare che la differenziazione tra di essi fu introdotta nel nostro ordinamento giuridico dalla Corte Costituzionale nel 1986 (Corte Costituzionale, 14 luglio 1986, n. 184, in *Foro it.*, 1986, 2053 ss.). Infatti la Consulta, per differenziare il danno biologico da quello morale soggettivo, evidenziò che il *discrimen* tra questi due pregiudizi è strutturale, stante che il danno morale, così come quello patrimoniale, sarebbe da considerare quale danno conseguenza derivante dalla lesione subita dalla vittima, mentre il danno biologico sarebbe un danno evento, visto che rilevarebbe in *re ipsa* quale semplice lesione dell'integrità psico-fisica. Conseguentemente, il danno evento pur potendo produrre conseguenze patrimoniali e non patrimoniali, rilevarebbe indipendentemente da esse. In seguito la Corte Costituzionale mutò orientamento e criticò tale distinzione (Corte Costituzionale, 27 ottobre 1994, n. 372, in *Giurisprudenza it.*, 1995, 406 ss.), sostenendo che «laddove [si] qualifica come 'presunto' tale danno, identificandolo col fatto illecito lesivo della salute, essa intende dire che la prova della lesione è, in *re ipsa*, prova dell'esistenza di un danno (atteso che da una seria lesione dell'integrità fisio-psichica difficilmente si può

Per quel che concerne il settore sportivo, nel 2012 la Corte dei Conti, riconobbe la sussistenza di un danno all'immagine perpetrato da alcuni arbitri e assistenti di gara nei confronti della Figc. Nello specifico si affermò che l'interesse sportivo deve essere considerato quale bene inviolabile di rilevanza collettiva attraverso il quale si realizza la personalità dell'individuo, anche come sodalizio, e che per tale ragione necessita di un'idonea salvaguardia da parte dell'ordinamento generale. Inoltre, si sostenne «che il Coni e le Federazioni aderenti, possono subire diretta lesione dell'immagine dal comportamento scorretto di tutti coloro che, partecipando alla funzione demandata all'ente, minano il prestigio e la

guarire in modo perfetto), non già che questa prova sia sufficiente ai fini del risarcimento. È sempre necessaria la prova ulteriore dell'entità del danno, ossia la dimostrazione che la lesione ha prodotto una perdita di tipo analogo a quello indicato dall'art 1223 cod. civ., costituita dalla diminuzione o privazione di un valore personale (non patrimoniale), alla quale il risarcimento deve essere (equitativamente) commisurato». Successivamente, invece, la Corte di Cassazione decise di riappropriarsi della tesi affermata dalla Consulta nel 1986, affermando che il danno non patrimoniale «non coincide con la lesione dell'interesse protetto, esso consiste in una perdita, nella privazione di un valore non economico (...) volendo far riferimento alla nota distinzione tra danno-evento e danno-conseguenza (introdotta da Corte Costituzionale 184/86, che ha collocato nella prima figura il danno biologico, ma abbandonata dalla successiva Corte costituzionale 372/94), si tratta di danno-conseguenza. Non vale pertanto l'assunto secondo cui il danno sarebbe in *re ipsa* nel senso che sarebbe coincidente con la lesione dell'interesse». In dottrina sulla distinzione tra danno evento e danno conseguenza si vedano, tra gli altri, le opinioni di CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in CASTRONOVO (a cura di), *La nuova responsabilità civile*, Milano, 1997, 248, il quale ritiene che attraverso questa ricostruzione «l'art. 2043 e l'art. 2059 non si trovano sullo stesso piano normativo, non sono cioè due fattispecie di responsabilità riguardanti l'una il danno patrimoniale e l'altra il danno non patrimoniale. L'art. 2043 è infatti disciplina di una fattispecie di responsabilità completa in tutti i suoi elementi, mentre l'art. 2059 si appunta su un solo elemento della fattispecie, quel danno conseguente alla lesione che non sia suscettibile di valutazione economica, prevedendone un risarcimento limitato ad ipotesi tipiche. L'art. 2059 non è il *pendant* dell'art. 2043 bensì dell'art. 1223; esso non disciplina cioè la lesione di un interesse tutelato bensì la perdita non monetariamente apprezzabile della lesione di un interesse patrimoniale o non patrimoniale, una perdita non suscettibile di valutazione economica»; FRANZONI, *Il danno risarcibile*, in FRANZONI (a cura di), *Trattato della responsabilità civile*, Milano, 2004, 102, il quale sostiene che «il danno risarcibile è sempre una conseguenza e l'antecedente è costituito dall'evento di danno, ossia, la modificazione esteriore, materiale o giuridica della sfera della vittima». Sulla tematica cfr. anche Gorla, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: 'Fatto dannoso e conseguenze'*, in *Studi in onore di A. Cicu*, Milano, 1951, 433 ss; FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità nell'illecito civile*, Padova, 1960, 1 ss; SALVI, *Il danno extracontrattuale, modelli e funzioni*, Napoli, 1985, 11; MAZZAMUTO, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, 437 ss; ZIVIZ, *I danni non patrimoniali*, Torino, 2012, 48 ss.

fiducia che i cittadini ripongono in un operato corretto e trasparente della Federazione stessa»¹¹.

A distanza di un anno la Corte di Cassazione ha esteso il risarcimento del danno all'immagine agli enti sportivi, ritenendo, nel caso di un giocatore di hockey su ghiaccio che in presenza di un contratto che lo legava a una società italiana si accordava per giocare con una società americana, che fosse configurabile un danno all'immagine per la società sportiva di appartenenza.

Infatti, la condotta dell'atleta testé menzionata era da considerarsi un inadempimento grave degli obblighi assunti con il contratto e configurava un danno all'immagine dell'ente sportivo che giustificava la risoluzione del negozio giuridico ed il risarcimento del danno¹².

2. Valutazioni critiche sulla limitazione del ristoro del danno all'immagine dell'ente

Il diritto all'immagine degli enti, che, come abbiamo evidenziato, viene riconosciuto a più riprese dalla giurisprudenza¹³, trova il suo fondamento «nella necessità di tutelare diverse situazioni, sia patrimoniali, sia personali, che il legislatore intende salvaguardare. E così tra le prime si colloca innanzitutto il diritto allo sfruttamento economico della propria immagine mentre tra le seconde si collocano beni immateriali quali l'onore, la reputazione, l'identità personale e la riservatezza»¹⁴.

¹¹ Corte dei Conti, sez. giurisdizionale per la Regione Lazio, 16 ottobre 2012, consultabile on line in <http://www.corteconti.it>.

¹² Cass, sez. lavoro, 17 gennaio 2013, n. 1150, in *Riv. dir. econ. sport*, 2013, 183 ss.

¹³ È opportuno precisare che già nel 1992 il Tribunale di Milano (Tribunale di Milano, 9 novembre 1992, in *Giurisprudenza it.*, 1993, 747 ss.) aveva sostenuto l'estensibilità del danno all'immagine delle persone giuridiche anche agli enti non personificati, affermando che «la contrada, in quanto (...) rivestente la qualifica di associazione non riconosciuta, ha legittimazione attiva con riguardo al diritto all'immagine e sui simboli del palio di Siena».

¹⁴ MUSIO, *Profili civilistici del danno all'immagine delle persone giuridiche*, in AVERSANO - LAINO - MUSIO (a cura di), *Il danno all'immagine delle persone giuridiche: profili civilistici, penalistici ed erariali*, Torino, 2012, 15. Per approfondire la questione del danno al diritto all'immagine degli enti, oltre i limiti della presente trattazione, si vedano, tra gli altri, CASTRO, *Il danno all'immagine*, Torino, 2008, 1 ss; FERRARA, *Il diritto sulla propria immagine nel nuovo codice civile e sulla nuova legge sul diritto d'autore*, Roma, 1942, 184 ss; SACCHETTINI, *Il risarcimento per lesione all'immagine trova fondamento nella Costituzione*, in *Guida dir.*, 2007, 25 ss; ZIVIZ, *Lesione del diritto all'immagine e risarcimento del danno*, in *Resp. civ. prev.*, 2000, 705 ss; DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1947, 32 ss; VITTORIA, *Il danno non patrimoniale agli enti collettivi*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 539 ss.

In più, esso è garantito dagli articoli 2 (che tutela la dignità di ogni persona)¹⁵, 3, c. 2 (che impone allo Stato di rimuovere gli ostacoli alla libera realizzazione della persona umana)¹⁶, 41, c. 1 (secondo il quale l'iniziativa economica è libera)¹⁷ e 18, c. 1 della Costituzione¹⁸. In particolare, quest'ultima posizione giuridica soggettiva va intesa in modo sostanziale come diritto spettante all'ente di tutelare quel comune ideale per cui esso si è costituito e non già solo come facoltà spettante a più soggetti di costituire un sodalizio¹⁹.

Più in generale, il diritto all'immagine ha una duplice dimensione: una relazionale che dipende dalla considerazione che di esso hanno la generalità dei soggetti o le categorie di individui con cui questo entra in contatto e una interna che trae origine dall'opinione che ha un soggetto di sé stesso²⁰. Per quel che concerne gli enti collettivi è immediatamente riconoscibile la dimensione relazionale, consistente nella considerazione che dell'ente hanno la collettività o alcune categorie di individui con cui esso entra in contatto, mentre qualche difficoltà è sorta per individuare la dimensione interna di tale diritto, stante che un ente non può avere una percezione di sé stesso.

Tuttavia, a ben vedere, anche in tale ipotesi è individuabile la dimensione interna del diritto in esame visto che l'ente opera per il tramite di individui che secondo il principio dell'immedesimazione organica sono parte di questo. In tale prospettiva la dimensione interna del diritto all'immagine deriva dalla considerazione che chi opera per l'ente ha di esso. Tale opinione può avere un'incidenza positiva o negativa sul loro agire per l'ente.

La Cassazione, invece, ha più volte limitato la risarcibilità del danno all'immagine arrecato all'ente alla sola dimensione relazionale di esso, sostenendo, a titolo esemplificativo, che le affermazioni offensive «in quanto

¹⁵ Ex art. 2 della Costituzione «la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale».

¹⁶ Ai sensi dell'art. 3, c. 2 della Costituzione «è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese».

¹⁷ L'art. 41, c. 1 della Costituzione chiarisce che «l'iniziativa economica privata è libera».

¹⁸ L'art. 18, c. 1 della Costituzione prevede che «i cittadini hanno diritto di associarsi liberamente, senza autorizzazione, per fini che non sono vietati ai singoli dalla legge penale».

¹⁹ In questo senso CASSANO, *Il danno all'immagine della P. A. come danno esistenziale?*, in *Danno e resp.*, 2001, 1191 ss.

²⁰ Per un più approfondito excursus storico in tema di risarcimento del danno non patrimoniale degli enti si vedano, tra gli altri, LAMORGESE, *Il danno all'immagine delle persone giuridiche*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 231 ss; PONCIBO', *Gli enti dal danno morale al 'nuovo' danno non patrimoniale*, in *Danno e resp.*, 2009, 237 ss.

non esterne al di fuori dell'ambito aziendale, non sono idonee ad incidere sulla reputazione, sul prestigio e sul buon nome della società né tanto meno a provocarne la caduta dell'immagine»²¹ oppure, nel caso di una segnalazione alla Centrale Rischi, che la lesione del diritto all'immagine dell'ente si verificherebbe con «l'inserimento della notizia circa la sofferenza per un tempo sufficiente a consentirne la percepibilità alla platea di coloro che alla Centrale Rischi hanno accesso», visto che «il danno-evento appare verificato con l'inserimento, ma il danno-conseguenza si verifica quando inizia la settimana lavorativa e la platea dei soggetti che possono accedere alla Centrale Rischi può farlo»²².

Pertanto l'ente potrebbe ottenere il ristoro del danno non patrimoniale subito solo nel caso in cui la condotta offensiva produca effetti che si proiettino al di fuori del contesto aziendale.

In tal modo la lesione del diritto all'immagine va a coincidere con il pregiudizio arrecato alla reputazione dell'ente. In altri termini, il danno all'immagine dell'ente corrisponderebbe alla *deminutio* della considerazione della collettività o di specifici settori di individui derivante dagli effetti pregiudizievoli conseguenti a un addebito negativo²³.

La *ratio* di tale limitazione sarebbe da rinvenire nell'art. 2 della Costituzione che oltre a prevedere la tutela dei diritti della personalità, impone anche l'accettazione da parte degli individui di futuri pregiudizi in ragione della tolleranza richiesta dalla coesistenza civile²⁴. In tal modo si cercherebbe di ridurre il danno risarcibile per evitare che l'art. 2059 c.c. si estenda oltre ogni limite tollerabile ricomprendendo anche il ristoro di danni bagatellari²⁵.

Un'altra giustificazione di tale orientamento sarebbe da rinvenire nella natura di danno conseguenza del pregiudizio all'immagine dell'ente visto che non sarebbe sufficiente un danno evento da intendersi quale lesione di

²¹ Cass, sez. lavoro, 21 maggio 2013, n. 22396, in *Danno e resp.*, 2014, 895 ss.

²² Cass, sez. III, 4 giugno 2007, n. 12929, *cit.* In questo senso vedi anche Cass, sez. III, 22 marzo 2012, n. 4542, *cit.*

²³ In questo senso, tra gli altri, PERLINGIERI, *Enti e diritti della persona*, Napoli, 2008, 209 ss; FUSARO, *I diritti della personalità dei soggetti collettivi*, Padova, 2002, 62 ss; ZOPPINI, *I diritti della personalità delle persone giuridiche (e dei gruppi organizzati)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 851 ss; FOFFA, *La lesione all'immagine di una persona giuridica*, in *Danno e resp.*, 2007, 1243 ss.

²⁴ NAVARRETTA, *Il danno alla persona tra solidarietà e tolleranza*, in *Resp. civ. prev.*, 2001, 789 ss.

²⁵ TRECCANI, *Danno all'immagine dell'azienda e licenziamento del lavoratore*, in *Danno e resp.*, 2014, 896 ss.

tale valore in sé, ma il ristoro sarebbe ammissibile solo nel caso di diminuzione della reputazione dell'ente nei confronti dei consociati²⁶.

Tuttavia non riteniamo che tale orientamento diffuso in giurisprudenza sia condivisibile per varie ragioni.

In primis la limitazione del ristoro del danno all'immagine di un ente al danno conseguenza è criticabile visto che «se si afferma che certi diritti costituzionalmente garantiti debbono essere tutelati a prescindere dal verificarsi di determinate conseguenze lesive, patrimoniali e non: se si vuole, in altri termini, attribuire rilevanza superiore a particolari situazioni giuridiche soggettive, riconoscendo che la loro semplice violazione già provoca un danno risarcibile, non si comprende perché si debba sminuire il rilievo del concetto di danno evento; salvo immaginare che questo atteggiamento rappresenti l'indizio di una precisa intenzione di limitare la risarcibilità del danno non patrimoniale»²⁷. Del resto la giurisprudenza in tema di irragionevole durata del processo ha ritenuto che il danno all'immagine dell'ente fosse un danno evento e non un danno conseguenza stante che «una volta accertata e determinata l'entità della violazione relativa alla durata irragionevole del processo, il giudice deve ritenere tale danno esistente, sempre che non risulti la sussistenza nel caso concreto, di circostanze particolari che facciano positivamente escludere che tale danno sia stato subito dal ricorrente»²⁸.

In secondo luogo, anche nel caso in cui si volesse limitare il ristoro del pregiudizio all'immagine dell'ente al danno conseguenza, questo non comporterebbe di per sé l'esclusione della risarcibilità dei pregiudizi alla dimensione interna del diritto all'immagine del sodalizio.

Infatti, a ben vedere, anche in questo caso si può individuare un danno conseguenza e non un mero danno evento se si fa riferimento alle ripercussioni negative che la lesione della dimensione interna del diritto all'immagine dell'ente determina nell'agire di coloro che operano per esso in quanto più si riduce la considerazione che gli organi dell'ente hanno del sodalizio di cui fanno

²⁶ Cfr. *ex multis*, Cass, sez. III, 4 giugno 2007, n. 12929, *cit.* In questo senso vedi anche Cass, sez. III, 22 marzo, 2012, n. 4542, *cit.* In dottrina in questo senso, tra gli altri, BIANCHI, *Il danno non patrimoniale da lesione dei diritti di proprietà intellettuale*, in NAVARRETTA (a cura di), *Il danno non patrimoniale. Principi, regole e tabelle per la liquidazione*, Milano, 2010, 383 ss; ANGIULI, *Il danno non patrimoniale agli enti collettivi tra danno-evento e danno-conseguenza*, in *Giurisprudenza it.*, 2008, 878 ss; TRECCANI, *Danno all'immagine dell'azienda e licenziamento del lavoratore*, in *Danno e resp.*, 2014, 896 ss.

²⁷ IURILLI, *La tutela dell'immagine delle persone giuridiche tra danno evento e danno conseguenza*, in *resp. civ.*, 2008, 129.

²⁸ Cass, sez. I, 29 marzo 2006, n. 7145, consultabile *on line* in <http://www.iusexplorer.it>.

parte più il loro agire risulterà inefficace. Inoltre, tale *deminutio* nel *modus operandi* delle persone fisiche che esprimono la volontà dell'ente (le quali per il principio di immedesimazione organica sono componenti del sodalizio di appartenenza) di riflesso incide sulla reputazione che dell'ente hanno i consociati, stante il declino della sua funzionalità eterodiretta²⁹.

Del resto la giurisprudenza penalistica ha evidenziato che anche l'autonoma lesione della dimensione interna del diritto all'immagine dell'ente debba avere rilevanza per l'ordinamento giuridico indipendentemente dalla realizzazione di un pregiudizio alla dimensione relazionale del diritto testé menzionato. In questa prospettiva si è sostenuto che «la condotta penalmente rilevante, tenuta dall'amministratore di una persona giuridica nell'esercizio delle proprie funzioni, è di per sé idonea a legittimare la domanda di risarcimento del danno non patrimoniale ed all'immagine proposta dall'ente, a prescindere dalla circostanza che i fatti commessi dal responsabile abbiano avuto o meno diffusione sui mezzi di informazione»³⁰.

3. Considerazioni conclusive

Il recente orientamento giurisprudenziale maggioritario diretto a limitare la risarcibilità del danno all'immagine dell'ente³¹ è contraddittorio laddove riconosce l'importanza della dimensione interna del diritto all'immagine dell'ente per poi negarne implicitamente ogni rilevanza ai fini del

²⁹ È opportuno chiarire che il pregiudizio all'immagine dell'ente è pur sempre un danno che deve concernere la soggettività del sodalizio, producendo effetti diretti sul suo operare, mentre, invece, non può farsi valere la sofferenza in sé e per sé dei componenti di esso, indipendente dalla loro azione nel sodalizio, la quale non ha rilevanza diretta su di esso, per la loro diversa soggettività rispetto al soggetto collettivo. In questo senso, tra le altre, Cass, sez. I, 2 luglio 2004, n. 12110, in *Danno e resp.*, 2005, 977 ss. Tuttavia, occorre evidenziare che la giurisprudenza in tema di irragionevole durata del processo, in alcune occasioni, ha sposato la tesi contraria sostenendo che «alla stregua del costante orientamento della Corte Europea dei diritti dell'Uomo, anche gli enti personificati non diversamente dagli individui persone fisiche hanno il diritto di ottenere la riparazione dei danni non patrimoniali causati dalla durata non ragionevole del processo e tali danni possono essere ravvisati anche nello stato di incertezza e di disagio che la durata (eccessiva) del processo determina nei soci e nelle persone preposte alla gestione dell'impresa». Di questo avviso Cass, sez. I, 15 giugno 2005, n. 12854, in *Guida dir.*, 2005, 60 ss.

³⁰ Cass, sez. III, 26 giugno 2007, n. 14766, consultabile *on line* in <http://www.iusexplorer.it>. In tal senso si veda anche Tribunale di Roma, 19 Gennaio 1984, in *Cass. pen.*, 1984, 1265 ss.

³¹ Cfr, *ex multis*, Cass, sez. III, 4 giugno 2007, n. 12929, *cit*; Cass, sez. III, 22 marzo 2012, n. 4542, *cit*; Cass, sez. lavoro, 21 maggio 2013, n. 22396, *cit*.

risarcimento del danno, stante che in tale subcategoria del danno mancherebbe una lesione della reputazione del sodalizio, da intendersi quale diminuzione della considerazione che di esso hanno i consociati. Pertanto non si comprende come la dimensione interna del diritto all'immagine dell'ente possa essere al contempo rilevante teoricamente e futile praticamente ai fini del risarcimento, tanto da ritenersi che la convivenza sociale ne escluderebbe la risarcibilità. Invece, noi riteniamo che l'irrelevanza del danno all'immagine dell'ente non debba dipendere dalla sua mancata proiezione all'esterno, ma dalla futilità del pregiudizio in sé e per sé considerato, stante una sua scarsa incidenza sul diritto all'immagine *lato sensu* inteso, quale posizione giuridica soggettiva, composta da una dimensione interna e una relazionale, che è suscettibile di subire lesioni patrimoniali e non patrimoniali. Del resto è appena il caso di evidenziare che il pregiudizio risarcibile del diritto all'immagine dell'ente non concerne solo i danni non patrimoniali³² ma anche quelli patrimoniali, quali i rapporti con gli sponsor, con i tifosi, con le emittenti televisive nonché le eventuali conseguenze negative di potenziali azioni volte al risarcimento dei danni che possono far valere questi nei confronti del sodalizio.

In più il diritto all'immagine non corrisponde solo ed esclusivamente alla reputazione. Infatti, le disposizioni legislative in tema di diritto all'immagine (art. 10 c.c. e legge n. 633/1941) sono chiare a tal proposito. Infatti, il dato letterale di cui all'art. 10 c.c.³³ fa riferimento al decoro e alla reputazione come due diverse ipotesi disgiunte dalla congiunzione «ovvero» mentre l'art. 20 della legge n. 633/1941 (legge sul diritto d'autore)³⁴ richiama espressamente la nozione di onore in alternativa a quella di reputazione, che in tal senso rappresenterebbe una situazione giuridica soggettiva che comprende sia la proiezione interna che quella esterna del diritto

³² È appena il caso di evidenziare che il danno non patrimoniale al diritto all'immagine del sodalizio dovrà essere liquidato in via equitativa, tenuto conto di tutte le circostanze del caso concreto.

³³ L'art 10 c.c. stabilisce che «qualora l'immagine di una persona o dei genitori, del coniuge o dei figli sia stata esposta o pubblicata fuori dei casi in cui l'esposizione o la pubblicazione è dalla legge consentita, ovvero con pregiudizio al decoro o alla reputazione della persona stessa o dei detti congiunti, l'autorità giudiziaria, su richiesta dell'interessato, può disporre che cessi l'abuso, salvo il risarcimento dei danni».

³⁴ L'art. 20 della legge n. 633 del 22 aprile 1941 prevede che «indipendentemente dai diritti esclusivi di utilizzazione economica dell'opera, previsti nelle disposizioni della sezione precedente, ed anche dopo la cessione dei diritti stessi, l'autore conserva il diritto di rivendicare la paternità dell'opera e di opporsi a qualsiasi deformazione, mutilazione od altra modificazione, ed a ogni atto a danno dell'opera stessa, che possano essere di pregiudizio al suo onore o alla sua reputazione», consultabile *on line* in <http://www.normattiva.it>.

all'immagine³⁵. Conseguentemente anche il semplice desiderio di riserbo deve essere considerato quale interesse rientrante nel diritto all'immagine e quindi oggetto di autonoma tutela. Infatti, «l'onore (...), quale esplicazione della propria personalità morale, racchiude in sé una duplice nozione: in senso soggettivo si identifica col sentimento che ciascuno ha della propria dignità 'morale' e designa quella somma di valori che l'individuo attribuisce a se stesso (c. d. onore in senso stretto); in senso oggettivo è la stima o l'opinione che gli altri hanno di noi, rappresenta cioè il patrimonio morale che deriva dall'altrui considerazione e che si definisce altrove come reputazione»³⁶.

In ultimo, una problematica di eccessiva estensione del danno risarcibile, che potrebbe giustificare un'operazione ermeneutica volta a limitarne l'espansione del ristoro del diritto all'immagine degli enti, ad oggi è impensabile stante l'odierno orientamento della giurisprudenza³⁷ che definisce il pregiudizio all'immagine risarcibile quale danno conseguenza.

Difatti, tale qualificazione del danno risarcibile comporta un sensibile

³⁵ Di questo avviso DE CUPIS, voce *Immagine (diritto alla)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1989, 1 ss.

³⁶ Tribunale di Genova, 15 luglio 2010, consultabile *on line* in www.grandiclienti.ilsole24ore.com. Per una disamina sulla questione dei rapporti tra il diritto all'onore e quello alla reputazione si vedano, *ex multis*, RICCI, *Il diritto alla reputazione nel quadro dei diritti della personalità*, Torino, 2014, 35 ss; MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974, 1 ss; ZENO ZENCOVICH, *Onore e reputazione nel sistema del diritto civile*, Napoli, 1985, 97 ss; CASSANO - SGROI, *La diffamazione civile e penale*, Milano, 2011, 1 ss; DE CUPIS, *Condizioni morali e tutela dell'onore*, in *Foro pad.*, 1960, 677 ss; GARUTTI, *Il diritto all'onore e la sua tutela civilistica*, Padova 1985, 1 ss; LIOTTA, voce *Onore (diritto all')*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1980 202 ss; NATOLI, *La tutela dell'onore e della reputazione in internet: il caso della diffamazione anonima*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, 441 ss; PINO, *Teoria e pratica del bilanciamento: tra libertà di manifestazione del pensiero e tutela dell'identità personale*, in *Danno e resp.*, 2003, 577 ss. Sull'argomento si veda anche la Relazione del Guardasigilli sul progetto definitivo del codice penale nella quale l'onore viene qualificato come «un bene individuale immateriale, protetto dalla legge per consentire all'individuo l'esplicazione della propria personalità morale» (Relazione del Guardasigilli sul progetto definitivo del codice penale, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, Roma, 1929, 401 ss.). In tema si veda altresì Cass, 10 maggio 2001, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, 529 ss, secondo la quale «la reputazione si identifica con il senso della dignità personale in conformità all'opinione del gruppo sociale, secondo il particolare contesto storico. Essa va valutata *in abstracto* cioè con riferimento al contenuto della reputazione, quale si è formata nella comune coscienza sociale di un determinato momento».

³⁷ Cfr, *ex multis*, Cass, sez. III, 4 giugno 2007, n. 12929, *cit*; Cass, sez. III, 22 marzo 2012, n. 4542, *cit*; Cass, sez. lavoro, 21 maggio 2013, n. 22396, *cit*.

aggravio della posizione processuale dell'ente³⁸, che dovrà provare le conseguenze dannose anche se dovessero essere attinenti, seguendo il nostro orientamento, all'incidenza sul suo *modus operandi*.

³⁸ In tal senso MUSIO, *Profili civilistici del danno all'immagine delle persone giuridiche*, in AVERSANO - LAINO - MUSIO (a cura di), *Il danno all'immagine delle persone giuridiche: profili civilistici, penalistici ed erariali*, Torino, 2012, 52.

BREVI RIFLESSIONI SULLA SOGGETTIVITÀ. GIURISPRUDENZA E PRASSI*

Sara Landini, Marco Rizzuti, Jacopo Bassi, Nicola Rumine

Scuola di dottorato in scienze giuridiche dell'Università di Firenze

I contributi qui raccolti prendono in esame, da prospettive differenti, alcune problematiche figure che si collocano al confine fra soggetto di diritto e mero insieme di beni, quali i patrimoni destinati, le reti di imprese ed il condominio negli edifici.

The papers take into consideration, from different points of view, some borderline juridical instruments, oscillating between legal person and mere patrimony, such as trust funds, business networks and condominium.

Sommario:

1. Introduzione
2. Soggettività e destinazione
3. Soggettività e attività di impresa
4. Appunti sulla soggettività giuridica del condominio alla luce della riforma

* Il saggio riporta le riflessioni, all'interno di un seminario dedicato, dei dottorandi e dottori di ricerca della Scuola di dottorato in scienze giuridiche dell'Università di Firenze sotto il coordinamento del Prof. Giovanni Furguele. L'introduzione è di Sara Landini; il § 2 è di Marco Rizzuti; il §3 è di Jacopo Bassi; il § 4 è di Nicola Rumine.

1. Introduzione

Ha un senso parlare di soggettività o è questa una di quelle mitologie della modernità di cui parla Paolo Grossi¹? Per rispondere a questa domanda possiamo usare ancora le parole del Maestro fiorentino osservando come bisogna indagare per vedere se si tratta di una categoria che dà “forma e figura ad un sapere incarnato...che pesca nel reale”².

Se guardiamo ai problemi attuali che ruotano intorno alle persone fisiche pare facile arrivare alle conclusioni cui era giunto Giorgio Oppo ponendo in evidenza un “declino del soggetto e un’ascesa della persona”³.

Dobbiamo chiederci: questo declino vale anche per altri nodi problematici che la realtà quotidiana pone a giurista?

Il declino della soggettività è forse meno evidente se consideriamo talune entità, intese come centri di interesse meritevoli di tutela che pongono problemi di titolarità di situazioni giuridiche e di responsabilità patrimoniale.

Spunti di riflessione emergono dalla giurisprudenza e dalla prassi in materia di patrimonio destinato, di reti di impresa e di condominio. Si può notare una giurisprudenza, in particolare in materia di patrimonio destinato e di condominio, che tende ad una antropomorfizzazione del soggetto di diritto richiedendo, ai fini dell’attribuzione di posizioni di soggettività giuridica, la presenza di organi che consentano all’ *ens* di autodeterminarsi.

La prassi e la dottrina notarile tendono invece a rinvenire soggetti di diritto, anche solo relativamente a taluni aspetti della soggettività, anche in assenza di un simile requisito. Si notano esempi con riferimento alla possibilità di trascrivere a favore o contro un patrimonio destinato.

Pure la disciplina e la prassi in materia di rete di imprese sembrano introdurre un’idea fluida di soggettività vista più da un punto di vista funzionale che non strutturale. Si ha riguardo non alla presenza o meno di una certa *quidditas* (ad esempio la presenza di un patrimonio destinato a soddisfare le obbligazioni assunte nell’interesse dell’*ens* e di organi dello stesso che gli consentano di autodeterminarsi), ma alla funzione della soggettività e ai differenti risultati che si possono raggiungere attribuendo o meno soggettività all’ente. Proprio in questo ambito il legislatore rimette la soggettività ad una scelta dei contraenti.

Marco Rizzuti, Jacopo Bassi e Nicola Rumine ci condurranno, attraverso un percorso di analisi della disciplina, della giurisprudenza e della prassi, ad

¹ GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffré, 2007, 3^a ed.

² *Ivi*, p. 73.

³ G. OPPO, *Declino del soggetto e ascesa della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 830.

alcune riflessioni di sintesi che manifestano differenti prospettive e metodi di indagine.

2. Soggettività e destinazione

La nostra più recente giurisprudenza ha collocato i concetti di soggettività e di destinazione patrimoniale in un rapporto di netta antitesi. In particolare, la Corte di legittimità ha iniziato a delineare tale ricostruzione con riguardo ai fondi comuni di investimento, sollecitata dal ricorso di una s.g.r., aggiudicataria di un immobile che il giudice delegato rifiutava di intestare direttamente al fondo gestito, come invece richiesto dalla società.

La sentenza ha ritenuto che l'immobile dovesse essere comunque intestato alla s.g.r., escludendo che il fondo sia un soggetto, e che gli si possano quindi intestare beni di sorta, in forza di due fondamentali argomentazioni, che fanno leva su profili strutturali e funzionali. Dal primo punto di vista, si evidenzia che il fondo non ha organi che gli consentano di autodeterminarsi, essendo totalmente gestito dalla società; dall'altro, si pone in risalto la *ratio* di tutela degli investitori cui è informato l'istituto, finalizzato anzitutto ad impedire agli altri creditori sociali di aggredire i beni del fondo. Emerge quindi come all'operatività di tale meccanismo non gioverebbe certo la soggettività, che anzi rischierebbe di togliere agli investitori la facoltà di aggredire gli ulteriori beni della s.g.r., lasciando al limite la società libera di svuotare artatamente il fondo, su cui ha appunto pieni poteri gestori⁴.

La soluzione che nega in radice la soggettività dei patrimoni destinati è stata quindi recepita dalla giurisprudenza sui *trusts*, il che invero non stupisce, se si considera come il fondo comune di investimento non sia altro che la traduzione nel nostro sistema dell'*investment trust*. Una prima pronuncia ha riguardato lo strano caso di un automobilista che proponeva opposizione ad una sanzione amministrativa, sostenendo che, pur essendo egli intestatario della vettura, non sarebbe stato tenuto al pagamento, poiché l'auto era *in trust* secondo il diritto australiano, per cui la contravvenzione avrebbe dovuto essere elevata nei confronti del *trust* stesso e non del *trustee*.

Naturalmente, tale impostazione non ha trovato accoglimento e la Corte ha precisato che il *trust* non è un soggetto neanche in *common law*, per cui l'Italia non può considerarsi convenzionalmente impegnata a riconoscerlo

⁴ Cass., sez. I, 15 luglio 2010, n. 16605, in *Giur. it.*, 2011, 1550, con nota di RIZZUTI.

come tale, bensì costituisce un mero fenomeno di separazione patrimoniale tra beni personali del *trustee* e beni *in trust*. Infatti, nemmeno nei Paesi anglosassoni vige un meccanismo che esima il *trustee* da ogni responsabilità per gli illeciti commessi con il bene *in trust*: in Inghilterra si agisce contro il *trustee*, che potrà eventualmente rivalersi sui beni *in trust*; altrove si possono aggredire direttamente i beni *in trust*, ma si configura comunque una responsabilità ulteriore a carico del *trustee*⁵. Peraltro, questo ormai consolidato orientamento è stato di recente riaffermato dalla Cassazione al fine di escludere che, per dichiarare il fallimento di una società che abbia conferito *in trust* l'intero complesso aziendale, occorra chiamare in causa come litisconsorte necessario anche il *trust* stesso, opzione che risulta insostenibile proprio alla luce della qualificazione di quest'ultimo come mero patrimonio destinato, e non già come soggetto del diritto o del processo⁶.

A tale impostazione della giurisprudenza di legittimità se ne contrappone però una antitetica, prevalente nella prassi dei notai e delle conservatorie, che non sembra aver risentito affatto dell'intervento della Cassazione, ed ha anzi avuto occasione di manifestarsi, in sede dottrina⁷ e nell'elaborazione del Consiglio Nazionale del Notariato⁸, come severa critica dell'impostazione dei giudici. Con particolare riguardo ai fondi comuni di investimento, i fautori di questa tesi osservano che sarebbe anacronistico ed arbitrario richiedere ai fini della soggettività una struttura antropomorfa, come quella che deriverebbe da organi che attribuiscono la pretesa capacità di autodeterminarsi. Invece, quanto alla funzione, si è ritenuta accettabile la soluzione della separazione patrimoniale perfetta, per cui la s.g.r. non risponderebbe dei debiti del fondo, ma soprattutto si sono evidenziate le difficoltà pratiche cui darebbe luogo la soluzione della Cassazione dal punto di vista della trascrizione⁹. Infatti, per sostituire nella gestione di un fondo

⁵ Cass., sez. II, 22 dicembre 2011, n. 28363, in *Arch. giur. circ.*, 2012, 552.

⁶ Cass., sez. I, 20 febbraio 2015, n. 3456, in www.ilcaso.it

⁷ Cfr. BARALIS, *Fondi immobiliari e s.g.r.: problemi di pubblicità immobiliare*, in *Riv. not.*, 2012, 1249 ss.; COLAIORI, *La destinazione intrasoggettiva di beni immobili nel sistema dei fondi comuni di investimento*, in *Riv. Not.*, 2014, 11 ss.

⁸ *Studio 90-2012/I*, del 18 ottobre 2012.

⁹ La dottrina notarile certo non ignora l'odierna centralità sistematica dell'istituto della trascrizione, viepiù evidenziata dalla crisi del principio consensualistico in favore di quello procedimentale (cfr. FURGIUELE, *Il contratto con effetti reali fra procedimento e fattispecie complessa: prime osservazioni*, in *Dir. priv.*, 1995, 83 ss.) e dalla tendenza dei recenti interventi legislativi ad agire sul VI libro del cod. civ. piuttosto che sul IV, che si tratti di vincoli destinatori, contratti di cessione di cubatura, negozi di accertamento o operazioni di *rent to buy*.

una s.g.r. con un'altra occorrerebbe un atto traslativo, con i suoi oneri, e, nell'ipotesi non improbabile in cui quella uscente non collabori, occorrerebbe addirittura una pronuncia giudiziale, mentre mancherebbero strumenti per pubblicizzare il trasferimento di un immobile da un fondo ad un altro della medesima s.g.r, benché tale vicenda abbia l'effetto di modificare radicalmente il ceto creditorio di riferimento. Analoghe difficoltà sorgerebbero, del resto, con riguardo alle ipotesi corrispondenti di revoca del *trustee* di un *trust*, ovvero di trasferimento di beni immobili da un *trust* ad un altro del medesimo *trustee*¹⁰.

Prescindendo da ulteriori considerazioni circa il rapporto tra i diversi formanti dell'ordinamento, che tale vicenda pure suscita¹¹, occorre evidenziare come l'interazione fra i due opposti orientamenti possa anche portare ad una sorta di corto circuito. Il problema è emerso in una recente pronuncia di merito riguardante il caso di un mutuatario che aveva conferito l'immobile ipotecato in un *trust* autodichiarato, per cui, seguendo l'impostazione notarile, si era proceduto alla trascrizione contro il disponente ed a favore del *trust*. In seguito, stante l'inadempimento del debitore, la banca mutuante avviava una procedura esecutiva e l'avvocato di questa, di fronte alla predetta vicenda pubblicitaria, procedeva alla notifica ed alla trascrizione del pignoramento immobiliare contro il *trust* in persona del *trustee*, un po' come se si fosse trattato del legale rappresentante di una società. Il giudicante però, seguendo l'orientamento della Cassazione, ha rilevato d'ufficio l'inesistenza del rapporto processuale così instaurato, ribadendo che il *trust* non è un soggetto giuridico ma un mero rapporto fra soggetti, senza che possano assumere alcun rilievo civilistico le regole tributarie che gli attribuiscono un codice fiscale¹². L'esito è paradossale: il creditore precedente resta bloccato, perché la prassi di notai e conservatorie fa sì che il principio di continuità gli imponga di trascrivere avendo riguardo all'ultimo passaggio, che è appunto una trascrizione a favore del *trust* entificato, e non magari contro e a favore dello stesso disponente come si fa per il fondo patrimoniale, mentre l'opposto orientamento dei giudici distrugge il valore processuale del pignoramento, senza che sia facile

¹⁰ Cfr. MURITANO, *Conflitti giurisprudenziali in tema di trascrizione del trust*, in *Trusts e att. fid.*, 2014, 4, 361 ss.; PARISI, *Trascrizione nei confronti del trust: appunti per una rilettura dell'art. 2659 cod. civ.*, *ivi*, 374 ss.; FRANCESCHINI, *Trascrizione degli atti di conferimento di immobili in trust.*, *ivi*, 385 ss.

¹¹ Si veda PALAZZO (a cura di), *Il contributo della prassi notarile all'evoluzione della disciplina delle situazioni reali*, Milano, 2015.

¹² Trib. Reggio Emilia, 25 febbraio 2014, in *Trusts e att. fid.*, 2014, 4, 433.

individuare una via d'uscita¹³, il tutto in una fattispecie in cui peraltro l'aggregabilità del bene avrebbe dovuto essere pacifica.

Per tentare di risolvere l'*impasse*, ci sembra opportuno prendere le mosse da una ponderata valutazione degli argomenti con cui la dottrina notarile ha contestato l'orientamento della giurisprudenza. Sul versante strutturale la critica coglie probabilmente nel segno, perché la soggettività giuridica, a differenza dell'individualità in senso biologico o della persona in senso etico, non è definita da un substrato ontologico, per cui non presuppone necessariamente attributi "antropomorfici", che sarebbero poi di difficilissima, e quindi arbitraria, individuazione a livello pratico. Non si tratta nemmeno di affermare con ciò particolari novità, poiché questo carattere di relatività ha caratterizzato la soggettività giuridica sin dalle sue origini, cioè dai primi secoli della modernità, quando si iniziò a delineare quel concetto generale ed astratto di capacità giuridica che i romani, come sempre casistici e pragmatici, non avevano mai avuto. Fin dal Cinquecento, infatti, si proposero formule che ponevano in luce come non vi fosse un rapporto biunivoco necessario con il substrato fisico dell'essere umano¹⁴, ma neppure il successivo profondo mutamento della realtà sociale ha impedito che esse riecheggiassero in ben più recenti impostazioni normative¹⁵ e dottrinali¹⁶, contribuendo alla moderna demolizione della mitologia della persona giuridica¹⁷, mentre, anche a quella dottrina che ha espresso al

¹³ Si potrebbe forse pensare di far precedere la procedura esecutiva da un'impugnazione della trascrizione, ma non ci sfuggono certo le difficoltà pratiche che un'operazione del genere comporterebbe.

¹⁴ Si vedano in CAPPELLINI, *Status accipitur tripliciter*, in *Ann. Univ. Ferrara Sc. Giur.*, 1987, 29 ss., i riferimenti a come Duarenus, Vultejus e poi Savigny constatassero che poteva darsi il soggetto senza l'essere umano, come nel caso delle *universitates*, oppure l'essere umano senza il soggetto, come nel caso degli schiavi (*servus enim homo est, non persona*).

¹⁵ L'art. 1, comma 3, cod. civ. nel suo testo originario sanciva l'ammissibilità delle limitazioni di capacità giuridica fondate sulla razza (cfr. CIANFEROTTI, *Il concetto di status nella scienza giuridica del Novecento*, Milano, 2013, 124 ss.), ma, ad esempio, anche la formula tuttora vigente dell'art. 4 cpv. del *codice civil* brasiliano prevede che la capacità degli *indios* sia regolata da leggi speciali.

¹⁶ RESCIGNO, *Capacità giuridica, dir. civ.*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1981, 873 ss., seguendo lo stesso schema logico degli antichi autori cui si è fatto riferimento, evidenzia come la capacità giuridica possa essere attribuita a soggetti diversi dagli uomini, cioè agli enti, e negata a determinate categorie di uomini "anche in sistemi progrediti", con trasparente allusione alle leggi razziali.

¹⁷ Si ricordano almeno due fondamentali opere che hanno visto la luce a distanza di pochi anni l'una dall'altra: FABRICIUS, *Relativität der Rechtsfähigkeit. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des privaten Personenrechts*, Munchen-Berlin, 1963; GALGANO, *Delle persone giuridiche*, Bologna-Roma, 1969.

massimo grado la concezione dogmatica di una soggettività insuscettibile di graduazione, erano ben presenti le motivazioni non ontologiche ma squisitamente politiche, ed ovviamente dal nostro punto di vista condivisibili, di tale scelta¹⁸.

Insomma, oggi piuttosto che discutere sulla *quidditas* del soggetto di diritto, parrebbe necessario chiedersi a che cosa serva soggettivizzare un'entità e dare quindi priorità alla funzione, ma proprio qui la valutazione degli esiti cui perviene la ricordata dottrina notarile si fa più complessa.

Infatti, se le problematiche segnalate con riguardo alle vicende pubblicitarie reclamano un adeguamento interpretativo, necessario per venire incontro ad interessi meritevoli di tutela, al contrario la negazione della responsabilità della s.g.r. per i debiti del fondo, o del *trustee* per i debiti del *trust*, oltre a non trovare sicuri appigli normativi, risulterebbe soprattutto asistemica e pericolosa per i creditori, tale insomma da sovvertire le *rationes* che stanno alla base degli istituti in esame.

Se però teniamo presente l'intrinseca relatività della soggettività giuridica, potrà tornarci utile una proposta, di recente rilanciata proprio con riguardo ai fenomeni destinatori, che la relativizza in maniera ancor più radicale, facendone una qualificazione "contingente" e cioè funzionale, per cui la stessa entità potrebbe essere considerata dall'ordinamento giuridico come soggetto di diritto a certi fini e non ad altri¹⁹. Insomma, diviene sostenibile l'ipotesi per cui il medesimo patrimonio destinato andrebbe soggettivizzato ai fini della trascrizione, così da superare le gravi difficoltà segnalate dalla dottrina notarile, ma non anche ai fini della responsabilità patrimoniale, lasciando quindi ferma quella possibilità di aggredire in via sussidiaria gli ulteriori beni della s.g.r., o del *trustee*, cui giustamente la giurisprudenza non vuole rinunciare. Occorrerebbe, insomma, superare quell'idea di un'irrimediabile alternatività ed incompatibilità fra entificazione e destinazione, che sembra stare alla base degli opposti orientamenti della giurisprudenza e del notariato, rendendoli così apparentemente irreconciliabili.

¹⁸ FALZEA, *Capacità, teor. gen.*, in *Enc. dir.*, 1960, 15-16, pone esplicitamente in evidenza come la sua teoria della soggettività sia ispirata al "precetto fondamentale" dell'eguaglianza fra tutti gli uomini, principio che "in alcuni paesi rappresenta ancora una recente conquista ed in altri addirittura una meta non vicina": non gli manca, dunque, la consapevolezza che i riferimenti di fondo della sua costruzione hanno carattere relativo, in quanto storico-politico, e non assoluto ed ontologico.

¹⁹ MAZZÙ, *La soggettività contingente*, relazione del 15 marzo 2012 al VII Congresso giuridico-forense, in www.comparazionedirittocivile.it

In effetti, il ricorso ad una prospettiva storica può mostrare come le vicende evolutive di entità, che noi non abbiamo dubbi nel qualificare come vere e proprie persone giuridiche, abbiano sin da tempi remoti mostrato strette interconnessioni con quelle attinenti ai fenomeni destinatori. Basti pensare che in passato le categorie della destinazione privatistica furono impiegate per esprimere ciò che il moderno diritto amministrativo avrebbe costruito come l'ente pubblico Stato, la persona giuridica per eccellenza, quando tale concetto non era ancora maturato, ma già si percepiva la necessità di separarlo in qualche modo dal patrimonio personale del Re. Può essere interessante notare come un percorso analogo sia stato seguito tanto nel diritto anglosassone, in cui si parlava di un *king trustee of the public*, quanto nel nostro *ius commune* che faceva ricorso alla costruzione della *dos coronae*²⁰. Del resto, la stessa mescolanza concettuale oggi a volte riaffiora in certe proposte del dibattito internazionale, che vorrebbero attribuire a *trust funds* funzioni pubblicistiche, come la gestione degli *assets* greci destinati alla privatizzazione o della cooperazione eurafricana²¹.

Vicende per certi aspetti analoghe interessarono il diritto commerciale, che in origine aveva trovato proprio nella destinazione la chiave per elaborare meccanismi di limitazione della responsabilità, prima che le moderne società di capitali consentissero un'impostazione del problema in termini di entificazione. Anche questo fenomeno riguardò sia il diritto romano, che conosceva le azioni *institoria* ed *exercitoria* esperibili nei limiti del *peculium*, un patrimonio gestito con ampi margini di autonomia da uno schiavo, se del caso in comproprietà fra più *domini*, preposto all'esercizio di attività imprenditoriali²², sia il *common law*, in cui si ricorreva al *trust* configurando gli imprenditori come *settlers* dei conferimenti, e *beneficiaries* dei dividendi, e gli amministratori come *trustees* dei beni conferiti²³. Ai giorni nostri la prospettiva di un ricorso alla destinazione in luogo della personificazione ricorre nelle riflessioni dottrinali sugli artt. 2447 *bis* ss.

²⁰ Cfr. UNGARI, *Storia del diritto di famiglia in Italia (1796-1942)*, Bologna, 1974, 57.

²¹ In questi casi siamo probabilmente di fronte anche ad inconsapevoli eredità di quella ben nota tendenza del diritto coloniale ad utilizzare categorie del lessico privatistico quali occupazione, tutela, condominio, mandato, nonché per l'appunto amministrazione fiduciaria.

²² Cfr. STOLFI, *La soggettività commerciale dello schiavo nel mondo antico*, in www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com

²³ Com'è noto, tale meccanismo nell'America ottocentesca era ancora utilizzato per costruire raggruppamenti fra più imprese e questa vicenda ci ha lasciato in eredità il termine *antitrust*, riferito appunto al contrasto delle intese anticoncorrenziali, sulla scia dello *Sherman Act* del 1891.

c.c.²⁴ e potrebbe addirittura conoscere una sorta di generalizzazione, se trovasse accoglimento una questione di costituzionalità, volta a far dichiarare illegittima la dichiarazione di fallimento, con lo stigma sociale che ciò comporta, della persona fisica dell'imprenditore anziché dell'impresa individuale in sé e per sé considerata²⁵. D'altronde, non ci sentiamo certo di escludere che l'indefinita formula dell'art. 2645 *ter* c.c., *in parte qua* rinvia all'art. 1322 c.c., non possa ricomprendere, fra gli interessi meritevoli di tutela da porre alla base della destinazione, anche quelli attinenti all'esercizio di un'attività d'impresa²⁶.

Ritroviamo, infine, la medesima sequenza, se consideriamo l'operato dei primi giuristi medievali alle prese con quelle problematiche che avrebbero indotto i loro posteri ad inventare gli enti non lucrativi e coniare quel concetto di *persona ficta*²⁷, che sarebbe stato poi applicato anche in ambito commerciale ed amministrativo. Quando, però, tale processo storico era ancora di là da venire, le emergenti esigenze di separazione patrimoniale venivano soddisfatte imputando diritti a quelli che noi chiameremmo patrimoni senza soggetto²⁸, ad esempio con la stipula in sede notarile di donazioni "ai muri" di una Chiesa²⁹. Del resto, proprio la materia degli enti *non profit* ci pone oggi dinanzi all'ipotesi di uno sviluppo, per così dire, in senso inverso, con le proposte di nuove modifiche alla disciplina di associazioni e fondazioni che, sulla scia delle riforme Bassanini, ne riducano ulteriormente gli aspetti pubblicistici, sostituendo un controllo notarile a quello amministrativo³⁰. Proseguendo su questa linea, non è escluso che

²⁴ Cfr. ZOPPINI, *Autonomia e separazione del patrimonio, nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 545 ss.

²⁵ Trib. Vicenza, 13 giugno 2014, n. 89. Del resto, l'ipotesi di una separazione patrimoniale fra impresa individuale e beni personali dell'imprenditore appare *in nuce* già nell'art. 2217 cod. civ.

²⁶ Si possono trovare alcuni interessanti spunti in tal senso nell'elaborazione dottrinale sui problemi della trasmissione intergenerazionale delle imprese (cfr. PIRILLI, *Destinazione ex 2645 ter e patto di famiglia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 689 ss.), ma anche nella recente giurisprudenza in materia di concordato preventivo (cfr. Trib. Prato 12.8.2015, in www.ilcaso.it).

²⁷ Si veda GROSSI, *Unanimitas: alle origini del concetto di persona giuridica nel diritto canonico*, Milano, 1958.

²⁸ Cfr. ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto*, in *Jus*, 1960, 149 ss.

²⁹ L'esigenza era quella di chiarire che i beni non confluivano indistintamente nel patrimonio personale del singolo prevosto o abate: cfr. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Bari, 2004, 66.

³⁰ Un testo propositivo chiaramente orientato in tal senso era stato presentato già al Congresso Nazionale del Notariato del 2012, con riguardo a quella riforma del Terzo Settore il cui *iter* parlamentare non si è ancora concluso.

l'esito finale sia quello di rendere tali enti indistinguibili, almeno a livello pratico ed applicativo, dai meri atti di destinazione, inverando la prospettiva che traluce dal titolo della recente raccolta di scritti di un chiaro Autore³¹.

Collocata su questo sfondo, anche l'idea di una soggettività ai soli fini della trascrizione appare forse molto meno peregrina di come potrebbe sembrare a prima vista: non mancano, del resto, ulteriori potenzialità applicative di tale prospettazione. Consideriamo, ad esempio, quella classica figura di patrimonio destinato privo di un soggetto che è l'eredità giacente.

L'istituto è sempre stato presente nella nostra tradizione giuridica, a conferma di come la destinazione non sia una strana novità di cui saremmo debitori al *common law*, ed oggi va acquisendo una maggior rilevanza pratica, con la perdurante crisi economica che moltiplica le *damnosae hereditates* e quindi le situazioni di rinuncia, o comunque di astensione da attività gestorie, da parte dei chiamati³². Peraltro, il nostro interesse per il tema è accresciuto dalla considerazione che, pur trattandosi di un fenomeno di mera destinazione patrimoniale, nondimeno vi riscontriamo profili che richiamano alla mente una soggettività "contingente", cioè funzionale solo a certi fini: si pensi alle regole per cui all'eredità giacente deve essere attribuito un codice fiscale, ma anche ai problemi pubblicitari che si presentano quando il curatore pone in essere atti traslativi, e che la prassi parrebbe risolvere, come nell'analoga vicenda dei contratti dell'esecutore testamentario, in maniera quanto meno bizzarra, con una trascrizione "postuma" contro o, se del caso, a favore del *de cuius*. L'eventuale riconoscimento di una soggettività della stessa eredità giacente ai soli fini della trascrizione, sulla falsariga di quanto sinora argomentato, non dovrebbe allora apparire meno sorprendente di siffatta invenzione dei pratici.

Infine, proprio un caso speciale di giacenza, l'eredità devoluta ai nascituri³³, ci pone di fronte alle questioni suscitate dalla più problematica fra le cosiddette entità asoggettive. Prescindendo in questa sede dai profili bioetici, non parrebbe erroneo sostenere che la disciplina codicistica di tali vicende³⁴ inclini più verso la destinazione patrimoniale che non verso la personificazione del concepito, e tanto meno del concepturo. Ciò non toglie,

³¹ DEL PRATO, *L'ente privato come atto*, Torino, 2015.

³² Circa i rapporti con il distinto istituto della vacanza ereditaria e per ulteriori riferimenti, cfr. RIZZUTI, *La posizione dello Stato quale erede*, in *Successioni per causa di morte*, a cura di CUFFARO, Torino, 2015, 439 ss.

³³ Cfr. NATOLI, *L'amministrazione dei beni ereditari*, Milano, 1968, I, 313 ss.

³⁴ Il riferimento è agli artt. 1, 254, 462, 643, 687, 715, 784 c.c.

però, che le successive normative³⁵ di tutela dell’embrione, sia di quello *in vitro* non impiantato, forse ai fini successivi ancora *concepturus*, sia di quello impiantato e codicisticamente concepito³⁶, possono dare fondamento a conclusioni diverse, come ci hanno mostrato le recenti decisioni giurisprudenziali in tema di lesioni prenatali³⁷, scioglimento del fondo patrimoniale³⁸ e limiti alla commerciabilità delle linee cellulari staminali umane³⁹ o alla ricerca scientifica sugli embrioni⁴⁰. Anche in questa delicata materia potrebbe, dunque, risultare utile la formula della soggettività “contingente”, funzionale soltanto a determinate finalità, che potranno evidentemente non essere soltanto quelle pubblicitarie.

3. Soggettività e attività di impresa

Nell’affrontare il tema va preliminarmente rilevato che non esiste una definizione legislativa né di “soggettività” né di “impresa”.

Avvalendosi di una sorta di sillogismo per ricostruire la surriferita coppia concettuale è da osservare, in primo luogo, che in relazione all’impresa assume decisivo rilievo l’art. 2082 c.c., a mente del quale «è imprenditore chi esercita professionalmente un’attività economica organizzata». Di conseguenza, l’impresa è l’attività economica organizzata che viene imputata all’imprenditore, detto altrimenti l’imprenditore è la figura soggettiva alla quale la disciplina d’impresa è riferita⁴¹. Inoltre, è affermazione ricorrente quella secondo cui la soggettività giuridica, diversa

³⁵ Il riferimento è ai rispettivi artt. 1 delle leggi 29 luglio 1975 n. 405; 22 maggio 1978, n. 194; 19 febbraio 2004, n. 40.

³⁶ Cfr. RIZZUTI, *Diritto successorio e procreazione assistita*, in *Riv. BioDiritto*, 2015, 3, 29 ss.

³⁷ Cass., sez. III, 11 maggio 2009, n. 10741, in *Foro it.*, 2010, 141, ha ammesso la risarcibilità dei danni cagionati al nascituro da farmaci teratogeni assunti dalla madre in gravidanza.

³⁸ Cass., sez. I, 8 agosto 2014, n. 17811, in *Riv. Not.*, 2014, 970, ha ritenuto nullo l’atto di scioglimento del fondo patrimoniale stipulato dai coniugi senza la partecipazione di un curatore speciale del nascituro concepito che la moglie portava in grembo.

³⁹ Corte giust., 10 ottobre 2011, caso *Brustle*, nonché Id., 18 dicembre 2014, caso *Comptroller*, hanno escluso la brevettabilità dei metodi di produzione di linee cellulari staminali da embrioni umani, benché nel secondo caso tale nozione sia stata ristretta con l’esclusione dei cosiddetti partenoti.

⁴⁰ Co.D.U., 27 agosto 2015, caso *Parrillo*, ha escluso l’illegittimità del divieto di sperimentazione sugli embrioni previsto dalle norme italiane, rigettando la logica proprietaria seguita dalla ricorrente.

⁴¹ GALGANO, voce *Imprenditore*, in *Dig. comm.*, vol. VII, Torino, 1992, 37.

da quella delle persone fisiche e delle persone giuridiche, si ricava da una serie di elementi, tra i quali essenziale è la titolarità di diritti e obblighi⁴².

Da questa elementare premessa sembra possibile ricavare una prima conclusione, seppur banale: l'impresa postula un soggetto giuridico che la eserciti.

In realtà la questione "soggettività e impresa" non può esaurirsi nelle brevi considerazioni sopra esposte, all'uopo, in questa sede, è sufficiente esaminare la vigente disciplina del contratto di rete, consacrata nell'art. 36 d.l. 18 ottobre 2012 n. 179, conv. con modifiche dalla l. 221/2012 (Misure in materia di confidi, strumenti di finanziamento e reti d'impresa)⁴³.

Nella citata normativa risulta che il contratto di rete - con il quale può svolgersi attività d'impresa - ove è previsto l'organo comune e il fondo patrimoniale non è dotato di soggettività giuridica, salva la facoltà di acquisto della medesima.

In altre parole, per un verso l'impresa può essere esercitata anche mediante una "rete" priva di soggettività giuridica, per l'altro la soggettività giuridica diviene una scelta dei contraenti.

Seppur per sommi capi torna utile ripercorrere il dibattito sulla soggettività della rete sviluppatosi a cavallo dei vari interventi normativi avutisi in relazione al contratto di rete a partire dall'art. 3, d.l. 10 febbraio 2009 n. 5 (Distretti produttivi e reti di imprese).

Si registravano due blocchi contrapposti, da un lato la rete soggetto, dall'altro la rete patrimonio⁴⁴. Queste ricostruzioni erano tali per cui

⁴² PELLIZZI, voce *Soggettività giuridica*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXIX, Roma, 1993, 3ss.

⁴³ «Il contratto di rete che prevede l'organo comune e il fondo patrimoniale non è dotato di soggettività giuridica, salva la facoltà di acquisto della stessa ai sensi del comma 4 quater ultima parte», il quale ultimo dispone che «se è prevista la costituzione del fondo comune, la rete può iscriversi nella sezione ordinaria del registro imprese nella cui circoscrizione è stabilita la sua sede; con l'iscrizione nella sezione ordinaria del registro delle imprese la rete acquista soggettività giuridica». (art. 3 co. 4 ter)

La riflessione che qui ci si propone non è ovviamente originata dal contratto di rete. Tant'è vero che centri di imputazione sono stati considerati i soggetti non personificati e tra essi «i patrimoni autonomi o separati nell'ambito dei quali, secondo le norme del diritto di famiglia, successorio, concorsuale, può radicarsi l'esercizio di attività imprenditoriale». Cfr. in tal senso OPPO, voce *Impresa e imprenditore*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVI, Roma, 1989, 11.

⁴⁴ CUFFARO, *Contratti di impresa e contratti tra imprese*, in *I contratti di rete*, Rassegna monotematica a cura di CUFFARO, in *Corr. merito*, 2010, 1, 8, per il quale è «agevole rilevare (...) che il legislatore abbia avuto presente, piuttosto che uno schema di contratto, un soggetto», e CIRIANNI, *La costituzione del contratto di rete: aspetti operativi*, in *I contratti di rete*, Rassegna monotematica a cura di CUFFARO, in *Corr. merito*, 2010, 1, 28, secondo cui «si

un'alternativa escludesse l'altra, il che significa che la rete era considerata soggetto oppure patrimonio. Un contributo dottrinale sulla disciplina previgente varrà a chiarire il concetto: *«la disciplina minimale del contratto di rete (..) sembra confermare definitivamente la tesi della rete non soggettivizzata (..). Manca una disciplina della trascrizione dei beni a favore dell'ente, manca un regime di rappresentanza organica e, al contrario, i poteri dell'organo comune ricalcano la disciplina del mandato collettivo; manca una struttura organizzativa; manca un riferimento all'iscrizione nel Registro delle imprese a nome del soggetto rete, anche in ipotesi di esercizio in comune di attività; infine manca il riferimento alla denominazione della rete»*⁴⁵.

Di fronte a siffatti rilievi il legislatore del contratto di rete inserisce nell'articolato normativo la sede, la denominazione e l'autonomia iscrizione, al contempo elimina il riferimento al mandatario comune, il tutto unitamente alla previsione della facoltà di acquisto della soggettività giuridica, il cui elemento essenziale è il fondo comune, mentre gli altri aspetti sono marginali.

Questi brevi cenni all'evoluzione normativa dovrebbero rendere tangibile la necessità di abbandonare la prospettiva delle ricostruzioni teoriche soggetto-patrimonio quali alternative reciprocamente escludenti l'altra. Infatti, la rete può essere strutturata in ambo i modi, in sostanza la distinzione tra reti c.d. deboli e forti non coincide con la distinzione tra reti soggetto e reti patrimonio.

La dottrina da ultimo citata⁴⁶ non ha mai mancato di osservare come un conto è dire centro di imputazione mentre altro è dire imputazione dell'attività, quest'ultima è compatibile con un patrimonio e non postula la necessità di un soggetto⁴⁷.

Da tutto ciò che precede appare corretto rilevare come il contratto di rete sia portatore di un'istanza nuova in seno alle categorie (tradizionali) del diritto civile, di certo è così concepito dalla "prassi degli affari". Tant'è vero che l'Associazione italiana politiche industriali chiamata a pronunciarsi

ha l'impressione che il legislatore più che ad un soggetto di diritto abbia pensato ad un patrimonio destinato» di talché «ha, forse inconsciamente, creato un nuovo fenomeno di destinazione (disgiunto dalla soggettività)».

⁴⁵ BIANCA, *Il regime patrimoniale delle reti*, in *Il contratto di rete. Nuovi strumenti contrattuali per la crescita dell'impresa*, Atti del Convegno, Roma, 25 novembre 2011, in *I Quaderni della Fondazione italiana del Notariato*, aa. vv., 2012, 14 ss.

⁴⁶ ID, *Il regime patrimoniale delle reti*, cit., 14.

⁴⁷ DALL'ANNA, *Patrimoni destinati e fondo patrimoniale*, in CENDON, (a cura di), *Nuovo diritto della giurisprudenza*, Torino, 2009, 6 ss.

sull'istituto introdotto dal d.l. 5/2009 e s.m.i., ebbe a dire, tramite il suo Presidente, che il contratto di rete, lungi dall'essere un contratto di scambio, configura un contratto associativo, precisamente un'aggregazione con fini, ad un tempo, mutualistici e lucrativi, la cui organizzazione flessibile evoca le società di persone pur essendo caratterizzata da responsabilità limitata.⁴⁸ Risulta a tutta evidenza la percezione di novità dirimpente nella citata disciplina.

Si è fatto cenno al contratto associativo, al riguardo giova un rapido commento delle opinioni espresse sul punto da due illustri Autori della materia (a tacer d'altro), il riferimento è al compianto Francesco Galgano⁴⁹ e a Paolo Ferro Luzzi⁵⁰.

Il primo, il quale, come noto, individua il *proprium* dei contratti associativi (e della personalità giuridica) nella persona fisica, sostiene che una disciplina tendenzialmente uniforme ha preso il posto di quelle che erano le contrapposte discipline dei gruppi con e senza personalità giuridica ed estende tale ragionamento alle collettività organizzate.

L'altro Maestro insegna che la dicotomia atto/azione è da preferire alla coppia concettuale atto/situazioni soggettive. Se così è, l'azione, cioè l'attività, supera il soggetto, nel senso che si inverte il rapporto tra soggetto e azione: in altre parole, prima si individua l'attività e poi l'entità di produzione.

Quest'ultimo rilievo appare perfettamente coerente con la disciplina del contratto di rete.

Pur nella consapevolezza che le citate dottrine muovono da posizioni diametralmente opposte - tant'è vero che Paolo Ferro Luzzi pone al centro l'attività di produzione relegando a problema secondario e successivo

⁴⁸ PALMIERI, *Intervento alla tavola rotonda: per quali ragioni il bisogno delle imprese italiane di crescere facendo rete non ha ancora trovato un'adeguata risposta?*, in *Il contratto di rete. Nuovi strumenti contrattuali per la crescita dell'impresa*, Atti del Convegno, Roma, 25 novembre 2011, in *I Quaderni della Fondazione italiana del Notariato*, aa. vv., 2012, 77.

⁴⁹ GALGANO, *Associazioni non riconosciute. Comitati*, artt. 36-42, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna - Roma, 1976, 19 ss.

⁵⁰ FERRO LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, rist. 2001, 202 ss. Per comprendere cosa significhi che l'imputazione quando si compie è fuori oppure al termine del fenomeno associativo si vedano gli esempi di SPADA, *La rivoluzione copernicana (quasi una recensione tardiva ai Contratti Associativi di Paolo Ferro Luzzi)* in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, 145, che cita quali casi emblematici in tal senso il diritto al dividendo e la destinazione dell'utile di esercizio nelle società di capitali. Entrambe le vicende rendono plastica l'idea che l'attività d'impresa ha prodotto un risultato nel suo svolgimento, ma detto risultato nel momento in cui viene imputato soggettivamente implica che le regole sull'attività siano già state applicate, dunque l'imputazione è fuori o al termine del fenomeno associativo.

l'imputazione, mentre Francesco Galgano riduce il tema alla persona fisica (infatti si discorre di tesi c.d. riduzionistica) - in entrambe, sebbene per ragioni diverse, si svalutano i termini attraverso i quali l'attività si svolge.

Detto altrimenti, ad ambo gli Autori non interessa l'eterogeneità dei termini di produzione dell'attività.

In breve: è un problema secondario stabilire quale sia l'entità che fa impresa, è importante l'attività di impresa.

Una rapida considerazione al contempo storica e di politica economica del diritto può aiutare a supportare le riflessioni sino ad ora svolte.

All'alba dell'economia capitalistica le società a responsabilità limitata, l'alterità soggettiva che ne seguiva, apparivano il volano dell'economia, una necessità da soddisfare per far sviluppare, appunto, l'economia⁵¹.

Oggi il legislatore italiano del contratto di rete fa sembrare la soggettività un "peso", per meglio dire, «*appare in definitiva chiaro, e questo è l'elemento di novità, che la strutturazione in termini di soggetto non è più concepita come privilegio ma come peso per l'identità delle imprese aderenti. La soggettività giuridica è infatti un'opzione lasciata alla volontà delle parti che tuttavia non altera (...) la finalità e la ratio primaria di questa figura contrattuale (...)*»⁵². Risulta quindi corretto affermare che con il cambiamento delle esigenze della produzione economica il diritto deve essere pronto ad offrire risposte adeguate: anche in tale ottica è possibile leggere il contratto di rete.

Proprio in risposta alle esigenze concrete si è consolidata nel tempo la tecnica della destinazione accanto a quella della soggettivizzazione, ciò che qui interessa è la destinazione c.d. dinamica⁵³, ossia quella funzionale allo svolgimento di attività economiche, basti ricordare l'istituto dei patrimoni destinati ad uno specifico affare di cui all'art. 2447 *bis* c.c.

Detta norma, prevista in materia di s.p.a., offre lo spunto per introdurre un ulteriore elemento nel discorso che va sviluppandosi.

La relazione alla riforma delle società di capitali parla del patrimonio destinato quale "ipotesi operativamente equivalente" alla figura soggettiva. Il

⁵¹ GALLO, voce *Soggetto di diritto*, in *Dig. civ.*, vol. XVIII, Torino, 1998, 582.

⁵² BIANCA, *La destinazione patrimoniale nella disciplina dei contratti di rete*, in BIANCA - DE DONATO (a cura di) *Dal trust all'atto di destinazione. Il lungo cammino di un'idea in I Quaderni della Fondazione italiana del Notariato*, 2013, 164.

⁵³ La destinazione statica ha esclusivamente funzione di garanzia. Autorevole dottrina, JANNARELLI, *Brevi note a proposito di soggetto giuridico e patrimoni separati*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 4, 1265 ss., ha osservato che l'art. 2740 cod. civ. lungi dall'aver una funzione di garanzia in termini generali, si pone rispetto a peculiari scopi, pur sempre di garanzia, dettando regole per svolgere attività economiche.

tema non è nuovo e fa immediatamente correre la mente alla tesi della equivalenza funzionale tra persona giuridica e patrimonio destinato (articolazioni del patrimonio)⁵⁴. Lo stesso contratto di rete è stato qualificato quale articolazione del patrimonio⁵⁵. L'assunto è del tutto condivisibile, infatti nel momento in cui si prende consapevolezza che la distinzione tra soggetti personificati e non ha perso la sua importanza per lasciare spazio alla soggettività *tout court* ne discende la possibilità di applicare certi ragionamenti (nella fattispecie la tesi della equivalenza funzionale) anche ai soggetti non personificati, e quindi anche al contratto di rete.

Circa l'equivalenza funzionale un dato legislativo risulta paradigmatico: l'art. 4 d.lgs. 21 aprile 1993, n. 124 (Disciplina delle forme pensionistiche complementari) prevedeva tre diverse forme utilizzabili allo scopo e cioè persona giuridica, associazione non riconosciuta e patrimonio di destinazione separato ed autonomo. Ebbene, risulta dal dato normativo l'obliterazione del profilo soggettivo dell'impresa per svolgere un'attività economica di primaria importanza⁵⁶.

Il contratto di rete non pare, quindi, affatto un'eccezione, tant'è vero che alla dottrina non sfugge l'evoluzione sistematica in atto: è qui sufficiente dar conto di alcuni passaggi significativi, *in primis* il rilievo secondo cui «è marginale stabilire se l'attività avvenga o meno attraverso un soggetto», infatti «si deve muovere da funzione e impresa»⁵⁷. Inoltre, la società di capitali unipersonale ben spiega che ciò che conta è l'attività, del resto «gli individui (il socio di oggi, il socio o i soci di domani) sono una variabile rispetto alla costante da cogliersi nell'attività»⁵⁸. Ancora, la riforma delle società di capitali, quelle che sembrano essere le imprese per eccellenza, appare una conferma sol che si ponga mente a due dati scaturenti dalla stessa, il già citato art. 2447 *bis* c.c. e la trasformazione

⁵⁴ SPADA, *Persona giuridica e articolazioni del patrimonio. Spunti legislativi recenti per un antico dibattito*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, VI, 837 ss. ZOPPINI, *Autonomia e separazione del patrimonio, nella prospettiva dei patrimoni separati*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 545 ss.

⁵⁵ NUZZO, *L'evoluzione del principio di responsabilità patrimoniale illimitata*, in BIANCA – CAPALDO, (a cura di), *Gli strumenti di articolazione del patrimonio*, Milano, 2010, 308 ss.

⁵⁶ Il tema è all'attenzione degli studiosi da tempo, basti pensare a RASCIO, *Destinazione di beni senza personalità giuridica*, Napoli, 1971, 3 ss. Invero l'A. evidenzia l'equivalenza funzionale-effettuale tra patrimonio destinato e persona giuridica, con ciò lasciando il legittimo dubbio del soggetto non personificato. Sennonché la spiegazione è semplice: all'epoca ancora non vi era la piena consapevolezza della legittimità di figure soggettive non personificate.

⁵⁷ DI RAIMO, *Soggetto e attività d'impresa*, (a cura di), DI RAIMO, FRANCESCA, NAZZARO in *Percorsi di diritto civile*, Napoli, 2011, 17.

⁵⁸ SPADA, *La rivoluzione copernicana (quasi una recensione tardiva ai Contratti Associativi di Paolo Ferro Luzzi)*, cit., 146.

eterogenea. Proprio alla luce di questi dati autorevole dottrina, nel chiedersi della legittimità di costruire il nostro sistema societario attorno all'impresa, piuttosto che verificare come (essa) viene esercitata, in altre parole volgendo lo sguardo all'attività in sé considerata e non a come essa viene svolta, ha avuto occasione di osservare: «*l'impresa è ragione sistematica del diritto societario*»⁵⁹. Al centro dell'istituto della trasformazione vi è la continuità del patrimonio, il che val quanto dire che il “cuore” di siffatta operazione straordinaria si rinviene nell'omogeneità dell'impresa e non della causa, conta, in altri termini, l'orientamento dei beni ad una funzione, la legge accoglie, quindi, un criterio dinamico nei mutamenti nell'esercizio di impresa, vi è, pertanto, continuità di impresa pur modificandosi la posizione dei soggetti rispetto ai beni⁶⁰. Si aggiunga che l'impresa è talmente assorbente da aver reso valicabili più e più volte gli “steccati” tra libro I e V del codice civile (c.d. neutralizzazione delle forme giuridiche)⁶¹.

⁵⁹ ANGELICI, *Introduzione alla riforma delle società di capitali*, (diretto da), ABBADESSA-PORTALE in *Il nuovo diritto delle società*, vol. I, Torino, 2006, 11 ss.

⁶⁰ ALCARO, *Attività e soggettività: circolarità funzionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, 4, 907. MURITANO, *La trasformazione di società in trust*, Studio d'impresa 17-2013/1, Consiglio nazionale del Notariato, in www.notariato.it, 3.

⁶¹ A livello comunitario una certa idea di impresa è condivisa: come stabilito da Corte giust., 10 gennaio 2006, causa 222/04, in www.iusexplorer.it, il concetto di impresa comprende qualsiasi ente che esercita attività economica a prescindere dal suo *status* giuridico; il che significa che per i Giudici dell'Unione conta l'impatto dell'attività d'impresa rispetto al mercato a cui si rivolge. Un'autonoma menzione merita il tema dell'impresa sociale di cui al d.lgs. 24 marzo 2006, n. 155 (Disciplina dell'impresa sociale, a norma della legge 13 giugno 2005, n. 118), da ciò è possibile ricavare se non il superamento quanto meno la diminuita importanza della regola un tipo/una funzione. Conseguentemente ne esce rafforzata l'idea che l'attività di impresa è in posizione sovraordinata rispetto alle forme organizzative con cui si svolge. Anche la disciplina del c.d. terzo settore potrebbe essere direttamente interessata dalle “reti”. Infatti, il D.D.L. S. 1870 XVII Legislatura - Delega al Governo per la riforma del terzo settore, tra l'altro, all'articolo 5 lett. d) inserisce tra i principi da seguire “*riconoscimento e valorizzazione delle reti (...) intese quali associazioni composte da enti del terzo settore*”. Per l'effetto potrebbe indagarsi la prospettiva ermeneutica di utilizzare in questo ambito i risultati raggiunti in materia di contratto di rete. Si consideri che in base ad una lettura - CAFAGGI, *Learning by doing*, in *Contr.*, 2010, 12, 1145, nonché MALTONI, *Le pubblicità del contratto di rete*, Studio 5-2013/I, Consiglio nazionale del notariato, in www.notariato.it, 4 - già oggi i c.d. enti *not for profit* avrebbero la possibilità di partecipare ad un contratto di rete. Su quest'ultimo profilo specifico e in generale sulle tematiche civilistiche del contratto di rete sia consentito rinviare a BASSI, *Il contratto di rete nel sistema del diritto civile*, Tesi di dottorato aa.aa. 2012-2014, in www.flore.unifi.it.

In una sentenza di fine anni novanta emerge in modo plastico l'essenza dell'impresa. Il caso esaminato dalla Cassazione verteva sulla garanzia per vizi della cosa venduta ed ha consentito alla Corte di affermare che «*la costante rispondenza del prodotto posto in commercio ai canoni di qualità che la clientela ha diritto di esigere costituisce uno degli elementi primari e costitutivi della personalità dell'impresa*»⁶². Non vi è alcun riferimento ai diritti soggettivi dell'imprenditore, il risarcimento del danno (ciò di cui si occupa la sentenza) viene fatto discendere dalla violazione della "personalità" dell'impresa, che nel caso deciso era una s.p.a..

In breve, personalità non equivale a soggettività, bensì è l'essenza d'impresa. Il pronunciamento della Suprema Corte offre lo spunto per una digressione sul rapporto tra diritto soggettivo e impresa. In una Prolusione del 1956 Rosario Nicolò ebbe a scrivere: «*L'acquisto della qualità di imprenditore ha, in sede costruttiva, il significato di acquisto da parte del soggetto di una complessa situazione giuridica attiva che ha per oggetto l'azienda e per contenuto il potere di gestione. Questa situazione giuridica attiva, perfettamente inquadrabile nel concetto di diritto soggettivo, è (...) l'impresa*»⁶³. L'imprenditore è il titolare di tale diritto soggettivo.

Una diversa, ma altrettanto autorevole, ricostruzione è riferibile a Paolo Grossi⁶⁴. Egli, in chiave storico-ricostruttiva, rileva che non può essere seguita la tesi che equipara l'impresa alla proprietà, alla stregua di diritto soggettivo. Infatti, l'impresa si proietta fuori dal soggetto, si svolge per (e nel) la società, «*è un'istituzione*» che si fonda su diritti, oneri e obblighi in funzione degli scopi suoi propri. Insomma, non si tratta di un fenomeno riconducibile al diritto soggettivo⁶⁵.

La tesi da ultimo riferita non pare lontana dall'idea di attività emersa nei «*I Contratti Associativi*», conseguentemente la formula legislativa del contratto di rete sembra coerente, per un verso, con l'idea della strumentalità del soggetto rispetto al patrimonio e, per l'altro, con la consapevolezza dell'inattitudine dello schema soggetto-attività a spiegare la realtà d'impresa.

In conclusione, il contratto di rete appare un passaggio consapevole che il legislatore ha ritenuto di compiere per esplicitare i rapporti tra soggettività e impresa in guisa da creare, o meglio confermare, una sistemica nuova,

⁶²Cass., sez. III, 5 febbraio 1998, n. 1158, in www.iusexplorer.it.

⁶³ NICOLÒ, *Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, I, 186 ss.

⁶⁴ GROSSI, *Itinerari dell'impresa*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 28, 1999, II, 1013.

⁶⁵ JANNARELLI, *Brevi note a proposito di soggetto giuridico e di patrimoni separati*, cit., 1266.

che assume l'impresa quale *prius* e il termine attraverso il quale essa si svolge (sia soggettivo che non) quale *posterius*.

A questa linea di pensiero potrebbe essere obiettato, tra l'altro, che consentire l'attività di impresa ad un'entità "asoggettiva" crea una situazione pericolosa con riguardo al profilo della responsabilità patrimoniale, con la conseguenza di permettere ai contraenti di scegliere non solo tra regime di responsabilità limitata e non, ma anche di soggiacere al fallimento o meno. Infatti, al di là di qualsiasi prospettiva *de jure condendo*, il fallimento postula un soggetto di diritto, pertanto, ad oggi, vi è certamente questa diversità tra l'attività esercitata in forma soggettiva e quella a mezzo di patrimonio.

Cionondimeno, e pur sempre nell'economia del contesto del presente lavoro, non sembra vi siano ostacoli particolari ad applicare al patrimonio che svolge attività d'impresa normative, con carattere sanzionatorio efficace, previste per le società di capitali. In particolare gli art. 2484, nn. 2 e 3, e 2485, c. 1 c.c., i quali indicano, rispettivamente, causa di scioglimento per impossibilità di conseguire l'oggetto sociale e di funzionamento nonché la connessa responsabilità personale e solidale degli amministratori che abbiano omesso gli adempimenti di cui all'art. 2484, c. 3 c.c. Si aggiunga che il richiamo all'art. 2615 *bis* c.c., nella disciplina del contratto di rete, consente ai terzi che vengono in contatto con questa entità di prendere consapevolezza non solo e non più di tanto che si tratta di un contraente per il quale vale la *limited liability* quanto, piuttosto, di verificare la situazione patrimoniale, atteso che, salvo ipotesi patologiche, proprio il patrimonio costituisce la garanzia sulla quale i creditori della rete potranno soddisfarsi. Ma ciò non deve stupire, il fenomeno è consolidato e abbraccia vari ambiti dell'ordinamento, basti pensare al già citato patrimonio destinato ad uno specifico affare⁶⁶, al fondo patrimoniale (artt. 167 e ss. c.c.), al vincolo di destinazione previsto all'art. 2645 *ter* c.c. oppure al *trust*⁶⁷.

⁶⁶ Al riguardo GENNARI, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare*, Padova, 2005, 24 ss.: «Alla luce delle ultime soluzioni, che concludono un processo di evoluzione del concetto di responsabilità patrimoniale, appare sempre più chiara l'intenzione del legislatore di svincolarsi da categorie preconcrete, per creare una vera e propria specializzazione della stessa, affidandosi integralmente alla disciplina della legge, che non si vuole più schiava di impostazioni concettuali, quali quella della natura persone giuridiche o dei soggetti di diritto, a beneficio di una semplice applicazione delle norme al caso concreto».

⁶⁷ Per una completa rassegna delle figure di destinazione: FURGIUELE, *Modulo Diritto Civile 2014-2015*, reperibile sul sito, ad accesso riservato, <http://e-l.unifi.it/course/view.php?id=4186>.

4. Appunti sulla soggettività giuridica del condominio alla luce della riforma

La dottrina più sensibile ai problemi riguardanti l'istituto condominiale avverte da tempo che la materia è appannaggio dei "giuristi pratici" e che riflessioni di carattere sistematico, non a caso, sono presenti in un numero ristrettissimo di contributi⁶⁸.

Volendo, con questi appunti, proporre alcuni spunti di riflessione sul tema dell'autonomia soggettiva del condominio, tenteremo dunque di coniugare gli studi sull'istituto condominiale con quelli sulla soggettività degli enti e compiere, nel far questo, precise scelte metodologiche.

La trattazione si articolerà, così, in tre parti: una prima, ricognitiva del dibattito dottrinale e giurisprudenziale intorno alla soggettività del condominio, ma preceduta dall'esame del dato normativo; una seconda, dedicata ai caratteri della soggettività degli enti in generale; talune considerazioni finali contenenti proposte ricostruttive della materia.

L'occasione che spinge oggi, dopo tutto quello che è già stato detto e scritto, a domandarsi se il condominio sia un soggetto autonomo ovvero una diversa forma di aggregazione, va naturalmente rintracciata nella recente riforma, operata dalla l. 11 dicembre 2012, n. 220. La novella ha infatti riaperto lo storico dibattito, conducendo diversi autori della dottrina - a dispetto dei lavori preparatori, in cui vi è traccia della proposta, poi rigettata - ad affermare la soggettività del condominio, fino a quel momento prevalentemente negata.

L'accento della dottrina è stato posto sul fatto che l'amministratore è concepito, in misura crescente, come un professionista, potendo egli, ad esempio, essere obbligato a stipulare una polizza assicurativa (art. 1129, c. 3 c.c.), che il medesimo è tenuto a convogliare in un conto corrente intestato al condominio le somme ricevute dai condomini e dai terzi (art. 1129, c. 7 c.c.), che egli incorre in gravi irregolarità se gestisce il patrimonio del condominio in modo da creare confusione con quello proprio (art. 1129, c. 12 c.c.).

La riforma, si è osservato nella medesima prospettiva, ha inoltre stabilito che nel rendiconto devono essere rappresentati tutti i dati relativi alla situazione patrimoniale del condominio, ai fondi disponibili e alle eventuali riserve (art. 1130 *bis* c.c.), che l'assemblea dei condomini è tenuta a costituire un fondo speciale per far fronte alle opere di manutenzione straordinaria e alle innovazioni (art. 1135 c.c.). È inoltre parso rilevante l'art.

⁶⁸ La riflessione è, ad esempio, di GIRINO, *Il condominio: bilancio della civilistica e riforme legislative*, in AA. VV., *La civilistica dagli anni '50 ad oggi*, Cedam, 1991, 553 ss.

2659 c.c., secondo cui il condominio compare nella nota di trascrizione attraverso l'indicazione del codice fiscale e dell'eventuale denominazione.

Contrasterebbero tali conclusioni soltanto l'art. 1117 *quater* c.c., secondo cui i condomini possono diffidare, anche singolarmente, chi compie attività che incidano negativamente sulle destinazioni d'uso delle parti comuni e l'art. 63, c. 2 disp. att. c.c., per il quale i creditori hanno la possibilità di agire nei confronti dei condomini in regola con i pagamenti soltanto dopo aver escusso quelli morosi.

Una posizione consapevole in tema di soggettività del condominio non può però essere assunta senza avere un quadro più completo delle norme di interesse, anche di quelle, dunque, sopravvissute alla riforma. Tentiamo di isolare due gruppi normativi.

A un primo insieme di norme, invocate per affermare la soggettività, apparterebbero la disposizione che attribuisce al condominio, anche per il tramite dell'amministratore, un ambito riservato nella gestione della cosa comune (artt. 1130 e 1135 c.c.), quella che attribuisce all'amministratore la possibilità di agire contro i condomini, generalmente per la riscossione dei contributi (art. 1131 c.c.), la previsione di un regolamento condominiale (art. 1138 c.c.).

Ulteriori elementi normativi deporrebbero, invece, per l'opposta soluzione. La norma secondo cui la proprietà dei beni condominiali è dei singoli proprietari (art. 1117 c.c.), ovvero l'altra in cui si prende atto, prevedendo talune conseguenze, della possibilità che le cose servano i condomini in misura diversa (art. 1123, c. 2 c.c.). Nella medesima direzione condurrebbero poi la previsione dell'obbligatorietà dell'amministratore nei soli condomini con un numero minimo di unità (art. 1129, c. 1 c.c.), la configurazione dell'amministratore come mandatario dei condomini (art. 1131 c.c.), la possibilità data ai condomini di far constare il dissenso alle liti giudiziarie deliberate dall'assemblea (art. 1132 c.c.) e di gestire, anche se eccezionalmente, le parti comuni (art. 1134 c.c.), il rinvio, infine, alle norme della comunione (art. 1139 c.c.).

In questa parte introduttiva abbiamo limitato al massimo grado le considerazioni di merito, lasciando la parola al dato normativo. Ciò, sia per preparare il terreno per un esame, pur rapido, dei vari orientamenti dottrinali, cui procederemo tra poco, sia perché occorrerà tener conto del dato normativo in una fase successiva, nel confronto con le norme sulla soggettività, sia, infine, per permettere al lettore di prendere coscienza dei vizi di cui riteniamo affetti questi orientamenti. Crediamo, infatti, che tali vizi siano da ricondurre, principalmente, al fatto che l'interprete - di fronte, appunto, al dato normativo - sia per così dire indotto ad assumere una

posizione sulla soggettività; magari anche a dichiarare di avere argomenti solidi a sostegno. Il fatto è, secondo noi, che in alcuni di questi autori difetta una visione complessiva del problema e che svolgono un ruolo fondamentale le convinzioni di ciascuno circa il modo di intendere la soggettività di un ente.

È opportuno, a questo punto, passare in rassegna i principali indirizzi dottrinali.

Trascurati quelli più remoti⁶⁹, deve dirsi che secondo un primo orientamento⁷⁰, definito comunemente collettivistico, è possibile affermare la soggettività del condominio facendo leva sulla proprietà comune dei beni e sull'interesse unitario che anima i singoli proprietari. Si parla, precisamente, di personalità giuridica collettiva, non unitaria: del tutto coerentemente, tra l'altro, con il contesto storico in cui nacque la teoria, discutendosi allora animatamente della possibilità di configurare diversi gradi di soggettività.

Un secondo orientamento⁷¹, che ha influenzato grandemente la recente riforma, nega invece, e recisamente, la soggettività del condominio, ricostruendo l'istituto condominiale intorno alle proprietà individuali dell'edificio.

Sosterrebbero, in particolare, tale conclusione la norma che descrive l'amministratore come mandatario dei singoli condomini, ovvero l'altra per cui i condomini mantengono un potere di gestione, seppur in casi eccezionali. Ma un argomento centrale sarebbe anche la mancanza di un patrimonio.

A un terzo orientamento⁷², definito misto, appartengono gli autori che ritengono di poter afferrare la complessità dell'istituto condominiale analizzando il fenomeno in chiave proprietaria e, più precisamente, sottolineando che anche i singoli condomini sono tenuti a rispettare la comunione: da qui, infatti, l'emersione di un interesse del gruppo. Altri

⁶⁹ Su cui DOGLIOTTI, *I diritti reali*, nel *Trattato Sacco*, VII, Utet, 2000, 153 ss. Una rassegna dei vari orientamenti è presente in VIGANÒ, *Il condominio degli edifici*, nel *Trattato Rescigno*, VIII, Utet, 2002, 369 ss. Sulla riforma DI ROSA, *Profili ricostruttivi della nuova disciplina del condominio negli edifici*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, IV, 789 ss.

⁷⁰ BRANCA, *Comunione, condominio negli edifici*, nel *Commentario Scialoja-Branca*, Zanichelli-Foro it., 1976, sub artt. 1117-1119, 358 ss.

⁷¹ Per tutti CORONA, in *Riv. giur. sarda*, 2012, II, 55 ss.

⁷² GIRINO-BAROLI, voce «Condominio negli edifici», in *Digesto IV ed., Disc. priv., sez. civ.*, III, Utet, 1988, 403 ss.; BIANCA, *Nozione di condominio*, in *Il condominio*, a cura di BIANCA, Giuffrè, 2007, 1 ss. Ragiona in chiave proprietaria BUSNELLI, in AA. VV., *Diritto civile*, II, Utet, 1988, 319 ss.

invocano direttamente il dato normativo e, in particolare, l'ambito riservato agli organi della collettività per la gestione della cosa.

I sostenitori di questa tesi negano generalmente la soggettività dell'ente (ma parlano, talvolta, di soggettività attenuata oppure in via di realizzazione), proponendo, per lo più, l'argomento della mancanza di un patrimonio.

Merita infine considerazione l'opinione di chi⁷³, pur negando l'autonomia soggettiva del condominio, sottolinea intanto l'esistenza (che sarebbe supportata da taluni indici normativi) di una condivisione di interessi derivante dalle esigenze abitative dei singoli. Il condominio sarebbe una formazione sociale meritevole di tutela *ex art. 2 Cost.* e in questa prospettiva sarebbe riscontrabile un interesse del gruppo.

L'esame del panorama dottrinale, pur rapidissimo e incompleto, rivela intanto che gli elementi da cui viene fatta dipendere l'esistenza di un nuovo ente sono del tutto eterogenei.

Proseguendo il percorso con l'esame degli orientamenti giurisprudenziali più recenti, il punto di arrivo è costituito da Cass., sez. un., 18 settembre 2014, n. 19663⁷⁴.

L'elemento di novità della pronuncia, resa su una domanda di risarcimento del danno da irragionevole durata del processo, è dato dal fatto che la soggettività è indicata come un risultato in via di realizzazione.

Sebbene, osserva la Corte, non basti la contitolarità di beni per poter parlare di soggettività e vi siano ulteriori elementi di segno contrario, tuttavia non possono ignorarsi gli altri indici che, specialmente dopo la riforma, spingono nella direzione della configurabilità di una soggettività giuridica autonoma. Non è chiaro, però, quali siano esattamente gli elementi che determinino la nascita di un nuovo soggetto.

Un ulteriore precedente giurisprudenziale che merita la nostra considerazione è Cass., sez. un., 8 aprile 2008, n. 9148⁷⁵ (di cui è stato relatore uno dei principali sostenitori dell'indirizzo individualistico), che ha enunciato l'innovativo e discusso principio per cui le obbligazioni condominiali hanno natura parziaria. La Corte, al proposito, critica il riferimento all'ente di gestione, ma nega ancora una volta l'autonomia soggettiva del condominio: la motivazione si esaurisce sostanzialmente nel

⁷³ Ad esempio RUSCELLO, *La riforma del condominio tra novità e problemi irrisolti*, in *Vita not.*, 2013, I, 361 ss.

⁷⁴ In *Guida al dir.*, 2014, XLIII, 38 ss.

⁷⁵ In *Foro it.*, 2008, I, 3255 ss.

riferimento alla mancanza di un patrimonio dell'ente e alla qualità di mandatario dell'amministratore.

Significativa, nella misura in cui il Supremo Collegio, all'alba del nuovo millennio, afferma per la prima volta, e con forza, che il condominio non è soggetto diritto, è Cass., sez. un., 8 aprile 2002, n. 5035⁷⁶: il principio di apparenza non può essere invocato in mancanza del fondamentale presupposto della terzietà delle parti e, quindi, al rapporto tra il condominio e singolo condomino.

Rileva, infine, un recente filone della giurisprudenza di merito⁷⁷, che si caratterizza per obliterare integralmente il problema della soggettività, giungendo a una conclusione (la pignorabilità del fondo comune del condominio) che avrebbe almeno potuto comportare dei riferimenti.

Per concludere questa breve rassegna è doveroso soffermarsi sulla notissima formula "ente di gestione", di origine per l'appunto pretoria: la giurisprudenza continua a farne uso - è ormai passato più di mezzo secolo⁷⁸ - come a voler alleviare la sensazione di disagio che si avverte nel definire il complesso istituto condominiale. Il richiamo a quella formula, tra l'altro, è trasversale ai vari indirizzi dottrinali.

Dovrebbe a questo punto essere chiaro che la gran parte degli orientamenti, anche dottrinali, passati in rassegna, soffre, incredibilmente, la mancanza di approfondimenti proprio sul tema della soggettività. Quella soggettività che non si esita ad affermare è talvolta, in verità, il frutto di una scelta arbitraria dell'interprete, è affidata alla sua misteriosa sensibilità, al suo modo di immaginarla nella realtà circostante. La comunione dei beni, l'attribuzione di un patrimonio, la presenza di un'organizzazione - lo ribadiamo - sono alcuni dei requisiti cui si riferiscono, a seconda dei casi, dottrina o giurisprudenza, senza però aspirare al loro coordinamento.

Con queste osservazioni veniamo al quesito che si pone nella seconda parte del lavoro, ovvero: quali elementi concorrono a fondare la soggettività di un ente? Non di rado, nell'assumere i vari autori una posizione sulla natura giuridica del condominio, paiono quasi inesistenti le numerose e tormentate discussioni che hanno interessato la soggettività in generale⁷⁹, dai rapporti con la capacità giuridica e d'agire, all'opportunità di continuare a far uso della nozione di fronte alla frammentazione operata dalla recente

⁷⁶ In *Foro it.*, 2002, I, 1670 ss.

⁷⁷ Le pronunce sono consultabili in *Guida al dir.*, 2014, XLIII, 19 ss.

⁷⁸ Già in Cass., sez. II, 20 maggio 1953, n. 1477, in *Foro it.*, 1954, I, 810 ss.

⁷⁹ Riferimenti in ZATTI, *Glossario*, nel *Trattato Iudica-Zatti*, Giuffrè, 1994, 55 ss.

legislazione⁸⁰, fino alla possibilità di invocarla per risolvere necessità pratiche contingenti⁸¹ (si è ad esempio ipotizzata la soggettività ai soli fini della trascrizione).

Piuttosto che percorrere questi rischiosissimi terreni, che richiederebbero ben altre osservazioni, anche di carattere storico⁸², intendiamo ribadire che i dibattiti richiamati non inducono comunque a rinunciare a una nozione minima di soggettività, corrispondente all'imputazione di un qualsivoglia effetto giuridico. È secondo noi certo, citando un persuasivo saggio, che “la circostanza, innegabile, che il contenuto della capacità giuridica possa essere più o meno esteso (e che esistano situazioni limite cui applicare solo frammenti di disciplina) non giustifica la frantumazione in una serie infinita di distinguo fino a rendere i concetti inutilizzabili⁸³”.

La dottrina condominialistica e la giurisprudenza richiamate fanno dunque riferimento, più semplicemente, proprio a una nozione consolidata nell'uso (una categoria, si sarebbe potuto dire un tempo), di cui ogni giurista continuamente si serve.

La premessa del ragionamento sugli elementi costitutivi della soggettività è, ovviamente, che essa non dipende più dal riconoscimento formale, ma che possa desumersi anche implicitamente dall'ordinamento⁸⁴: oggi, tra l'altro, può prendersi significativamente atto di un'elegante letteratura giuridica⁸⁵ che enfatizza il ruolo dell'autonomia privata nella creazione dell'ente.

Converrà affidarsi nuovamente al terreno sicuro del dato normativo, per poi condurre l'esame della dottrina e della giurisprudenza. Ci pare, questo, il metodo corretto, poiché l'unico in grado di mettere in fuga arbitri, anche giurisprudenziali, di cui abbiamo già dato testimonianza.

Quale interprete, infatti, potrebbe ritenersi abilitato ad individuare i caratteri necessari e sufficienti per poter parlare di soggettività dell'ente?

⁸⁰ Per tutti LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, 45 ss.

⁸¹ Ad esempio MAZZÙ, *La soggettività contingente*, in *Comp. e dir. civ.*, 2012, III. Sui diritti soggettivi senza soggetto, ovviamente ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto*, in *Jus*, 1960, XI, 149 ss.

⁸² Profili storici in ZATTI, *op. cit.*, 324 ss. Per una storia della persona giuridica BASILE, *Le persone giuridiche*, nel *Trattato Iudica-Zatti*, Giuffrè, 2014, 165 ss.

⁸³ DE GIORGI, *Tra legge e leggenda: la categoria ente nel diritto delle associazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, IV, 625 ss.

⁸⁴ GALGANO, *Delle associazioni e delle fondazioni*, nel *Commentario Scialoja-Branca*, Zanichelli-Foro it., 1976, sub artt. 36-38, 104 ss.; RESCIGNO, *Associazioni non riconosciute e capacità di testimoniare*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, 157 ss., che sottolinea anche il ruolo propulsivo della Costituzione.

⁸⁵ DEL PRATO, *L'ente privato come atto di autonomia*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, IV, 451 ss.

Dovrebbe forse giocare un ruolo la coscienza sociale? Ma a chi spetterebbe accertarla?

Il metodo prescelto, d'altra parte, già perentoriamente affermato alla fine degli anni '30 del secolo scorso⁸⁶, trova oggi, a nostro avviso, significativo supporto nella nota circostanza che la dottrina e la giurisprudenza amministrativa conducono un'analisi simile con riguardo all'ente pubblico.

L'indagine normativa si presenta particolarmente proficua analizzando le norme che connotano gli enti a base associativa, con cui il condominio condivide alcuni tratti di somiglianza, anche se l'analisi è stata comunque estesa a tutti gli altri enti cui si attribuisce concordemente la soggettività.

L'esame normativo rivela, dunque, la presenza di un nucleo fondamentale di elementi, un *minimum* indispensabile costituito dall'organizzazione, da un fondo patrimoniale, da una finalità comune.

Non volendo ripercorrere i singoli passaggi del più ampio esame compiuto in materia di enti (non solo associazioni, fondazioni e società, ma anche reti d'impresa, consorzi, ecc.), si potrà però trovare conferma dell'esistenza di tale minimo comune denominatore in alcuni preziosi contributi dottrinali⁸⁷. È nostra convinzione, d'altronde, che la dottrina dovrebbe illuminare ulteriormente questo difficile cammino.

È appena il caso di notare, poi, che quando il legislatore ha attribuito la dignità di soggetto a prescindere da taluno di questi elementi (il riferimento è, ad esempio, ai GEIE, in cui può mancare un patrimonio), ha avvertito contemporaneamente l'esigenza di prescrivere l'iscrizione in appositi registri.

Nel panorama giurisprudenziale è ancora più raro imbattersi in simili analisi. Incontriamo, però, una articolata motivazione in Cass., sez. I, 16 ottobre 1976, n. 4252⁸⁸, la quale segnala il cambiamento di rotta compiuto dalla dottrina e indica i requisiti che farebbero di un mero agglomerato di uomini un vero e proprio soggetto di diritto: si tratta, per l'appunto, tra gli altri, di un fine che trascende i singoli individui, di un'organizzazione e di un patrimonio del tutto autonomo da quello degli associati.

⁸⁶ Le opinioni di Falzea sono ben riassunte in BASILE, *La fattispecie soggettiva degli enti collettivi: usi e abusi*, in *Persona e soggetto*, a cura di TESCIONE, ESI, 2010, 151 ss.

⁸⁷ Ad esempio BASILE-FALZEA, voce «Persona giuridica (dir. priv.)», in *Enc. del dir.*, XXXIII, Giuffrè, 1983, 238 ss.; DE GIORGI, *op. cit.*, 636 ss.; COSTANZA, *I soggetti: gli enti non commerciali*, nel *Trattato Perlingieri*, ESI, 2012, 4 ss.; SPADA, *Diritto commerciale. Parte generale: storia, lessico e istituti*, Cedam, 2004, 108 ss.

⁸⁸ Consultabile in *Foro it.*, 1977, I, 1482 ss.

In alcuni arresti recenti, estranei alla materia condominiale⁸⁹, si affronta nuovamente il problema della soggettività, ma si insiste sulla presenza o meno di singoli caratteri, mentre è assente un'analisi complessiva.

Tentando, dunque, di chiudere il ragionamento deduttivo, nell'ambito del condominio è rintracciabile con sicurezza una struttura organizzativa (pur mutevole a seconda della realtà osservata, che è quella del condominio minimo, ma anche, all'opposto, del supercondominio), se solo si pone l'accento sul fatto che le decisioni riguardanti la gestione della cosa comune sono affidate in via esclusiva all'assemblea dei condomini e che l'attuazione delle stesse, come anche la rappresentanza sostanziale e processuale nella gestione, spettano in linea generale all'amministratore.

In ordine al secondo profilo, uno scopo può essere legittimamente riscontrato nella cura del bene comune: si avverta, infatti, che è difficilmente prospettabile un sindacato sullo scopo, considerando l'ampiezza delle finalità che possono animare gli enti associativi.

Ciò di cui il condominio pare però sprovvisto, a dispetto dei recenti arresti della giurisprudenza di merito di cui si è dato conto, è un patrimonio autonomo, requisito che, tra l'altro, è stato di recente valorizzato dal legislatore nel disegnare il (peculiare) meccanismo di acquisizione della soggettività da parte delle c.d. reti di impresa (cfr. art. 3, c. 4 *quater*, d. l. 10 febbraio 2009, n. 5)

Non esiste un fondo neppure paragonabile a quello delle associazioni non riconosciute, in cui la quota versata dall'associato è vincolata a uno scopo e non è possibile la restituzione in caso di recesso. Se ne può trarre conferma, tra l'altro, dalla norma per cui l'amministratore è tenuto a comunicare ai creditori il nominativo dei condomini morosi.

L'obbligo, dopo la riforma, di costituire un fondo comune non è d'altra parte corredato del beneficio di escussione, come si può facilmente desumere dal già citato art. 63 disp. att. c.c.

Se si concorda col fatto che la qualifica di ente dipende dagli elementi indicati, l'inevitabile conclusione è che il condominio non è, allo stato attuale, un soggetto di diritto.

In ordine agli altri argomenti che vengono frequentemente presentati a favore della soggettività, intendiamo soltanto osservare che la norma sulla

⁸⁹ Ad es. Cass., sez. I, 9 maggio 2014, n. 10105, in *Foro it.*, 2015, I, 1328 ss., in materia di *trust* e Cass., sez. I, 15 luglio 2010, n. 16605, in *Foro it.*, 2011, I, 1605 ss., sui fondi comuni di investimento.

trascrizione di cui all'art. 2659 c.c.⁹⁰ (come, per altro verso, quelle che attribuiscono al condominio la soggettività fiscale), sebbene utile a far emergere un interesse del gruppo e invocata, in passato, con riguardo alla soggettività delle associazioni non riconosciute (cfr. art. 1 l. 27 febbraio 1985, n. 52), non vale in alcun modo a risolvere il problema con riferimento al condominio, che è problema, come si è detto, di conformità ai requisiti indicati dalla legge.

Invocare la norma sulla trascrizione sarebbe utile se si volesse far leva sulla proprietà, in capo all'ente, delle c.d. parti comuni. Ma ciò significherebbe tornare alla teoria del Branca e dunque riprendere un sentiero che contrasta col dato normativo e che non è stato più percorso proficuamente: infatti i vari orientamenti emersi successivamente sono tutti protesi, piuttosto, ad argomentare la soggettività intorno a un patrimonio comune formato dai contributi dei singoli.

Per non considerare il fatto che era già invalsa la pratica di trascrivere i regolamenti condominiali, senza che nessuno pretendesse per questo di richiamare la soggettività.

Avviandosi alle conclusioni, intendiamo soffermare l'attenzione sul fatto che i condomini sono comunque uniti tra loro da un interesse comune (non mera somma di interessi), che emerge, come più volte ricordato, nella gestione del bene in comproprietà⁹¹.

Il fenomeno non desta meraviglia e l'osservazione della realtà sociale testimonia, anzi, l'esistenza di un numero considerevole di formazioni sociali (la mente corre, prima di tutto, alla famiglia) di cui nessuno, al momento, predicherebbe la soggettività. La percezione sociale del loro ruolo, come accade oggi per il condominio e come è accaduto un tempo per le associazioni, potrebbe peraltro condurli in futuro al riconoscimento. Sarebbe utile a questo punto parlare del tormentato rapporto tra legislatore e realtà circostante a proposito della soggettività degli enti⁹², ma la complessità del problema ci suggerisce di evocarlo soltanto e di insistere su altre questioni.

Ci chiediamo, infatti, se non sia opportuno mantenere la formula, certamente ambigua, dell'ente di gestione. Ricordando che essa ha resistito a più di mezzo

⁹⁰ Sulla trascrizione BARALIS, *Pubblicità immobiliare e condominio dopo la legge di riforma*, in *Giur. it.*, 2013, VIII-IX, 1957 ss.; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, ESI, 2015, 284 ss.

⁹¹ Si ritorna così a PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Giuffrè, 1964, 173: "ora si procede dalla pluralità (sciolta, astratta, numerica), alla collettività (organizzata), e infine al gruppo (giuridicamente unificato)". Tra i vari altri autori, RESCIGNO, *op. cit.*, 167.

⁹² Per tutti BASILE-FALZEA, *op. cit.*, i quali invocano studi sociologici.

secolo di teorie (vari autori, come detto, vi hanno spesso cercato la conferma delle loro conclusioni) e che oggi viene comunemente invocata in contrasto con l'idea di soggettività, essa ha la forza di spiegare la complessità del condominio e, dunque, anche l'emersione di un interesse del gruppo.

Per quanto riguarda il futuro, la strada della soggettività ben potrà essere percorsa dal legislatore, dotando il condominio almeno di un patrimonio, così da semplificare, come si osserva, i rapporti con i creditori.

Nondimeno, soffermandosi a pensare all'operazione che si compie quando si auspica la soggettività del condominio, ovvero immaginare un nuovo ente che provveda alla cura di beni in comproprietà, a noi pare che si tradisca notevolmente la collocazione dell'istituto in seno alla comunione.

Se ciascun condomino rimanesse fedele ai propri obblighi, non ne sentiremmo davvero il bisogno.

MATERIALI

La Rivista ha deciso di pubblicare il Documento conclusivo del comitato di studio sulla questione del conflitto di interessi. Si tratta di un documento che non è facile reperire, ma che può offrire un utile contributo alla riflessione storico-giuridica che scelga di concentrarsi sul rapporto tra politica e diritto.

Con il Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri in data 12 maggio 1994, veniva affidato a tre autorevoli giuristi il delicato “compito di studiare gli aggiornamenti e le integrazioni della legislazione vigente, allo scopo di evitare qualsiasi ipotesi di commistione di interesse pubblico e interesse privato in chi ricopre cariche di Governo”.

Antonio La Pergola, Giorgio Crisci e Agostino Gambino presentarono il documento conclusivo che fu trasmesso alla Presidenza del Senato il 7 ottobre

[Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, 12 maggio 1994](#)

[Documento conclusivo del Comitato di Studio sul Conflitto di interessi](#)

[Sentenza Consiglio di Stato n. 4897/2015 del 26 ottobre 2015](#)



Ianus - Diritto e finanza

Rivista semestrale di studi giuridici

N. 12 - 2015

Editore - Università di Siena, Via Banchi di sotto, 55 - 53100 Siena

Direttore responsabile: Angelo Barba

<https://www.rivistaianus.it>

Registrazione Tribunale di Siena n. 3 del 7 marzo 2008

ISSN: 1974-9805