



Università degli Studi di Palermo

Annali della Facoltà di Economia

AREA **GIURIDICA**

2008
ANNO LXII

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

Gli articoli riflettono esclusivamente le opinioni dei rispettivi Autori

PRESIDE DELLA FACOLTÀ
Prof. CARLO DOMINICI

DIRETTORE SCIENTIFICO
Prof. VINCENZO LO IACONO

DIRETTORE RESPONSABILE
Prof. GIUSEPPE INGRASSIA

COMITATO SCIENTIFICO
Proff. S. BAVETTA - C. CAMMALLERI - S. PIRAINO

ANNALI DELLA FACOLTÀ DI ECONOMIA - UNIVERSITÀ DI PALERMO

RIVISTA SCIENTIFICA

Aderente al Centro Italiano ISSN e all'Agenzia ISBN

ISSN 1827-8388

Iscrizione al Tribunale di Palermo
27 luglio 2005

EDITORE

Facoltà di Economia - Biblioteca Centrale

DIREZIONE E REDAZIONE

Facoltà di Economia
Viale delle Scienze, Ed. 13
90128 Palermo
E-mail: ingra@unipa.it

INDICE

CALOGERO MASSIMO CAMMALLERI <i>Contributo al dibattito sul futuro del modello sociale</i>	9
CALOGERO MASSIMO CAMMALLERI <i>Le proposte di modifica dell'impugnazione del licenziamento: un passo avanti e due indietro</i>	24
CALOGERO MASSIMO CAMMALLERI <i>La contestazione della pretesa contributiva</i>	47
CALOGERO MASSIMO CAMMALLERI <i>La tutela del credito nel diritto del lavoro</i>	87
CALOGERO MASSIMO CAMMALLERI <i>Il mercato del lavoro e la formazione professionale in Sicilia</i>	113
CALOGERO MASSIMO CAMMALLERI <i>Social pollution: from flexibility to exploited work.....</i>	141
GABRIELLA CANGELOSI <i>Il difensore civico tra norma e realtà.....</i>	197
GABRIELLA CANGELOSI <i>La riforma del trasporto pubblico locale in Sicilia dalle “concessioni di autolinee” ai contratti di “affidamento provvisorio di servizio”</i>	237
GABRIELLA CANGELOSI <i>Norma ed azione nell'internazionalizzazione del territorio</i>	247
GABRIELLA CANGELOSI <i>Prospettive della disciplina del verde urbano.....</i>	269
GIOVANNA D'AMICO <i>Il fenomeno migratorio nell'era della globalizzazione</i>	301
DIEGO ZIINO <i>La interpretazione e le interpretazioni</i>	313

CONTRIBUTO AL DIBATTITO SUL FUTURO DEL MODELLO SOCIALE¹

Riassunto - In questo scritto si propongono una critica di metodo alla proposta contenuta nel Libro Verde sulla riforma del modello sociale e alcune ipotesi concrete per la sua riforma. Tra i temi di discussione proposti si prende posizione su alcuni di essi e in particolare su quelli che riguardano il mercato del lavoro, le relazioni industriali e la previdenza sociale.

Abstract - In this paper we propose a critical approach to the proposal contained in the Green Paper on the reform of the Social Model and some of our suggestions to reform. Among the topics for discussion, we shall discuss just some of them, in particular about the issues of the labour market, industrial relationship and social security law.

PREMESSA

Il *Libro Verde* sul futuro del modello sociale, come recita la sua premessa, «vuole avviare un dibattito pubblico sul sistema del *Welfare* in Italia.» È un tema trasversale il cui il fulcro è costituito dal lavoro, nella sua più ampia accezione, in dipendenza della presenza o dell'assenza del quale s'innervano le linee di intervento sociale.

Il Governo inaugura così a livello nazionale, o almeno ci prova, un metodo di *policy building* già praticato a livello europeo e sottopone alla discussione pubblica un documento sul quale tutti, dalle «istituzioni centrali» ai «singoli cittadini», possono dare il loro contributo, con il fine di condurre a sintesi in «un *Libro Bianco* sul futuro del modello sociale» le «principali opzioni politiche identificate nelle risposte.»

* Professore associato di diritto del lavoro nella facoltà di Economia dell'Università di Palermo.

¹ Questo studio integra e rielabora criticamente il contributo dell'autore alla consultazione pubblica sul «Libro Verde sul futuro del modello sociale» inviato al Governo a libroverde@lavoro.gov.it.

La promessa è che le proposte «in materia di lavoro, di salute e di politiche sociali» che il Governo formulerà per l'intera legislatura» saranno «in coerenza con esso».

Il tema è grave e perciò solo merita lo sforzo di un contributo.

Il metodo

L'importazione del metodo nella realtà nazionale impone una riflessione preliminare. Strumento buono e virtuoso o strumento cattivo e pericoloso? A domanda retorica, risposta retorica: dipende dalle intenzioni e dall'uso. Ma anche risposta critica: non tanto evidenziare positivo e negativo, valenze in ogni cosa sempre presenti in diversa misura, ma sviscerare gli snodi problematici.

Il primo punto di riflessione è perciò sullo strumento in sè. La consultazione pubblica su temi di politica sociale viene spesso salutata come un bene per sé, perché vi si rinviene una forma di democrazia partecipata nei processi decisionali su questioni che *quotidie* attingono direttamente la vita del cittadino.

L'adesione incondizionata al metodo, però, costituisce a mio avviso un'apertura di credito allo scoperto, molto pericolosa e talvolta fuorviante. Perché il giudizio sulla bontà del metodo non può essere disgiunto dalla risposta retorica alla domanda iniziale. Dunque, esso può essere incondizionatamente positivo (cioè a prescindere dall'adesione o non al merito delle soluzioni su cui si chiede la consultazione) solo se il documento a base della consultazione pubblica sia effettivamente aperto a diverse soluzioni. E ciò in concreto significa che deve basarsi di dati dati oggettivi e che deve formulare domande non suggestive.

Se dovesse mancare anche uno di questi due elementi, l'uso della consultazione verrebbe distolto dalla sua naturale funzione dialettica e tendenziosamente piegato verso un risultato preconstituito e occultato. La consultazione pubblica si trasformerebbe così da strumento di democrazia critica a *provocatio ad populum*, cioè a metodo di ricerca della (finta) legittimazione democratica a un (vero) processo autoritario, che, infatti, come tutti gli autoritarismi, cerca la sua legittimazione nella *vox populi* (*vox dei*).

Svolgerò le mie riflessioni, anche di carattere generale, con riferimento ai temi del lavoro e della previdenza.

I temi del Libro Verde

Lo scopo e i mezzi del «nuovo modello sociale».

Il documento, si legge nella prefazione, vuole esplicitamente impennare la discussione sulla «centralità della persona, in sé e nelle sue proiezioni relazionali a partire dalla famiglia». Da lì ricava l'esplicito corollario secondo cui il nuovo *Welfare* dovrà comportare anche il pieno riconoscimento in «sussidiarietà» del «valore della famiglia». Questo lo scopo.

Quanto ai mezzi il *Libro Verde (ri)* afferma che il «principio della vita buona... ha le sue radici in una vita attiva, nella quale il lavoro non sia... un'attesa delusa, ma costituisca... la base dell'autonomia sociale delle persone e delle famiglie.»

I punti di crisi.

- a) La spesa sociale e la sua composizione. Nell'analisi delle disfunzioni, degli «sprechi e dei costi dell'attuale modello» il Libro Verde si riporta alla relazione della Commissione Onofri, (febbraio 1997). Assume come dato “scientifico” di base di misurazione della spesa sociale le statistiche OCSE e afferma, senza farne tema di discussione, che essa «è manifestamente squilibrata in favore della spesa pensionistica, che costituisce il 60 per cento della spesa sociale». In questo dato, che come vederemo non è assolutamente probante, individua la ragione disfunzionale - a livello di economico - dell'attuale welfare. La spesa pensionistica viene qualificata eccessiva e gli «interventi normativi, anche recenti» insufficienti a bilanciare le «pressioni di carattere demografico» e le conseguenze della «definizione dei lavori usuranti.» Assume poi che la riforma Dini potrebbe non essere «sufficiente a rendere neutrale ai fini della spesa l'allungamento del periodo di percezione delle prestazioni.»

A questo quadro di spesa si addita la responsabilità di comprimere

«la risposta a molti dei bisogni primari e, ancor di più, la capacità di prevenirne la formazione. Ciò, inevitabilmente, va a danno dei giovani in cerca di prima occupazione, delle donne senza lavoro e delle madri sole, dei disoccupati di lungo periodo, dei disabili, degli anziani disagiati, degli emarginati e dei poveri.»

- b) Gli ammortizzatori sociali. A partire dalla presa d'atto che il quadro delle tutele attive dei disoccupati sia «disorganico e quasi ingovernabile» prodotto di una legislazione alluvionale ed emergenziale che non consente di riconoscervi un «sistema», si propone uno scambio tra spesa pensionistica e riconduzione a sistema degli ammortizzatori sociali. Nel frattempo, le prestazioni attuali continuano a presentare «innumerevoli iniquità di trattamento (criteri di eleggibilità, durata, ammontare dei benefici)»; il caso Alitalia è ultimo esempio solo in ordine di tempo.
- c) Il funzionamento del mercato del lavoro. Il Libro Verde individua le ragioni disfunzionali dell'attuale welfare – a livello normativo - lungo due direttrici. *ci*) Il sistema di regole. Si tratta del ruolo del diritto del lavoro. Il documento propone l'oramai nota metafora della Cittadella del lavoro (Ichino) e del conflitto tra *insider* e *outsider*. Afferma, infatti che la «rigidità dei trattamenti costituisce ... un ostacolo oggettivo ai processi di mobilità e al dinamismo del mercato del lavoro.» *cii*) Il lavoro irregolare e il welfare. Si riconosce che l'Italia ha «una fiorente economia sommersa che non ha pari nel resto del mondo industrializzato.» Sebbene non sia chiaro che cosa si intenda con “fiorente”, (se cioè enorme come grandezza macroeconomica, qual è, e quindi vantaggiosa per le relative imprese, oppure lucrosa attività parallela dei lavoratori), il documento afferma, con decisione, che questo venga alimentato dalle «varie forme di sostegno al reddito» che «non seguono un disegno di incentivazione per il rapido re-inserimento lavorativo». Le cause della spirale che genera e alimenta il sommerso sono indicate in due ragioni. L'una la mancata applicazione della «regola di responsabilità che vuole sanzionato con la decadenza dal beneficio o dalla indennità il percettore del trattamento che rifiuta una occasione congrua di lavoro o un percorso formativo di riqualificazione professionale.» E anche qui non si spiega come

si stabilisca la congruità. L'altra nella «assenza di un mercato del lavoro aperto e trasparente e di dispositivi di assistenza e presa in carico della persona in stato di bisogno». Tale situazione determina un'utilizzazione impropria delle prestazioni sociali, che verrebbero così distolte dalla loro funzione naturale «di strumenti che dovrebbero avere invece natura temporanea e servire ai processi fisiologici di mobilità e reinserimento al lavoro» e invece diventano pratiche assistenzialiste e deresponsabilizzanti. Queste in sintesi le linee in materia di previdenza.

La struttura del Libro Verde

Il Libro Verde tradisce subito il proposito di costituire una sorta di neo-agorà e palesa, invece, la sua struttura spiroidale. Effetto che si avverte maggiormente quando si passa all'esame delle domande formulate in modo capzioso. Infatti, la proposta di discussione, quale logico svolgersi delle premesse, conduce - per forza - a un unico punto, in cui convergono la riduzione della spesa pensionistica e la *tabula rasa* delle regole non solo del mercato del lavoro, ma anche di quelle del rapporto di lavoro. Le premesse da cui parte, come vedremo subito, sono le solite premesse, sempre asserte e non mai dimostrate e anzi spesso alla prova dei fatti smentite, del *lassaiz fair* come elemento essenziale di funzionamento del lavoro.

L'integrazione famiglia-welfare

L'integrazione famiglia-welfare, si ricava dal complesso del quale Libro, propone un modello di famiglia, una concezione del lavoro e una relazione tra loro, profondamente diverse da quelle predicate nella premessa. Il modello di famiglia che si è detto voleva mantenere e assistere è quello *mediterraneo*, in cui il nucleo essenziale delle relazioni tra i componenti, entità autonoma tutelata per sé stessa attraverso la valorizzazione e il sostegno ai *diversi* ruoli di *ognuno* dei suoi componenti, stabiliti secondo le loro scelte libere ed individuali, viene sostenuta dall'intervento sociale. Nelle domande, tuttavia, il modello a cui tende non è *più* quello, esso è soppiantato da uno diverso, orientato piuttosto

verso quello continentale, se non nord europeo, radicato su costumi e regole sociali molto diverse dalle nostre, in cui l'aggregazione di soggetti, sulla base di un vincolo di sangue o di legge, viene tutelata al fine di renderli meglio ed efficientemente organizzati nel mercato del lavoro. È un modello di *welfare* in cui la parola *famiglia* è sbandierata solo come una misura di propaganda, per compiacere le gerarchie cattoliche. Ma nella sostanza l'assistenza sociale alla famiglia per sé viene assolutamente dimenticata, poiché le misure proposte riguardano unicamente l'aumento dell'occupazione femminile. Questo risultato, auspicabile per sé stesso, laddove però sia affidato, come sembra essere stato proposto, alla concorrenza nel mercato, dei soggetti esclusi, stride con la proclamata intenzione protettiva.

Il modello di lavoro

Il modello di lavoro che propone è sempre più *alieno* dalla persona che lo presta. Anzi è insensibile a essa, mutevole, effimero, funzionante solo alla sua combinazione con il capitale. Sempre meno persona che lavora, con l'indispensabile tutela del lavoratore, cioè della persona dentro il rapporto, sempre più persona che svolge lavori, con il surrogato di tutela *ai* lavori-attività, cioè nel mercato. Le tutele non sono più ripartite secondo la loro funzione: tra lavoratore e cittadino, cioè una persona in atteggiamenti e relazioni diverse, ma sono innanzitutto tolte al lavoratore, poiché si afferma non ne ha più bisogno. Dice il Libro Verde che il «mercato del lavoro ... oramai, è diventato adulto e che non tollera più una visione repressiva incentrata sulla patologia come regola.» Coticché, seguita, «serve ..., prima di tutto, una robusta semplificazione e de-regolazione delle regole di gestione dei rapporti di lavoro» (domanda n. 1). Infatti, altre tutele, non si sa neppure quante, saranno attribuite al cittadino, solo solo successivamente e subordinatamente al recupero di risorse attraverso la riduzione "dell'eccesso" di spesa pensionistica ai livelli OSCE.

E giungiamo perciò alla seconda falsa premessa.

La composizione della spesa sociale.

Per valutare il rapporto spesa sociale totale su spesa pensionisti-

ca, i dati OCSE non possono essere utilizzati, perché presuppongono una netta distinzione tra spesa previdenziale e spesa assistenziale. Quei dati inferiscono dalla dizione “pensione” la natura previdenziale in senso stretto della prestazione e quindi finiscono – non loro, ma chi usa i dati in tale modo - per attribuire alla spesa pensionistica italiana una serie di prestazioni di carattere assistenziale che negli altri paesi vanno a incrementare le prestazioni assistenziali di sostegno al reddito (es. integrazioni al minimo, assegno sociale) o alla disoccupazione (es. prepensionamenti), o in generale incrementi solidaristici del trattamento pensionistico che hanno la loro fonte nella solidarietà sociale (es. contribuzione figurativa). A nulla dire dei diversi regimi fiscali che gravano le pensioni nei vari paesi. Se, tuttavia, la spesa pensionistica, con gli stessi numeri, è rapportata ai paesi dell’Unione, essa denota una spesa addirittura minore della media (Franzini-Granaglia, nelMerito.it).

Non meno azzardata è l’affermazione della insostenibilità della spesa per le modificazioni demografiche in un sistema che dopo la virata al contributivo ha casomai l’opposto problema di assicurare l’adeguatezza delle prestazioni minacciate dal ritardato ingresso nel mondo del lavoro, dal collegamento con il PIL (Raitano, nelMerito.it), dalla frammentazione dei rapporti di lavoro, già in atto, e sempre più auspicata dal “nuovo” modello, con particolare riferimento all’alternanza subordinazione/autonomia. Non è tenuto in cale che nel nostro sistema il lavoratore autonomo percepisce un compenso molto inferiore a quello del lavoratore subordinato e sconta un’aliquota contributiva molto inferiore. Ciò a differenza, per esempio, di quanto accade in Austria (v. Mainz) o in Svezia (v. Engbold) in cui i compensi sono mediamente molto maggiori e le tutele estese perfino alla disoccupazione.

Il mercato e le regole

La regola è vista come tutore dell’incapace. Quando si afferma così che il mercato del lavoro è oramai adulto, se ne inferisce che non ha bisogno di essere guidato, cioè non ha bisogno di regole. Preconizzando un mercato del lavoro “libero” che - senza le regole di gestione del rapporto - è da solo capace di creare maggiori e migliori posti di lavoro.

Questa visione del Libro Verde supera perfino il neoliberismo dell'Europa della *flexicurity*, dove, invece, la deregolamentazione è almeno la “seconda cosa”, mentre la prima resta l'approntamento di un sistema di protezione sociale generoso e attivo, che investe nelle politiche del lavoro cifre dell'ordine del 4,51% per PIL (Danimarca) o 2,51% Svezia, non del 1,36 (Italia), (fonte: data extracted on 2008/10/28 09:40 from OECD.Stta).

Resta comunque il fatto che un'opzione politica iper liberista viene contraffatta come opzione di politica sociale e del lavoro a fondamento scientifico. Ma i presupposti assunti esistenti e pre-condizione per la deregolazione sono falsi per almeno tre ordini di considerazioni.

Il primo è che il mercato non è assolutamente adulto. Un mercato del lavoro con un quarto di sommerso e con gli attuali tassi di occupazione e di disoccupazione, è invece palesemente un mercato tutt'al più adolescente; che necessita di quindi di molte attenzioni. E poi non esiste “un” mercato del lavoro nazionale, ma molti mercati locali. Come si può annullare nel “mercato del lavoro”, le differenze tra il mercato del lavoro della Sicilia e quello del Friuli?

Il secondo è che, oramai è dimostrato, non vi è nessuna correlazione tra rimozione delle tutele nel rapporto e crescita dell'occupazione. Come l'economia non può regolare, così il diritto non può creare. Il declamato caso spagnolo, con i suoi ultra liberi contratti a termine, ora che l'economia recede, si è rivelato un bolla che ha causato più disoccupati di quanti occupati precari non aveva creato: il tasso di disoccupazione è cresciuto fino al 10,7% il peggiore dell'UE (fonte: Time, sept. 8, 2008 p.6).

In terzo è che le regole di gestione del rapporto di lavoro non stanno in relazione, né servono al mantenimento dell'occupazione, ma servono solo a proteggere chi lavora e chi non lavora dal lavoro. A consentire al lavoratore quel minimo di autotutela reale di diritti fondamentali durante il rapporto, che diversamente finirebbero nel calderone risarcitorio per equivalente, con il danno già fatto. Dunque, se togliamo le regole togliamo solo le protezioni, senza nemmeno creare un posto di lavoro - *dignus*, di qualità dice il documento – in più.

L'idea che il libero mercato sia il modo migliore per una più efficiente ed equa allocazione delle risorse è stato oggetto di un clamoroso

autodafè “da parte di una dei suoi maggiori artefici. In una recente intervista al New York Times (October 23, 2008 , intervista di Edmund L. Andrews) Alan Greenspan ha dichiarato: -«Those of us who have looked to the self-interest of lending institutions to protect shareholders’ equity, myself included, are in a state of shocked disbelief.» E ha aggiunto: «Yes, I’ve found a flaw. I don’t know how significant or permanent it is. But I’ve been very distressed by that fact.»

Da canto suo il nobel J. Stiglitz spiega che il mercato lasciato alla sua regolazione crea crisi: «That is why I and many other economists believe that government regulation and oversight are an essential part of a functioning market economy. Without them, there will continue to be frequent severe economic crises in different parts of the world. The market on its own is not enough. Government must play a role.»

Se le impostazioni di due correnti di pensiero diametralmente opposte coincidono nella negazione della bontà della *deregulation* e per di più con riferimento al mercato finanziario, *a fortiori* la deregolamentazione di norme protettive non può essere un criterio ispiratore per il miglioramento delle prestazioni del mercato in termini di maggior e migliore occupazione.

Ci si deve chiedere, inoltre, se anche il mercato senza regole funzionasse alla perfezione, la riconduzione della regolazione del rapporto di lavoro nell’alveo del diritto civile, in cui la volontà negoziale individuale è sovrana, sarà poi in condizione di superare le asimmetrie di poteri insite nel lavoro personale a favore altri? Il mercato è insomma idoneo a dare tutela alla persona che lavora mentre lavora? Cioè a sostituire il diritto del lavoro?

Una conferma del fatto che questo profilo non viene affatto considerato si ha con riferimento alle affermazioni del Libro Verde relative alla inclusione sociale dei lavoratori svantaggiati.

Inclusione sociale dei lavoratori svantaggiati

La proposta del Libro Verde è ancora più inefficace. L’idea è quella che il soggetto svantaggiato possa con le sue forze competere con quello non svantaggiato, giacché le regole della sua protezione finirebbero per limitarne la concorrenzialità. Cosicché la conseguenza sarebbe solo una: il lavoratore svantaggiato dovrebbe potere offrire il proprio lavoro

con vantaggi competitivi rispetto al resto dei lavoratori, rinunciando a tutele e a salario.

Se questa è l'idea si tratta di chiamarla con un nome che già il mondo del lavoro conosce: regime differenziale per le "mezze forze". Non più (ma è così?) e non solo donne e bambini, ma in generale le persone svantaggiate. La sostanza non cambia. Seppure questa fosse una via buona e con la quale si possano costruire dei *by pass* per gli art. 2, 3, 35, 36, 37 e 38 Cost., rimane da dimostrare che per il lavoratore svantaggiato questa auto-discriminazione attiva costituisce ragione di inclusione; poiché le norme costituzionali non sono superabili l'unica strada è accollare al sistema pubblico il costo differenziale della parità di trattamento, cioè ancora una volta gli incentivi economici e normativi; e in questi non potranno escludersi gli obblighi datoriali, non essendo – notoriamente - il mercato la "Casa del Filantropo".

Il sommerso, gli incentivi economici, le regole

Non meno assertoria è la relazione tra inefficienze del sistema di "responsabilità" e sommerso. Poiché un fenomeno vario e complesso viene ricondotto all'unica ipotesi - assolutamente marginale - del lavoratore che fruisce di una prestazione assistenziale e che contemporaneamente lavora in nero.

Questa premessa mette sullo stesso piano le politiche di emersione (incremento dei tassi di occupazione regolare) e le politiche di inclusione sociale (gruppi più svantaggiati), rispetto ai quali viene individuata come obsoleta una comune «politica di pura incentivazione economica», assunta come *troppo* onerosa e perciò poco significativa al cospetto «dei penetranti disincentivi normativi e burocratici che tanto incidono sulla vitalità di un mercato del lavoro». Allo stesso modo la regolazione viene considerata tutta uguale e tutta volta unicamente *contro* il lavoro. Le questioni vanno invece distinte.

Il lavoro irregolare non è una categoria aggregante. All'interno di esso vi sono realtà profondamente diverse. Che generano risposte profondamente diverse. Il sommerso del Sud è una realtà profondamente diversa da quelle del Nord.

Percentuali di sommerso superiori al 20% significano una comunità con regole diverse da quella del lavoro regolare, una comunità deviante, una comunità illegale. Esattamente una *second community* (Zoppoli) in cui vigono, già al massimo grado, esattamente la deregolamentazione e la responsabilità del lavoratore, che però sono illegali. Sarebbe ipocrita pensare che simili strutture si immergano per fuggire alla regolamentazione del mercato e del rapporto e quindi sarebbe illusorio (e il fallimento delle politiche di emersione lo dimostra empiricamente) pensare di farlo emergere attraverso la de-regolamentazione di quello legale. Rendere legale l'illeale può essere una scelta politica, ma essa non ha nulla che vedere con la politica sociale. Abbassato il livello di guardia, cioè la soglia della legalità del lavoro, il mondo sommerso si immergerebbe ancora di più, alla ricerca del vantaggio competitivo che gli deriva dal differenziale di tutele. Anche questo è un dato di fatto. Le politiche di deregolamentazione di questi anni non lo hanno scalfito di un *et*. Se non si parte da questo dato di fatto il fenomeno non si può aggredire alla radice. Con simili percentuali – in assenza di veri e seri controlli, in assenza sanzioni efficaci e applicate - non si può pensare di rendere appetibile l'uscita dell'illegalità, semplicemente riconoscendo un *status*. Occorre invece fare terra bruciata attorno al sommerso, rendendo il lavoro regolare protetto più vantaggioso di quello sommerso e non protetto e comunque questo meno vantaggioso (considerati costi-benefici). E certo far questo non significa togliere le protezioni.

Si possono togliere tutte le regole, ma sarebbe illusorio pensare che l'economia illegale, che come tale deve essere trattata, ne resti folgorata e si ravveda.

Con ciò veniamo alla risposta. Gli incentivi economici non possono essere sostituiti dalla legalizzazione dell'illegalità, né dalla disposizione, per di più non sussidiata, di diritti indisponibili a livello individuale.

Gli incentivi economici, infatti, per quanto ampi sono sempre poca cosa rispetto ai ritorni del sommerso e quindi non servono all'emersione. Essi però servono alla comunità legale per resistere, perché chi vive e lavora nella legalità in concorrenza con l'illegalità, se non ne sostenuta semplicemente chiude.

Diverso sarebbe porre il problema degli incentivi economici in

termini di necessità di “ristrutturare” il sistema di provvidenze economiche a favore di quelle imprese con più alto tasso di occupazione.

Una proposta

Una proposta come pre-condizione di qualunque intervento di riforma.

Si ipotizza l’embrione di un modello di finanziamento, esportabile a livello comunitario, del sistema di sicurezza sociale e previdenziale nazionale, finalizzato a rendere gli oneri sociali indifferenti (a) al luogo di utilizzazione della forza lavoro e (b) alla natura del modello contrattuale utilizzato.

L’idea nasce dall’osservazione di un fenomeno contraddittorio fino al paradosso. Da un lato si pongono come obiettivi prioritari i problemi della occupazione e del “decent work”; si osserva lo sforzo di armonizzare le protezioni sociali e di estenderle sempre più al lavoro *sans phrases*, piuttosto che a quello subordinato in senso stretto. Ma da un altro lato si carica il solo “decent work” - che continua a corrispondere al lavoro subordinato - del peso di finanziare un sistema di protezione sociale diffuso. Esso diviene così sempre meno competitivo, rispetto a quello precario e sfruttato. Correlativamente i lavori precari sopportano interamente il peso di questa differenza, per loro negativa, di protezioni.

Le cause di ciò sono agevolmente rinvenibili nella rottura della vecchia relazione tra produzione e lavoro. Mentre un tempo, per realizzare una data produzione, non era possibile sfuggire alla relazione lavoro-prodotto, o alle relazioni luogo di produzione prodotto, oggi, invece, è sempre più conveniente fuggire dal tipo “lavoro subordinato” verso sistemi incompiuti di utilizzazione della forza lavoro. Modelli contrattuali tra loro affatto diversi – quelli protetti e quelli precari - che un tempo, con riferimento all’interesse organizzatorio dell’imprenditore, era impensabile sostituire l’un l’altro; ma che oggi, con riferimento al medesimo interesse imprenditoriale, si presentano invece fungibili. Rimangono però assolutamente infungibili tra loro con riferimento all’assetto di tutele che comportano per il prestatore d’opera.

Ne deriva un modello che rende sempre più costoso e quindi meno

competitivo il lavoro protetto e sempre meno protetto il lavoro competitivo; allargando le differenze tra soggetti protetti e soggetti sfruttati in disaccordo con le linee di cui agli art. 31 e 34 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea.

Il finanziamento del sistema di sicurezza sociale gioca un ruolo decisivo sul costo del lavoro e sulla conseguente scelta in ordine alla localizzazione della produzione, ben oltre le parimenti significative differenze di trattamento economico e normativo, ancora largamente presenti nel contesto europeo e talvolta anche in quello nazionale. E' possibile trovare significativi scostamenti dei valori di pressione fiscale tra i vari paesi dell'Unione, solo a patto di tenere presente che la differente determinazione del "costo del lavoro", può essere comprensiva o non degli oneri sociali. E' possibile trovare le maggiori differenze del "costo del lavoro" laddove sono diversi i sistemi di sicurezza sociale: ognuno con il suo sistema di finanziamento e di protezioni. Se ne può quindi inferire l'importanza che il sistema di finanziamento della sicurezza sociale gioca rispetto alle tutele dei lavoratori, la loro mobilità e la circolazione delle imprese. E ciò tanto più per le imprese con elevati tassi di occupazione.

Il modello si propone di neutralizzare il tipo contrattuale quanto al finanziamento del sistema di sicurezza sociale ad invarianza della pressione fiscale e contributiva complessiva, spostando della fonte di finanziamento, dall'imposizione sul lavoro all'imposizione sull'effettivo valore del risultato del lavoro.

Questo meccanismo si dovrebbe basare su una progressiva transizione dai vari sistemi verso un sistema unico di finanziamento basato sul valore aggiunto dal lavoro che sia premiale verso quelle organizzazioni che hanno elevato standard di occupazione per unità di prodotto; e – indirettamente – proporzionalmente più oneroso per chi direttamente o indirettamente determina *dumping* sociale come effetto degli strumenti di contenimento del costo del lavoro.

Da un lato si può intervenire sulla medesima base imponibile dell'IVA: aumento dell'aliquota, ovvero minore detrazione dell'IVA a valle, modificazione dell'imponibile e coefficienti correttivi.

Da un altro lato si prevede un intervento sulla base imponibile ai fini delle imposte sui redditi e dell'IRAP. E quindi si prevede la deducibilità di un parte variabile del maggior costo IVA, con coefficienti correttivi.

La percentuale di deducibilità corrisponde alla quota di finanziamento della sicurezza sociale che posta a carico del lavoro. La percentuale di indeducibilità la quota di finanziamento della sicurezza sociale che resta a carico della fiscalità generale. Fermo restando che il valore della prestazione previdenziale sia virtualmente agganciato al lavoro e alla capacità contributiva.

Gli effetti auspicati dall'introduzione del sistema ibrido sono in linea con le indicazioni della Commissione Europea per il rilancio della strategia di Lisbona per la crescita e l'occupazione.

Infatti il sistema produce questi effetti. Eliminazione del cuneo fiscale: con il conseguente collegamento molto stretto tra produttività del lavoro, costo del lavoro e retribuzione netta. Eliminazione delle differenze sulle modalità di assolvimento degli oneri sociali: svincolandola dalle forme contrattuali di impiego della manodopera che può determinare l'aumento della circolazione dei lavoratori e delle imprese. Riduzione del lavoro sommerso, poiché questo diventa molto meno competitivo. Partecipazione alla spesa sociale a carico di coloro che hanno delocalizzato la produzione ma che continuano a operare nel mercato da cui hanno delocalizzato l'occupazione. Quest'ultimo effetto dovrebbe introdurre un ciclo virtuoso inteso a ridurre il divario di competitività tra la produzione locale e quella delocalizzata.

Non meno preoccupazioni desta l'impostazione del quesito relativo nuovo ruolo delle relazioni industriali.

Il nuovo ruolo delle relazioni industriali

Esso allude all'affossamento dei rapporti unitari del sindacato. Se è così, come sembra, la risposta è che esso non può portare nulla di buono. Soprattutto per quel sindacato che di notte briga con chi l'unità vuole rompere, al fine di acquisire un ruolo di interlocutore privilegiato che non gli assegnano né la rappresentanza né la rappresentatività, e di giorno gioca a fare il paladino di un nuovo sport nazionale: il *buonsensismo*. Alla fine questo sindacato e chi lo ispira otterrà, però per tutto il sindacato, che «il ruolo effettivo del sindacato (sia) di collaboratore del fenomeno produttivo in luogo di quello illegittimamente assunto di in-

terlocutore in vista di decisioni politiche aziendali e governative. Sotto tale profilo, la via della scissione e della successiva integrazione con gli autonomi sembra preferibile anche ai fini dell'incidenza positiva sulla pubblica opinione di un fenomeno clamoroso come la costituzione di un vero sindacato che agiti la bandiera della libertà di lavoro e della tutela economica dei lavoratori». (Che è l'attuazione del Piano di Rinascita Democratica della P2 di Licio Gelli).

È davvero questo un risultato auspicabile?

Per un modello di rappresentanza democratica la via potrebbe essere quella di modelli di misurazione della rappresentanza effettiva sul modello del lavoro pubblico.

Ma anche per questa via la domanda torna sempre sul medesimo erroneo punto: che le norme protettive proteggano dalla disoccupazione. In tali errati termini si propone sempre surrettiziamente, l'abolizione delle regole sui licenziamenti, come strumento di incremento della dinamica del mercato e dell'incremento dell'occupazione. Il trucco è presto svelato ed è il medesimo su cui riposano molte (ma non tutte) le politiche di flessicurezza. Cioè che posto un livello accettabile dato di sicurezza sociale e del lavoro, il *trade-off* dello spostamento di tale sicurezza dal rapporto al mercato sia *a zero sum game*. Un modo come un altro per ignorare la funzione delle tutele, perché se una tutela è data per garantire un diritto dentro il rapporto, fuori dal rapporto quel diritto non potrà che essere garantito per equivalente. Cioè monetizzandolo. Dunque, al di fuori della funzione di tutela, ma solo come voce di costo. E questa voce di costo è esattamente il costo delle transizioni professionali attraverso l'innalzamento delle competenze, la formazione continua e il «decollo di un nuovo sistema di ammortizzatori sociali».

Ma se è così la risposta è una contro-domanda. Ma la stabilità del rapporto e in genere le tutele nel rapporto, che sono tutele contro la naturale asimmetria di poteri del contratto di lavoro, in che modo ostacolerebbe tutto ciò?

LE PROPOSTE DI MODIFICA DELL'IMPUGNAZIONE DEL LICENZIAMENTO: UN PASSO AVANTI E DUE INDIETRO (art. 67 del d.d.l. 1441 quater - atti camera deputati)

Riassunto - In questo articolo si studiano i probabili effetti che la proposta riforma del regime di impugnazione del licenziamento, ove approvata, determinerà sul sistema di protezione contro i licenziamenti illegittimi, concludendo per la sua inefficacia e dannosità. Segue una nostra proposta per l'accelerazione del processo del lavoro in materia di licenziamenti e il miglioramento del grado di certezza del giudizio.

Abstract - In this article we study the likely effects that the draft law of the reform of dismissal, if approved, will determine on the system of protection against unfair dismissal. In our opinion it is ineffectiveness and harmfulness. Following a proposal for accelerating the trial about lawful dismissals and to improve the degree of certainty of legal proceedings.

PREMESSA

Il disegno di legge delega n. 1441 atti camera del deputati,¹ reca tra le altre la «Delega al Governo in materia [...] di controversie di lavoro». Nel corso dei lavori parlamentari si è proceduto allo stralcio di alcune disposizioni, tra le quali quelle relative agli articoli da 65 a 67 concernenti le controversie di lavoro, che hanno preso corpo, con altre, nel d.d.l. delega n. 1441 *quater*.²

* Professore associato di diritto del lavoro nella facoltà di Economia dell'Università di Palermo.

1 In <http://www.camera.it/dati/leg16/lavori/stampati/pdf/16PDL0006050.pdf>.

2 In <http://www.camera.it/dati/leg16/lavori/stampati/pdf/16PDL0008710.pdf>.

L'art. 65³, apparentemente una norma tecnica, ingannevolmente rubricato *Clausole generali e certificazione*, contiene il vero e proprio programma politico del Governo in ordine alla riduzione della tutela dei diritti del lavoratore e in ordine al tentativo di sottrazione al giudice dei poteri di giudizio sull'effettività di questi. In particolare, per l'aspetto che stiamo esaminando, il comma 3 ridisegna profondamente la disciplina dei licenziamenti pur senza menzionarla direttamente.

In particolare il primo periodo ridefinisce la nozione di giusta causa e di giustificato motivo, delegando in bianco alla contrattazione collettiva la predefinita di un catalogo, di fatto, di clausole risolutive espresse.

Il secondo periodo ridefinisce il contenuto della riassunzione e della reintegrazione, di cui rispettivamente agli artt. 8 della legge n. 604 e 18 della legge 300 del 1970, anche questa volta senza mai menzionarli, affidando al giudice di determinare «le conseguenze da riconnettere al licenziamento» sulla base di due linee di riferimento. Anche qui una delega in bianco alla contrattazione collettiva, ma limitata dall'obbligo di tenere conto delle «dimensioni e le condizioni dell'attività esercitata dal datore di lavoro, la situazione del mercato del lavoro locale, l'anzianità e le condizioni del lavoratore, nonché il comportamento delle parti anche prima del licenziamento.»

L'art. 66 riforma profondamente le conciliazioni e gli arbitrati. Abolisce l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione sia nel lavoro pubblico sia nel lavoro privato e prevede l'unificazione delle procedure,

3 Articolo 65 - (Clausole generali e certificazione) - 1. In tutti i casi nei quali le disposizioni di legge nelle materie di cui all'articolo 409 del codice di procedura civile e all'articolo 63, comma 1, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, contengano clausole generali, ivi comprese le norme in tema di instaurazione di un rapporto di lavoro, esercizio dei poteri datoriali, trasferimento di azienda e recesso, il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro o al committente.

2. Nella qualificazione del contratto di lavoro e nell'interpretazione delle relative clausole il giudice non può discostarsi dalle valutazioni delle parti espresse in sede di certificazione dei contratti di lavoro di cui al titolo VIII del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni, salvo il caso di erronea qualificazione del contratto, di vizi del consenso o di difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione.
3. Nel valutare le motivazioni poste a base del licenziamento, il giudice fa riferimento alle tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo presenti nei contratti collettivi di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi ovvero nei contratti individuali di lavoro ove stipulati con l'assistenza e la consulenza delle commissioni di certificazione di cui al titolo VIII del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni. Nel definire le conseguenze da riconnettere al licenziamento, il giudice tiene ugualmente conto di elementi e di parametri fissati dai predetti contratti e comunque considera le dimensioni e le condizioni dell'attività esercitata dal datore di lavoro, la situazione del mercato del lavoro locale, l'anzianità e le condizioni del lavoratore, nonché il comportamento delle parti anche prima del licenziamento. - *omissis* -

mediante una sintesi dei due precedenti tentativi di conciliazione. Introduce la possibilità di trasformazione della conciliazione in arbitrato e ridisegna profondamente le procedure arbitrali, sempre in maniera uniforme per il lavoro pubblico e per quello privato.

Infine, l'art. 67⁴ del d.d.l. n. 1441 *quater* concerne la modifica dell'art. 6 della legge n. 604 del 1966⁵ (recante il termine di decadenza per l'impugnazione del licenziamento), l'estensione della decadenza ad altre fattispecie di licenziamento illegittimo - oltre quelle contemplate nella norma modificata - e l'introduzione di una decadenza per l'esercizio dell'azione relativamente ad alcune altre controversie di lavoro diverse da quelle di licenziamento.

In particolare, relativamente a queste ultime, la disposizione prevede che debbano essere impugnati nel medesimo termine anche i trasferimenti e in generale i recessi formalmente intimati in rapporti diversi da quello subordinato o che presuppongano la risoluzione di questioni qualificatorie del tipo.

Il disegno di legge, inoltre, recependo le indicazioni di una parte della dottrina⁶, estende la forfetizzazione del danno di cui all'art. 8 della

4 **Articolo 67** – (*Decadenze*) **1.** Il primo comma dell'articolo 6 della legge 15 luglio 1966, n. 604, è sostituito dal seguente:

«Il licenziamento da parte del datore di lavoro deve essere impugnato a pena decadenza entro centoventi giorni dalla ricezione della sua comunicazione, ovvero dalla comunicazione dei motivi, ove non contestuale, con ricorso depositato nella cancelleria del tribunale in funzione di giudice del lavoro».

2. Il termine di decadenza, previsto dall'articolo 6, primo comma, della legge 15 luglio 1966, n. 604, come sostituito dal comma 1 del presente articolo, si applica anche ai casi di nullità del licenziamento, nonché ai casi di licenziamento inefficace di cui all'articolo 2 della citata legge n. 604 del 1966.

3. Il termine di decadenza previsto dall'articolo 6, primo comma, della legge 15 luglio 1966, n. 604, come sostituito dal comma 1 del presente articolo, si applica inoltre:

a) ai licenziamenti anche qualora presuppongano la risoluzione di questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro ovvero alla legittimità del termine apposto al contratto;

b) al recesso del committente nei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, anche nella modalità a progetto, di cui all'articolo 409, numero 3), del codice di procedura civile;

c) al trasferimento ai sensi dell'articolo 2103 del codice civile.

5 «Il licenziamento deve essere impugnato a pena di decadenza entro 60 giorni dalla ricezione della sua comunicazione, con qualsiasi atto scritto, anche extragiudiziale, idoneo a rendere nota la volontà del lavoratore anche attraverso l'intervento dell'organizzazione sindacale diretta ad impugnare il licenziamento stesso. Il termine di cui al comma precedente decorre dalla comunicazione del licenziamento ovvero dalla comunicazione dei motivi ove questa non sia contestuale a quella del licenziamento. ... »

6 Vallebona, *Colloqui 2007 in Massimario di Giurisprudenza del Lavoro 2007*

legge n. 604 del 1966 alle ipotesi di nullità del contratto a termine viziato *ex d. lgs. 368 del 2001*; esperimento già tentato con il d.l. n. 133 del 2008 e già oggetto di dubbio di legittimità costituzionale.⁷

1. **Gli oneri di impugnazione**

Il d.d.l., innanzitutto, rimuove la duplicazione di impugnazioni del licenziamento: stragiudiziale, la prima, entro sessanta giorni,⁸ con qualunque atto scritto e anche a ministero del sindacato; giudiziale, la seconda, nell'ordinario termine prescrizione dell'azione di annullamento di cinque anni.

Benché tale duplicazione non sia richiesta dalla legge, essa è nondimeno imposta dalla sostanziale difficoltà di riuscire a notificare il ricorso entro i sessanta giorni previsti dalla norma.⁹

Questa duplicazione, nelle ipotesi di stabilità reale, consentiva al lavoratore di dilatare il periodo risarcitorio in assenza di prestazione, proponendo l'azione giudiziaria solo dopo molto tempo. Un effetto di cui l'iniquinà è stata più volte segnalata.

Sotto questo angolo visuale il medesimo inconveniente, e con effetto amplificato, è riscontrabile nelle ipotesi di inefficacia *ex art. 2 della legge n. 604 del 1966*, non soggetta ad alcun termine di decadenza, e a tutte le ipotesi di azione di nullità, non soggette né a decadenza né a prescrizione. In queste ultime ipotesi a prescindere dal regime di tutela applicabile.

La normativa di riforma ambisce: da un lato a unificare sotto l'unica forma dell'impugnazione giudiziale tutte le azioni intese alla caducazione di un licenziamento individuale, sia per vizi di forma, sia per mancanza di giustificazione sia per contrasto con divieti di licenziamento; da un altro lato a calmierare (anche per effetto del comma 3, 2° periodo, dell'art. 66) le conseguenze del licenziamento viziato a prescindere sia dal vizio sia dalle aree di tutela.

7 App. Milano ord. n. 1236 del 2008.

8 Per altro di recente oggetto di un intervento della Cassazione in ordine al perfezionamento dell'impugnazione. Cass. n. 22287 del 2008.

9 Secondo la giurisprudenza consolidata, infatti, per far sì che si verifichi l'effetto sostanziale dell'impedimento della decadenza non è sufficiente il deposito del ricorso nel termine ma occorre anche la notificazione al datore di lavoro. E' da dubitare che per questo effetti possa trovare applicazione l'art. 148 c.p.c. nuovo testo.

In particolare si prevede tanto che la decadenza si impedisca con il solo deposito del ricorso in cancelleria, nel più lungo termine di centoventi giorni, quanto che la decadenza si applichi «anche ai casi di nullità del licenziamento, nonché ai casi di licenziamento inefficace di cui all'articolo 2 della citata legge n. 604 del 1966».

La previsione di un regime unificato, pur lodevole nell'intento di rendere tempestiva certezza e diffusa, in ordine all'effettiva estinzione del rapporto contrattuale (e non solo di lavoro subordinato), suscita non poche perplessità sia sul piano della reale efficacia, dell'efficienza e della razionalità e non meno su quello tecnico.

Sotto il primo profilo la norma non coglie nel segno. Infatti, impedita la decadenza con il mero deposito del ricorso introduttivo nulla impedisce al lavoratore di ritardarne la notificazione ovvero effettuarne una irregolare e così differire anche lungamente il giudizio e quindi la sentenza.

Inoltre, introdotto il giudizio nel breve termine decadenziale, nulla assicura una rapida definizione della controversia, la quale si accoderà al cronico arretrato giudiziario e alla durata dei vari gradi di giudizio.

Per quanto riguarda i licenziamenti ricadenti sotto la tutela debole, in cui il tempo non gioca certo a favore del lavoratore, la disposizione è anzi dannosa, perché spinge verso il contenzioso anche quelle controversie normalmente destinate alla conciliazione.

Infatti, se non si verrà incorrere nella decadenza bisognerà proporre impugnazione giudiziale nel termine, ancora breve, di centoventi giorni. Ciò determinerà, inevitabilmente, l'aumento rilevante dei costi di assistenza e perciò degli oneri per la conciliazione e quindi anche l'allontanamento delle *chances* di definire il giudizio transattivamente.

Con riferimento al licenziamento ingiustificato nell'area della reintegrazione ex art. 18 st. lav., la disposizione si rivela utile solo in casi di assoluta marginalità, cioè quelli in cui tra l'impugnazione giudiziale e quella stragiudiziale trascorra un lasso di tempo irragionevole, tale da far apparire l'eventuale condanna risarcitoria affatto iniqua, benché legale.

Dove, invece, il sistema si rivela effettivamente efficace e acceleratore, cioè con riferimento alle ipotesi di inefficacia e nullità, in ogni ambito di tutela, esso è all'opposto eccessivo.

Sotto questo secondo profilo, si osserva che l'assoggettamento a decadenza del licenziamento inefficace *ex art. 2 l. 604 del 1966* è una misura sproporzionata e fortemente lesiva del principio della «giustificazione necessaria del licenziamento»; e, senza mezzi termini, è perversa quando la si applichi alla nullità dei licenziamenti turpi, discriminatori, dei soggetti deboli.

Per quanto riguarda le ipotesi dei vizi *ex art. 2 l. n. 604 del 1966*, la disposizione non risolve il vero punto dolente, che è quello dell'individuazione del momento di perfezionamento del negozio da cui fare decorrere il termine di decadenza. Affida così un effetto certo, la decadenza, a un fatto incerto, l'intimazione orale, il cui accertamento è basato sulla fluidità delle prove orali.

Nonostante la giurisprudenza si ostini a definire nullo per mancanza di forma *ad substantiam* il licenziamento orale, senza tuttavia argomenti convincenti,¹⁰ le due cause di inefficacia *ex art. 2*, con riferimento al regime dell'impugnazione, presentano i medesimi problemi.

Infatti, tanto nell'ipotesi del licenziamento orale quanto in quella della mancata comunicazione dei motivi o della loro genericità, che è alla mancanza è assimilata, l'assoggettamento a decadenza frustra lo scopo della norma, che è quello di rendere effettiva la regola della giustificazione del licenziamento mediante l'emersione dei motivi. Dopo la legge n. 108 del 1990, infatti, la giustificatezza del licenziamento, quale fattispecie causale estintiva, costituisce la regola, mentre l'efficacia estintiva della volontà l'eccezione.

Ne discende che consentire, seppure indirettamente, che un licenziamento senza motivazione possa essere estintivo, quindi efficace, sovverte il suddetto principio.

Ciò non significa che l'impugnazione di un licenziamento inefficace a distanza da molto tempo dall'estromissione del lavoratore dal luogo di lavoro, non possa suscitare - sempre sotto il profilo dell'equità - delle perplessità, e che quindi la regola non vada modificata, ma solo che si possono trovare soluzioni diverse che consentano il raggiungimento dello scopo senza un sacrificio eccessivo dei principi sulla giustificazione.

¹⁰ Ci permettiamo di rinviare al nostro *L'inefficacia del licenziamento. Tutela obbligatoria e diritto comune*, Palermo 2005 p. 79 ss. in cui si dimostra l'erroneità della suddetta qualificazione e la natura funzionale della regola di forma come strumentale all'emersione della giustificazione.

Consequentemente si offre un rimedio dinamico agli effetti dell'inefficacia che si dimostra essere solo temporanea.

Nelle due ipotesi previste dall'art. 2 sarebbe bastato ricostruire l'inefficacia in termini di inefficacia temporanea, fino alla formalizzazione del negozio di recesso e delle motivazioni. Senza necessità di invocare la reiterazione del licenziamento o fattispecie similari per limitarne gli effetti.

Con riferimento alla mancata o generica declinazione dei motivi, la proposta di modifica non scalfisce il vero problema dei licenziamenti affetti da c.d. vizi di forma. Infatti, nelle vicende ora considerate, una volta impedita la decadenza, nulla impedirà che la reintegrazione di diritto speciale o di diritto comune, nell'ipotesi in cui il licenziamento sia stato impugnato nei termini, produca gli ampi effetti risarcitori che il d.d.l. si propone invece di impedire.

Viceversa, la temporaneità dell'inefficacia autolimita i suoi effetti al momento in cui i motivi, anche in sede giudiziale, emergano,¹¹ senza compromettere la funzione della norma.

*

Nelle ipotesi di licenziamento discriminatorio l'assoggettamento dell'azione di nullità a un termine di decadenza appare molto poco opportuna.

Invero, il licenziamento discriminatorio è nullo indipendentemente dalla motivazione adottata, cioè indipendentemente dal fatto che sulla giustificazione apparente si sia formata una decadenza, cosicché la vera ragione del licenziamento, che è la discriminazione, potrebbe venire scoperta con ritardo. Oppure, ancorché immediatamente conosciuta o sospettata, il tempo breve di impugnazione si rivela insufficiente all'elaborazione di un corredo probatorio complesso di cui il lavoratore è interamente gravato già nell'atto introduttivo, ancora a pena di decadenza.

Di fronte a un atto illecito e turpe non vi è ragione per sacrificare l'interesse al ristabilimento della giustizia del lavoratore, leso nei suoi diritti fondamentali, a favore dell'interesse del datore di lavoro, autore di un gravissimo illecito, alla certezza di farla franca rapidamente. Né la casistica giudiziaria palesa un numero di controversie sui licenziamenti discriminatori degno di essere preso in considerazione per qualunque ipotesi di limitazione. Anzi, la pressoché totale assenza di controversie dovrebbe indurre a interrogarsi sulla inefficacia delle norme di protezio-

11 Cammalleri, cit. , pp. 89ss e p. 101 ss.

ne, a meno di non illudersi dell'assenza di discriminazioni.¹²

Dove la decadenza è assolutamente ingiustificata è con riferimento licenziamento della lavoratrice madre o in gravidanza. In detta ipotesi la decadenza è fortemente sospetta di incostituzionalità. Difatti potrebbe aversi il caso della gravidanza scoperta solo dopo il compimento della decadenza, con enorme frustrazione della tutela primaria offerta dal divieto.

Prevedere che il licenziamento nullo debba impugnato in un termine di decadenza, che matura all'interno del periodo di divieto, significa fare diventare efficace, e definitivamente, il licenziamento stesso. Sul punto vi è il noto pronunciamento della Corte Costituzionale n. 61 del 1991, secondo cui la tutela dell'inefficacia temporanea del licenziamento, già prevista dall'art. 2 della legge n. 1024 del 1971 era inadeguata, dovendo invece il licenziamento essere radicalmente nullo. Di necessità la decadenza che impedisce la piena tutela della donna e del bambino nascituro o nato, in quanto limitativa della totale e radicale inefficacia dell'atto vietato, si pone in sospetto forte di legittimità costituzionale. Sospetto che non viene meno nemmeno considerando che sono tutti i licenziamenti a dovere essere impugnati in un termine di decadenza, perché anche una sanzione uguale per casi molto diversi è soluzione nondimeno irrazionale.

*

In chiusa e in linea generale, può ancora osservarsi che il termine di impugnazione giudiziale è assai breve, insolitamente inferiore a quello di sei mesi ex art. 2113 c.c. Inoltre, laddove si applica anche ai trasferimenti, esso è destinato a decorrere in costanza di rapporto di lavoro, anche per i rapporti non assistiti da stabilità, privando il lavoratore che non sia stato abbastanza temerario da impugnare immediatamente il trasferimento, anche della mera tutela risarcitoria.

Altro effetto particolarmente limitativo delle esigenze di tutela dei più deboli si verifica nel caso dei rapporti di lavoro irregolari e di quelli precari. Infatti, assoggettando a decadenza le estinzioni di rapporti di lavoro diverse dal licenziamento, anche quando venga in rilievo la qualificazione del rapporto, si priva di qualunque tutela il lavoratore per tutti i tronconi di rapporto, anteriori rispetto all'ultimo. Difficilmente, infatti, il lavoratore, impugnerà un recesso o una qualificazione quando

¹² Da ultimo esaurientemente Barbera M. (a cura di) *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, Milano 2008.

abbia l'aspettativa di un nuovo ed *n* esimo contratto di qualunque natura.

Infine, ma non da ultimo, va segnalato che l'assoggettamento a generalizzata decadenza non risolve il punto dolente della normativa sugli effetti dei licenziamenti: la rapidità della decisione e la durata del processo.

Sotto questo profilo, trattandosi di materia in evoluzione, sarà utile avanzare un costrutto *de jure condendo*.

2. Una proposta tra luci e ombre delle tutele forti.

2.1. Luci

Il d.d.l. mette in discussione l'irrinunciabilità della reintegrazione senza affrontare direttamente il problema delle tutele forti nel macro-contesto tutela persona nello svolgimento del rapporto. Sempre indirettamente il progetto di riforma vuole inibire l'effetto primario della reintegrazione ex art. 18 st., di attuazione dell'effetto della sanzione comminata dalla legge per ogni tipo di vizio, affidando al giudice il potere di determinarne il contenuto.

Questo effetto, non esplicitamente dichiarato, merita qualche riflessione.

La sanzione della reintegrazione, nella sua apparente crudezza, pur se non è l'unico strumento possibile a tutela dei licenziamenti, realizza la preconditione di tutte le altre nello svolgimento del rapporto di lavoro. Basti richiamare le insuperate pagine di D'Antona¹³ per convincersi che il diritto del lavoro sarebbe *alienum* senza reintegrazione o tecniche similari.

Anche se l'attuale sistema ha comportato effetti indesiderati e indesiderabili, non pare che le cause di tali effetti siano da ricercare all'interno dell'istituto.

Invero, nemmeno i detrattori dello strumento, riescono a indicare alcuna ragione d'ordine strutturale e funzionale che convincano della necessità del suo superamento e ripiegano sugli effetti, spesso opinabili, talvolta anche abnormi, prodotti dall'applicazione concreta dell'istituto - rispolverando casi

13 La reintegrazione, Padova 1974, Cedam.

limite o, più convincentemente, certi effetti perversi della nullità per vizi di forma; effetto che è preso di mira dal comma 2 dell'art. 67 del d.d.l.

Gli effetti negativi, o l'incertezza circa l'entità delle conseguenze del regime di tutela forte, sono riconducibili, però, quasi esclusivamente a ragioni di ordine processuale, oltre che ordinamentale. Tuttavia, abbastanza surrettiziamente, i rimedi sono stati cercati – erroneamente – nel campo delle tutele, che non gli è proprio, piuttosto che in quello degli effetti, in cui si verificano le incongruenze.

Eliminare la reintegrazione e le altre tutele forti e affidare la giudice e alla contrattazione collettiva, non *erga omnes*, la definizione degli effetti della sanzione e dell'illegittimità del licenziamento, per scongiurare conseguenze indirette, equivale da un lato a introdurre fortissimi elementi di incertezza in ordine agli effetti concreti dell'illegittimità e da un altro lato significa buttare l'acqua sporca con tutto il bambino.

La stabilità reale del rapporto di lavoro costituisce la tecnica di tutela primaria della persona del lavoratore, più per gli effetti che ha durante il concreto svolgimento del rapporto, in funzione di strumento di tutela della libertà e della dignità della persona, che per l'ambito di tutela che gli è proprio: di reazione contro i licenziamenti illegittimi.

Si pensi, in argomento, al differente stato di soggezione del lavoratore con riferimento al rispetto dell'adempimento dei doveri datoriali a presidio dei suoi diritti fondamentali, il cui rapporto non sia assistito da stabilità reale rispetto a quello che viceversa lo sia.

Un'azione antidiscriminatoria o a tutela della sicurezza ha senso solo in caso di stabilità reale se non diventa una comune azione risarcitoria.

Solo la protezione forte contro il licenziamento assicura la certezza dei diritti, si pensi al corso della prescrizione per il datore di lavoro, e rappresenta l'anello di chiusura del sistema di protezione della persona nell'esecuzione del contratto di lavoro.

2.2 Ombre

Il grosso dei problemi che la tutela reale comporta non viene dall'istituto, né dalla tutela risarcitoria ad esso connessa, ma dalla sua applicazione concreta. Tra essi in primo luogo la lunghezza del processo, sulla cui durata ogni commento è superfluo. Ma anche altri

istituti accessori, come talvolta accade con la misura minima legale del risarcimento, nell'ipotesi della mancanza di colpa nell'intimazione del licenziamento illegittimo, oppure in caso di revoca immediata, appaiono sproporzionati. Talaltra, gli effetti indesiderati derivano dalla esecutività della sentenza di reintegrazione di primo grado, ove non eseguita in forma specifica, in caso di successiva riforma in appello: si pensi al licenziamento legittimo, (ancor più se per giusta causa) che però in primo grado sia stato annullato. Tutti effetti che suscitano forti perplessità, specie nelle realtà aziendali più piccole che possono avere difficoltà a reintegrare *medio tempore* il lavoratore «legittimamente» licenziato.

Nondimeno, è inopportuna l'indennità sostitutiva della reintegrazione, che appare sproporzionata e inutile, oltre che dannosa per le imprese finanziariamente meno dotate: normalmente quelle con più alti tassi di occupazione e che potrebbero più facilmente procedere alla effettiva reintegrazione.

L'ipotesi di riforma di cui si discute si incunea all'interno del sistema e propone una sola misura comune: affida l'effetto reale della tutela giudiziale in caso di licenziamento illegittimo alla valutazione del giudice. Ma ciò, ovviamente, non accelera il processo e non dà rapidità, quindi certezza, al giudizio sulle sorti del rapporto. Anzi, l'ampia discrezionalità del giudice nella graduazione delle sanzioni rischia di trasferire sulla parte più debole del processo, quella che più ha da temere dalla sua eccessiva durata, e di volta in volta, il trasferimento degli effetti - imprevedibili - dell'accertamento giudiziale dell'illegittimità del licenziamento.

Dunque, per dare al sistema un grado significativo di rapidità e certezza, per assicurare la neutralità del processo e il bilanciamento degli effetti che esso produce è sul piano del rito che si deve incidere.

*

2.3 Proposta

Non è raro nell'ordinamento che istituti pensati e strutturati per una disciplina subiscano una fruttuosa *contaminatio* da parte di altri istituti al fine di trovare nuove tecniche di tutela.

Così vi sono altri settori dell'ordinamento che dispongono di rimedi che - anche se poco o nulla hanno a che fare con il diritto del lavoro

- con gli opportuni adattamenti si prestano a fornire al giuslavorista una nuova materia da plasmare.

Il riferimento è al contratto di locazione, e in particolare alla locazione degli immobili urbani: non vuol essere un ritorno alle origini, ma di continuare un dialogo che è stato già aperto con l'art. 447 *bis* c.p.c. sul rito locatizio, anche se questa volta si tratta dell'ipotesi inversa: è il diritto del lavoro che può utilmente utilizzare strumenti della locazione, giacché il regime vincolistico delle locazioni postula la posizione di contraente più debole per il locatario e la tutela pregnante di rilievo costituzionale del diritto alla casa.

Le similitudini tra rapporto locatizio e rapporto di lavoro sono tante e preganti, suggestive più delle differenze da non dissuadere sul nascere dal tentare una contaminazione.

Non solo si tratta solo della somiglianza di due contratti, che in comune hanno la natura di durata, ma si tratta di due rapporti in cui la durata - anche se in modo diverso - ha effetti sul rapporto: es. l'anzianità nel rapporto di lavoro, l'indennità per la perdita dell'avviamento nella locazione.

Si tratta di due rapporti - e qui la consonanza è fortissima - che assicurano a una delle due parti, di regola quella più debole - il soddisfacimento di bisogni primari (e costituzionalmente protetti).

E ancora, in entrambi i rapporti, i familiari del contraente debole sono contemplati come oggetto di tutela da parte del tipo: si pensi per la locazione alla successione nel contratto o al diritto di prelazione.

In entrambi i rapporti, insomma, l'autonomia contrattuale, la funzione economica dello scambio e le sue esigenze di celerità e rapida circolazione sono assai compresse e devono sottostare alla impossibilità di astrarre il bene oggetto del rapporto dal soggetto che ne è titolare.

Neanche una fede cieca nella capacità di autoregolazione del mercato potrebbe superare le priorità costituzionali o, detto in altri termini, un certo grado di equità funzionale a scapito dell'efficienza dello scambio prestabilito a livello ordinamentale.

Nelle locazioni di immobili urbani circolazione della cosa e conduttore non possono essere considerati partitamente, come del resto accade nel diritto del lavoro per lavoro e lavoratore.

In termini di disciplina positiva a confronto si pensi:

alla nullità della clausole di risoluzione della locazione in caso di vendita della cosa locata, il *pendant* con la disciplina del trasferimento d'azienda è fortissimo;

alla nullità di tutte le clausole difformi dal trattamento legale del contratto e alla possibilità di ottenere la ripetizione di quanto eseguito in violazione delle clausole difformi, con azione da esperirsi entro sei mesi dal rilascio della casa (ora, art. 13 comma 2 legge n. 431 del 1998), il suggerimento indirizza dritto alla disciplina dell'art.2113 c.c. ;

alla misura non libera, con o senza legge equo canone, della determinazione del corrispettivo della locazione, che evoca la nozione di retribuzione minima sufficiente;

alla determinazione del contenuto contrattuale attraverso gli accordi collettivi delle organizzazioni di categoria, non dissimile dai contratti collettivi;

alla mediazione delle organizzazioni collettive di categoria nella risoluzione delle controversie, all'assistenza alla stipulazione del contratto, non dissimile dalla funzione conciliativa delle OO.SS.;

al blocco degli sfratti in caso di tensione abitativa: non si possono non evocare cigs e mobilità.

Per così dire *fuori* dal contratto, conduttori e lavoratori hanno in comune il sostegno del reddito:

la funzione di buoni casa e degli assegni familiari non è molto diversa;

le agevolazioni per l'acquisto della prima casa o per l'edilizia economica e popolare non ha funzione diversa dalle incentivazioni all'intrapresa di lavoro autonomo, si pensi, tra l'altro, alla liquidazione anticipata dell'indennità di mobilità;

le incentivazioni alle costituzione di cooperative edilizie da un lato e di lavoro da un altro risponde alle medesime ragioni.

Si può chiudere il quadro, non necessariamente esaustivo, con il riferimento alla rilevanza macroeconomica dei due contratti.

*

I punti di contatto che fin qui evidenziati sono tali da non potere considerare assolutamente impraticabile la via di un'incursione del diritto del lavoro nella disciplina della convalida di sfratto o di licenza.

Anche se non è dato sottovalutare le differenze strutturali e fun-

zionali del procedimento di convalida di sfratto con l'azione di annullamento o di nullità del licenziamento.

Nella locazione vi è l'esigenza, che nel diritto del lavoro non v'è, di disporre di un titolo esecutivo per ottenere la materiale estromissione del soggetto dalla cosa locata; mentre nel diritto del lavoro il datore di lavoro con il licenziamento causa l'estromissione materiale del lavoratore dall'unità produttiva.

Nella locazione, il locatore non è nelle condizioni di riprendersi la cosa dal conduttore senza incorrere nel reato di ragion fattasi; sicché il procedimento di convalida, (che ha unicamente lo scopo di costituire un titolo certo e rapido per ottenere l'estromissione di un soggetto da una cosa), potrebbe apparire del tutto inutile in materia di licenziamenti, dove questa necessità non v'è.

Nondimeno in termini funzionali le similitudini sono più delle differenze.

Infatti, non può negarsi, che anche nel diritto del lavoro v'è la necessità di un titolo certo, definitivo e rapido che metta la parola fine in ordine alla legittimità del licenziamento: solo che ciò è in funzione non di assicurare l'estromissione ma di accertare inoppugnabilmente la liceità di tale estromissione, la cui eventuale mancanza viene sanzionata come regola generale naturale¹⁴; la reintegrazione nel posto di lavoro dal quale vi era stata l'espulsione. Si tratta del rovescio della medaglia sfratto.

Al procedimento di convalida di sfratto o di licenza - con gli opportuni adattamenti - può riconoscersi allora la diversa funzione di convalida del licenziamento, qui con gli effetti di rendere certa rapida e definitiva la reintegrazione o non del lavoratore; anzi come si vedrà di qui a poco non potrà, in molti casi, neppure parlarsi di reintegrazione in senso letterale.

*

L'idea base è quella del licenziamento intimato come si intima lo sfratto.

Si ipotizzi che il datore di lavoro che intimi il licenziamento al lavoratore debba contestualmente citarlo, osservato un termine minimo a comparire, davanti al giudice del lavoro, per la convalida dello stesso.

¹⁴ Cass. SU n. 141 del 2006.

Se il giudice convalida, l'ordinanza di convalida acquista efficacia di cosa giudicata in ordine alla risoluzione del rapporto. Se non convalida si instaura un normale giudizio di cognizione.

È facile l'obiezione: quanti lavoratori non si opporrebbero alla convalida? Forse nessuno! Il procedimento sarebbe perciò inutile.

La partita è tutta qua e si gioca sugli adattamenti stragiudiziali (sostanziali, procedurali) e processuali al rito di convalida in relazione alle specificità del diritto del lavoro.

Senza un ordine preciso di esposizione perché gli uni e gli altri sono così interconnessi che ognuno di essi è utile se non necessario per la pervietà dell'ipotesi, se ne tracciano alcuni.

Innanzitutto, il tentativo obbligatorio di conciliazione in sede stragiudiziale di cui il d.d.l. prevede condivisibilmente l'abrogazione va sostituito con meccanismi di premiali della mancata opposizione.

In secondo luogo, vanno abrogati gli istituti del risarcimento del danno in misura minima di cinque mensilità e dell'indennità sostitutiva della reintegrazione. Entrambi finirebbero per incentivare il contenzioso alla ricerca di un valore aggiunto alla reintegrazione; né si palesano ragioni per cui, riparato immantinenti e *in toto* il torto subito, al lavoratore debba spettare tale *surplus* di tutela.

In terzo luogo, i momenti dell'intimazione e motivazione del licenziamento andrebbero unificati.

In quarto luogo, ai requisiti di forma dell'intimazione del licenziamento andrebbe aggiunta l'indicazione specifica delle fonti di prova su cui il licenziamento si fonda. L'indicazione è funzionale sia al meccanismo di incentivazione alla non opposizione sia in funzione di assicurare immediatezza al giudizio di opposizione.¹⁵

In quinto luogo, nel caso di licenziamenti disciplinari o per giusta causa o per giustificato motivo soggettivo, il termine dilatorio per le difese del lavoratore dovrebbe essere assorbito nel termine a comparire, anche se qui la tecnica di contestazione/intimazione dovrebbe essere affinata per evitare problemi di costituzionalità. Ci si ritornerà in sede si analisi del giudizio per la convalida.

Nel caso di giusta causa bisognerebbe inoltre introdurre l'istituto della sospensione cautelare che il datore di lavoro può intimare conte-

15 *Amplius infra.*

stualmente alla citazione per la convalida, con gli effetti di fare retroagire gli effetti della convalida stessa al momento dell'intimazione.

Infine, l'abolito tentativo obbligatorio di conciliazione andrebbe sostituito con un meccanismo che premia la mancata opposizione del lavoratore alla convalida.

Si possono ipotizzare due percorsi alternativi.

Uno interamente rimesso alla volontà delle parti e un altro rimesso solo alla volontà del lavoratore.

A) Il datore di lavoro, contestualmente all'intimazione di licenziamento, dovrebbe potere offrire (ovviamente in aggiunta al TFR), al lavoratore che non si opponga alla convalida, o che non compaia, un'indennità senza altra causa che l'accettazione della risoluzione del rapporto. Indennità del tutto svincolata dal tipo di giustificazione adottata per il licenziamento e insindacabile, ai fini della decisione sulla sussistenza della legittimità del licenziamento, da parte del giudice della convalida. L'accompagnamento della soluzione con misure di vantaggio fiscale e previdenziale rafforzerebbero il successo della soluzione conciliativa.

B) Il diritto all'indennità spetta al lavoratore che non si opponga o non compaia in una percentuale, variabile in funzione dell'anzianità oppure solo a partire da una certa anzianità e in funzione del periodo di tempo mancante alla pensione, commisurata all'indennità sostitutiva del preavviso e - quando spetta - a questo aggiuntiva. Anche se qui, in caso di giusta causa, appare difficile imporre al datore di lavoro che subisce la condotta illecita il pagamento di una somma straordinaria per ottenere il consenso alla convalida. Si tratterebbe del prezzo della certezza della risoluzione - al riparo dall'alea del giudizio - ma è comunque difficile trovare una giustificazione, tanto più che l'offerta sarà tanto più accettata quanto più fondato si palesa il licenziamento.

Nulla vieta poi una combinazione delle due soluzioni.

In entrambe le ipotesi tale meccanismo premiale sostituisce energeticamente l'inutile tentativo di conciliazione (o un costoso arbitrato che pure il d.d.l. incentiva fortemente confidando che si tratti della panacea) e spinge convincentemente le parti a trovare un accordo in tempi rapidi.

Si tenga presente che qui il lavoratore conosce non solo i fatti e i motivi ma anche le allegazioni probatorie del datore di lavoro. Il giudizio di prognosi è dunque fondato su elementi precisi e il lavoratore non

può sperare di modificare le sorti del giudizio in funzione del lungo tempo né il datore di lavoro può tentare di lavorare ai fianchi il lavoratore.

Ovviamente se tra l'intimazione e la convalida datore di lavoro e lavoratore raggiungono un accordo all'udienza possono sottoporlo al giudice per la convalida.

Meno che mai l'eventuale sussistenza di vizi di forma (ma questa affermazione sarà più chiara poco oltre in sede di analisi del procedimento giudiziale) potrà indurre il lavoratore, il quale sappia o riconosca il licenziamento fondato nella sostanza, ad opporsi alla convalida; ciò perché, nel successivo giudizio - sanato il vizio di forma in tempi brevi e senza conseguenze particolarmente per lui favorevoli - sarebbe soccombente e perderebbe anche l'indennità di convalida, sia essa del primo o del secondo tipo.

Maggiori elementi di certezza e celerità vengono modellando i poteri del giudice della convalida.

Si è detto dei requisiti dell'intimazione del licenziamento fatti, motivi e fonti di prova. Della citazione a udienza fissa per la convalida, andrebbe precisato il termine minimo a comparire, avvertimenti e garanzie di notificazione del tutto mutuabili dal procedimento locatizio: avvertimento che la mancata comparizione determina la convalida, che l'opposizione determina la perdita dell'indennità di convalida offerta, nel tipo A o di quella fissa nel tipo B, la notificazione a mani proprie al domicilio effettivo, l'avviso con raccomandata in caso di notificazione non a mani proprie, la rinnovazione della notificazione nel caso in cui il giudice abbia motivo di ritenere che l'intimato non ha avuto conoscenza della citazione. (Si pensi al lavoratore ricoverato in caso di licenziamento per superamento del periodo di comporto o assente per malattia) il termine per eventuali difese scritte e controprove anche nel caso di proposizione dell'opposizione non ancora avvenuta.

In caso di licenziamenti disciplinari, per giusta causa e per giustificato motivo soggettivo, contestazione dell'addebito, l'indicazione delle fonti di prova e intimazione del licenziamento e la citazione per la convalida dovrebbero essere contestuali.

Per la discolpa del lavoratore basterebbe prevedere che essa debba essere comunicata in un termine anteriore all'udienza di convalida, del

resto il termine legale è di appena cinque giorni. (Non pare che la brevità dei termini possa essere indicata lesiva del diritto di difesa: si pensi al rito direttissimo nel processo penale in cui sono in gioco interessi non meno rilevanti di quelli in discussione.)

Il datore di lavoro, senza nessuna conseguenza, dovrebbe potere: non comparire all'udienza, così accogliendo tacitamente la discolpa, comparendo rinunciare alla convalida;

notificare prima dell'udienza l'irrogazione di una sanzione conservativa;

disattendere *per facta concludentia* le discolpe e coltivare il giudizio di convalida, salvi gli effetti dell'opposizione del lavoratore.

All'udienza di convalida può accedere che il datore di lavoro o il lavoratore non compaiano.

Se il lavoratore non compare o comparendo non si oppone la questione della risoluzione del rapporto passa in cosa giudicata e avverso la stessa saranno esperibili solo i rimedi straordinari.

La decorrenza del preavviso è dalla notificazione dell'intimazione, sicché il tempo del processo di convalida sarebbe neutro correndo durante il preavviso.

In caso di licenziamento per giusta causa il procedimento di convalida si svolgerebbe durante la sospensione cautelare e perciò in un periodo che in ogni caso è di costanza del rapporto.

Può poi accadere che sia il datore di lavoro a non comparire perché per esempio di rende conto di avere commesso degli errori di forma nell'intimazione del licenziamento o perché vi ha rinunciato (e qui non vi sarebbero i problemi connessi alla revoca) o perché si è accordato con il lavoratore (per esempio in sede sindacale) o perché ha accolto le giustificazioni fornitegli dal lavoratore prima dell'udienza. L'intimazione (e l'eventuale offerta di somma aggiuntiva) deve perdere efficacia e il datore di lavoro può ben reiterare la procedura. Il vantaggio è che i tempi sono brevissimi.

Ma la possibilità del rito presenta i suoi vantaggi anche in caso di opposizione del lavoratore; opposizione che i meccanismi premiali indicati dovrebbero confinare alle ipotesi in cui la mancanza di giustificazione appaia manifesta.

Ora, nel rito locatizio se il conduttore compare e si oppone, il giu-

dice non può convalidare lo sfratto (non occorre infatti alcun motivo per opporsi e la convalida serve appunto ad accertare solamente che opposizione non v'è stata) e deve istruire un ordinario giudizio di cognizione con il rito locatizio (cioè sostanzialmente quello del lavoro).

In caso di opposizione il giudice, su istanza dell'intimante, può emettere ordinanza provvisoria di rilascio con riserva delle eccezioni del convenuto. Non mi soffermo sui presupposti perché per il caso di licenziamento ne vanno individuati degli altri.

Nel procedimento per convalida di licenziamento i poteri del giudice sia in sede di convalida sia in sede di opposizione, andrebbero estesi alla legittimità sostanziale dell'intimazione e non solo a quelle formale com'è nelle locazioni.

In caso di opposizione del lavoratore, il giudice che nell'intimazione ravisasse un vizio di forma, d'ufficio o su sollecitazione delle parti, invece di negare la convalida e istruire il processo di opposizione dovrebbe indicare al datore di lavoro i vizi da rimuovere e ordinargli di procedere a una nuova intimazione.

Si otterrebbe così nel giro di poche settimane, senza alcun risarcimento, perché fino alla convalida il rapporto non si è mai interrotto, l'effetto di una sentenza resa a distanza di anni, con effetti i cui danni è facile immaginare.

Ovviamente il datore di lavoro potrebbe non raccogliere l'invito del giudice e direttamente, opponendosi all'ordinanza, dare luogo al giudizio di cognizione.

Non sussistendo i presupposti per la rinnovazione della intimazione e in caso di opposizione del lavoratore si aprirebbe il giudizio ordinario di cognizione sul licenziamento. Licenziamento che, è il caso di ricordare non è ancora efficace perché non è stato convalidato.

Si aprono diverse possibilità.

Su istanza del datore di lavoro il giudice pronunzia ordinanza provvisoria di licenziamento o di convalida della sospensione cautelare con riserva delle eccezioni dell'intimato.

Su istanza del lavoratore il giudice pronunzia ordinanza provvisoria di reintegrazione.

È chiaro che i presupposti delle due ordinanze dovranno essere diversi.

Nel caso del datore di lavoro non va allegata alcuna circostanza, essendo sufficiente remora a chiedere l'ordinanza provvisoria di licenziamento o di convalida della sospensione cautelare il risarcimento che dovrà corrispondere in caso di soccombenza nel giudizio di opposizione, né al giudice è riconosciuta discrezionalità nella concessione della misura.

Nel caso del lavoratore i presupposti dovranno essere o quelli di qualsiasi provvedimento cautelare ex art.700 c.p.c. o quelli di cui all'art.18 comma 7 e ovviamente lì il giudice non è affatto vincolato dalla richiesta della parte.

Così l'alea della misura del risarcimento in assenza di prestazione è assai ridotta rispetto al rito ordinario.

Se poi si prevede che il giudizio di opposizione di svolga in unico grado, da celebrarsi in corte d'appello – da preferire per la gravità della materia alla non appellabilità della sentenza del tribunale - anche il problema degli effetti della riforma della sentenza di reintegrazione di primo grado sono superati in radice; con il vantaggio ulteriore di dare uniformità di giurisprudenza in tema di licenziamenti in un più vasto ambito territoriale.¹⁶

Il giudizio di opposizione dovrebbe perciò seguire immediatamente quello di convalida, con fissazione d'ufficio dell'udienza ex art.420 c.p.c., e dovrebbe basarsi sulle allegazioni istruttorie già contenute nella citazione per la convalida, salve le prove contrarie che il lavoratore dovesse articolare nel termine che gli spetta.

Se poi il lavoratore opponente non si costituisce nella fase di opposizione dovrebbe essere riconosciuta la possibilità di una convalida tardiva.

Un sistema siffatto, certo non elimina tutti i problemi e sicuramente con l'applicazione ne porterebbe altri, mi pare però in conclusione che nell'ipotesi data se storture si verificano nella disciplina di riconduzione alla legalità di un licenziamento illegittimo, queste non possono essere attribuite alla reintegrazione, i cui effetti retroattivi arriverebbero, di fatto, solo sull'accordo delle parti su scelta del datore di lavoro e comunque nel giro di un paio mesi, in taluni casi durante il termine di preavviso.

¹⁶ Per le materie di rilevante gravità l'opzione è comune. Es. indennità di espropriazione e cause *antitrust*.

In chiusura, provocatoriamente, potrebbe dirsi che una volta introdotto tale sistema bisognerebbe interrogarsi sull'opportunità di mantenere una soglia di accesso alla tutela reale così alta o meglio un soglia costituita dal numero dei lavoratori.

Se così ancora si insiste nella necessità di abrogare esplicitamente o surrettiziamente la reintegrazione non è certo per scongiurarne gli effetti negativi accennati, che si possono eliminare, ma è per altre ragioni; e allora le si indichino chiaramente.

LA CONTESTAZIONE DELLA PRETESA CONTRIBUTIVA¹

Riassunto - Questo saggio analizza la disciplina di cui al d. lgs. n. 46 del 1999 in ordine alla contestazione giudiziale e stragiudiziale dell'atto di accertamento e di imposizione contributiva.

Abstract - This paper analyses the discipline, in d. lgs. No 46, 1999, in order the social insurance tax oppositions.

PREMESSA

Lo studio della fase dinamica della contestazione della pretesa contributiva degli enti previdenziali, deve essere preceduto, di necessità, da alcune premesse in ordine al modo in cui, nel prosieguo di questo lavoro, saranno considerate la struttura del rapporto giuridico previdenziale e la natura giuridica dei contributi previdenziali; cioè deve essere spesa qualche parola sull'obbligazione contributiva e sul rapporto giuridico che la ospita.

La dottrina classica², specialmente precostituzionale³ e quella degli albori⁴, costruiva il rapporto giuridico previdenziale come un unico rapporto trilatero, un rapporto che ricalcava essenzialmente il rapporto di assicurazione: assicuratore l'ente di previdenza, assicurato il lavoratore, assicurante il datore di lavoro. Cosicché tutte le relazioni tra i tre soggetti coinvolti costituivano espressione di un unico complesso

* Professore associato di diritto del lavoro nella facoltà di Economia dell'Università di Palermo.

1 Testo della relazione, rivista con l'aggiunta delle note della bibliografia, svolta dall'autore alla Giornata di studio organizzata dal Consiglio dell'ordine degli avvocati di Agrigento su "La contestazione giurisdizionale della pretesa contributiva previdenziale e assistenziale", del 24 novembre 2007, il 1° marzo 2008.

2 Levi Sandri 1952.

3 Gueli 1937.

4 Barassi 1932.

rapporto contrattuale. Un unico rapporto in cui ciascuna obbligazione dipende dall'altra: l'esistenza del diritto alla prestazione (indennizzo) deriva dal versamento dei contributi (premi), la misura della prestazione deriva dalla quantità dei contributi effettivamente versati. Cosicché l'interruzione, ad esempio, del versamento dei contributi determinava la sospensione dell'erogazione della prestazione.⁵

Sebbene, com'è noto, non sia più questo il meccanismo che governa il rapporto giuridico previdenziale, la terminologia ancora oggi largamente in uso, compreso il riferimento alle assicurazioni sociali, è debitrice di tale costrutto; e lo è anche quella legale: i contributi dovuti all'INAIL si chiamano ancora "premi", la misura degli stessi si chiama "tariffa", la quale a sua volta viene costruita con valutazione del rischio anche specifico, quindi logica matematico-attuariale.

Ciò talvolta è ragione di equivoci; e gli equivoci hanno riflessi sostanziali (ad esempio sugli atti interruttivi della prescrizione) e riflessi processuali (ad esempio sulla capacità testimoniale e sul litisconsorzio).

1. I rapporti giuridici coinvolti

L'opinione più accreditata⁶ e comunque a quella a cui fa riferimento la giurisprudenza⁷ considera il rapporto giuridico costituito da una pluralità autonoma di rapporti.

Il rapporto giuridico previdenziale in senso stretto: che lega il beneficiario della prestazione con il debitore delle prestazioni, generalmente l'ente di previdenza, ma potrebbe essere lo stesso datore di lavoro.⁸ Questo è un rapporto che interessa la materia della contestazione della pretesa solo indirettamente.

Il rapporto giuridico contributivo: che lega l'ente di previdenza (qualunque esso sia, anche se per comodità di qui in avanti supporremo che sia l'INPS) e l'obbligato contributivo; questo soggetto a sua volta può essere obbligato per un suo debito, cioè essere il soggetto passivo

⁵ Art. 1901 cod. civ. la cui applicazione, con riferimento alla tutela contro l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti (IVS), è stata esclusa solo con l'art. 40 della l. n. 153 del 1969. v. Terzago 1971

⁶ Persiani 1960 e 1984

⁷ *Ex multis* Cass. n. 5593 del 1991

⁸ Cass. 2191 del 1985, in generale Persiani 2000; cfr. art. 2110 cod. civ., da ultimo art. 20 l. n. 133 del 2008.

del rapporto, o essere un *adiectus solutionis causa* con un meccanismo sovrapponibile a quello del sostituto di imposta, ovvero assumere entrambe le posizioni contemporaneamente. Quest'ultima ipotesi ricorre nell'assicurazione generale obbligatoria ed è quella che da qui in avanti assumerà valore paradigmatico di relazione obbligatoria presupposta.

I rapporti giuridici presupposti: si tratta dei rapporti la cui esistenza è necessaria per far sorgere sia il rapporto giuridico previdenziale in senso stretto, sia il rapporto giuridico contributivo. Si tratta in primo luogo del rapporto di lavoro subordinato⁹ (che è quello che qui in avanti per lo più considereremo come fattispecie base), del rapporto di collaborazione para-subordinata¹⁰ (in tutte le sue declinazioni: Co.Co.Co., L.A.P., agenzia e rappresentanza commerciale,¹¹ associazioni in partecipazione), dei rapporti associativi (società di persone, collaborazione nell'impresa familiare), sia dell'esercizio dell'impresa,¹² sia del lavoro autonomo,¹³ intellettuale¹⁴ e non¹⁵, sia del rapporto di committenza (ovviamente il pensiero corre al contributo integrativo del 2%)¹⁶.

Con riferimento alle vicende relative all'obbligazione contributiva vengono in considerazione in via immediata il rapporto contributivo e mediamente i rapporti presupposto. Il rapporto previdenziale ha un'autonomia funzionale che riposa sulla "regola dell'automaticità delle prestazioni".

Tutti i rapporti giuridici presentano evidenti segni di collegamento, sia di fatto sia di diritto, ma mantengono la loro autonomia giuridica e funzionale.

Dall'autonomia giuridica discende, ad esempio, l'esclusione del lavoratore dal novero delle parti necessarie nelle controversie di cui ci occupiamo.¹⁷

9 R.d.l. 371 del 1933, r.d.l. n. 1827 del 1935, r.d.l. 636 1939

10 Art. 2 commi 26-32 della l. n. 335 del 1995

11 Legge n. 12 del 1973, oggi fondo integrativo.

12 Legge n. 613 del 1966, legge n. 233 del 1990; per gli artigiani legge n. 463 del 1959

13 Legge n. 1047 del 1957

14 d. lgs n. 103 del 2006 per i non iscritti a casse professionali. Per i professionisti, es.: l. n. 6 del 1952 e s.m.i. (avvocati), l. n. 100 del 1963 e s.m.i. (commercialisti), l. n. 179 del 1958 e s.m.i. (ingegneri e architetti), r. d. 2239 del 1919 (notai) .

15 L. n. 250 del 1958, per i pescatori autonomi.

16 Art. 11 l. 576 del 1980

17 Può essere parte eventuale e con gli effetti esaminati *infra* nel paragrafo «*La posizione del lavoratore ...*»

2. L'oggetto della pretesa

L'oggetto del rapporto contributivo è costituito dall'obbligazione contributiva.

L'individuazione della natura giuridica di tale obbligazione è un *topos* della letteratura sui sistemi previdenziali ed è concetto che condiziona enormemente la nascita, l'estinzione, il regime e le vicende dell'obbligazione contributiva. La questione è e rimane controversa.¹⁸

L'impostazione della giurisprudenza è abbastanza perplessa,¹⁹ ispirata dal pragmatismo del decidere, non è mai dogmaticamente corretta,²⁰ né accettabile sotto il profilo della coerenza;²¹ contiene, comunque, alcuni punti fermi che consentono di circoscrivere l'analisi a livello empirico.

Da un lato è esclusa la natura privatistica:²² corrispettivo, premio, retribuzione previdenziale, etc. etc.; e ciò rende, oltre che radicalmente indisponibile l'obbligazione, irrilevanti gli atti di disposizione individuale del rapporto presupposto: le transazioni sulla natura e il contenuto del rapporto, perfino le conciliazioni,²³ e salvo l'effetto temporalmente pregiudiziale, anche quelle in sede di certificazione dei contratti.²⁴

Per converso, da un altro lato, non è assolutamente pacifica la natura giuridica tributaria dei contributi previdenziali e assistenziali, secondo l'endiadi in uso, e che è gravida di implicazioni dogmatiche.²⁵ Il trattamento che gli si riserva, se non di diritto, certo operativamente, è proprio quello dei tributi, quantomeno nel senso ampio di entrate patrimoniali di diritto pubblico.²⁶

18 Cannella 1970.

19 Cass. n. 226 del 1959, Cass. n. 5183 del 1987; C. Cost. n. 167 del 1986 e n. 193 del 1991 n. 111 del 1997.

20 Cass. 226/59 *cit.* che fa riferimento alla sinallagmaticità delle prestazioni, pur se *ex lege*.

21 C. Cost. 167/1986 *cit.*, afferma la mancanza di una specifica connotazione tributaria delle discipline, C. Cost. n. 193 del 1991 *cit.* che propende per la natura *sui generis*, e C. Cost. n. 111 del 1997 *cit.* che afferma la natura tributaria.

22 Cass. n. 3711 del 1979.

23 Art. 11 del d. lgs n. 124 del 2004 che sembrerebbe consentire una limitata disposizione del rapporto contributivo e previdenziale.

24 Art. 79 d. lgs. 276 del 2003, che sospende, la potestà accertativa e impositiva fino alla definizione della controversia sulla certificazione.

25 Pessi 2005 p. 133, ad esempio, (con riferimento a Cass. 226/59, C. Cost. 167/86 cui *adde* la sclerotizzata Cass. 5183/1987, sulla distinzione tra assistenza e previdenza, C. Cost. 192/199) opina trattarsi di un tipo autonomo, con fondamento nell'art. 38 Cost., piuttosto che nell'art. 53 Cost.

26 Da ultimo, C. Cost. n. 111 del 2007, benché assai sbrigativamente.

L'opinione più accreditata è quella di autorevole dottrina²⁷ secondo la quale i contributi sono imposte, *sub specie juris* di imposte speciali.²⁸ Imposte, cioè, che colpiscono solo categorie o gruppi e i cui proventi hanno una destinazione particolare. Destinazione a cui gli obbligati hanno sì interesse, ma senza la commisurazione dell'obbligazione tributaria al vantaggio del contribuente.

Questo costrutto permette di apprezzare *quella particolare coincidenza tra interesse pubblico ed interesse dei soggetti protetti che fa della tutela previdenziale una funzione sociale dello Stato e un'espressione della solidarietà di tutta la collettività in esso organizzata*.²⁹ Interesse in virtù del quale si giustifica la possibilità che l'accertamento dell'obbligazione proceda con un atto costitutivo unilaterale, proveniente dall'amministrazione, ma suscettibile di diventare definitivo.

3. **Attributi dell'obbligazione contributiva**

La natura pubblicistica dell'obbligazione, quale essa sia, tributaria o autonoma, marca l'obbligazione degli attributi di: inderogabile, personale, solidale, indivisibile, privilegiata.

Inderogabile perché è un'obbligazione *ex lege*, il rapporto presupposto non ne è infatti la fonte del diritto ma il suo presupposto di fatto. Da questo punto di vista non l'obbligatorietà ne è requisito necessario: infatti, i contributi possono essere anche volontari o volontario essere tutto il sistema come nella previdenza complementare, senza che ne venga meno l'inderogabilità.³⁰

La *personalità* dell'obbligazione indica la sua intrasmissibilità per atto di autonomia negoziale, cosicché sono nulli di pieno diritto gli accordi che onerano il lavoratore (accade ad es. nel lavoro domestico o con extracomunitari, etc.) del versamento dei contributi, ancorché ai lavoratori gli sia corrisposto il relativo importo.³¹ Ma deriva anche la non trasmissibilità del debito contributivo in caso di circolazione dell'azienda; quantomeno in termini generali. Tale obbligo è stato attenuato con

27 Persiani 2000..

28 Jannaccone 1905

29 Persiani 2000 p. 79.

30 Cass. n. 127 del 1987.

31 Trib. Palermo 27 giugno 2000 n. 1741.

la possibilità di compensazione, nel modello F24 e con la cedibilità dei crediti verso la p.a. per l'estinzione del debito previdenziale.³² La personalità, ovviamente, non esclude la *solidarietà* ex art. 1294 c.c.

L'*indivisibilità* implica, l'impossibilità di frazionare il periodo contributivo, oppure di distinguere secondo i rapporti presupposti; l'*indivisibilità* implica l'applicabilità dell'art. 1318 c.c. in caso di successione *mortis causa*, così come fonda l'*incompensabilità* al di fuori delle fattispecie di conguaglio espressamente previste dalla legge.³³

Quanto al *privilegio* che assiste tutti i contributi, l'interpretazione prevalente degli artt. 2753, 2778 e 2776 c.c. (non incide la modifica del d. lgs n. 46 del 1999) esclude rilevanza alla fonte dei contributi in ragione della gestione o del regime.

3. Attuazione del rapporto contributivo

L'attuazione del rapporto contributivo può dare luogo a una miriade di contestazioni che possono essere incanalate in due macro-aree di esame: una attinente all'accertamento dell'obbligazione; un'altra attinente alla realizzazione della pretesa.

Nella prima area si colloca la vigilanza, nella seconda la riscossione.

La vigilanza è volta ad assicurare l'effettività del credito contributivo. L'intervento riformatore di cui al d. lgs. n. 124 del 2004,³⁴ conferma i poteri di accesso, ispezione, sequestro, diffida.³⁵

Con speciale riferimento ai primi due, il cui esercizio è normalmente congiunto, essi consistono nell'esame ed estrazione di documentazione e nel delicato procedimento di acquisizione delle informazioni e delle audizioni dei lavoratori, riassunte in un sommario processo verbale. Questi strumenti sono il fulcro dell'attività di accertamento e di essi si tratterà più avanti.

L'esercizio concreto di tali poteri culmina in un atto tipico e formale, il *verbale di accertamento*; il quale può contenere l'attestazione della regolarità, ovvero la contestazione delle infrazioni.³⁶

32 Leggi n. 11 del 1986, n. 44 del 1998, n. 411 del 1989, n. 412 del 1961, n. 426 del 1991

33 Cass. 592 del 1987.

34 In particolare gli artt. 6 comma 3 e 13, d.m. 16 giugno 2001, d.p.r. n. 520 del 1955.

35 Gasp-Guad 2005, Margiotta 2005.

36 artt. 14 e 35, commi 2 e della l. n. 689 del 1981, art. 5 n. 628 del 1961 e art. 3 l. n. 638 del 1983, d. lgs. n. 758 del 1994, d. lgs. n. 124 del 2004.

Requisito essenziale del verbale di accertamento è la sua notificazione (*rectius*: comunicazione) al debitore previdenziale.

Quale che sia in concreto l'esercizio della vigilanza, e cioè sia esso l'accertamento di un'infrazione, sia esso derivante dalla mero omesso versamento o dal mero errore di calcolo, il credito contributivo ha - da sempre - un trattamento privilegiato in ordine alla formazione del titolo esecutivo che prelude alla sua realizzazione coattiva.

3.1 *Titoli esecutivi speciali previgenti*

La legge attribuisce efficacia esecutiva stragiudiziale:

1. alle attestazioni di credito dei dirigenti delle sedi territoriali degli enti previdenziali;³⁷
2. alle denunce, alle dichiarazioni, al riconoscimento del debito provenienti dai soggetti passivi;³⁸
3. alle ordinanze ingiunzioni per la riscossione dei contributi non versati e per le sanzioni civili.³⁹

Sul fronte più formalmente giudiziale la legge ha consentito agli enti di previdenza di avvalersi sia dello strumento dell'ingiunzione fiscale sia del procedimento monitorio.

Nel primo, come è noto, non vi è controllo sostanziale e il titolo rimane di natura amministrativa. Nel secondo la combinazione della esecutorietà dell'ingiunzione di cui alle leggi n. 11 del 1986 e n. 389 del 1989, cioè dell'esecutività che deriva direttamente dalla legge invece che dal provvedimento del giudice, con l'efficacia di prova monitoria legale delle attestazioni dei funzionari degli enti di previdenza (art. 635 comma 2 c.p.c.), elimina - in buona sostanza - anche in questo caso, ogni filtro della giurisdizione in ordine ai presupposti per la formazione del titolo esecutivo, riducendosi i poteri del giudice alla possibilità di sospendere l'esecuzione per gravi motivi, ma solo in caso di opposizione.

³⁷ Richiamate dal d. l. n. 338 del 1989, la cui abrogazione dal parte dell'art. 37 del d. lgs. n. 46 del 1999 rimane controversa.

³⁸ v. *supra* n. 36

³⁹ Abrogata dall'art. 116 comma 12 della l. n. 388 del 2000.

3.2 *Riscossione mediante ruolo dei contributi*

Su questo tessuto si innestano le disposizioni del d. lgs n. 46 del 1999 che, come palesa il titolo, *riordino della disciplina della riscossione mediante ruolo*, regola, in via generale, le entrate pubblicistiche dello Stato, includendovi, per la prima volta, anche quelle contributive.

La più parte di questo testo legislativo modifica il d.p.r. n. 602 del 1973, (che concerne la riscossione delle imposte sul reddito e costituisce il testo base della riscossione dei tributi.)

Per quanto invece concerne la materia contributiva, gli articoli da 24 a 27, estendono - e per molti profili può dirsi che altresì disciplinano autonomamente - il sistema di riscossione mediante ruoli ai crediti degli enti previdenziali.

Rileva, pure, per le interferenze che determina, la disciplina transitoria dell'art. 36 comma 6 (modificato da ultimo dalla legge n. 350 del 2003), del comma 2 bis (introdotto dall'art. 2 del d. lgs n. 326 del 1999), del comma 10 (che fa salva la cartolarizzazione e che è connesso per certi profili anche con il comma 3 *bis* e il comma 3 *ter* dell'art. 17, relativi ai crediti di società per azioni a capitale prevalentemente pubblico).

Infine, si deve ricordare l'art. 37 che abroga:

- l'art. 35 comma quinto secondo periodo della legge 689 del 1981 (ricorso all'esecuzione forzata civile);
- l'art. 2 del d.l. 338 del 1989 (con salvezza dei commi 11, 12, 15-19) che regolava i procedimenti di riscossione prima menzionati e le relative opposizioni.

L'utilizzazione del ruolo per la riscossione dei contributi ha alcune implicazioni che sono esterne all'accertamento del merito della pretesa contributiva, ma che sono nondimeno rilevanti. Si tratta della previsione di un termine di decadenza per l'iscrizione a ruolo (la cui operatività è stata più volte rinviata) e della delega della fase dell'espropriazione forzata ai concessionari nelle note forme della c.d. esecuzione esattoriale.

3.3 *Termine per l'iscrizione nel ruolo*

Relativamente a essa, il sistema prevede che il procedimento di riscossione mediante ruoli, quantomeno la sua fase costitutiva, si esaurisca

risca, cioè il ruolo venga reso esecutivo, entro il 31 dicembre dell'anno successivo dall'evento che, in senso lato, determina la definitività dell'accertamento del debito contributivo.

In particolare l'art. 25 comma 1 (nel testo corretto dall'art. 2 del d.lgs. n. 193 del 2001⁴⁰), stabilisce che i *contributi o premi dovuti agli enti pubblici previdenziali sono iscritti in ruoli resi esecutivi, a pena di decadenza:*

- (a) *per i contributi o premi non versati dal debitore, entro il 31 dicembre dell'anno successivo al termine fissato per il versamento; in caso di denuncia o comunicazione tardiva o di riconoscimento del debito, tale termine decorre dalla data di conoscenza, da parte dell'ente;*
- (b) *per i contributi o premi dovuti in forza di accertamenti effettuati dagli uffici, entro il 31 dicembre dell'anno successivo alla data di notifica del provvedimento ovvero, per quelli sottoposti a gravame giudiziario, entro il 31 dicembre dell'anno successivo a quello in cui **il provvedimento è divenuto definitivo.***

Il testo originario dell'art. 36 comma 6 - recante le disposizioni transitorie - diceva: *Le disposizioni contenute nell'art. 25 si applicano ai contributi e premi non versati ed agli accertamenti notificati successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto.* Cioè successivamente al 1° luglio 1999.

Quest'ultimo termine è stato a più riprese posticipato:

- × dall'art. 78 comma 24 della legge n. 388 del 2000, al "1° gennaio 2001";
- × dall'art. 38 comma 8 della legge 289 del 2002 al "1° gennaio 2003";
- × dall'art. 4 comma 25 della legge n. 350 del 2003 al "1° gennaio 2004".

Gli accertamenti e atti assimilati notificati successivamente al 1° gennaio 2001 dovevano essere iscritti a ruolo entro il 31 dicembre dell'anno 2002.

Questa decadenza sembrerebbe essere stata assorbita dalla proroga prodotta della legge n. 289 del 2002.⁴¹

⁴⁰ Il testo precedente per un evidente refuso recitava «I contributi o premi dovuti dagli enti pubblici previdenziali ...».

⁴¹ I pochi precedenti di merito noti sono in tale senso: Trib. Torino 23 marzo 2005, Trib.

Nella giurisprudenza della Cassazione, sempre sul tema della decadenza, si rinvencono pochi precedenti, ma che concernono propriamente fattispecie relative a procedimenti anteriori alla prima di tali date e quindi correttamente sono state risolte nel senso dell'inapplicabilità del termine, sulla base della regola *tempus regit actum*.⁴²

V'è da chiedersi se il sistema di riscossione mediante ruoli sia o non l'unico strumento ammesso? Oppure concorra con gli altri speciali e con quelli ordinari.

L'interrogativo, con riferimento alla decadenza dal potere di richiedere l'iscrizione a ruolo, pone un problema teorico e un problema di immediato rilievo applicativo.

Infatti, se si tratta dell'unico sistema possibile, la decadenza dall'iscrizione a ruolo determina l'estinzione dell'obbligazione; se invece si tratta di una sistema concorrente la decadenza dall'iscrizione a ruolo lascia aperta la possibilità del ricorso alle altre forme di soddisfazione.

Le abrogazioni portate dall'art. 37 del d.lgs n. 46 del 1999, sembrerebbero inclinare per l'unicità del sistema.

Infatti, da un lato l'art. 35 comma 9 della legge n. 689 del 1981 rinviava al procedimento monitorio per contributi e accessori; da un altro lato, l'art. 116 comma 12 della legge n. 388 del 2000 esclude *tout court* il ricorso all'ordinanza-ingiunzione; infine, l'art. 2 del d.l. n. 338 del 1989, che attribuiva efficacia di titolo esecutivo agli atti stragiudiziali sopra-visti, prevedeva il ricorso sia all'ordinanza-ingiunzione sia all'ingiunzione fiscale sia al decreto ingiuntivo, e ancora prevedeva una norma di raccordo tra i titoli esecutivi di formazione giudiziale e la riscossione coattiva mediante esecuzione esattoriale; titoli esecutivi che sono stati anch'essi abrogati come quelli che prevedevano l'ordinanza ordinanza per le sanzioni.

La situazione è complicata dal comma 8 dell'art. 24, che fa salve le previsioni del d. lgs. n. 462 del 1997, che a sua volta, all'art. 1, rinvia

Agrigento 10 giugno 2004 n. 1355, App. Roma 25/06/2002 n. 1703.

42 Cass. n. 24781 del 2006 e n. 781 del 2006, quest'ultima con richiami impropri alla Corte Costituzionale, hanno affermato che «Alla stregua di un'interpretazione conforme a Costituzione della disciplina transitoria recata dall'art. 36, comma 6, del d. lgs. n. 46 del 1999 che ha introdotto, in tema di riscossione dei contributi mediante ruolo, un termine di decadenza dall'iscrizione al ruolo, deve ritenersi non ammissibile la retroattività di tale termine, non imponendo, il sistema precedente, alcun onere di tempestività dell'iscrizione a ruolo per la riscossione dei crediti previdenziali, né potendo pretendersi, dall'Istituto di previdenza, un determinato comportamento prima ancora che venisse contemplato dall'ordinamento (v. C. Cost. n. 191 del 2005, n. 446 del 2002, n. 416 del 1999)».

tout court all'art. 2 del d.l. n. 338 del 1989.

Pertanto sembra potersi affermare che il rinvio si deve ritenere operato alla parte non abrogata dal successivo art. 37 e che concerne la rateizzazione e pochi altri istituti.

Né d'altro canto sembra che si possa ritenere ammissibile il ricorso all'azione ordinaria di condanna che per sua natura è finalizzata ad ottenere un titolo esecutivo.

Considerando in successione logica le disposizioni dell'art. 24 del d. lgs. n. 46 del 1999 si può affermare agevolmente che quelle esaminate sono tutte disposizioni che escludono la possibilità di sovrapposizione tra l'azione ordinaria e la formazione autoritativa, mediante ruolo, del titolo esecutivo.

Infatti, il comma 1 stabilisce che il credito previdenziale e i suoi accessori "sono" (e non già solo possono essere, come era nelle norme abrogate) iscritti a ruolo.

Il comma 2 faculta l'ente a non usare il ruolo solo in caso di composizione bonaria.

Il comma 3 sancisce un divieto di formazione del titolo esecutivo in pendenza di contestazione giudiziale.

Il comma 4 sospende l'esecutorietà del titolo specifico in presenza di gravami amministrativi.

A queste disposizioni l'art. 25 comma 2 aggiunge la posposizione della decadenza di cui al comma 1 alla definitività del provvedimento di accertamento sottoposto a gravame giudiziario.

In definitiva la decadenza dall'iscrizione a ruolo non ha solo valore procedimentale, ma anche sostanziale.

4. L'oggetto della contestazione

Per quanto riguarda l'individuazione degli atti impugnabili diversi dal ruolo, l'art. 24 ai commi 3 e 4 non pone particolari problemi né limitazioni.

Il riferimento è genericamente all'*accertamento effettuato dall'ufficio*, cioè al risultato dell'attività di vigilanza e all'iscrizione a ruolo. Può trattarsi indifferentemente di un accertamento documentale con o senza

ispezione o di una più complessa ispezione presso l'obbligato passivo.

Ciò che rileva, per usare le parole del comma 6 dell'art. 24, è una «*pretesa contributiva*», che sia - ovviamente - consacrata in un atto formale notificato al debitore.

L'iscrizione a ruolo, invece, è impugnabile a norma del comma 5 dell'art. 24 mediante opposizione regolata dagli artt. 442 ss. c.p.c. e riguarda il merito della pretesa.

L'impugnazione che prenderà la forma pratica, ma formale, dell'impugnazione della cartella, cioè della contestazione del credito portato dalla porzione di ruolo relativa a un singolo obbligato.

4.1 *Impugnazione del ruolo*

La previsione di un unico mezzo e specifico, potrebbe indurre ad escludere che il ruolo possa essere impugnato in via amministrativa.

In contrario avviso merita considerazione la previsione del comma 2 dell'art. 25, che prevede la possibilità, per l'ente impositore, di sospendere la riscossione per gravi motivi, in pendenza di gravame amministrativo.

Sebbene la disposizione sembri riferibile più al comma 4 dell'art.24, che di fatto impone l'iscrizione a ruolo in pendenza di gravame amministrativo avverso l'accertamento non deciso, nulla esclude che eventuali gravami stragiudiziali della cartella, che comunque non sarebbero idonei a sospendere i termini di impugnazione giudiziale, dato che tale effetto eccezionale non è previsto da nessuna disposizione, possano ritenersi ammissibili se proposti nel termine generale di trenta giorni *ex art. 1 d.p.r. 1199 del 1973* o, quantomeno, nello stesso termine di quello giurisdizionale.

Le intersezioni che vi possono essere tra gravami amministrativi e giurisdizionali impongono a questo punto di occuparsi dei gravami amministrativi contemplati dal comma 4 dell'art. 24 del d. lgs. n. 46 del 1999.

Questa norma non prevede né termini, né organi, né distingue l'oggetto dell'accertamento impugnato in via amministrativa. Cosicché sembra agevole ricavarne che essa lascia immutate le discipline particolari e quella generale e che operi riferimento al gravame amministrativo.

strativo solo per unificarne l'effetto inibitore dell'iscrizione a ruolo *fino alla decisione del competente organo amministrativo e comunque entro i termini di decadenza previsti dall'art. 25*.

Il testo non brilla per chiarezza, con riferimento all'ipotesi - normale nella realtà - in cui il ricorso non sia stato deciso nei termini.

La questione è se il termine finale dell'art. 25 sia relativo alla possibilità di iscrizione a ruolo in pendenza di un ricorso amministrativo non deciso, oppure se esso implichi una sorta di silenzio accoglimento del gravame, in deroga alle regola generale che invece prevede il silenzio-rigetto decorsi novanta giorni dalla proposizione del ricorso, ex art. 6 d.p.r. 1199 del 1971.

Può tentarsene una riconduzione a coerenza sistematica solo supponendo che la norma si riferisca tanto al rigetto espresso, quanto al silenzio rigetto. Cosicché, dovendo il gravame amministrativo essere proposto nel termine di trenta giorni dalla notificazione dell'accertamento e formandosi il silenzio rigetto, di regola, nel termine di novanta giorni dal ricorso, la norma può essere interpretata nel senso che il gravame amministrativo non è motivo né di sospensione né di postergazione del termine di decadenza; gravame o no la decadenza si verifica.

Consegue che la norma vuole evitare che, fermo restando l'effetto inibitore, fino almeno al silenzio-rigetto, la decisione - ovviamente di rigetto - del gravame amministrativo adottata, in forma espressa dopo la formazione del silenzio rigetto (attività che non solo è possibile ma è anche dovuta) e che sia resa dopo che sia trascorso il termine dell'art. 25, possa valere a "sanarne" la decadenza ivi prevista.

Per quanto riguarda i rapporti tra gravame amministrativo e gravame giurisdizionale, può escludersi qualsiasi rapporto di pregiudizialità dell'uno rispetto all'altro, poiché il comma 3 prevede l'autonoma impugnabilità giurisdizionale dell'accertamento. Né sembrano essersi rapporti di alternatività tra i due rimedi per lo loro totale diversità, anche se la loro contestuale proposizione non sembra possa portare alcun vantaggio. E' stato sostenuto che la proposizione del gravame giudiziario importi la tacita rinuncia a ottenere una decisione in via amministrativa.⁴³

Il termine per impugnare l'accertamento in sede giudiziale non è indicato in modo espresso dalla disposizione; né si ritiene possa avere

43 Gasp-Guad 2005.

alcun valore la formula talvolta adottata nel verbale stesso che lo indica in trenta giorni. Il termine ricavabile è quello che coincide con l'interesse all'impugnazione; cioè fino alla notificazione della cartella di pagamento recante l'iscrizione a ruolo della pretesa contributiva.

Questo termine mobile, come abbiamo visto, è bilanciato dalla sospensione e postergazione del termine di decadenza per l'iscrizione a ruolo, dalla sospensione della prescrizione durante il processo, dall'effetto interruttivo della notificazione dell'accertamento.

Né vi è ragione teorica o pratica per cercare un termine diverso, poiché l'oggetto della contestazione del verbale e dell'iscrizione a ruolo è sempre il medesimo.

Inoltre, la mancanza di un termine fisso per l'impugnazione dell'accertamento non è pregiudizievole per l'ente, anzi gli è vantaggiosa. Infatti, il termine di decadenza per l'iscrizione a ruolo sarà posticipato al 31.12 di almeno un anno successivo a quello originario. Si pensi all'impugnazione giudiziale dell'accertamento che sia proposta - sebbene assai incautamente - il 31 dicembre stesso dell'anno successivo alla sua notificazione!

Quando la cartella sia stata notificata il verbale di accertamento in senso formale non sarà più utilmente impugnabile e le doglianze che si oppongono alla pretesa contributiva dovranno essere rivolte alla cartella nel termine suo proprio.

Rectius: l'accertamento è impugnabile assieme alla cartella, anche se come vedremo tra poco ciò non è strategicamente opportuno.

Diversamente dal comma 3, il comma 5 prevede che l'iscrizione a ruolo sia impugnabile - esclusivamente - in sede giudiziale, nel termine di quaranta giorni dalla notificazione della cartella che la veicola.

In ordine alla perentorietà del termine di cui all'art. 24 comma 5 si delineano già itinerari precisi nel senso della perentorietà.

Si segnalano Cass. n. 14692 del 2007 e C. Cost. n. 111 del 2007; benché in quest'ultima possa apparire un'affermazione *obiter*, invece, l'affermazione sembra dotata di pregnanza giuridica. Infatti, nella sua essenzialità, per altro nello stile del redattore, la Consulta afferma anche l'adeguatezza del termine di impugnazione in relazione all'effetto preclusivo e di consolidamento della pretesa contributiva derivante della mancata opposizione.

Nel senso della non perentorietà, invece, Corte d'appello di Bolo-

gna con due sentenze del 2004.⁴⁴

La prima soluzione appare più razionale e coerente con l'impianto del sistema: esso realizza una relazione di equilibrio, che suppone una reciproca decadenza, e che non appare opportuno alterare per via ermeneutica.

4.2 *Nullità dell'iscrizione a ruolo e decadenza della pretesa*

La questione giustifica l'indugiare sui termini o meglio sui rapporti tra le due decadenze: quella dell'iscrizione a ruolo e quella dell'opposizione.

Il dilemma è se la cartella relativa a una iscrizione a ruolo per la quale sia maturata la decadenza dell'art. 25 debba essere impugnata nel termine di quaranta giorni dalla sua notificazione, oppure se l'impugnazione consista in una azione di nullità per difetto assoluto di potere impositivo, dunque svincolata dai termini.

La questione è suggerita dal tenore letterale del comma 6 dell'art.24 che riferisce l'opposizione a *motivi inerenti il merito della pretesa contributiva*. A parte il fatto che il verbo *inerire* regge il dativo e non l'accusativo, la questione che merita attenzione è che il *merito della pretesa contributiva* consiste nel presupposto in senso ampio di essa, cioè il merito deriva dall'esistenza o dalla costituzione o dalla natura o dal contenuto o dall'estensione o dall'estinzione del rapporto giuridico presupposto.

La decadenza dalla possibilità di costituire il titolo esecutivo per contributi o premi prevista dall'art. 25 comma 1 è fattispecie esterna al merito della pretesa, è fattispecie che inibisce la fase satisfattiva del credito.

L'ente non può ricorrere ad altri strumenti per la riscossione della pretesa contributiva - anche assertivamente fondata - che l'iscrizione a ruolo nel termine decadenziale. Sicché in coerenza con la conclusione che la decadenza dall'iscrizione a ruolo implica anche la decadenza dalla pretesa, l'emissione e la notificazione della cartella, effettuata malgrado l'intervenuta decadenza, deve ritenersi in assoluta carenza di potere.

Diversamente opinando si produrrebbe l'effetto, in caso di deca-

44 Una pubblicata in Lav. Giur. 2004, 480.

denza dall'opposizione, di fare risorgere un diritto decaduto; il che contrasta con tutti i principi generali in materia di decadenza.

4.3 *Il procedimento*

In ordine ai mezzi di impugnazione, in ordine alle forme, non vi sono segnalazioni di rilievo: si tratta di un normale giudizio regolato dal rito del previdenziale.

Prima in entrare nei contenuti brevi notazioni in ordine ad alcuni aspetti dell'opposizione.

La competenza per territorio, è regolata, sia dal comma 1 sia dal comma 3 dell'art. 444 c.p.c..

In particolare il comma 1 stabilisce la competenza per territorio generale delle cause previdenziali nella circoscrizione di tribunale in cui ha la residenza l'attore (foro che ricorre, ad esempio, nelle controversie con le Casse professionali o anche nei rapporti sociali)

Invece, il comma 3, relativo alle sole cause in cui sia presupposto un rapporto contributivo in cui vengano in rilievo rapporti di lavoro, la fissa nella circoscrizione di tribunale in cui ha la sede l'ufficio dell'ente competente a conoscere della posizione assicurativa dei lavoratori.

Quest'ultima norma stabilisce una competenza funzionale inderogabile, cosicché nel caso in cui la cartella veicoli più ruoli, ciascuno di diversi enti previdenziali aventi uffici in sedi ricadenti in diverse circoscrizioni di tribunale, la competenza si radicherà separatamente davanti a diversi giudici, ciascuno competente per territorio, avverso il ruolo considerato.⁴⁵

Con riferimento alla notificazione del ricorso essa va fatta, qualora si tratti di impugnazione del ruolo, oltre che all'ente impositore anche alla società di cartolarizzazione.

La notificazione al cessionario costituisce una fattispecie di litisconsorzio necessario legale derivante dall'art. 23 della l. n. 448 del 1997, con la conseguenza della necessaria eventuale integrazione del contraddittorio.

L'art. 4 del d.l. n. 209 del 2002 ha modificato il comma 5 dell'art.25 eliminando – giustamente - la (inutile) notificazione al concessionario (che non era parte in senso sostanziale del giudizio sul merito della

45 In tal senso di recente cfr. Cass. n. 20079 del 2006.

pretesa contributiva). Con riferimento alle controversie promosse prima di tale data, presumibilmente ancora pendenti, si osserva che l'omessa notificazione al concessionario della riscossione non termina alcun effetto processuale, poiché quest'ultimo soggetto non viene chiamato in giudizio, non assume il ruolo di parte del giudizio, non determina litisconsorzio. La notificazione al concessionario ha la sola funzione di *denuntiatio litis*.⁴⁶

Al concessionario, invece, deve essere, notificato il provvedimento di sospensione del ruolo, ovviamente ai soli fini di inibire l'azione esecutiva.

Qualora si tratti di impugnazione del verbale di accertamento, invece, la notificazione sarà diretta solo all'ente, ferma la competenza per territorio. Nell'una e nell'altra ipotesi (ruolo e verbale) non sembra che possa trovare applicazione l'art. 44 del d.l. n. 269 del 2003,⁴⁷ che prevede la notificazione presso le sedi territoriali dell'ente in cui risiede il privato che vanta pretese nei confronti dell'ente.

4.4 *Sospensione dell'efficacia esecutiva*

Quanto alla sospensione dell'efficacia esecutiva è opportuno distinguere tra impugnazione dell'accertamento e impugnazione del ruolo.

La prima ha l'effetto automatico di impedire l'iscrizione nel ruolo, fino alla definizione del giudizio.

4.4.1 *Sospensione in via amministrativa*

Poiché il legislatore fa un po' di confusione tra esecutività e definitività, occorre soffermarsi sopra la durata della sospensione.

Infatti, il comma 3 dell'art. 24 dispone che in caso di impugnazione del verbale l'iscrizione a ruolo è eseguita in pendenza di provvedimento esecutivo del giudice. Il che allude alla sentenza di primo grado, giusta

⁴⁶ In tal senso, chiaramente Cass. n. 11687 del 2008; *contra*: Cass. n. 15041 del 2007.

⁴⁷ Salva ovviamente l'elezione di domicilio e salva la proposizione dei gravami in via amministrativa alla sede periferica *ex l.* n. 88 del 1989. cfr Cass. n. 10649 del 1996 che distingue tra sede territoriale ai fini dell'individuazione della competenza e luogo di notificazione dell'atto giudiziario.

il disposto dell'art. 447 c.p.c. Mentre la *lett. b)* del comma 1 dell'art. 25 dispone che la decadenza dall'iscrizione a ruolo sia posticipata al provvedimento definitivo del giudice.

Il coordinamento non è facile, anche perché gli ambiti di applicazione delle norme non sono esattamente coincidenti.

In contrario avviso è stato sostenuto che nel corso del giudizio il giudice potesse autorizzare, sull'istanza dell'ente, l'iscrizione a ruolo con ordinanza. Ma la tesi non convince. Infatti, la norma non prevede tale eventualità, sicché l'unica possibilità di anticipare l'iscrizione a ruolo sarebbe data dal ricorso al procedimento cautelare generale dell'art. 700 c.p.c., dunque nella ricorrenza dei due noti presupposti cautelari da esso previsti. Da un altro punto di vista si potrebbe ritenere che il provvedimento possa essere emesso ex art. 423 c.p.c. Ma in contrario si obietta che questa disposizione è volta all'anticipata formazione di un titolo esecutivo. Ma l'unico titolo esecutivo ammesso per la riscossione dei contributi è il ruolo.

Una lettura coerente del sistema indurrebbe a ritenere che nel comma 3 dell'art. 24 il legislatore *minus dixit quam voluit* e che perciò la sospensione duri fino al giudicato,⁴⁸ cioè a provvedimento definitivo.

Ciò realizza una perfetta e simmetrica coincidenza tra effetto sospensivo dell'accertamento e effetto sospensivo della decadenza fino all'accertamento.

Milita a favore di questa tesi anche un altro rilievo decisivo.

Il *petitum* sostanziale del giudizio di impugnazione dell'accertamento e quello del giudizio di impugnazione del ruolo è il medesimo: si tratta de "l'accertamento negativo della pretesa contributiva".

Questa medesimezza di oggetto ha l'effetto preclusivo proprio del giudicato esterno; nel senso che la sentenza che decide l'impugnazione dell'accertamento copre il dedotto e il deducibile anche del giudizio di impugnazione del ruolo avente ad oggetto la pretesa contributiva fondata sullo stesso accertamento.

Un'indicazione in tal senso, per quanto proveniente da una fonte di rango inferiore, viene dal DM 24 ottobre 2007 n. 28578, che all'art. 8 comma 2 *lett. b)*, ai fini del rilascio del DURC, stabilisce che per "i

48 (in tale senso anche una parte dell'avvocatura dell'INPS, anche se non in veste ufficiale).

cediti non ancora iscritti a ruolo” la «regolarità è dichiarata fino al passaggio in giudicato della sentenza di condanna». ⁴⁹

Ne discende che se si interpreta “esecutivo” del comma 3 dell’art. 24 in senso stretto, si aprire la strada del doppio giudizio – assolutamente inutile –, in cui di necessità il secondo, quello avverso il ruolo esecutivo, dovrebbe essere sospeso *ex art. 295 c.p.c.* fino alla definizione del giudizio sull’accertamento su cui il ruolo si fonda; in presenza di una sentenza esecutiva, infatti, i giudizi, di tutta evidenza, penderebbero in gradi diversi rendendo impossibile anche la loro riunione. ⁵⁰

L’interpretazione contraria, pur plausibile in astratto, per cui si deve ritenere che l’ente di previdenza, in presenza di una sentenza di primo grado che rigetti in tutto o in parte il ricorso, *melius*: che accerti in tutto o in parte la pretesa contributiva, possa iscrivere a ruolo la pretesa in pendenza del giudizio di impugnazione della pretesa stessa, e possa farlo fino al 31.12 dell’anno successivo al giudicato, costringe a due giudizi e ai problemi di contrasto di accertamenti giurisdizionali che possono derivarne.

4.4.2 *La sospensione giudiziale*

Ritornando al giudizio di impugnazione del ruolo, il potere di sospensione giudizial-cautelare è limitato al corso del giudizio di primo grado e alla sussistenza di “gravi ragioni”. Quest’ultimo presupposto è una clausola generale che si presta a definizioni e applicazioni abbastanza umorali, per cui non meriterebbe ulteriore attenzione.

Mi sembra che invece vada evidenziato il collegamento tra “gravi motivi” e DURC, anche alla luce del recente art. 8 del DM 28578/2007, per sottolineare il rischio di innescare una pericolosa spirale di illiquidità. La mancata sospensione, infatti, magari su un giudizio in cui non si controverta di evasione contributiva, ma meramente di omissione, determina il mancato rilascio del DURC, che determina il mancato paga-

49 L’uso improprio del complemento “di condanna” non è rilevante, perché nel seguito del disposto si parla di «provvedimento esecutivo del giudice che consente l’iscrizione a ruolo di somme oggetto del giudizio.»

50 Il problema della mancata impugnazione della cartella emessa in pendenza del ricorso avverso l’accertamento, nel caso in cui quest’ultimo si sia poi risolto positivamente, non è risolvibile mediante l’applicazione delle regole dell’opposizione tardiva o della revocazione che, di un atto non giurisdizionale, non è prevista dalla legge.

mento dei corrispettivi, che impedisce perfino di sottostare alla clausola legale del *solve et repete*, effetto automatico del meccanismo di riscossione prescelto dal legislatore.

4.4.3 *Sospensione in appello*

Più controverso è il problema della sospensione in appello. Che il giudice d'appello non possa sospendere il ruolo, non è revocabile in presenza della lettera del disposto normativo. Che non possa adottare alcun provvedimento sospensivo è invece dubbio, stante che l'art. 447 c.p.c. richiama espressamente l'art. 431 c.p.c., il quale consente al giudice d'appello di disporre la sospensione dell'esecuzione quando ricorrano gravi motivi.

La questione, dunque, presuppone la definizione del contenuto della sentenza resa nel giudizio di impugnazione del ruolo.

Secondo la prevalente opinione il giudizio di opposizione alla cartella, così come pacificamente era sempre stato affermato con riferimento al giudizio di opposizione a ordinanza-ingiunzione, si modella quanto alla posizione processuale delle parti, sul giudizio di opposizione al decreto ingiuntivo.

Questa peculiarità determina a sua volta due effetti rilevanti.

L'uno è che il giudizio conosce un momento rescindente e uno rescissorio.

L'altro è che attore in senso sostanziale, perciò gravato degli oneri probatori dell'attore-creditore, è l'opposto, cioè l'ente di previdenza.

Quanto al primo effetto, si può affermare che se dopo che sia stata proposta l'opposizione il giudizio si estingue, viene meno l'effetto rescindente e perciò il ruolo acquista definitività, e se l'esecuzione era stata sospesa l'effetto sospensivo viene meno.

Le cose si complicano nell'ipotesi in cui l'estinzione consegua a cancellazione della causa dal ruolo in presenza di un provvedimento di sospensione. L'ente dovrebbe riassumere il giudizio ai fini della declaratoria di estinzione e di revoca della sospensione. Sembra macchinoso, ma non vedo surrogati.

4.5 *Il contenuto della sentenza*

Il contenuto della sentenza dipende dal contenuto della domanda. Questa relazione ovvia e fisiologica non sembra essere stata colta dalla Cassazione⁵¹ che ritiene in buona sostanza la cartella equivalente al decreto ingiuntivo e il giudizio di opposizione un giudizio di annullamento. Da questa premessa ne trae la conclusione che l'opponente, soccombente rispetto alla sua domanda di annullamento, resterebbe esposto alla pretesa derivante dalla cartella non annullata. Conseguenzialmente, afferma, non occorre domanda dell'ente di previdenza per ottenere l'accertamento del credito.

Questo ultimo risultato è corretto, ma ad esso la Corte perviene attraverso un procedimento argomentativo sbagliato con cui si alterano le normali relazioni tra le parti in tema di onere della prova.

L'errore è presto spiegato. Mentre il giudizio di cognizione che si instaura a seguito dell'opposizione a decreto di ingiunzione si incentra sulla domanda monitoria dell'opposto, che è domanda giudiziale, il giudizio di opposizione al ruolo, non solo non ha una previa domanda giudiziale su cui il giudice dell'opposizione si deve pronunciare, ma non è neanche un giudizio di mero annullamento.

L'oggetto del giudizio è legale, ed è il "merito della pretesa contributiva" mentre l'annullamento è solo l'occasione per discutere della pretesa stessa.

Rileva del resto lo stretto collegamento tra l'impugnazione dell'accertamento e l'impugnazione del ruolo. Nell'una e nell'altra ipotesi il giudizio ha ad oggetto l'esistenza e la misura dell'obbligazione e non ha ad oggetto la formazione del titolo esecutivo per la sua realizzazione.

Per queste obbligazioni, infatti, il d. lgs. n. 46 del 1999, estende la regola di separazione tra titolarità del credito e titolarità dell'azione esecutiva: il primo all'ente impositore; il secondo al concessionario della riscossione.

In definitiva l'azione giudiziaria non può costituire un titolo esecutivo in testa a chi non è titolare della conseguente azione.

La problematica contenuta della sentenza citata assume maggiore rilevanza pratica in caso di accoglimento parziale dell'opposizione.

⁵¹ Cass. n. 15041 del 2007 e in parte anche Cass. n. 5763 del 2002 a cui si adeguano i giudici di merito.

Le questioni prospettatili sono di due specie: se la sentenza sia una sentenza di condanna al pagamento delle somme; e questa ipotesi l'abbiamo esclusa, per cui non essendoci pronuncia di condanna, non dovrebbe esserci nemmeno domanda, o se sia una sentenza di mero accertamento.

Ritornando sulla seconda ipotesi, quella del contenuto di mero accertamento, vien da sé che la soccombenza rispetto alla domanda di accertamento negativo comporta automaticamente il corrispondente opposto accertamento positivo.

Da questo punto di vista appare effettivamente sufficiente che l'ente si limiti a chiedere la reiezione della domanda dell'opponente per ottenere il corrispondente accertamento positivo totale o parziale.

Consegue che occorrerà sempre una nuova iscrizione a ruolo dopo ogni sentenza di accoglimento parziale.

La questione operativa si sposta perciò tutta sul fronte dell'onere della prova.

Ne discende che è irrilevante chiedersi se tale domanda di reiezione sia soggetta alla preclusione di cui all'art.416 c.p.c., posto che a tali preclusioni sono soggetti gli oneri di allegazione, di deduzione e di prova che gravano l'attore in senso sostanziale, cioè l'ente di previdenza.⁵²

5. Il riparto dell'onere della prova

5.1 Premessa

Le implicazioni che ha il tema del riparto dell'onere della prova possono essere classificate adottando come valore assunto, il noto quadro che le sezioni unite della cassazione hanno delineato con cinque sentenze successive.⁵³

Queste sentenze riguardano i temi del dominio assoluto delle parti in ordine:

- ✓ all'onere di allegazione, della preclusione delle allegazioni tardive, della modificazione della domanda;

⁵² *E pluribus*: Cass. n. 11698 del 2004, n. 13467 del 2003, n. 8502 del 2002, n. 7048 del 1995, n. 11622 del 1995, n. 2323 del 1989, n. 1435 del 1989.

⁵³ Si tratta delle sentenze n. 1099 del 1998, n. 13533 del 2001, n. 761 del 2002, n. 11353 del 2004, n. 8202 del 2005.

- ✓ all'inapplicabilità dell'art. 421 c.p.c. o della produzione documentale per modificare le allegazioni;
- ✓ alla non sottoposizione a preclusione e della rilevabilità d'ufficio delle difese;
- ✓ alla preclusione per le eccezioni, sia in senso stretto sia in senso improprio;
- ✓ all'applicazione del principio di indifferenza alle eccezioni in senso improprio;
- ✓ alla distinzione tra mancanza e insufficienza della *causa petendi*, dell'estensione dell'onere di contestazione e delle sue implicazioni;
- ✓ all'estensione alla prova documentale della preclusioni istruttorie: dei contenuti modi, e la dell'esercizio dei poteri ufficiosi del giudice ex art. 421 c.p.c.;
- ✓ alla ripartizione dell'onere della prova nei rapporti obbligatori in cui vengano in contestazione adempimento e inadempimento dell'obbligazione.

Tutte regole che presidiano il processo del lavoro che sono note.

È però opportuno evidenziare che il richiamo del comma 6 dell'art. 24 al rito del lavoro è un richiamo a tutti i superiori principi.

Consequenzialmente, può affermarsi che - riportando un'affermazione, in qualche modo programmatica delle SU n. 8202 del 2005, secondo cui i riti speciali trovano, rispetto ai riti ordinari, un diverso *punto di equilibrio tra le esigenze di celerità e quelle di accertamento della verità materiale* - la considerazione sia della natura dell'obbligazione sia della qualità soggettiva delle parti, nel processo, è già scontata con la scelta del rito loro proprio e non consente alterazioni per via ermeneutica od applicativa.

Dunque, il fatto che il legislatore abbia scelto per l'accertamento di rapporti di credito intrisi di interesse pubblico, *potiore* di quello individuale, tra più soluzioni possibili, senza inventarne nuove, (rito tributario, rito societario, rito ordinario), il rito in massima parte incentrato su celerità e concentrazione e strutturato sulle preclusioni allegatorie e istruttorie, è sintomo che non ha inteso fare sconti all'ente di previdenza in ordine al rispetto delle regole processuali necessarie per l'accertamento del credito. E se sconti non ne fa la legge, men che mai deve

poterne farne il giudice, che alla piena soggezione a questa deve la sua indipendenza e autorità.

Poste queste premesse la questione dell'onere della prova può articolarsi secondo tre temi di indagine:

la contestazione del *quantum*; la contestazione dell'*an*; la contestazione dell'*an* e del *quantum*.

In ordine alla prima ipotesi il rapporto contributivo non viene in discussione; l'ipotesi tipica è quella dell'omesso versamento dei contributi comunque regolarmente denunciati.

Si tratta di una questione sussumibile nello schema adempimento/inadempimento dell'obbligazione. Lo schema è noto ed è sistemato da SU 13533/2001: il creditore deve provare l'esistenza del rapporto e meramente affermare l'inadempimento, il debitore deve provare di avere adempiuto. Non diversa è l'ipotesi dell'inadempimento, inesatto, parziale, tardivo: il creditore dovrà solo affermare rispettivamente l'inesattezza, la parte inadempita, la scadenza.

Nella specie la prova del rapporto deriverà dalla mancata contestazione dell'*an*. Dovesse esserci contestazione si passa al secondo tema.

5.2 *Contestazione dell'an della pretesa*

La contestazione in radice dell'*an* della pretesa, la negazione cioè del presupposto impositivo, senza che vengano in rilievo i criteri di determinazione della misura dell'obbligazione, si potrebbe dire o tutto o niente, può derivare da contestazioni basate sulle più diversi deduzioni: dalla esistenza-inesistenza del rapporto presupposto, alla sua qualificazione, durata, misura, contenuto, attributi.

5.2.1 *La prova del rapporto presupposto*

Come abbiamo visto *in limine* l'obbligazione contributiva sorge *ex lege* al verificarsi del presupposto. Cosicché l'ente di previdenza che agisca per l'adempimento dell'obbligazione contributiva è interamente onerato di provare, esemplificativamente: l'esistenza del rapporto di lavoro, la sua natura subordinata o parasubordinata, (cioè gli elementi costitutivi

della fattispecie), o autonoma, cioè la professionalità, o la partecipazione a titolo principale nell'impresa agricola, o un ruolo attivo nell'impresa sociale, o ancora la misura effettiva della retribuzione, se la deduce superiore ai minimali, la qualifica del lavoratore se la deduce superiore, le mansioni concretamente ed effettivamente svolte se ne deduce la non corrispondenza con l'inquadramento del contratto individuale, etc. etc. etc.

Discorso a parte merita l'ipotesi inversa in cui si deduca il fatto negativo dell'inesistenza del rapporto. Essa è più ricorrente in agricoltura dove è una fattispecie tipica di applicazione di sanzioni (la c.d. compravendita di giornate, o dove il lavoro viene svolto all'interno dell'impresa familiare o *affectionis causa*⁵⁴), ma è anche una fattispecie generale (il sempre discusso caso dell'amministratore dei società, del socio d'opera di società di persone, e via dicendo).

Ciò che rileva è la relazione tra la situazione sottostante e il diritto fatto valere.

Ne deriva che la negazione del rapporto ha l'effetto della negazione della posizione previdenziale. Per cui l'onere della prova della sussistenza del rapporto, in questo caso, spetta al lavoratore o al datore di lavoro che ne abbiano interesse.

E tuttavia per l'applicazione delle sanzioni, conseguente al disconoscimento di giornate, l'ente di previdenza è gravato dell'onere di provare l'inesistenza del rapporto denunciato. Senza che possa soccorrere in suo aiuto il brocardo *negativa non sunt probanda*.⁵⁵

Qui il presupposto della sanzione non è il fatto negativo della inesistenza del rapporto ma è il fatto positivo della falsità della denuncia. Fermo restando il mancato accredito di giornate in caso di mancata prova del rapporto ad opera del lavoratore.

5.2.1.1 *Varianti strategiche*

Starà alla scelta strategica di ogni avvocato scegliere se impugnare subito l'accertamento ovvero attendere il ruolo (magari confidando in una decadenza), starà alla scelta strategica dell'avvocato introdurre il giudizio con la mera, ma specifica, contestazione dei presupposti del

⁵⁴ Cfr. Cass. n. 1218 del 2004.

⁵⁵ Cass. n. 23229 del 2004 confonde possibilità di provare un fatto negativo con ripartizione dell'onere della prova è fortunatamente un precedente isolato.

rapporto contributivo, ovvero dedurre subito mezzi di prova contro le risultanze stragiudiziali.

E' ovvio che la scelta sarà condizionata dagli orientamenti dei giudici di merito in ordine, non tanto alla ripartizione astratta dell'onere della prova, ma alla concretezza della dichiarazione di decadenze allegatorie e istruttorie, al rispetto dei confini tra prove tipiche e prove atipiche, tra argomenti di prova e prove, al ricorso iterativo e inammissibile di presunzioni fondate su presunzioni, all'uso sapiente, oppure sconsigliato, del potere officioso dell'art. 421 c.p.c..

Scelta strategica che non muta – in astratto ovviamente - neppure nel caso di semplice omissione, perché ben potrebbe l'opponente allegare l'inesistenza del rapporto presupposto e confidare nella omessa o tardiva costituzione dell'ente: sempre che il giudice ne tragga le dovute conseguenze, altrimenti egli è egli stesso a precludersi la prova dell'adempimento.

Un'altra ragione - e seria ragione - per anticipare le allegazioni e le deduzioni istruttorie, con tutte le conseguenze sfavorevoli derivanti dalla indifferenza e circolarità delle allegazioni e delle prove, spesso risiede nella necessità di ottenere la sospensione del ruolo in tempi rapidi. Così le allegazioni e le prove utili ai fini della dimostrazione dei gravi motivi diventano anche elementi definitivamente acquisiti al processo.

5.3 *Mezzi di prova*

Esaminando più da vicino il momento probatorio del giudizio di contestazione della pretesa previdenziale emergono fondamentalmente tre questioni: la prova testimoniale dei lavoratori, la prova testimoniale degli ispettori, il valore dei verbali ispettivi e delle dichiarazioni raccolte stragiudizialmente dagli ispettori.

Su questi tre argomenti si gioca la partita e su questi tre argomenti mai la dottrina è stata concorde.⁵⁶ Allo stesso tempo mai dottrina e giurisprudenza sono state così distanti: non tanto nella proclamazione dei principi, in cui le differenze restano sul fisiologico, quanto nella loro applicazione concreta.⁵⁷

⁵⁶ Per una panoramica Colloqui 2007; contra Perulli, *ivi*.

⁵⁷ Oltre alla giurisprudenza variamente citata in Colloqui 2007, v. per es. nota 54 e 41.

5.3.1 *La posizione dei lavoratori (e dei soci di società di persone, relativamente alla loro posizione)*

Le questioni riguardano tanto la capacità testimoniale, quanto l'attendibilità della testimonianza.

Riguardo alla capacità bisogna a sua volta distinguere il lavoratore il cui rapporto di lavoro sia il rapporto giuridico presupposto e il lavoratore non direttamente colto dalla questione contributiva.

Venendo alla prima ipotesi occorre precisare che non è la natura bilaterale o trilaterale del rapporto giuridico previdenziale che fornisce risposta: da essa ne può derivare solo la natura necessaria o facoltativa del litisconsorzio con il lavoratore.

Del resto l'opinione prevalente e condivisibile è nel senso della autonomia dei rapporti e perciò di escludere che il lavoratore sia una parte necessaria del giudizio sul rapporto contributivo.⁵⁸

Ciò tuttavia non modifica di una virgola l'intensità dell'interesse qualificato che ha il lavoratore ad intervenire nel giudizio. Interesse che ha fondamento plurimo.

Innanzitutto, il lavoratore vanta un diritto pretensivo nei confronti dell'ente alla posizione previdenziale; diritto imprescrittibile. Vanta un diritto risarcitorio nei confronti dell'ente per l'ipotesi in cui lo stesso non si sia attivato prima della prescrizione dei contributi.⁵⁹ Ha azione risarcitoria ex art. 2116 c.c. contro il datore di lavoro per la perdita della prestazione previdenziale,⁶⁰ ha azione di surroga – e perciò di rivalsa contro il datore di lavoro - nell'azione ex art. 13 della legge n. 1338 del 1962.⁶¹ Ha il diritto potestativo di raddoppiare il termine di prescrizione dei contributi.⁶²

L'incapacità testimoniale non è dunque revocabile, potendo il lavoratore intervenire ex art. 105 comma 1 c.p.c. per ottenere la regola-

58 Cass. n. 12213 del 2004, n. 5353 del 2004, n. 4142 del 1999; *a contrariis* anche Cass. n. 2748 del 1999

59 Cass. n. 5002 del 2002, n. 19340 del 2003, n. 7859 del 2004.

60 Cass. n. 5672 del 1984, ma v. anche Cass. n. 3782 del 1985

61 Cass. n. 16147 del 2004

62 Cass. n. 4153 del 2006, Cass. SU n. 6173 del 2008, SU n. 5784 del 2008, Trib. Biella 20 giugno 2007. v. pure Cass. n.1850 del 2004 per cui la prescrizione è sospensivamente condizionata al fatto che entro il quinquennio dalla riduzione del termine e nei limiti del decennio dalla nascita del diritto non intervenga la denuncia del lavoratore.

rizzazione della propria posizione previdenziale.⁶³ Ma la più recente giurisprudenza è di contrario avviso.⁶⁴

Si deve inoltre ritenere che la situazione del lavoratore interessato, non allo specifico rapporto sottostante, ma alla questione di diritto che ne legittimi l'intervento ex art. 105 comma 2 c.p.c. non sia diversa. Si può pensare alla affermazione della sussistenza del trasferimento di azienda o ai presupposti per l'applicazione di un contratto collettivo, o alla sussunzione del un mansionario in una qualifica piuttosto che a un'altra, alla sussistenza del diritto a una particolare indennità, alle misura delle ferie, dei riposi.

Il lavoratore potrebbe essere ancora interessato all'accertamento della subordinazione di altri lavoratori, quando da ciò ne consegua il mutamento del regime dei licenziamenti. E via dicendo.

La dottrina non registra dissensi. In giurisprudenza l'orientamento non è stabile.⁶⁵

La questione dell'incapacità è comunque materia nella disponibilità delle parti, per cui in caso di mancata tempestiva eccezione di incapacità, la testimonianza sarà validamente acquisita.

Si registra inoltre un ampio e convergente consenso alla audizione libera, ex art. 421 u.c. c.p.c. dei lavoratori incapaci,⁶⁶ con la precisazione che le risposte possono costituire mero argomento di prova ex art. 116 comma 2 c.p.c.

Non sussiste invece alcuna incapacità quando il lavoratore sia chiamato a riferire fatti che riguardano altri lavoratori, siano i fatti dedotti costitutivi modificativi o estintivi.

Più labile è il confine tra attendibilità e inattendibilità delle dichiarazioni dei lavoratori assunti come testimoni, ancorché incapaci.

Al riguardo a parte il riferimento all'interesse generico, assai debole a fronte di un giuramento, gli elementi di contestazione potrebbero venire dall'esistenza di giudizi o contestazioni tra le parti.

Anche la difformità con le dichiarazioni rese stragiudizialmente

63 Cass. n. 12729 del 2006, Cass. n. 7661 del 1998, Pozzaglia, Marazza in Colloqui cit.

64 Cass. n. 24416 del 2008, v. anche Cass. n. 24284 del 2008, n. 13910 del 2001; cfr. Comm. Trib. Prov. Bari, n.175 del 2008 e Cass. n. 17049 del 2008. *Infra* nel testo a p. 29.

65 Cass. n. 12729 del 2006 e molte altre a favore, Cass. n. 23228 del 2004 poche altre contro.

66 Luiso e Vaccarella in colloqui cit, per la dottrina i processualista, Pessi, Pozzaglia e altri tra la dottrina giuslavorista, i Colloqui cit.).

possono concorrere al libero convincimento del giudice⁶⁷, ma non al punto da fare prevalere le dichiarazioni stragiudiziali su quelle giudiziali, che sono assistite dalle garanzie tipiche della presenza del giudice, del contraddittorio tra le parte, dalla formale e verbalizzazione diretta dal giudice, dalla responsabilità per falsa testimonianza.⁶⁸ Anche su questo punto si registra una frattura tra le consolidate posizioni della dottrina e la giurisprudenza della Cassazione, arrivandosi a sostenere l'autosufficienza e la resistenza delle dichiarazioni dei lavoratori agli ispettori.⁶⁹

È possibile tuttavia sostenere che il contrasto tra le dichiarazioni sia tale e insanabile da privare di valore la deposizione del testimone. Ma ciò è ben lungi dal sostituire la dichiarazione stragiudiziale con la testimonianza.

Una dottrina⁷⁰, ha icasticamente osservato che anche nel processo penale, *ex art. 500 c.p.p.*, le eventuali difformi dichiarazioni rese in precedenza dal teste non possono più essere utilizzate per il convincimento del giudice, ma solo per il giudizio di attendibilità.

5.3.2 *La posizione degli ispettori verbalizzanti*

Diversa è la posizione degli ispettori verbalizzanti. Si ritiene che in astratto non vi siano divieti per escuterli come testi.⁷¹ Anche se la delimitazione in ordine al contenuto della prova priva di significatività il mezzo stesso.

La testimonianza è generalmente ammessa con riferimento alle modalità dell'ispezione, alle circostanze di contorno e alle circostanze chiarificatrici.⁷²

Taluno ha rilevato che l'ispettore chiamato a testimoniare su fatti di cui abbia omesso la verbalizzazione, è fondamentalmente un teste inattendibile.⁷³ Ma l'affermazione non è condivisibile.

67 Vaccarella, *op. oc. ult. cit.*

68 *Ex multis* Cinelli, Franza, Luiso, Pozzaglia Verde in *Colloqui cit.*

69 Cfr giurisprudenza citata nella nota 63.

70 Franza in *Colloqui cit.*

71 Pessi, Proia, Verde, in *Colloqui cit.*

72 La dottrina è pressoché unanime e la giurisprudenza non si pone il problema e ammette la testimonianza.

73 Marazza, Martone, Pandolfo, Papaleoni, in *Colloqui cit.*

L'audizione su circostanze omesse è invece inammissibile perché determinerebbe una significativa modificazione delle allegazioni delle parti.

Invece, la testimonianza è irrilevante laddove dovesse vertere sugli stessi fatti attestati in verbale come percepiti direttamente dall'ispettore.

Come è noto, infatti, in giurisprudenza si ritiene pacificamente (ma senza alcun argomento per superare le autorevoli e insormontabili eccezioni di autorevole dottrina⁷⁴) che il verbale faccia prova piena fino a querela di falso circa i fatti affermati essere avvenuti in presenza del verbalizzante; e tra questi l'esistenza e la provenienza delle dichiarazioni.

Del pari è radicalmente inammissibile la testimonianza avente ad oggetto le valutazioni e le deduzioni già sviluppate nel verbale e ciò a causa del noto divieto di chiedere ai testi giudizi, piuttosto che fatti. Divieto che non prevede eccezioni *ratione subiecti*. Sempre che non si tratti di chiarimenti in ordine, per esempio, agli algoritmi di calcolo in vista di un'eventuale CTU.

Infine, è utile ribadire che, nei limiti in cui l'ispettore dovesse essere sentito come teste, occorre un articolato specifico dei fatti, e non la mera e inammissibile richiesta di conferma del verbale, ovvero ancor peggio la generica richiesta di chiarimenti in seguito a prova testimoniale.⁷⁵

5.3.3 *Il valore dei verbali ispettivi*

Il valore dei verbali ispettivi e soprattutto la loro resistenza alle altre prove dedotte nel processo, continua a rimanere un punto controverso in giurisprudenza, nonostante l'intervento del legislatore, con l'art. 10 della legge n. 124 del 2004.

Va premesso che non esiste fonte positiva che attribuisca alle dichiarazioni raccolte dall'ispettore un valore probatorio, nel processo, maggiore di quelle di quelle raccolte da qualsiasi altro soggetto.⁷⁶

E del resto la disposizione dell'art. 10 comma 5, del d. lgs. n.124 del 2004 assume che i verbali siano «fonti di prova» secondo «la nor-

⁷⁴ Luiso in Colloqui *cit.*, Montesano, *Limiti dell'efficacia probatoria nel processo civile dei verbali ispettivi redatti da funzionari del Ministero dell'industria dell'esercizio dei compiti di vigilanza nell'attività assicurati ve*, in Giur. it., 1986, IV, 386.

⁷⁵ Trib. Agrigento ord. 27 novembre 2006 n. 4176 del 2006.

⁷⁶ Gragnoli-Zaccarelli, in Colloqui *cit.*.

mativa vigente» e - ovviamente - solo per gli «elementi di fatto acquisiti e documentati».

Le dichiarazioni stragiudiziali - a meno che abbiano valore confessorio - non sono fonti di prova in base alla normativa vigente.

La precisazione più importante in ordine a tali dichiarazioni riguarda anche l'uso che di esse si può fare.

Esse non possono fungere da base per costruire una presunzione semplice, poiché non costituiscono fatti noti secondari da cui risalire al fatto ignoto principale. Si tratta solo attestazioni estranee alla vicenda concreta cui lo stesso appartiene.⁷⁷

Le dichiarazioni potrebbero entrare nel processo come prove atipiche, nel significato più ampio che vi comprende anche le vicende estranee al processo.⁷⁸ In questo caso però esse possono costituire solo argomento di prova, ex art.116 comma 2 c.p.c., così come le prove raccolte nel giudizio estinto ex art. 310 comma 3 c.p.c..

Se così non fosse si potrebbe cadrebbe nell'errore di attribuire alle dichiarazioni stragiudiziali un valore uguale (superiore per taluni⁷⁹) a quello delle prove testimoniali, esperite nel processo con le relative garanzie, ancorché ciò di fatto talora avvenga.⁸⁰

In definitiva, gli argomenti di prova in senso stretto e le prove atipiche, cioè nel nostro caso i verbali, possono integrare e sostenere le prove vere e proprie, ma non possono da sole essere sufficienti a fondare il convincimento del giudice.⁸¹

Una dottrina autorevole osserva che per il "contesto ambientale" in cui si svolgono, andrebbero sottoposte un vaglio critico particolarmente rigoroso.⁸² Ma la giurisprudenza maggioritaria è di diverso avviso.⁸³

Si noti che quanto verbalizzato dall'ispettore suscita per definizione perplessità, vuoi in considerazione del *metus* del dichiarante e delle tecniche di interrogatorio di cui non è traccia nei verbali, vuoi perché in difetto di contraddittorio le domande possono essere parziali

77 Vallebona, in Colloqui *cit.* ma anche Cass. n.3525 del 2005; *contra*: Gasp-Guad 2005.

78 Cass. SU n. 26795 del 2006, SU n. 11353 del 2004, Trib. Ivrea n. 73 del 2008.

79 Perulli in Colloqui *cit.*

80 Pozzaglia, Vaccarella in Colloqui *cit.*, Trib. Agrigento 10 giugno 2004 giud. Gatto.

81 *Contra* Trib. Agrigento 10 giugno 2004 giud. Gatto, Trib. Agrigento n. 2745 del 9 febbraio 2004.

82 Vaccarella in Colloqui *cit.*

83 Cfr. sentenza citate nella nota 63.

o suggestive o possono non essere capite.⁸⁴ Anche la tecnica di verbalizzazione delle risposte, che è unilaterale, si pensi invece a quanto invece è spesso ricca di contestazioni la verbalizzazione nel processo, dovrebbe indurre la limitare l'uso delle dichiarazioni all'effettuazione delle eventuali contestazioni ai testimoni.

Perciò se si arrivasse a ritenere che le dichiarazioni raccolte fuori dal processo siano prove autosufficienti, non si spiegherebbe l'esistenza delle disposizioni sulla prova testimoniale, della garanzia della presenza del giudice imparziale, dei poteri di direzione del processo, del monopolio della verbalizzazione, del contraddittorio tra le parti, della responsabilità per falsa testimonianza.⁸⁵

Prive di consistenza - e per fino sovversive del giusto processo - appaiono le tesi che affermano che la dichiarazione stragiudiziale all'ispettore sarebbe preferibile a quella testimoniale perché immediata, spontanea e priva di condizionamenti da parte del datore di lavoro.⁸⁶ Il rischio di pressioni del datore di lavoro sul testimone si fronteggia infatti con la denuncia per falsa testimonianza⁸⁷, non con una surrettizia manipolazione delle regole del processo.

Concludendo le dichiarazioni stragiudiziali non possono sostituire la prova testimoniale, che secondo un giurisprudenza, acquisiti i verbali, dovrebbe espletarsi, anche d'ufficio.⁸⁸

È pacifico, infine, che tutto il materiale probatorio concorre con pari dignità al libero convincimento del giudice non essendoci una gerarchia tra la prova testimoniale e la prova presuntiva.⁸⁹ Una ragione di più, per escludere che le dichiarazioni stragiudiziali possano assurgere al rango di vere prove mediante lo strumento della presunzione per autosufficienza agli argomenti di prova.

84 Talvolta si tratta della compilazione di formulari in cui l'ispettore barra caselle secondo l'interpretazione della risposta del lavoratore.

85 Non sembrano tenere conto di queste esigenze Perulli *cit.* e Cass. n. 24416 del 2008.

86 Perulli *cit.*

87 Verde, *cit.*, per il quale il «giudice ha a sua disposizione soltanto due armi: la denuncia del testimone per falsa testimonianza e la condanna "esemplare" alle spese nel caso di rigetto di opposizioni pretestuose».

88 Cass. n. 11746 del 2007.

89 Cass. n. 27029 del 2006, n. 23228 del 2004, n. 3350 del 2001, n. 9827 del 2000.

6. Inferenze

Con riferimento alle ipotesi di contestazione delle pretese contributive più ricorrenti, si possono trarre alcune conclusioni.

6.1 *Disconoscimento di giornate in agricoltura*

Una delle fattispecie peculiari è il disconoscimento delle giornate lavorative in agricoltura.

Va subito chiarito che ai fini dell'applicazione della normativa previdenziale è del tutto irrilevante che la giornata falsamente dichiarata siano stata venduta o donata, quello che rileva è che alla giornata dichiarata non corrisponda una giornata effettivamente lavorata.

Dispone infatti l'art. 20 del d. lgs. n. 375 del 1993 «che chiunque produca dichiarazioni di manodopera occupata finalizzate all'attribuzione indebita di giornate lavorative perde, ferme restando le sanzioni previste dalle vigenti disposizioni, il diritto ad ogni beneficio di legge, ivi comprese le agevolazioni ovvero le riduzioni contributive di cui al presente decreto legislativo».

Tale occorrenza ha una duplice conseguenza.

Una incide sulla posizione previdenziale del lavoratore, il cui disconoscimento genera un indebito contributivo a favore del datore di lavoro e la perdita dell'anzianità contributiva per il lavoratore (con le conseguenze in tema di disoccupazione, maternità, ed eventuali indebiti, pensione), e quello della applicazione delle sanzioni a carico del datore di lavoro.

È fuori discussione che il lavoratore delle cui giornate si tratti non potrà essere escusso come testimone, né sarà utile udirlo liberamente. Dubbio è perfino che il giudice possa disporre *ex art.* 421 c.p.c., l'esame testimoniale o libero.

In questo caso possono essere i soli altri lavoratori o altri terzi a fornire come testimoni la prova del rapporto, e l'onere della prova della insussistenza del rapporto grava sull'ente che voglia applicare le sanzioni. In caso di ispezioni il mancato rinvenimento dei lavoratori sul luogo di lavoro sarà «fatto accertato» dagli ispettori idoneo a fondare la presunzione di falsità della denuncia; fermo restando che il datore di

lavoro può giustificare e provare il contrario.

Procede che il fatto costitutivo della perdita delle agevolazioni, che si traduce nel recupero contributivo, cioè nella pretesa è “la denuncia indebita”. Tale è il fatto che nella sua interezza deve provare l’ente.

6.1.1 *Le tabelle ettaro coltura*

Sempre il settore agricolo è terreno di ulteriore cimento ricostruttivo.

Nonostante la dichiarazione di incostituzionalità ad opera di C. Cost. n. 65 del 1962 dell’art. 5 del d.l. n. n. 59 del 1948 che disponeva la determinazione presuntiva del fabbisogno di manodopera attraverso le tabelle ettaro-coltura, viene ammesso che gli enti di previdenza possano provare l’imponibile contributivo mediante la prova indiretta del fabbisogno di giornate lavorative mediante le c.d. tabelle ettaro-coltura.

Si tratta di una prova atipica e segnatamente di una c.d. prova statistica; strumento non ignoto al diritto del lavoro.⁹⁰

Ovviamente la tabella non sostituisce la prova dei presupposti della pretesa contributiva: cioè la prova della utilizzazione della manodopera nella quantità asserta dall’ente, in difformità da quelle della denuncia.

Ora è chiaro che, nel momento in cui con la tabella si determina un imponibile contributivo, si propone un’inversione degli oneri probatori rispetto ai risultati statistici. Poiché tale “inversione” la si determina con strumenti atipici, deriva che l’applicabilità della tabella non può basarsi a sua volta su presunzioni.

E infatti le tabelle sono costituite sulla base di dati statistici e riportano delle indicazioni standard, medie di fabbisogno di manodopera, per la coltivazione della misura base di un ettaro, per le varie *cultivar*.

La tabella introduce una presunzione semplice, la quale, per operare, necessita della prova piena dei suoi presupposti. Nella specie essi sono: l’esatta individuazione dell’estensione del fondo, l’esatta individuazione della relativa coltivazione, l’effettività della coltivazione, compresa la durata, i trattamenti, la qualità.

Questi presupposti devono essere provati dall’ente e non possono esserlo sulla base a sua volta di presunzioni.

90 Cfr. art. 4 l. n. 125 del 1991, Pret. Milano 5 agosto 1993 RCDL 1004, 142. Ora v. pure d. lgs. n. 196 del 2000, n. 215 e n. 215 del 2003

Cosicché la prova contraria della falsità di un presupposto che abbia fornito l'opponente revoca in radice la possibilità di considerare attendibili, con le dovute differenze, i risultati della tabella.

Va poi considerato che le tabelle, esprimono valori medi, cosicché solo allorquando sussistano scostamenti significativi tra i risultati dell'applicazione della corretta applicazione delle tabelle e la denuncia datoriale è possibile inferirne l'astratta inveridicità del dato dichiarato e determinare la conseguente radicale inversione dell'onere probatorio rispetto al fabbisogno di manodopera.

Viceversa scostamenti minimi tra il valore presuntivo della tabella ettaro-coltura e l'autodenuncia lasciano in testa all'ente l'onere di fornire la prova della maggiore pretesa contributiva.

6.2 Agevolazioni contributive

Un'altra ipotesi peculiare di contestazione riguarda la fruizione di agevolazioni contributive. Anche in questa ipotesi la ripartizione dell'onere della prova non è automatica.

La regola generale è che la prova del presupposto dell'applicazione dell'agevolazione, si traduce nella prova dell'esattezza dell'adempimento, dato che si tratta di provare che il pagamento in misura ridotta del debito costituisce esatto adempimento.⁹¹ Essa perciò deve essere data dal datore di lavoro.

Tuttavia non tutte le agevolazioni seguono il medesimo *iter* concessivo e conseguentemente resistono allo stesso modo alla contestazione nel processo.

La regola generale è certamente ricorrente tutte le volte in cui la fruizione dell'agevolazione è conseguente all'inquadramento dell'azienda, all'ammissione da parte di un terzo, (ministero delle finanze), all'autoliquidazione.

Parzialmente diversa è l'ipotesi in cui l'ammissione all'agevolazione sia conseguente a un atto formale di ammissione da parte dello stesso ente; come per esempio accade per l'assunzione a tempo indeterminato di disoccupati di lunga durata.⁹²

Ove si discuta della mancata ammissione è ovvio che la prova del

⁹¹ Cass. SU n. 13533 del 2001, Cass. n. 18487 del 2003, Cass. n. 3201 del 1997 (in materia di rimborsi), Cass. n. 16351 del 2007, Cass. n. 11731 del 2007.

⁹² L. n. 407 del 1990, cfr Cass. n. 29 del 2003.

diritto grava interamente sul datore di lavoro.

Ove invece si discuta di revoca dei benefici già concessi, il recupero contributivo si profila come un indebito e la prova dei presupposti della revoca devono essere forniti dall'ente.

Non rileva che l'ente agisca in autotutela, perché non si discute né di legittimità né di interessi legittimi. L'ammissione alla fruizione delle agevolazioni, infatti, non è atto discrezionale dell'ente e la posizione del datore di lavoro non è una posizione di interesse legittimo ma di diritto soggettivo pieno.

Ne consegue che spetterà all'ente allegare - nei rispetto delle preclusioni - i fatti su cui si fonda la revoca e così la negazione del diritto, mentre spetterà al datore di lavoro provare i fatti contrari presupposti della domanda di agevolazione.

Ove i presupposti allegati consistano in comportamenti attivi del datore di lavoro⁹³ - e non consistano invece meramente in inadempimenti di obbligazioni - dovrà provare anche l'esistenza di tali fatti, i quali solo legittimano la revoca: cioè la sussistenza dei presupposti del recupero.

6.3 *Qualificazione dei rapporti di lavoro*

Altra fattispecie ricorrente è quella della riqualficazione dei rapporti di lavoro, ovvero del contenuto di essi, rispetto ai *nomina juris* adottati dalle parti.

Le regole, ovviamente, sono quelle che valgono per il lavoratore che asserisca la subordinazione: egli deve provare gli elementi costitutivi della fattispecie, e cioè, almeno secondo l'indirizzo dominante, deve provare l'eterodirezione della prestazione,⁹⁴ oppure secondo un indirizzo minoritario il requisito della doppia alienità.⁹⁵

Va osservato che, così come il lavoratore, anche l'ente potrà avva-

93 Es. la mancata osservanza del programma di riallineamento retributivo e contributivo. Cfr. Cass. n. 16155 del 2004.

94 Cass. n. 11589 del 2008, n. 21028 del 2006. La regola è predicata, anche se in concreto non sempre seguita, dalla giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Bari 19 aprile 2007, Trib. Milano 16 novembre 2006, Trib. Milano 23 settembre 2006, Trib. Modena 21 febbraio 2006, Trib. Genova 20 dicembre 2005, App. Roma 16 giugno 2005, App. Milano 6 ottobre 2004, Pret. Milano 17 febbraio 1999, Trib. Roma 22 gennaio 1999, Trib. Roma 2 ottobre 1997, Pret. Milano 19 aprile 1997, Pret. Belluno 12 marzo 1997, Pret. Torino 7 febbraio 1995, Pret. Milano 24 gennaio 1994, Trib. Milano 11 settembre 1991.

95 Roccella 2008, C. Cost. n. 30 del 1996, RCDL 1996, V, 3, 616; Cass. n. 18692 del 2007

lersi di elementi presuntivi e cioè degli indici di subordinazione.⁹⁶

Va segnalato un più largo valore degli indici presuntivi della subordinazione quando ad agire sia l'ente di previdenza, rispetto al datore di lavoro.⁹⁷

L'assunto della giurisprudenza, assolutamente risalente, è che non esiste nel nostro ordinamento una presunzione generale di subordinazione, sicché essendo tale fattispecie limitativa dell'autonomia contrattuale è chi la invoca che la deve provare, non rilevando in contrario l'onere di provare l'eccezione quando il datore di lavoro deduca l'autonomia della prestazione.⁹⁸

Questo indirizzo, con riferimento alla vasta area della c.d. parasubordinazione, in esito alla violazione delle regole formali o sostanziali previste dal d. lgs. n. 276 del 2003 sul lavoro a progetto, sotto il profilo strettamente probatorio, deve essere sottoposta a revisione critica, con riferimento all'accertamento della subordinazione.

E invero, l'art. 62 di tale decreto dispone che il contratto di lavoro a progetto deve essere provato per iscritto; per effetto dell'art. 69 comma 2 la mancanza di prova determina la trasformazione in contratto di lavoro subordinato.

Aggiunge l'art. 69 comma 1 che la mancanza di specifico progetto determina il contratto si considera a tempo indeterminato fin dall'origine.

Deriva ancora dal comb. disp. degli art. 61, 69 e 86 che, al di fuori delle eccezioni lì previste, il lavoro, quantomeno *intra moenia*, si presume subordinato, salva appunto la prova contraria da fornirsi per iscritto.⁹⁹

Considerando che il progetto deve essere determinato e che pertanto genericità, formule di stile o progetti avulsi dall'attività del prestatore o del datore equivalgono a mancanza di progetto, procede che, in caso di contestazione, la prova della sussistenza della parasubordinazio-

96 *Ex multis*, ancora di recente, Cass. n. 9812 del 2008. *a)* inserimento del lavoratore in modo stabile ed esclusivo nell'organizzazione aziendale, *b)* assenza del rischio di impresa, *c)* la continuità della prestazione, *d)* obbligo di osservare l'orario di lavoro, *e)* cadenza e forma della retribuzione, *f)* utilizzazione di strumenti di lavoro, *g)* svolgimento della prestazione in ambienti messi a disposizione dal datore di lavoro. Indici che possono essere considerati singolarmente o cumulativamente.

97 Cass. n. 10345 del 2008, n. 15979 del 2007.

98 Cass. n. 4171 del 2006 n. 1427 del 1997.

99 Trib. Ascoli Piceno del 13 marzo 2008, ord., http://www.cortecostituzionale.it/atti_promovimento/schedaOrdinanze.do?anno=2008&numero=183&numero_parte=1

ne deve essere data dal datore di lavoro; mentre resterà in capo all'ente l'onere di provare lo scostamento di fatto della prestazione iniziale o successiva rispetto a progetto iniziale astrattamente valido.

In queste ipotesi, perciò, più che nelle altre, la prova testimoniale con i lavoratori interessati al rapporto si presenta di dubbia ammissibilità.

6.4 *Inquadramento dell'attività*

Trattazione ampia meriterebbe la questione dell'inquadramento dei datori di lavoro a fini previdenziali e pertanto non vi possiamo che fare cenno. L'inquadramento aziendale è un potere riconosciuto all'IN-PS dalla legge anche con riferimento agli altri enti previdenziali. La situazione presenta aspetti autoritativi e paritetici, secondo gli effetti che si traggono dall'inquadramento. Cosicché l'onere della prova varia in funzione di essi.

6.5 *Ripetizione dell'indebito contributivo*

Per la stessa ragione non si può affrontare la questione dell'indebito contributivo. Esso poiché è relativo ad obbligazioni inderogabili *ex lege*, pur essendo regolato di massima dall'art. 2033 c.c. subisce numerose deroghe. L'azione comunque è soggetta all'onere della previa domanda.

6.6 *Sanzioni civili.*

Sulla sanzioni civili e sulla loro natura l'orientamento è inossidabile. Esse conseguono automaticamente e non possono in alcun modo escludersi o ridursi in dipendenza di stati soggettivi o della buona fede.¹⁰⁰

Sembra tuttavia che nell'ipotesi in cui l'inadempimento contributivo, appaia effettivamente incolpevole, dovrebbe essere coltivata l'ipotesi dell'interruzione del nesso causale tra mancato versamento e inadempimento, anche oltre l'ipotesi legale della condanna penale passata in giudicato del consulente del lavoro, per sondare se è percorribile la strada dell'esclusione delle sanzioni civili a carico del debitore incolpevole.

100 Da ultimo Cass. n. 8814 del 2008.

BIBLIOGRAFIA

- BARASSI 1932 - Barassi. *Il sistema delle assicurazioni sociali nell'ordinamento sindacale e corporativo*. Archivio di Sudi Corporativi 1932 p. 159 ss.
- CANNELLA 1970 - Cannella. *Corso di diritto della previdenza sociale*. Milano 1970. Giuffrè.
- COLLOQUI 2007 - Vallebona (a cura di). *Colloqui giuridici sul lavoro*. Il valore probatorio dei verbali ispettivi . Massimario di Giurisprudenza del Lavoro 2007 n. 12. *Contributi di*: Cinelli-Nicolini, p.14. - Franza, p. 22. - Gragnoli-Zaccarelli, p. 25. - Luiso, p. 29. - Marazza, p. 32. - Martone, p. 34. - Pandolfo, p. 38. - Papaleoni, p. 41. - Perulli, p. 47. - Pessi, p. 50. - Pozzaglia, p. 53. - Proia, p. 56. - Verde, p. 61. - Vaccarella, p. 61. - Vallebona, p. 63
- GASP-GUAD 2005 - Gaspari - Guadagnino. *Le ispezioni in azienda*. Roma 2005, Iuridica editrice.
- GUELI 1937 - Gueli. *Il sistema giuridico delle assicurazioni sociali*. Trattato di diritto del lavoro diretta da Borsi e Pergolesi, IV, I, Padova 1954. Cedam.
- JANNACONE 1905 - Jannaccone. *I tributi speciali nella scienza della finanza e nel diritto finanziario italiano*. Torino 1905. Utet.
- LEVI SANDRI 1952 - Levi Sandri. *Linee di una teoria giuridica della previdenza sociale*. Milano 1953. Giuffrè.
- MARGIOTTA 2005 - Margiotta. *Ispezioni in materia di lavoro*. Milano 2005. IV ed. Ipsoa.
- PERSIANI 1960 - Persiani. *Il sistema giuridico della previdenza sociale*. Padova 1960. Cedam.
- PERSIANI 1984 - Persiani. *Rischio e bisogno nella crisi della previdenza sociale*. Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali. 1984, 481.
- PERSIANI 2000 - Persiani. *Diritto della previdenza sociale*. Padova 2000. XI ed. Cedam.
- PESSI 2005 - Pessi. *Lezioni di diritto della previdenza sociale. I Parte generale*. Padova 2005. Cedam.
- ROCCELLA 2008 - Roccella. *Lavoro subordinato e lavoro autonomo, oggi*. WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT - 65/2008. http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/it/roccella_n65-2008it.pdf

LA TUTELA DEL CREDITO NEL DIRITTO DEL LAVORO (PIGNORABILITÀ E COMPENSABILITÀ)¹

Riassunto - Questo studio, dopo la ricostruzione della disciplina della pignorabilità e compensabilità dei crediti del lavoratore, analizza criticamente l'istituto della compensazione atecnica e ne propone una rilettura coerente con la struttura della fattispecie e la ragion d'essere dei limiti alla compensazione.

Abstract - This study, after the reconstruction of the discipline of the distraintness and of the countervailability of the credit of the employee, critically analyses the institution of *latu sensu* countervailability and eventually proposes a new reading consistent with the structure of the case and the *raison d'etre* for legal limits for the employee's credits' countervailability.

PREMESSA

La compensazione del diritto del lavoro è una questione che, per quanto ampia e ricca di riferimenti giurisprudenziali e normativi, *specie* con riferimento al lavoro pubblico e ai crediti previdenziali, era semplice.

Era, perché essa, che consisteva nell'applicazione degli stessi limiti testuali delle norme sul pignoramento, è stata complicata alquanto da un'infelice quanto mal formulata massima, che dilatando, *obiter* dopo *obiter*, l'ambito di applicazione della cd. compensazione atecnica, una fattispecie che non ha riferimento testuale, l'ha spinta fino al punto da annullare l'operatività dei limiti alla compensazione in senso proprio all'interno del rapporto di lavoro.

La compensazione impropria o atecnica, consiste, infatti, nel realizza-

* Professore associato di diritto del lavoro nella facoltà di Economia dell'Università di Palermo.

¹ Testo della relazione, rivista con l'aggiunta delle note, della bibliografia, svolta dall'autore alla Giornata di studio organizzata dal Consiglio dell'ordine degli avvocati di Agrigento su "La compensazione", il 25 ottobre 2008.

re l'effetto della compensazione mediante una mera operazione aritmetica, di conguaglio dare/avere delle contrapposte voci dell'obbligazione, senza che ricorra l'applicazione delle fattispecie della compensazione.

Questa dilatazione comporta, sul piano applicativo, che tutte le volte che il datore di lavoro abbia un credito in qualche modio collegato con il rapporto di lavoro, il lavoratore non possa opporgli il limite massimo di un quinto della compensazione. Oppure che i creditori particolari del lavoratore, compresi quelli per crediti alimentari, non possano concorrere sui crediti di lavoro del lavoratore, fino alla metà del loro ammontare, perché esso è stato interamente "atecnicamente compensato" dal datore di lavoro, mediante una mera operazione aritmetica di conguaglio dare/avere delle contrapposte voci dell'obbligazione.

L'iterazione di questa regola a casi sempre più lontani da quelli suoi propri ha generato un vero paradosso: cioè che la compensazione-effetto non ha coincidenza con la compensazione-fattispecie. In altri termini si viola, in uno degli ambiti più protetti del diritto del lavoro, quello della retribuzione, il principio di coincidenza degli effetti con la fattispecie. Si tratta del principio intorno a cui ruota tutto il sistema protettivo del diritto del lavoro e che consente di rendere effettiva la tutela prevista dalla norma inderogabile.

Il principio di coincidenza, infatti, è quel principio che consente – per esempio - di applicare le regole del lavoro subordinato a un'attività che sia stata prevista dalle parti come autonoma a livello di sinallagma genetico, ma che si sia poi svolta, di fatto, con l'effetto della subordinazione. Il corollario di questo principio è che si applicheranno alla fattispecie concreta dell'effetto (subordinazione) le regole astratte della fattispecie (subordinazione).

Applicando il principio di coincidenza all'istituto della compensazione, dovremmo avere che l'effetto estintivo della compensazione si dovrebbe sempre e solo potere verificare nei limiti astrattamente posti dalla fattispecie: cioè un quinto; irrilevante restando che a tale effetto si pervenga mediante applicazione delle norme giuridiche sulla compensazione o mediante le norme matematiche sul conguaglio di poste dare/avere.

*

L'oggetto di studio concerne quindi due temi.

Il primo consiste nell'individuazione dei limiti alla pignorabilità dei

crediti di lavoro: nel rapporto di lavoro privato e pubblico, nel rapporto previdenziale dei dipendenti privati e pubblici. Questi limiti, costituiscono anche i limiti della compensabilità dei crediti di lavoro con i crediti del datore di lavoro privato o pubblico o con quelli dell'ente di previdenza. Questo studio preliminare si rivela, oltre che presupposto, anche utile con riferimento al secondo tema. Infatti, la disciplina testuale per il lavoro pubblico è inclusiva di quella che per il lavoro privato è riferita all'elaborazione giurisprudenziale sulla compensazione atecnica.

Il secondo è relativo all'individuazione di un confine stabile tra la compensazione propria, che risente di quei limiti, e quella impropria che non ne risente.

Su tali due temi proverò a dare il mio contributo ricostruttivo, sperando di far chiarezza.

L'iter giurisprudenziale della tutela del credito di lavoro

Sul versante applicativo ci sono alcuni snodi giurisprudenziali di cui si deve dare nota fin dall'inizio, e tornarci nel prosieguo per approfondire singole questioni.

Il sistema empirico si può tracciare a partire dalle sentenze della Corte Costituzionale:

- ◆ n. 20 del 1968² (che ha dichiarato infondata, in riferimento all'art. 3 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 545, comma 4, c.p.c., laddove consente il pignoramento del quinto della retribuzione indipendentemente dall'ammontare della retribuzione. In contrario al remittente la Consulta ha affermato il principio per cui l'interesse del creditore non può essere sacrificato totalmente, quali che siano le condizioni economiche del lavoratore. Cosicché spetta al legislatore con una scelta costituzionalmente insindacabile fissare, come ha fatto, una percentuale);
- ◆ n. 102 del 1974, n. 260 del 1987 (ord.) e n. 302 del 1998³, (con cui la Corte ha dichiarato manifestamente infondata, con riferimento

2 Tutti i provvedimenti della Corte Costituzionale sono reperibili agli indirizzi internet <http://www.cortecostituzionale.it> e <http://www.giurcost.org> e saranno indicati con numero e anno. Ove indicata una rivista il riferimento si intende alla nota. RIDL 1968, III, 165

3 GC 1998, 2283 e in FI 1998, I, 3431)

all'art. 3 cost., la questione di legittimità costituzionale del combinato disposto dell'art. 545, comma 4, c.p.c. e dell'art. 2 d.p.r. n. 180 del 1950, nella parte in cui limita a un quinto la sequestrabilità delle retribuzioni dovute al pubblico dipendente anche per i debiti risarcitori che derivano dal reato di abuso d'ufficio patrimoniale, art. 323, comma 2, c.p.);

- ◆ n. 259 del 2006⁴ (che ha escluso la disparità di trattamento per mancanza di sufficienti ragioni, in relazione all'art. 545, comma quarto, cod. proc. civ., dell'esclusione della limitazione, per compensazione atecnica, in favore del datore di lavoro creditore di somme risarcitorie *ex delicto*).

Quanto alla giurisprudenza del Consiglio di Stato la sentenza:

- ◆ n. 5836 del 2007 che ha dichiarato la compensazione atecnica tra danno erariale e equo indennizzo.

Quanto alla giurisprudenza della Corte di Cassazione le sentenze:

- ◆ n. 775 del 1999 SU⁵, (che ha ritenuto che l'art. 1246 c.c. concerne l'istituto della compensazione in sé, è ed norma di carattere generale e come tale applicabile anche alla compensazione contemplata dall'art. 56 l. fall);
- ◆ n. 7337 del 2004, sezione lavoro, (che, invece, con un mero *obiter dictum* ha ritenuto non operanti le regole della compensazione all'interno del rapporto di lavoro, basandosi sull'affermazione del difetto di autonomia delle obbligazioni da cui derivano i crediti contrapposti; *rectius*: sussistenza della sinallagmaticità tra i due crediti);
- ◆ n. 5349 del 2005 e n. 10629 del 2006⁶, (che, viceversa, affermano che il credito del dipendente a titolo retributivo, era da considerarsi del tutto autonomo rispetto al credito vantato dal datore di lavoro, e ciò perché non connesso con esso da nesso di corrispettività, e pertanto che si verta in ipotesi di compensazione in senso tecnico, tutte le volte che manchi la corrispettività dei crediti contrapposti).

Come si può intuire un bel po' di contraddizioni.

4 RIDL 2006, II.

5 RIDL, 2000, I, 345, con nota di Giacalone, *Compensazione nel fallimento: nuovo intervento delle sezioni unite*.

6 RIDL 2006, II, 358 con nota di Raimondi E., *Alcune considerazioni sulla compensabilità dei crediti da trattamento di fine rapporto*.

La prospettiva “di tutela” del diritto del lavoro

La compensazione nel diritto del lavoro è un tema viene studiato sotto un'angolazione diversa da quella del diritto generale delle obbligazioni.

Dal punto di vista di questo ultimo l'aspetto tipico è certo quello della funzione: modo di estinzione dell'obbligazione diverso dall'adempimento per economia degli adempimenti.⁷

Dal punto di vista del diritto del lavoro la compensazione rileva soprattutto come tutela dell'interesse del creditore-lavoratore; un interesse asimmetrico e *potiore* rispetto a quello del generico creditore.

Tanto che essa viene generalmente studiata sotto il paradigma delle *garanzie dei diritti del lavoratore*.⁸ Infatti, per il diritto del lavoro la disciplina della compensazione rileva come limite imposto dalla legge, *rectius* come estensione del divieto di opponibilità della compensazione.

La *ratio* della tutela rafforzata dei crediti del lavoratore è comune a tutti essi, siano retributivi o previdenziali, siano del lavoratore pubblico o privato, siano derivanti da un rapporto di lavoro subordinato generale o speciale. La speciale rilevanza di essi è strumentale al soddisfacimento di bisogni primari, o in altri termini a garantire l'effettività dei diritti fondamentali. E tra essi garantire la funzione tipica dei redditi da lavoro: il sostentamento del lavoratore e della sua famiglia

Questa finalità ha riconoscimento remoto, ben anteriore alla Costituzione e al vigente codice civile. Si consideri, per esempio, che nel caso del lavoro nautico, l'assoluta impignorabilità (quindi oltre il limite dell'art. 545 c.p.c.) risale all'Ordinanza della marina del 1° novembre 1745 di Luigi XV. Si diceva che la navigazione poteva occasionare “il libertinaggio dei marinai” «distraindo i salari dalla naturale destinazione al sostentamento delle loro famiglie» (C. Cost. n. 72 del 1996, che però nel mutato quadro sociale, ha dichiarato incostituzionale l'art. 369, primo comma, del codice della navigazione, dopo che venti anni prima aveva rigettato la questione).

La tutela del *lavoratore-debitore* è limitata all'effettiva realizzazione del credito di lavoro e non si estende, di regola, fino a garantire l'effettività alla sua destinazione.

⁷ Bianca 1990 p. 479; Pomponio (D.16.2.3) *Ideo compensatio necessaria est, quia interest nostro potius solvere quam solum repetere*; Modestino (D. 16.2.1): *debiti et crediti inter se contributio*.

⁸ *Ex multis*: Vallebona 2004 p. 664; Carinci 2005 p. 434.

Infatti, la funzione della retribuzione è tutelata fintanto che essa sia ancora un credito insoddisfatto o futuro, ma non anche quando la retribuzione sia entrata nella materiale disponibilità del lavoratore e si sia confusa con il suo patrimonio.

Il concorso tra posizioni tutelate

In questo caso la tutela dei familiari del lavoratore, allorquando si trovino in quella particolare posizione di debolezza derivante dall'essere a loro volta creditori del lavoratore e a subire il rischio del concorso degli altri creditori, viene tutelata a monte, mediante il versamento diretto a loro favore da parte del datore di lavoro, ex art. 8 comma 6 e 7 della legge n. 898 del 1970 (come modificato dall'art. 12 della legge n. 74 del 1987) della quota di retribuzione corrispondente all'assegno di mantenimento al coniuge divorziato e per i figli a carico.

Allorché la tutela della retribuzione riguardi i medesimi soggetti in costanza di matrimonio, compreso il coniuge separato, i crediti di mantenimento degli aventi diritto seguono la regola della determinazione giudiziale della quota loro riservata.

La tutela di cui ci stiamo occupando è offerta da norme ordinarie, frutto della discrezionalità politica del legislatore, sia nel modo sia nella misura.

Come più volte ribadito dalla Corte Costituzionale⁹ la misura e le modalità con cui si sancisce l'impignorabilità, l'insequestrabilità, l'incompensabilità e, in parte l'incredibilità dei crediti di lavoro, non rappresentano principi costituzionalizzati, né l'unica via per pervenire al risultato. Cosicché le suddette modalità e la loro efficacia saranno sindacabili per incostituzionalità solo sotto il profilo dell'irrazionalità ex art. 3 Cost.

L'angolo visuale della tutela pone perciò sul medesimo terreno di studio della compensazione anche gli istituti del sequestro e del pignoramento. Essi, infatti, anche se hanno funzioni diverse dalla compensazione, poiché comunque sono volti all'aggressione dei crediti del lavoratore, indipendentemente da una correlata posizione di debito del creditore, ne realizzano la medesima esigenza di tutela. Cosicché il legislatore prevede

9 Sentenze n. 20 del 1960 e ordinanza n. 302 del 1998.

per essi un unico e interconnesso meccanismo limitatore.

Dunque, la disciplina limitativa è comune e al sequestro e al pignoramento; mentre per la cessione volontaria esiste, per i soli lavoratori pubblici, una disciplina *a latere* (Titolo V del d.p.r. n. 180 del 1950).

Il profilo considerato è interno al diritto del lavoro, ed è quello del rapporto tra i crediti derivanti dal lavoro che il lavoratore vanta nei confronti del datore di lavoro o dell'ente di previdenza e i crediti derivanti dal lavoro - o non - che rispettivamente il datore di lavoro o l'ente di previdenza vantano nei confronti del lavoratore.

Ciononostante, poiché i divieti di compensazione non sono altro che i divieti di pignoramento e sequestro, si dovrà preliminarmente tracciare il quadro dei limiti alla pignorabilità e solo successivamente si potrà vedere come e quando essi operano nella compensazione.

Il divieto di pignoramento e di compensazione

Il divieto di compensazione trova la sua disciplina positiva nell'art. 1246 c.c. il quale, per la parte che ci riguarda, eccettua dalla compensazione i debiti previsti dai nn. 3, 4) e 5).

Li consideriamo uno per alla volta.

Crediti impignorabili nel lavoro privato

Il n. 3) esclude la compensabilità del credito dichiarato impignorabile. Al riguardo l'art. 545 c.p.c. dispone:

- al comma 2, la assoluta impignorabilità di alcuni crediti di natura previdenziale e assistenziale, quali le somme dovute al lavoratore a titolo di sussidi «per maternità, malattie, funerali da parte di casse di assicurazione, enti di previdenza, o da istituti di assistenza»;
- al comma 3, limitatamente ai rapporti di lavoro alle dipendenze di privati datori, dispone la relativa impignorabilità delle somme dovute «a titolo di stipendio, di salario o di altre indennità relative al rapporto di impiego, comprese quelle dovute a causa di licenziamento.» Si tratta di una norma generale che può essere sintetizzata in crediti retributivi e pecuniari e di fine rapporto.

Per questi crediti il divieto non opera sul quinto delle somme di cui il lavoratore sia creditore per tributi dovuti alla Stato, alle province e ai comuni e per qualunque altro credito, lasciando quindi incompensabile i rimanenti quattro quinti.

Rispetto ai crediti alimentari la disposizione prevede, invece, che sia il giudice a stabilire la quota di credito pignorabile. Ovviamente, solo allorché il creditore del lavoratore voglia pignorare più di tale misura. Relativamente alla compensazione l'istituto rileva nelle imprese familiari ex art. 230 *bis* c.c. e nelle imprese a conduzione familiare o dove le parti legate del rapporto di lavoro siano legate da un vincolo alimenatre.

Allorché concorrano più crediti, compresi quelli alimentari e i versamenti diretti al coniuge divorziato, la somma pignorabile/compensabile non può superare la metà. Secondo Cassazione n. 5692 del 1995 rientrano nei limiti anche le compensazioni legali tra datore e lavoratore, per la restituzione di un mutuo tra le stesse parti.

Particolarità riguardano il personale navigante per i quali le somme relative a retribuzione costituente vitto e spese per il rimpatrio e la cura (artt. 369 c. 2 e 930 comma 2 cod. nav.) sono assolutamente impignorabili/incompensabili, mentre per tutti gli altri crediti ora si applica l'art. 545 c.p.c. (C. Cost. n. 72 del 1996, dopo che la questione era stata rigetta con la sentenza n. 101 del 1974).

Il divieto del n. 3) non riguarda i crediti del lavoratore pubblico e le somme delle quali il lavoratore privato o pubblico è creditore a titolo previdenziale, per i quali provvede il n.5).

Crediti incompensabili per contratto collettivo

Il n. 4) prevede l'ipotesi di rinunzia alla compensazione fatta preventivamente. Oltre alle ipotesi che interessano la normale vita economico-negoziale del lavoratore fuori dal rapporto di lavoro, la disposizione rileva nel diritto del lavoro, come fondamento legislativo delle disposizioni di quei contratti che regolano la compensazione.

Per esempio:

- × l'art. 28 del c.c.n.l. per i dirigenti dipendenti dalle imprese creditizie, finanziarie e strumentali, che prevede l'integrale compensazione del t.f.r. In caso di danni che abbiano determinato il licen-

ziamento *ex art.* 2119 c.c.; analogamente prevedono l'art. 71 del contratto per i quadri e il rimante personale;

- × l'art. 64 del vecchio contratto per i dipendenti del Banco di Napoli;
- × o talvolta, nel contratto di agenzia, con il contratto individuale si vieta all'agente la compensazione delle somme riscosse per conto del preponente con i crediti vantati contro di esso;
- × il c.c.n.l. delle agenti i assicurazione.

Oppure ancora, *mutatis mutandis*, la disposizione del codice deontologico forense, l'art. 44, per i redditi di lavoro autonomo, che limita la compensazione in applicazione di tale auto-regolazione, sembra idoneo a fondare un diritto del cliente, obbligatorio o reale, secondo le due fattispecie della compensazione delle spese o degli onorari.

L'ambito del lavoro pubblico e l'ambito previdenziale

Il n. 5) rinvia ai divieti stabiliti dalla legge. Tra questi quelli più significativi riguardano:

- ✓ i crediti stipendiali e previdenziali del lavoratore pubblico, per i quali dispone il d.p.r. n. 180 del 1950 (poi trasfuso nel t.u.p.i. nel n. 3 del 1957) applicabile anche dopo la privatizzazione;
- ✓ i crediti previdenziali per pensioni e rendite del lavoratore privato, che sono regolati dall'art. 128 del r.d. 1827 del 1935 e dall'art. 69 della legge n. 153 del 1969 per le prestazioni erogate dall'INPS, dall'art. 110 del d.p.r. n. 1124 del 1965, per le prestazioni erogate dall'INAIL;
- ✓ per gli assegni familiari e per le aggiunte di famiglia sulle pensioni, dispone l'art. 22 del d.p.r. n. 797 del 1955,¹⁰ per i quali la pignorabilità è limitata, invece che in percentuale, *ratione subiecti*; essi possono infatti essere pignorati per intero per causa di alimenti da parte dei soggetti per i quali gli assegni e le maggiorazioni sono concesse. Relativamente alla compensazione anche qui l'istituto rileva nelle imprese familiari *ex art.* 230 *bis* c.c. etc;
- ✓ i crediti previdenziali dei lavoratori autonomi gestiti dalle casse professionali, con riferimento a quella degli avvocati l'art. 47 della legge n. 6 del 1952 opera un rinvio formale alle disposizioni vi-

¹⁰ In via ricostruttiva per *eadem ratio* Cass. n. 3870 del 1979 in G. Ci. 1979, I, 2082

genti per i dipendenti delle amministrazioni dello Stato, fattispecie, quanto alla compensazione invero marginale, che può venire in rilievo allorché si discuta di compensazione del credito dell'ex cliente con la pensione dell'avvocato.

Crediti del lavoratore pubblico e assimilati

Con riferimento all'oggetto l'art. 1 del d.p.r. n. 180 del 1950 assoggetta alla sua disciplina su impignorabilità, insequestrabilità, incedibilità e incompensabilità «gli stipendi, i salari, le paghe, le mercedi, gli assegni, le gratificazioni, le pensioni, le indennità, i sussidi ed i compensi di qualsiasi specie.»

Con riferimento ai soggetti la disposizione si applica a tutte le pubbliche amministrazioni,¹¹ perfino per il Segretariato generale della Presidenza della Repubblica e le Camere del Parlamento.

L'art. 2 stabilisce che i crediti di cui all'articolo 1, sono aggredibili nei seguenti limiti, sempre valutati al netto di ritenute (previdenziali e fiscali):

1. fino alla concorrenza di **un terzo**, per causa di **alimenti** dovuti per legge;¹²
2. fino alla concorrenza di **un quinto** per *debiti* verso lo Stato e verso gli altri enti, aziende ed imprese da cui il debitore dipende, *derivanti dal rapporto d'impiego e di lavoro*; Questa ipotesi merita una riflessione, per quanto si dirà, più avanti in relazione alla c.d. compensazione impropria. In questo numero la compensazione e il pignoramento sono assolutamente sovrapposti. La norma in generale non si occupa di compensazione, ma anche allorquando si riferisce a crediti che la p.a. vanta nei confronti del proprio dipendente e per causa di

11 Art. 1 d.p.r. n. 180 del 2005 «... Stato, le Province, i Comuni, le istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza e qualsiasi altro ente od istituto pubblico sottoposto a tutela, od anche a sola vigilanza dell'amministrazione pubblica (comprese le aziende autonome per i servizi pubblici municipalizzati) e le imprese concessionarie di un servizio pubblico di comunicazioni o di trasporto corrispondono ai loro impiegati, salariati e pensionati ed a qualunque altra persona, per effetto ed in conseguenza dell'opera prestata nei servizi da essi dipendenti» *in appendice*.

12 È pacifico che vi rientrino anche i crediti per mantenimento. Castoro 1998 p. 404, Satta 1963 p. 203, Trib. Roma 15 gennaio 1960, FI 1960, I, 683. E' invece controverso se debbano considerarsi anche i crediti alimentari negoziali. Se essi siano attuativi di obblighi di legge secondo Satta vi devono rientrare se non lo siano no. *Contra*: Castoro cit. per il quali vi rientrano tutti.

lavoro usa sequestro e pignoramento per il recupero del suo credito nei limiti indicati. La ragione è di tipo storico-ordinamentale e consegue alla natura del rapporto di pubblico impiego e all'assenza di corrispettività tra servizio e stipendio. La compensazione si sarebbe chiamata autotutela, da esercitarsi negli stessi limiti che abbiamo visto.¹³ L'involucro della compensazione, anche ora dopo la privatizzazione, è comunque quello dell'autotutela anche se privata.

3. fino alla concorrenza di **un quinto** per **tributi** dovuti allo Stato, alle Province ed ai Comuni, facenti carico, fino dalla loro origine, all'impiegato o salariato.

Il simultaneo **concorso** delle cause indicate ai numeri **2, 3**, non possono in ogni caso superare il **quinto** sopra indicato.

Quando concorrano **anche** le cause di cui al **numero 1**, non possono superare la **metà**.

Questi limiti interferiscono con le disposizioni del titolo V del medesimo decreto che regolamenta la cessione dello stipendio e i rapporti con la conseguente pignorabilità, e perciò con la compensabilità, nel caso della cumulo con la cessione volontaria e in ragione della prevenzione del pignoramento o delle cessione o degli altri titoli di debito.

Inoltre, con riferimento alla compensazione relativa «al ricupero dei crediti dello Stato derivanti da responsabilità amministrative o contabili dei suoi dipendenti, ovvero da indebita corresponsione di assegni ai dipendenti stessi» l'art. 71 fa salve le disposizioni speciali previgenti, e cioè l'art. 407 e gli art. 494 ss. del r.d. n. 827 del 1924, (nonché per i trattamenti previdenziali la legge n. 424 del 1966, art. 4, e il d.p.r. n. 1032 del 1973, art. 21, entrambi oggetto di censura, con sentenza di accoglimento, da parte di C. Cost. n. 225 del 1997 nella parte in cui non prevedevano la limitazione nella misura dell'art. 545 comma 4 del c.p.c. della loro aggredibilità, anche per crediti derivanti da danno erariale, e il r.d.l. n. 295 del 1939, relativo a indennizzi per causa di servizio).

Il testo di legge, mentre prevedeva espressamente la compensazione con l'amministrazione di appartenenza non consentiva l'aggressione dei suddetti crediti per ragioni creditoree generali. Limite che ha resistito alle censure di costituzionalità respinte con le sentenze n. 49 del

¹³ Art. 406 reg. cont. Stato. Sul recupero delle somme percepite anche in buona fede v. C. Stato n. 1189 del 1988, *contra*: C. Stato n. 412 del 1990 in FA 1990, 1196; Tar Lazio n. 1168 del 1989 in IP 1989, 1431. In dottrina Virga 1991 p. 245 s.

1976 e n. 337 del 1985, ma non alle successive n. 809 del 1987, n. 878 del 1988, n. 115 del 1990 che hanno consentito il pignoramento del quinto dello stipendio e dell'indennità integrativa speciale per ogni genere di credito. Inoltre, con la sentenza n. 302 del 1990 il limite di un quinto è stato ritenuto costituzionalmente legittimo anche per il risarcimento del danno derivante dal reato di abuso d'ufficio. Con le sentenze n. 340 del 1990 e n. 99 del 1993 la Corte costituzionale ha esteso il regime di pignorabilità anche alle indennità di fine rapporto, rispettivamente per i crediti alimentari e nei limiti di un quinto per ogni altro credito.

Rispetto alla misura della compensazione le sentenze della Corte Costituzionale non hanno influenza indiretta, in quanto essa era già espressamente equiparata dalla legge al pignoramento. Tuttavia, per il meccanismo di cui al titolo V, esse possono assumere rilievo, anche rispetto alla compensazione, per la risoluzione dei conflitti tra più fonti di credito e per la prevenzione tra mezzi di soddisfazione dei creditori del lavoratore pubblico.

Crediti previdenziali del lavoratore privato

Per quanto riguarda i trattamenti previdenziali dei lavoratori privati l'art. 128 del r.d.l. n. 1827 del 1935 prevedeva in origine l'assoluta impignorabilità, insequestrabilità, incedibilità, di pensioni e assegni INPS, con l'eccezione della somme dovute all'istituto ad esso dovute in forza di provvedimenti dell'autorità giudiziaria. Con la sentenza n. 22 del 1969 della Corte Costituzionale, questa fattispecie di compensazione venne dichiarata incostituzionale, estendendo l'intangibilità del trattamento previdenziale. Ma con l'art. 67 della legge n. 153 del 1969 venne introdotta, limitatamente ai «debiti verso l'Istituto nazionale della previdenza sociale derivanti da indebite prestazioni percepite a carico di forme di previdenza gestite dall'Istituto stesso, ovvero da omissioni contributive, escluse in questo caso, le somme dovute per interessi e sanzioni amministrative» l'aggregabilità del trattamento previdenziale nei limiti di un quinto del loro ammontare. Fermo restando che la somma residua deve essere almeno pari all'importo corrispondente al trattamento minimo.

Con riferimento alle prestazioni previdenziali erogate dall'INAIL,

l'art. 110 del d.p.r. n. 1124 del 1965 prescriveva, corrispondentemente, che esse non potevano essere cedute per alcun titolo nè potevano essere pignorate o sequestrate, «tranne che per spese di giudicato alle quali l'assicurato o gli aventi diritto, con sentenza passata in giudizio, siano stati condannati in seguito a controversia dipendente dall'esecuzione del decreto medesimo.» Privilegio dichiarato incostituzionale con la sentenza n. 55 del 1973. Già con la sentenza n. 23 del 1973 era stata dichiarato incostituzionale il regime relativo alle spese di lite che non prevedeva il divieto di condanna alle spese se non per lite temeraria. Con la riforma del processo del lavoro di cui alla legge n. 533 del 1973 quest'ultimo principio è stato codificato in linea generale per tutte le controversie in materia di prestazioni previdenziali e assistenziali.

Dopo un iniziale salvataggio della disciplina privilegiata, effettuata con le sentenze della Corte Costituzionale n. 231 del 1989 e n. 305 del 1998, con le sentenze n. 1041 del 1988, n. 572 del 1989, n. 468 del 2002 e n. 506 del 2002 è stata dichiarata l'incostituzionalità delle superiori norme nella parte in cui non prevedono la pignorabilità per crediti alimentari, tributari e per ogni altro credito, i primi nella medesima misura prevista dall'art. 2 del d.p.r. n. 180 del 1950 e gli ultimi nella misura del quinto della residua parte, ma la cui determinazione massima è stata rinviata al legislatore.

L'ambito della compensazione

L'oggetto della compensazione è molto più ristretto di quello generale della garanzia dei crediti del lavoratore, perché la questione riguarda solo le relazioni di essi con i contro-crediti del datore di lavoro.

In senso estensivo rientrano nel tema di studio anche i crediti previdenziali del lavoratore e quindi la loro compensabilità con i debiti di costui nei confronti di altri soggetti (tra cui in questo caso rientra anche il datore di lavoro o dell'ente di previdenza) erogatori della prestazione previdenziale.

Rientrano, nel campo della nostra indagine anche i crediti di lavoro e previdenziali del lavoratore pubblico e del pubblico impiegato.

Andrebbe fatta menzione anche per le vicende che attengono alla compensazione dei debiti e dei crediti contributivi del datore di lavoro

con l'ente di previdenza. Essi soffrono alcune deroghe rispetto al diritto generale delle obbligazioni, con riferimento al parziale divieto di incompatibilità dei contributi previdenziali.¹⁴

L'indagine sulla compensazione, condotta attraverso il prisma della tutela del lavoratore, sfoca il tema generale «compensazione nel diritto del lavoro», e lo focalizza sul tema particolare dei «limiti alla compensazione» nel diritto del lavoro.

Le ipotesi in cui viene in rilievo la compensazione dei crediti di lavoro del lavoratore riguarda fundamentalmente il caso in cui i due debiti che si contrappongono siano uno del datore di lavoro e l'altro del suo dipendente.

Questa reciprocità, secondo la ricostruzione empirica che si può ricavare dai dati giurisprudenziali, può dare luogo a tre distinte situazioni:

- una è quella di debiti che hanno fonte nel medesimo sinallagma;
- un'altra è quella della dei debiti che hanno titolo in rapporti tra loro autonomi;
- l'ultima è quella dei debiti che pur originando dalla stesso rapporto rimangono sinallagmaticamente indipendenti.

Per ognuno di questi tre insiemi la compensabilità dei crediti del lavoratore con i suoi debiti sembra seguire regole diverse.

Detto in altri termini definire i suddetti tre insiemi, significa stabilire:

- (a) del primo, quando non si può parlare di compensazione;
- (b) del secondo, quando, viceversa, trovandosi in ipotesi di compensazione *strictu sensu*, ex artt. 1241 ss. c.c., questa deve sottostare alle limitazioni legali che abbiamo esaminato fin ora e al conseguente regime processuale dell'eccezione di compensazione, in forma riconvenzionale o non che venga proposta, secondo l'oggetto e le modalità con cui è formulata;
- (c) del terzo, quando, pur avendosi un fenomeno esteriormente simile alla compensazione per la presenza di contrapposte voci attive e passive di un'obbligazione, si è in realtà in presenza di un'operazione algebrica di dare/avere a conguaglio, la quale null'altro è che la mera determinazione della misura della prestazione dovuta e per tale ragione e via, sfugge sia ai limiti quali-quantitativi dell'art. 1246 c.c., sia agli effetti

14 Si rinvia a "La contestazione della pretesa contributiva" in q. annali.

tipici della compensazione di cui agli art. 1242 ss. c.c., sia al regime processuale dell'eccezione di compensazione; ciò determina, nel lavoro privato, l'applicazione della c.d. compensazione atecnica e nel lavoro pubblico l'applicazione delle regole speciali.

Mancanza di autonomia dei crediti ed esclusione della compensazione in senso proprio

Per la prima ipotesi (intra-sinallagmatica) il principio applicabile consiste nell'escludere ogni interferenza tra i due crediti, cioè ogni forma di compensazione; ciò accade perché non potrebbe esistere un «contratto valido in cui le prestazioni che compongono il nucleo del sinallagma siano omogenee, liquide ed esigibili allo stesso tempo». Alorché le parti assumessero come sinallagma di un contratto a prestazioni corrispettive, prestazioni fungibili, liquide ed esigibili, esso non realizzerebbe alcuno scopo lasciando le parti nelle medesima situazione esistente prima dalla stipulazione del negozio e una volta stipulato a prescindere dall'esecuzione dello stesso. In altri termini esso sarebbe nullo per mancanza funzionale della causa.

Tale conseguenza sulla fattispecie si verifica a prescindere dal requisito dell'autonomia dei due crediti, il cui requisito non è previsto dall'art. 1241 c.c., come è stato icasticamente osservato¹⁵, non solo è sovrabbondante, ma è anche inutile.

Consegue, da un lato, che la conguagliabilità delle prestazioni corrispettive è per sé esclusa dalla necessaria mancanza tra loro della fungibilità e della liquidità; da un altro lato, che si rivela fuorviante ricorrere al presupposto della carenza di autonomia tra i debiti contrapposti per spiegare l'esclusione dell'applicazione della disciplina della compensazione all'interno del sinallagma.

E' necessario tenere ben presente, questa fattispecie, e le conclusioni formulate, perché dal suo fraintendimento hanno origine due orientamenti giurisprudenziali che riguardano i rapporti tra il secondo e il terzo insieme che abbiamo considerato.

15 Gragnoli 1994 p. 291.

Significato di compensazione impropria ed effetti.

Per uno di essi la ricorrenza della compensazione in senso proprio o tecnica non ricorre allorché i crediti del datore di lavoro derivino dall'esecuzione della prestazione; quindi essi costituiscono sempre e solo conguaglio dare avere, cioè compensazione impropria o atecnica. L'esame di alcuni casi evidenzia però una tale vaghezza di presupposti e una incoerenza del decidere da sembrare più proprio parlare, piuttosto, di "disorientamento" giurisprudenziale.

Per un altro di di essi, più recente, invece, allorché i contro crediti originino dal medesimo rapporto si applica sempre la compensazione in senso proprio e i suoi limiti, sempre che non si tratti di reciproche prestazioni in posizione di corrispettività

Il costrutto che ammette la compensazione atecnica enfatizza, ed estremizza il concetto stesso di dipendenza dei debiti e di incompatibilità intra-sinallagmatica per fondare l'esclusione dell'applicazione della disciplina della compensazione, ma finisce per snaturarla.

Il primo dei due concetti, cioè quello della "mancanza dell'autonomia dei crediti", da cui deriva il secondo, cioè quello della "inapplicabilità delle regole della compensazione", significa soltanto che lo scambio tra le prestazioni, (nel contratto a prestazioni corrispettive che si caratterizza per il fatto che ciascuna parte è conseguentemente debitore e creditore), realizza la causa del negozio. Un causa in cui ciascuna delle parti vuole conseguire la prestazione dell'altra e non l'estinzione della propria, cosicché il reciproco adempimento delle prestazioni commutative non può essere considerato una compensazione; se lo fosse lo scambio non si sarebbe punto verificato e il negozio sarebbe privo di effetti. Può ben dirsi che le prestazioni corrispettive non sono autonome, ma ci si deve intendere sulle conseguenze della non autonomia delle prestazioni quando la si invoca fuori da questo significato.

Con questo costrutto, che è di struttura, si possono distinguere da questa fattispecie, altre in cui, viceversa, lo scambio, cioè la causa concreta che le parti perseguono, consiste proprio in un conguaglio di dare e avere. Tipicamente si può indicare il conto corrente. Oppure ancora si può indicare la fattispecie degli adempimenti parziali in conto dell'unica obbligazione. Crediti che ricondotti a un saldo finale diventano debitori del saldo, positivo

o negativo. Tipicamente i pagamenti per stato di avanzamento dei lavori nel contratto di appalto, oppure la corresponsione di acconti del cliente al professionista per lo svolgimento di un'opera o di un servizio protratto nel tempo, o più semplicemente per ipotesi in cui, la determinazione del valore contrattuale del credito, occorra la post-numerazione.

Così distinta la fattispecie "conguaglio", ma meglio sarebbe a dire così distinto un sinallagma specifico, si può escludere che vi possa essere compensazione, proprio perché le reciproche poste di dare e avere sarebbero la realizzazione di un unico e comune sinallagma. I crediti dare/avere, sarebbero, in questo senso, privi dell'autonomia.

Ne discendono due corollari.

Uno è che la mancanza di autonomia non vale per sé a confinare la compensazione alle sole ipotesi in cui i crediti opposti siano autonomi, perché l'autonomia non è la stessa cosa della sinallagmaticità funzionale.

Un altro è che, se l'autonomia vi sia, quando i crediti siano originati dal medesimo contratto, debba essere al contrario possibile ammettere la compensazione e soffrire le limitazioni che la legge prevede.

Questa ricostruzione, e i suoi due corollari, era stata invero fatta propria dalle SU della Corte di Cassazione con la sentenza n. 775 del 1999.

Purtroppo la massima in cui è stata tradotta ha avuto una formulazione composita e asfittica, così da essere letta come l'affermazione di due principi di diritto separati e indipendenti l'un l'altro. Eccola: «*La compensazione presuppone che i debiti contrapposti derivino da rapporti autonomi, con la conseguenza che, quando si è in presenza di un rapporto unico, il giudice deve procedere d'ufficio all'accertamento delle rispettive posizioni attive e passive e, cioè, alla determinazione del saldo a favore o a carico dell'una o dell'altra parte.*

L'operatività della compensazione anche tra debiti scaturenti da un rapporto unico è, tuttavia, esclusa quando si tratti di obbligazioni legate da un vincolo di corrispettività che ne escluda l'autonomia, perché se in siffatta ipotesi si ammettesse la reciproca elisione delle obbligazioni in conseguenza della compensazione, si verrebbe ad incidere sull'efficacia stessa del negozio, paralizzandone gli effetti.»

A partire da questa massima si è formato un tanto errato quanto tratteggiato orientamento giurisprudenziale, comunque non univoco, per il quale è stato affermato che la compensazione opera solo allorché i

titoli siamo autonomi, e che quando invece non lo siano opera sempre la compensazione impropria, con l'effetto che il datore di lavoro può procedere conguagliare i crediti del lavoratore con i propri crediti, senza le regole e i limiti della compensazione.

Casistica sulla compensazione impropria nel rapporto di lavoro

Casi in cui è stata applicata

Su queste basi, abbastanza di sabbiose, è stato affermato:

- i. erroneamente, che è possibile procedere a compensazione atecnica tra crediti reciproci, del datore di lavoro e del lavoratore, che trovavano giustificazione uno in un mutuo e un altro in un rapporto di lavoro (Cass. n. 6214 del 2004), in questa ipotesi forzando perfino il falso requisito dell'autonomia;
- ii. tuttavia, Cass. 5692 del 1995, aveva correttamente affermato che la ritenuta mensile sullo stipendio o salario del prestatore di lavoro subordinato per il pagamento rateale di un mutuo concessogli dal datore di lavoro integra compensazione legale di due crediti entrambi liquidi ed esigibili, ex art. 1241 c.c. e va computata, ai sensi dell'art. 545 comma 5 c.p.c.;
- iii. al contrario, in caso di reciproci rapporti di credito tra un agente e il mandante (Cass. n. 3930 del 2001), la compensazione impropria è stata ritenuta operante dopo la risoluzione del rapporto, ma al contempo si è affermato che ciò era possibile perché il divieto contrattuale di compensazione a favore della mandante sarebbe venuto meno;
- iv. in un altro medesimo caso, infatti, Cass. n. 10456 del 1998 aveva affermato che il principio di compensazione impropria può essere pattizamente derogato, non opponendosi a ciò alcuna norma di legge nè i principi generali dell'ordinamento giuridico; affermazione che contraddice le sue stesse premesse, perché se si tratta di aritmetica non c'è materia di deroga alla compensazione;
- v. così, ancora, il credito risarcitorio nascente da negligenza dell'impiegato nella gestione di rapporti di credito con clienti

- sarebbe atecnicamente compensabile con i crediti del lavoratore (Cass. n. 7337 del 2004 – *obiter* - , e in altre analoghe fattispecie anche Cass. n. 6033 del 1997, n. 648 del 1999, n. 3930 del 2001, n. 16561 del 2002);
- vi. che ricorre compensazione atecnica nell'ipotesi di ratei indebitamente percepiti con la pensione di inabilità e l'assegno di accompagnamento (Cass. n. 16349 del 2007), nonostante la fattispecie sia disciplinata da una norma specifica e tale evenienza sia stata dichiarata espressamente incostituzionale;
 - vii. l'atecnicità della compensazione, per gli effetti processuali, delle poste dell'estratto conto, nell'appalto di opere pubbliche (Cass. n. 17390 del 2007);

Casi in cui è stata esclusa

- viii. l'irrilevanza della distinzione tecnica-atecnica, in relazione all'applicazione dell'art. 1246 c.c., allorché non vi sia sinallagma tra le due prestazioni, pur esse originando dal medesimo rapporto: Cass. civ. n. 9059 del 2002, Cass. n. 12327 del 2005, Cass. n. 5349 del 2005, Cass. n. 8924 del 2004, Cass. civ. n. 260 del 2006, Cass. n. 3628 del 2007;
- ix. l'irrilevanza della distinzione tecnica atecnica in relazione alle limitazioni ex art. 1246 c.c. in un caso di credito datoriale di un istituto di credito per danni e credito del lavoratore per t.f.r. (Trib. Reggio Calabria 19 marzo 2008), nello stesso senso già Trib. Roma 20 luglio 1999;

La questione della legittimità costituzionale della compensazione impropria

- x. Nella ricorrenza di una fattispecie relativa alla specifica ipotesi di «rapporti di debito-credito tra datore di lavoro e suo *ex* dipendente, ed in particolare al caso - oggetto del giudizio a quo - di credito dell'*ex* dipendente per il t.f.r. e di credito del datore di lavoro da delitto», il Trib. Palermo (ord., 27 aprile 2004) ha rimesso alla Corte Costituzionale la questione della mancata applicazione

alla compensazione atecnica degli artt. 1246 c.c. e 545 comma 4 c.p.c., per violazione degli art. 3 comma 1 e 36 della Cost. Pur se l'ordinanza aveva pregevolmente e ampiamente motivato i profili della violazione dell'art. 36 Cost., la Corte Costituzionale (sentenza n. 259 del 2006), reinterpreandola, ha ridotto la questione al «profilo della insussistenza (...) di sufficienti ragioni a sostegno della disparità di trattamento sancita, in relazione all'art. 545, comma quarto, cod. proc. civ., in favore del datore di lavoro creditore di somme risarcitorie *ex delicto*, rispetto ad altri crediti e creditori ha dichiarato non fondata la questione.

- xi. In errata applicazione di questa pronuncia C. Stato n. 5836 del 2007 ha dichiarato la compensazione atecnica tra danno erariale e equo indennizzo. La chioserò in coda.
- xii. Infine, si segnala un'altra e più recente pronuncia della Cassazione (n. 10629 del 2006) con cui le ipotesi di credito e controcredito tra prestatore di lavoro e datore di lavoro in riferimento all'applicazione dell'art. 1246 c.c., sono state esattamente ricondotte nel loro giusto alveo, così rendendo giustizia alla dogmatica.

La ricostruzione della fattispecie

Questa sentenza, rispetto a quelle indicate al punto *viii* e a quelle contraria indicate al punto *v* ha l'indiscutibile pregio di pervenire alla decisione attraverso la ricostruzione della fattispecie e non per iterazione di *obiter*. Essa, mirabilmente, afferma che, *ai fini della configurabilità della compensazione in senso tecnico di cui all'art. 1241 c.c.:*

- ➔ *non rileva la pluralità o unicità dei rapporti posti a base delle reciproche obbligazioni;*
- ➔ *è necessario solo che le suddette obbligazioni, quale che sia il rapporto (o i rapporti) da cui esse prendono origine, siano "autonome",*
- ➔ *chiarendo opportunamente, visti i precedenti, che autonome significa "non legate da nesso di sinallagmaticità";*
- ➔ *che fuori dalla sinallagmaticità non vi è motivo per escludere l'applicabilità della disciplina prevista dall'art. 1246 c.c., che tie-*

ne conto anche delle caratteristiche dei crediti (specialmente in relazione alla - totale o parziale - impignorabilità dei medesimi) proprio per evitare, tra l'altro, che l'operatività della compensazione si risolva in una perdita di tutela per i creditori;

- ➔ quanto alla compensazione atecnica, precisa che escludere che essa sia una compensazione disciplinata dal codice, *non può essere un modo indiretto per poi ammettere una sorta di "compensazione di fatto", oltre i limiti previsti dalla disciplina codicistica e in fattispecie in cui tale disciplina non ammetterebbe la compensazione.*
- ➔ Infatti, *le cosiddette "compensazioni atecniche", che non hanno alcuna previsione testuale, non possono essere estese oltre le ipotesi in cui una compensazione non sia logicamente configurabile, cioè la non compensazione.*

Conclusivamente in tutte le fattispecie deve applicarsi *l'istituto della compensazione previsto dal codice, con i limiti e le garanzie della relativa disciplina.*

Questo arresto ricostruttivo della Cassazione sezione lavoro trova il proprio prossimo antecedente in Cass. Sez. III civile n. 12327 del 2005 (e già Cass. n. 5349 del 2005). Entrambe le fattispecie si richiamano ai principi di diritto di SU n. 775 del 1999, ripudiano con il medesimo rigore logico l'errata interpretazione dell'autonomia dei titoli come base per l'indiscriminato operare della compensazione impropria all'interno del rapporto.

Il principio che sembra in via di consolidamento, si allinea con i risultati a cui era già pervenuta la prima dottrina¹⁶ e la successiva.¹⁷

La disciplina della compensazione nel lavoro pubblico e suoi effetti sulla ricostruzione della fattispecie della compensazione impropria

Giova a questo punto osservare che la ricostruzione che abbiamo da ultimo adottato trova un'indiretta conferma nella disciplina legale speciale prevista per il lavoratore pubblico e nella disciplina dei trattamenti previdenziali in cui, anche le ipotesi residuali della compensazio-

¹⁶ Perlingeri 1975.

¹⁷ Gazzoni 2006; Da ultimo, anche per una completa ricognizione della vicenda, Cicero 2007.

ne, altrove, impropria, vengono ricondotti, per legge, nell'alveo e quindi nei limiti quali-quantitativi, della compensazione tecnica.

Tali *tertia comparationis*, malgrado riferiti a una fattispecie speciale, sulla base di tre considerazioni, si profilano pervi rispetto all'ipotesi di assumerli come parametri per un'esegesi generale della compensazione nel diritto del lavoro.

La prima è che con le sentenze della Corte Costituzionale prima citate il regime di assoluta separazione della pignorabilità dei crediti di lavoro dei lavoratori pubblici e privati e quello dei crediti previdenziali è stato ritenuto incostituzionale, e ciò a prescindere dalla natura del rapporto sottostante.

Tuttavia ciò non ha uniformato la disciplina, ma solo gli effetti; e in tale senso, il rinvio all'art. 545 c.p.c., fatto solo con riferimento alle misure di pignorabilità di un quinto e della metà, deve intendersi rinvio materiale.

La seconda è che, il rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione, a cui si riferiscono le norme speciali di riferimento, è oramai un rapporto contrattuale, non speciale a livello di causa, e della medesima natura di quello di lavoro privato, sebbene con una disciplina propria in larga parte derogatoria di quella di diritto comune.

La terza è che quantunque vi sia stato un avvicinamento, *quoad effectum*, tra la pignorabilità dei crediti del lavoratore pubblico e quelli del lavoratore privato, le due sfere rimangono disciplinate ognuna dalla propria normativa.

Ciò posto il d.p.r. n. 180 del 1950, artt. 1 e 2, (nonché per i trattamenti previdenziali, si è visto *in limine*, la legge n. 424 del 1966, art.4, e il d.p.r. n. 1032 del 1973, art. 21, entrambi oggetto di censura, con sentenza di accoglimento, da parte di C. Cost. n. 225 del 1997 nella parte in cui non prevedevano la limitazione nella misura dell'art. 545 comma 4 del c.p.c. della loro aggredibilità, anche per crediti derivanti da danno erariale, e il r.d.l n. 295 del 1939, relativo a indennizzi per causa di servizio), la legge n. 153 del 1969, art. 69, d.p.r. n. 1124 del 1965, art. 110, prevedono un limite alla compensabilità (un quinto elevabile a un mezzo in caso di concorso) anche per le ipotesi in cui i crediti non siano autonomi, cioè originino dal medesimo sinallagma, si tratti cioè di prestazioni indebite in cui il credito è effettivamente la somma algebrica delle somme erogate rispetto a quelle dovute.

Queste ultime ipotesi, sono quelle in cui potrebbe sostenersi la sinallagmaticità delle contrapposte pretese creditoree, cioè quelle in cui come suole dirsi, la compensazione non opera, in dipendenza “non autonomia” e della natura del credito. E tuttavia se la legge fa discendere, in deroga ai meccanismi negoziali, l’ulteriore protezione di una parte del credito, in ragione di esso e non in ragione della natura del soggetto debitore (p.a.), allora può trarsi la conclusione che la medesimezza di funzione dei crediti retributivi, pubblico e privato, e di quello previdenziale, deve condurre, ciascuno con la propria normativa, a limitare la compensazione, in ogni caso, al quinto del credito elevabile a metà in caso di concorso.

L’errata comprensione della sentenza della Corte Costituzionale n. 259 del 2006 e l’applicazione abnorme della compensazione impropria nel lavoro pubblico

Per completezza si deve ora esaminare la sentenza del Consiglio di Stato, n. 5836 del 2007, citata al punto *xi*, che, in contrario avviso con la suddetta ricostruzione, ha ritenuto che la sentenza della Corte Costituzionale n. 259 del 2006, pur di rigetto, potesse fondare l’indiscriminata compensazione atecnica tra l’equo indennizzo e il danno erariale, senza curarsi di valutare la diversissima natura dei due crediti e la loro totale autonomia. Il primo di natura certamente previdenziale o comunque assistenziale, il secondo risarcitorio. Il primo derivante da un rapporto previdenziale, il secondo dal rapporto di impiego. Soprattutto, il Consiglio di Stato, non si da cura di spiegare né perché applica a un rapporto previdenziale pubblico una normativa riferibile esclusivamente a rapporto di lavoro privato e perciò come “disapplica” norme di legge specificamente disciplinanti la fattispecie, né perché una sentenza di rigetto su norme non applicabili valga a disattendere la portata normativa della precedente sentenza di accoglimento.

La sentenza, del resto, anche sulla compensazione impropria, che afferma ricorrere nella fattispecie al suo esame, è priva di argomenti, limitandosi a richiamare l’*obiter dictum*, fortunatissimo, purtroppo, come tutti gli *obiter dicta*, di Cass. n. 7337 del 2004 e ignorando, invece, i successivi pronunciamenti in senso ricostruttivo.

Due conclusioni

La prima. Mi sembra di potere affermare che, oramai, la compensazione, tecnica o atecnica, dei crediti di lavoro del lavoratore, con i crediti di lavoro, o non, del datore di lavoro, è sempre soggetta all'applicazione dell'art. 1246 c.c.; salvo solo, ovviamente, il caso del conguaglio dare/avere degli acconti, all'interno del medesimo periodo retributivo, cioè del medesimo sinallagma.

La seconda. Questa linea ha solidi argomenti per essere sostenuta almeno fino al prossimo intervento delle SU.

BIBLIOGRAFIA

- BIANCA 1990 - Bianca C. Massimo, *Diritto Civile, IV, L'obbligazione* - Milano Giuffrè 1990.
- CARINCI 2005 - Carinci Franco, De Luca Tamajo Raffaele, Tosi Paolo, Treu Tiziano, *Manuale di diritto del lavoro. II, Il Rapporto di lavoro*, Torino, VTET, 2005.
- CASTORO 1998 - Castoro Pasquale, *Il processo di esecuzione*, Milano - Giuffrè 1998.
- CICERO 2007 - Cicero Cristiano, *La compensabilità dei debiti che si originano da una medesima fonte* in RCP 2007, 5, 1135.
- GIOVEDÌ 2003 - Giovedì, *Conguaglio dei crediti reciproci fra datore di lavoro e lavoratore* in RIDL, 2004, II, 78.
- GAZZONI 2006 - Gazzoni Francesco, *Manuale di diritto privato*, Napoli, Jovene 2006.
- GRAGNOLI 1994 - Gragnoli Enrico, *Rapporto di lavoro, compensazione e autonomia fra i crediti reciproci* in GI, 1994, IV, 284 ss.
- ICHINO 2003 - Ichino Pietro, *Il contratto di lavoro*, II, Milano Giuffrè 2003.
- NAPPI 1999 - Nappi F., *Contributo alla teoria della compensazione*, Torino, VTET 1999.
- PANAIIOTTI 2005 - Panaiotti Leonardo, *Denunciata alla Consulta come incostituzionale la distinzione tra compensazione propria e impropria, ai fini dell'applicabilità del limite del quinto*, in RIDL 2005, I, 132.
- PERLINGIERI 1975 - Perlingieri Pietro, *Modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in Comm. cod. civ., a cura di Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1975.
- PETRONE 1997 - Petrone M., *La compensazione tra autotutela e autonomia*, Milano, Giuffrè 1997.
- RAIMONDI 2006 - Raimondi Erico, *Alcune considerazioni sulla compensabilità dei crediti da trattamento di fine rapporto* in RIDL 2006, II, 358.
- SATTA 1963 - Satta Salvatore, *Comm. del c.p.c., III, L'esecuzione forzata*, Padova Cedam 1993.
- SLATAPER 1995 - Slataper S., *Rapporti di debito e di credito tra datore di lavoro e lavoratore*, in LG 1995, 728.

VALLAURI 2000 - Vallauri, *Alcune considerazioni sui limiti alla compensabilità dei crediti retributivi e alla loro disponibilità da parte del lavoratore* in RIDL 2000, II, 315.

VALLEBONA 2004 - Vallebona Antonio, *Istituzione di diritto del lavoro*, II, *Il rapporto di lavoro*, Padova, Cedam 2004.

VENEZIA 2003 - Venezia, *Compensazione impropria e contratto di agenzia*, in *Contratti*, 2003, 478.

VIRGA 1991 - Virga Pietro, *Il pubblico impiego*, Milano, Giuffrè 1991.

Abbreviazioni

GC, *Giurisprudenza Costituzionale*

GCI, *Giustizia Civile*

FA, *Foro Amministrativo*

FI, *Foro Italiano*

IP, *Informazione Previdenziale*

LG, *Il Lavoro nella Giurisprudenza*

RCP, *Responsabilità Civile e Previdenza*

RIDL, *Rivista Italiana di diritto del lavoro*

IL MERCATO DEL LAVORO E LA FORMAZIONE PROFESSIONALE IN SICILIA¹

(LA PROPOSTA DI RIFORMA DI CUI AL D.D.L.R. 906 /2004)²

Riassunto - In questo articolo si esaminano le relazioni tra la riforma del mercato del lavoro di cui al d. lgs. n. 276 del 2003, con riferimento alla formazione professionale, e la normativa regionale siciliana. In particolare si propone un primo commento critico al disegno di legge, proposto dal Governo regionale, che aspirerebbe conformare l'offerta formativa in Sicilia alla Strategia Europea per l'Occupazione.

Abstract - This article examines the relationship between the labour market reform by d. lgs. No 276, 2003, with reference to skills improvement, and the Sicilian regional legislation. In particular, it discuss the draft law (by the Regional Government), that aspire to reform the vocational training in Sicily toward the objectives of the European Employment Strategy.

PREMESSA

Linee evolutive

Istruzione scolare e formazione professionale sono due itinerari della costruzione del cittadino che fino ad oggi hanno viaggiato parallelamente, senza scambi o intersezioni significative. Solo gli istituti professionali in qualche modo costituiscono un'eccezione a questa separazione dei percorsi di apprendimento e rappresentano un punto di incontro dei due ambiti formativi: formazione professionale attraverso gli strumenti dell'istruzione scolastica.

Nel quadro del riparto di potestà tra Stato e Regione solo la formazione professionale poteva considerarsi appannaggio della legislazione regionale.

* Professore associato di diritto del lavoro nella facoltà di Economia dell'Università di Palermo.

¹ Rielaborazione della relazione tenuta al Seminario «Riforma "Biagi" e mercato del lavoro in Sicilia» del 22 marzo 2005 e del 21 aprile 2005.

² Annesso in calce.

Lo Statuto speciale siciliano all'art. 17 comma 1 lettera *f*) attribuisce alla competenza legislativa della regione la «legislazione sociale: rapporti di lavoro, previdenza ed assistenza sociale, osservando i minimi stabiliti dalle leggi dello Stato », la «istruzione media e universitaria», lett. *d*) e la «istruzione elementare», art. 14 comma 1 lett. *r*).

In Sicilia, in attuazione della suddetta potestà, la formazione è stata regolata con la legge regionale n. 24 del 1976, tuttora in vigore nonostante si sia più volte tentato di modificarla.

A livello nazionale la formazione professionale viene decentrata alle regioni, già prima della riforma dell'art. 117 della Costituzione, mediante la legge n. 845 del 1978 e già prevista con il d.p.r. n. 478 del 1973.

Successivamente alla modificazione, ad opera della legge costituzionale n. 3 del 2001, dell'art. 117 della Costituzione che, al comma 2 lettere *m*), *n*), *o*), affida alla competenza esclusiva delle regioni le suddette materie - salvo la «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale» - le «norme generali sull'istruzione», la «previdenza sociale».

Il quadro legislativo muta significativamente con le leggi delega n. 30 del 2003 e n. 53 del 2003, con le quali si delega il Governo ad emanare norme regolative dell'istruzione e della formazione con cui realizzare un'integrazione reciproca dei percorsi formativi e una parziale fungibilità di formazione scolastica e formazione professionale.

Con il d. lgs. n. 276 del 2003, attuativo della delega di cui all'art. 2 della legge n. 30 del 2003, all'art. 47, si tracciano i confini della nuova formazione, mentre l'attuazione dei contenuti formativi resta del legislatore regionale, facendo salve in ogni caso (art. 6 della legge n. 53 del 2003) le potestà delle regioni a Statuto speciale.

Con il d. lgs. n. 286 del 2004, attuativo della delega di cui alla legge n. 53 del 2003 si istituisce il «Servizio nazionale di valutazione del sistema educativo di istruzione e di formazione».

Il *nuovo* sistema di formazione-istruzione è tracciato dall'art. 47 del d. lgs n. 276 del 2003 che distingue tre ambiti:

- a) il diritto-dovere di istruzione e formazione;
- b) il raggiungimento di una qualifica professionale;

c) l'acquisizione di un diploma, sia di istruzione secondaria, sia di istruzione universitaria, sia di alta formazione.

Per quanto riguarda il riparto degli ambiti disciplina tra legislazione nazionale e legislazione regionale, gli elementi strutturali dei tipi sono stabiliti a livello di normativa nazionale, mentre la regolamentazione dei profili formativi viene in gran parte rinviata alla legislazione regionale.

I tentativi di riforma della regione siciliana

Introduzione

Nella regione siciliana si è provato a dare attuazione alla direttiva nazionale mediante una serie di disegni di legge regionale, di cui quello più organico, di iniziativa parlamentare presentato nella XIII legislatura con il n. 587 del 2003, è confluito nel d.d.l. di iniziativa governativa n. 906 del 2004 recante la «disciplina del sistema dell'offerta formativa integrata della Regione siciliana».³

Nel corso della XIII legislatura il d.d.l.r. n. 906 del 2004 non è stato approvato, né lo è stato, pur essendo stato ripresentato, nel corso della XIV legislatura.⁴

Il d.d.l.r. presenta molte novità, e sotto alcuni aspetti anche significativi passi avanti rispetto all'impianto della legge regionale n. 24 del 1976, ma anche alcune disposizioni che si presentano di improbabile attuazione e altre di dubbia opportunità, con riferimento all'intento di razionalizzazione della spesa e dell'offerta formativa che la riforma persegue.

Con riferimento alla situazione siciliana la situazione della formazione reale non è delle migliori. Basti pensare che secondo recenti stime⁵ gli addetti alla formazione sono circa ottomila per una spesa,

3 Nel seguito d.d.l.r. ovvero progetto di riforma.

4 Successivamente alla redazione del presente lavoro la legislatura si è conclusa anticipatamente, senza l'approvazione di provvedimenti in materia di riordino della formazione. Nel corso della XV legislatura sono stati annunciati due d.d.l.r. Il cui testo non è disponibile al momento della revisione delle bozze di stampa del presente lavoro.

5 Bankitalia 21 luglio 2008 cit. in *asudeuropa*, Anno 2 n. 31 dell'8 settembre 2008 p. 7 e p. 8; cfr. pure Sciortino, Gilda «La formazione professionale in Sicilia tra buone prassi e ottime maxitruffe in *asudeuropa*, Anno 2 n. 32 del 15 Settembre 2008 p. 3 e p. 6.

interamente pubblica, di oltre trecento milioni di euro annui, con un costo medio di trentasettemila e cinquecento euro per addetto. Le varie centrali formative accreditate dalla regione che distribuiscono occupazione (agli addetti alla formazione) sono circa milleseicento ed erogano ogni anno circa corsi di formazione a cui partecipano circa cinquanta-mila corsisti.

Una massa enorme e informe, spesso finanziata con fondi europei, in cui è difficile riconoscere il prodotto di un sistema formativo.

Su questo tessuto si innesta il d.d.l.r. di riforma della della formazione professionale in Sicilia.

Aspetti topici del d.d.l.r. n. 906 del 2003

Il progetto di riforma si apre con la dichiarazione delle finalità, degli obiettivi, degli strumenti e degli organi responsabili della formazione. Esso intende perseguire una *nuova concezione* della formazione come «sistema dell'offerta formativa integrata» erogatore di servizi relativi tanto all'istruzione quanto alla formazione professionale.

In coerenza con le indicazioni della normativa nazionale, il progetto siciliano si incentra sulla *tipologia della formazione*, per l'attuazione della quale intende perseguire la *competenza dei formatori*, pre-definire la *finalità* e gli *obiettivi* e gli *strumenti* della formazione.

L'intervento pubblico dovrà strutturarsi sulla base di *programmi triennali* e attuarsi sulla base di *piani annuali*.

Tutta l'offerta formativa si basa sulla *Carta dei Servizi Formativi*, mentre a livello individuale vengono previsti il *libretto formativo* e *crediti formativi*.

A livello operativo si prevede, come oramai in voga per molti servizi pubblici, la creazione di una società per azioni *ad hoc*, la « Società del sistema formativo integrato», a cui si prevede di affidare la gestione del «Sistema dell'offerta formativa integrata».

Finalità e obiettivi

L'art. 1 del d.d.l.r. in questione, avente ad oggetto la definizione delle «finalità del sistema dell'offerta formativa integrata», richiama i principi autonomistici e di partecipazione all'UE, impegna la Regione a promuovere la formazione e l'elevazione professionale dei giovani e degli adulti.

Nel solco delle politiche comunitaria e nazionale, che vanno sotto il nome di *flexicurity*, una parola non meno magica di occupabilità, e appunto formazione, il d.d.l.r. si pone un obiettivo di politica economica, in cui lo scopo principale non è l'elevazione professionale per sé, ma la sua strumentalizzazione a un più efficiente e mobile mercato del lavoro. Un mercato del lavoro non più o non soltanto volto a procurare occasioni di lavoro, ma destinato a gestire un sempre crescere numero di transizioni lavorative o formativo-lavorative nel corso della vita attiva del lavoratore.

Al riguardo si prevede che la formazione del lavoratore sia finalizzata a «favorirne scelte autonome e consapevoli, per l'inserimento nel mondo del lavoro, per la transizione tra studio e lavoro o tra le varie forme e i differenti livelli e tipologie di attività lavorative».

La correlazione lavoro-mercato, come luogo di tutela del lavoro, piuttosto che come luogo da cui il lavoro, secondo la concezione ortodossa del diritto del lavoro, deve essere protetto, è predicata dal comma 2 dell'art. 1, in cui si afferma che le politiche del lavoro volte a prevenire la disoccupazione e correlativamente ad agevolare l'inserimento lavorativo, sono perseguite «diffondendo la cultura di impresa e favorendo l'imprenditoria femminile e giovanile». La Regione, inoltre, si impegna a «sostenere azioni positive per le pari opportunità [...] e il reinserimento nella vita professionale [...] di gruppi svantaggiati a rischio di esclusione sociale.»

Rispetto al d.d.l.r. n. 587 del 2003 di iniziativa parlamentare, scompaiono i richiami specifici alla «attuazione degli articoli 3, 4, 35 e 38 della Costituzione, al fine di rendere effettivo il diritto al lavoro ed alla sua libera scelta e di favorire la crescita della personalità dei giovani, degli adulti e dei lavoratori», che meglio davano coerenza e specificità alle opzioni fondamentali di politica del lavoro sapientemente adottate

dal Costituente e incentrate significativamente sulla persona e le sue insopprimibili individualità, per con tutte le graduazioni dell'art. 35, piuttosto che, come invece divisa il progetto governativo, sul *fattore lavoro* o sulla *risorsa umana* o sulla valorizzazione del *capitale umano*; qui la formazione è funzionale a essere meglio spesa nel mercato del lavoro.

In tale senso il d.d.l.r. conta sul «*libretto formativo*» e sui «*crediti formativi*», istituiti e disciplinati rispettivamente dagli artt. 9 e 10.

Il «libretto formativo» registra e documenta «il *curriculum* formativo e i crediti certificati, le competenze di base, tecniche e trasversali acquisite in itinere alla formazione e alle esperienze, di stage e/o tirocinio, realizzate in Italia o all'estero».

I «crediti formativi» misurano le competenze acquisite nei diversi contesti di istruzione, di formazione e di lavoro. Esse sono certificate e valgono quale credito formativo ove rispondano ai criteri stabiliti da una commissione nominata dall'assessore al lavoro sulla base di intese con le istituzioni scolastiche, le università (nel rispetto dei dd. lgs. di cui alla legge delega n. 43 del 2003).

Entrambe queste misure, com'è intuitivo servono a spostare la tutela del lavoratore dal rapporto al mercato. La documentazione delle competenze è necessaria a un sistema in cui la «stabilità» non è un valore né un fine dell'occupazione, quantomeno non è un fine superiore a quello delle «*chances* di occupazione».

Competenza dei formatori

L'idea di spingere un mercato del lavoro regionale così poco efficiente fino a superare le distorsioni monopsoniche sue proprie, in Sicilia ancora più strutturali che dinamiche, è uno scopo assai ambizioso, per il quale il progetto di riforma prevede diverse regole intese a certificare che i formatori siano dotati delle competenze adeguate.

L'art. 11 impone ai soggetti attuatori l'accREDITAMENTO, non necessario invece per la formazione interna e per le università, presso la Società del sistema formativo integrato (art.19) e la creazione di un albo degli enti di formazione (art. 18).

I requisiti per l'accREDITAMENTO dovranno essere stabiliti in sede

amministrativa, tuttavia si prevede che abbiano diritto all'iscrizione automatica gli enti formatori già accreditati dal (Piano regionale dell'Offerta Formativa) P.R.O.F.

Si può ritenere che non saranno richiesti significativi requisiti né tecnici e finanziari né - soprattutto quello che sarebbe stato necessario - requisiti minimi di efficienza ed efficacia dei risultati della formazione finanziata con risorse pubbliche.

Il problema reale della formazione, *specie* come misura di *workfare*, come lascia intendere la premessa del d.d.l.r., non sta tanto (*recte*: solo) nella qualità intrinseca della formazione impartita, ma nello scollamento con le possibilità ri-collocative dell'economia, in un tempo e un territorio dati.

Secondo una ricerca⁶ «il divario Nord-Sud si replica a scuola» ed esso sarebbe addebitabile, tra le altre cause, alle «caratteristiche dell'offerta formativa» e del minore grado di istruzione delle precedenti generazioni. Con riferimento al lavoro la ricerca osserva che «le aziende assumono dopo lo *stage*», poiché l'occupato se lo formano da sé.

Ne consegue che l'investimento in formazione professionale non deve essere mirato all'accumulo di inutili attestati di qualifica, alimentato in Sicilia da un perverso meccanismo concorsuale⁷, ma di cui le aziende non sanno che farsene. Piuttosto le risorse, assai spesso così sprecate, devono essere indirizzate alla formazione di professionalità che siano - contingentemente - richieste dalle concrete necessità occupazionali o ri-occupazionali.

Un passo in tale senso viene fatto nell'enunciazione degli obiettivi (art. 2) attraverso i quali la riforma si propone di fornire servizi integrati al sistema dell'economia siciliana finalizzati all'occupazione attraverso progetti che attivino, fra l'altro, l'incontro tra domanda ed offerta di lavoro e direttamente all'impresa che procede a nuove assunzioni, ovvero che procede a formare o riqualificare i propri dipendenti.

Manca tuttavia la previsione di parametri intesi a verificare che questi scopi siano effettivamente raggiunti e non rimangano le solite vuote enunciazioni, dietro alle quali mascherare, qualche maxi-stabilizzazione; spesso l'unico risultato percepibile tutte le volte che la regione mette mano alla materia.

6 v. sopra nota n. 6 a p. 8

7 La legge regionale 30 aprile 1991, n. 12, recante disposizioni per l'assunzione presso l'Amministrazione regionale, gli enti aziendali ed istituti sottoposti al controllo della Regione; prevede il concorso per soli titoli; a sua volta Dec. Ass. 11/06/2002 dell'Assessore regionale per gli enti locali prevede la valutazione dei titoli.

Allo scopo di rendere effettivamente legata la formazione alle concrete possibilità occupazionali, una norma che subordinasse la concessione di ulteriori finanziamenti o di ulteriori corsi alla dimostrazione concreta della utilità dei precedenti, potrebbe spostare significativamente la barra strategica della formazione professionale dalla conservazione del posto dei suoi addetti alla creazione di reali opportunità occupazionali. Sarebbe già rivoluzionario stabilire che almeno la metà dei corsisti sia stato occupato con contratti regolari e mansioni pertinenti alla qualificazione professionale conseguita in un tempo limite ridotto.

In tale senso si rivela inadeguata la previsione dell'art. 21 sui controlli e la vigilanza. Essa si limita, infatti, a sancire il «controllo e la vigilanza sulla gestione amministrativa, tecnica e finanziaria delle attività formative» senza previsione di alcun indice di efficacia della formazione. Peraltro, il fatto che sia preveduta una indagine «a campione, dagli uffici periferici del lavoro operanti nel territorio della Regione» lascia intendere che non si prevede una significativa riduzione e riqualificazione dei corsi e che non si prevede di prendere in considerazione anche il risultato della formazione nel mercato del lavoro, come misura di *workfare*.

È però vero che un tentativo di razionalizzare l'offerta formativa è costituito dal catalogo della formazione professionale in cui classificare l'offerta formativa e dai conseguenti programmi triennali e annuali. Come vedremo, però, anche «l'accertamento dei risultati ottenuti» non sembra essere messo in relazione con l'ammissibilità a finanziamento di ulteriori progetti da parte dello stesso soggetto formatore.

Strumenti operativi

Catalogo della formazione

Un tentativo di sistemazione organica dell'offerta di formazione professionale è rappresentato dal catalogo dell'offerta formativa. Al riguardo l'art. 13 prevede l'istituzione del «catalogo regionale delle professioni» con il fine di razionalizzare le «qualifiche professionali relative a profili rispondenti al mercato del lavoro.»

La redazione del *catalogo regionale delle professioni* è affidata a un comitato *ad hoc*.

La composizione del comitato suscita tuttavia alcune perplessità, poiché esso è «composto da un rappresentante del Dipartimento regionale della formazione professionale, un rappresentante del Dipartimento regionale Agenzia per l'impiego e la formazione professionale, rappresentanti delle organizzazioni datoriali, rappresentanti delle organizzazioni sindacali e rappresentanti degli enti bilaterali.»

Si tratta di soggetti che sono pesantemente coinvolti nell'attuale assetto di finanziamento pubblico dell'attività di formazione, che perciò difficilmente potrà operare una selezione rigorosa delle attività, effettivamente svincolata dai propri interessi. E' facile prevedere che ci si troverà in presenza di un catalogo fotocopia dell'attuale miriade di qualifiche professionali.

In ordine alla politica per la formazione, il progetto di riordino prevede, condivisibilmente, una programmazione triennale delle «attività corsuali di base, di alfabetizzazione informatica, di alfabetizzazione linguistica, nonché delle attività connesse all'assolvimento del diritto-dovere all'istruzione e la formazione» che tenga conto della densità popolazione e degli insediamenti produttivi per territorio, nonché del «rapporto tra tasso di disoccupazione e tasso di attività», oltre che di criteri elaborati dalla C.r.i.

L'attuazione del piano triennale è affidata all'assessorato regionale del lavoro, che ogni anno approva un piano annuale attuativo del programma.

Il piano attuativo dovrà specificare «obiettivi, contenuti formativi, numero e denominazione degli interventi formativi, modalità di accertamento dei risultati ottenuti.»

In contraddizione con la linea di tendenza che affida alla Società per la formazione la gestione complessiva della formazione è la previsione che riserva al piano annuale attuativo, cioè all'assessore regionale al lavoro, anche la determinazione non solo «dell'ammontare complessivo del finanziamento, tempi di erogazione, modalità di utilizzazione, rendicontazione e restituzione delle somme non utilizzate», ma anche del «fabbisogno di personale direttivo, docente, amministrativo e ausiliario».

Quest'ultima disposizione si rivela particolarmente grave sotto due aspetti. Da un lato perché mantiene fermo il potere clientelare della "politica" in ordine alla "occupazione nella formazione"⁸; da un altro lato, deresponsabilizzare gli enti formatori in ordine all'efficienza, efficacia e qualità della formazione erogata, essendo questa in gran parte dipendente dall'organizzazione degli addetti alla formazione.

Laddove la concessione di finanziamento o la permanenza nell'albo o l'accreditamento venisse subordinata a un indice di valutazione dell'efficacia, costituito da formazione erogata per risorse pubbliche utilizzate, sarebbe interesse del soggetto formatore massimizzare l'utilizzazione delle risorse affidategli.

Anche la «*Carta dei Servizi*» di cui all'art. 7, con cui si individuano «gli indici di qualità dei servizi e i diritti-doveri degli utenti dei servizi di orientamento, istruzione e formazione professionale», in modo vincolante per «gli enti e altri organismi e gli operatori delle azioni previste dai programmi di attività», nulla prevede in ordine alla verifica del c.d. *placement*.

È vero che, come vedremo in coda, il d.d.l.r. affida alla società per la formazione il compito di verificare efficacia ed efficienza dei piani annuali; e che, come abbiamo visto in precedenza (art. 13 comma 5 lett. a), all'accertamento non è riconnessa alcuna conseguenza, n'è previsto alcun regime sanzionatorio nell'ipotesi in cui la verifica non risultasse positiva.

Progetti integrati

Particolarmente interessante è il progetto di integrazione formazione/mercato del lavoro, che a nostro avviso dovrebbe costituire il baricentro delle riforme della formazione e dello stesso mercato del lavoro regionale.

Si tratta dei «*progetti integrati*» (art.14) e degli «*stages* (sic!) *aziendali*» (art. 15).

I primi riguardano i «servizi integrati al sistema dell'economia siciliana, finalizzati all'occupazione attraverso progetti che attivino [...] l'incontro tra domanda ed offerta di lavoro».

Si tratta di progetti che l'assessore regionale al lavoro approva an-

8 Cfr. a Sud d'Europa.

nualmente in funzione della densità popolazione e degli insediamenti produttivi per territorio, nonché del «rapporto tra tasso di disoccupazione e tasso di attività», oltre che di criteri elaborati dalla C.r.i., al pari di quanto è previsto per la programmazione triennale.

Per gli *stage* aziendali che sono considerati «parte integrante delle attività formative», purtroppo, la norma si limita a prevedere solamente alcune disposizioni di contenuto, quali «una fase di preparazione presso il centro di formazione prima dell'inserimento nelle aziende-enti ospitanti», il coordinamento del periodo di inserimento aziendale con l'organismo di formazione, lo scambio, l'analisi e la sistematizzazione «delle esperienze svolte a cura dell'organismo di formazione».

Purtroppo il d.d.l.r. non fa tesoro del pessimo uso che in Sicilia è stato fatto dei P.I.P., che sono serviti solo – nella migliore delle ipotesi – ad accollare al sistema pubblico l'onere economico di una buona parte di lavoro sommerso.

Sarebbero serviti, invece, rigorosi indici di bontà sostanziale-formale dello *stage* per evitare che se ne faccia l'uso distorto dei P.I.P.

Misure di politiche del lavoro

La terza linea di intervento è costituita dal piano delle politiche del lavoro. L'art. 16 dispone che il sistema dell'offerta formativa integrata debba essere orientato a sostenere «la crescita culturale e professionale dei lavoratori dipendenti, dei lavoratori autonomi e degli imprenditori promuovendo interventi volti allo sviluppo delle competenze di base e tecnico professionali, alla qualificazione, al perfezionamento, alla ri-qualificazione e alla specializzazione.»

L'ambizioso programma, che in guisa neo-corporativa, in quanto mette sullo stesso piano le esigenze formative dei diversi soggetti del mercato, non prevede fonti di finanziamento particolari né privilegiate, ma si limita a disporre che le risorse finanziarie disponibili siano destinate alle varie politiche, come per i programmi e i piani, in funzione della densità popolazione e degli insediamenti produttivi per territorio, nonché del «rapporto tra tasso di disoccupazione e tasso di attività», oltre che di criteri elaborati dalla C.r.i.

Va segnalato che il contributo previsto dalla all'articolo 1, comma 1, della legge regionale 9 agosto 2002, n. 9, erogato ai datori di lavoro che assumono a tempo indeterminato, di 4.600 euro per quattro anni per ciascuna unità lavorativa e finalizzato alla formazione iniziale e continua, viene sostituito – inopinatamente - da un contributo *una tantum* pari a 15.000 euro, senza adozione di particolari cautele antifrode.

La società del sistema formativo integrato (So.S.F.I.)

Come anticipato *in limine*, il riordino della formazione fa perno sul trasferimento di risorse e attribuzioni operative a una società per azioni a capitale prevalentemente pubblico; almeno il 51% alla regione e non oltre il 49% a province regionali, università siciliane, associazioni datoriali, enti iscritti all'albo di cui all'articolo 18, in quanto desiderino aderire alla società.

La legge non dispone vincoli statutari, mentre demanda interamente all'assessore al lavoro il potere di stabilire modalità e procedure (cioè Statuto e Atto Costitutivo).

Alla So.S.F.I. s.p.a. il progetto di riforma affida a livello di programmazione la «cura l'analisi periodica dei fabbisogni formativi del territorio regionale e la conseguente individuazione delle figure professionali oggetto dell'offerta formativa» e al livello dell'attuazione il compito di individuare «percorsi e contenuti formativi idonei (interpretando le logiche e le vocazioni di sviluppo locale, attraverso le rilevazioni delle tendenze, delle domande del mercato e declinando quindi l'offerta di formazione in rapporto ai contesti territoriali)». Le sono affidate, inoltre, generiche attività di ricerca.

L'attribuzione più interessante consiste comunque, a nostro avviso, nella «verifica» della «efficacia» e della «efficienza dei piani annuali», anche se suscita forti perplessità che il compito di verifica sia affidato a un soggetto che si palesa *prima facie* privo di qualunque indipendenza di giudizio e sotto alcuni aspetti in palese conflitto di interessi.

Sotto il primo profilo si osserva che la società è controllata maggioritariamente dalla regione, cioè da chi dispone i piani attuativi che la società deve controllare e da un altro la minoranza qualificata è co-

stituita dai soggetti attuatori della formazione. Inoltre, sotto il secondo profilo, rileva che la stessa società «partecipa alla programmazione triennale ed alla pianificazione annuale» e le è affidato il compito di stabilire quali sono «i fabbisogni formativi del territorio regionale e la conseguente individuazione delle figure professionali oggetto dell'offerta formativa» ma poi dovrebbe effettuare la verifica dell'efficacia e dell'efficienza della propria individuazione, programmazione e attuazione.

Se a ciò si aggiunge che il progetto di riforma non stabilisce limite alcuno di competenza e di indipendenza dell'organo esecutivo e di quello controllo, affidando pertanto alla regola civilistica della maggioranza delle azioni o all'autonomia statutaria (che però autonoma non è in quanto è delegata all'assessore al lavoro) la individuazione degli amministratori e dei sindaci, si intuisce che si tratta dell'ennesimo carrozzone pubblico con cui perseguire, con la libertà giuridica dei soggetti privati, le politiche clientelari di distribuzione di "posti", in guisa più agevole di quanto già non sia con riferimento alle varie pubbliche amministrazioni.

Presagio, purtroppo, avvalorato, dalle specifiche disposizioni che la riguardano, con cui si stabilisce che essa «prende in carico i dipendenti degli enti ed organismi di cui alla legge regionale 6 marzo 1976, n. 24 e successive modifiche ed integrazioni, e gestisce il loro impiego e le loro prestazioni coerentemente con le esigenze organizzative e funzionali del sistema formativo regionale, subentrando nei rapporti di lavoro a tempo indeterminato in servizio al 31.12.2002». Benché si stabilisca che essa non può (o non potrebbe) attivare nuovi rapporti di lavoro, è in deroga previsto che la stessa «assorbe a domanda il personale, in servizio alla data del 31 dicembre 2002, assunto con contratto di lavoro a tempo indeterminato dagli organismi inseriti nel piano regionale dell'offerta formativa», «sommministra agli enti ed organismi iscritti all'albo di cui all'articolo 18 il suo personale dipendente (proveniente dagli enti di formazione cessati)» e «attiva gli strumenti per la fuoriuscita del personale di cui al comma 1 dell'articolo 22 ». Una sorte di riedizione della Gepi spa o, a livello regionale, della Resais spa.

Per l'attuazione del nuovo sistema non è prevista alcuna copertura finanziaria.

Annesso

Atti parlamentari - Assemblea regionale siciliana

XIII Legislatura Documenti: disegni di legge e relazioni - Anno 2004

(n. 906)

ASSEMBLEA REGIONALE SICILIANA

DISEGNO DI LEGGE

presentato dal Presidente della Regione siciliana

(CUFFARO)

su proposta dell'Assessore per il lavoro,
la previdenza sociale, la formazione professionale e l'emigrazione

(STANCANELLI)

il 3 agosto 2004

Disciplina del sistema dell'offerta formativa integrata
della Regione siciliana

---O---

DISEGNO DI LEGGE DI INIZIATIVA GOVERNATIVA

Titolo I

Art. 1.

Finalità del sistema dell'offerta formativa integrata

1. La Regione siciliana, nel rispetto del proprio Statuto, della Costituzione e dei principi della Unione europea, promuove la formazione e l'elevazione professionale dei giovani e degli adulti al fine di favorirne scelte autonome e consapevoli, per l'inserimento nel mondo del lavoro, per la transizione tra studio e lavoro o tra le varie forme e i differenti livelli e tipologie di attività lavorative.
2. La Regione siciliana sviluppa e promuove politiche del lavoro per prevenire la disoccupazione, anche di lunga durata, per agevolare l'inserimento lavorativo, diffondendo la cultura di impresa e favorendo l'imprenditoria femminile e giovanile, per sostenere azioni positive per le pari opportunità, nonché per garantire il reinserimento nella vita professionale, in particolare di gruppi svantaggiati a rischio di esclusione sociale.
3. Per raggiungere le finalità di cui al comma 2 è istituito, in Sicilia, il sistema dell'offerta formativa integrata che provvede ad erogare i servizi relativi all'istruzione e alla formazione professionale.
4. La Regione siciliana, in coerenza con le linee di riforma dei servizi per l'impiego e per rendere maggiormente competitivo ed efficiente il sistema del collocamento, si avvale, altresì, delle risorse destinate ai servizi formativi, tramite gli sportelli multifunzionali, coordinati dal Dipartimento Agenzia regionale per l'impiego.

Art. 2.

Obiettivi e strumenti del sistema dell'offerta formativa integrata

1. Il sistema dell'offerta formativa integrata ha i seguenti obiettivi:
 - a) fornire servizi formativi di base agli studenti, agli inoccupati e disoccupati e ai lavoratori privilegiando le attività di alfabetizzazione informatica e linguistica, garantendo il diritto all'istruzione ed alla formazione;
 - b) fornire servizi integrati al sistema dell'economia siciliana, finalizzati

- all'occupazione attraverso progetti che attivino, fra l'altro, l'incontro tra domanda ed offerta di lavoro;
- c) fornire servizi formativi al sistema dell'economia siciliana, direttamente all'impresa che procede a nuove assunzioni, ovvero che procede a formare e/o riqualificare i propri dipendenti.
2. Gli obiettivi del sistema dell'offerta formativa integrata sono raggiunti attraverso i seguenti strumenti:
 - a) formazione professionale a catalogo;
 - b) progetti integrati;
 - c) misure di politiche del lavoro.
 3. Inoltre, la Regione promuove, anche mediante l'assegnazione di contributi, la sperimentazione di mezzi e sussidi didattici, la promozione e la partecipazione a convegni, tavole rotonde, seminari, nonché pubblicazioni in materia.

Art. 3.

Ruolo e funzioni della Regione

1. L'Assessorato regionale del lavoro, della previdenza sociale, della formazione professionale e dell'emigrazione esercita le funzioni di programmazione, di indirizzo e coordinamento, di monitoraggio e valutazione, di vigilanza e controllo, in una visione unitaria e omogenea di tutte le attività formative da realizzarsi sul territorio regionale, indipendentemente dalle fonti di finanziamento.

Art. 4.

Programmi triennali

1. Il sistema dell'offerta formativa integrata è attuato con programmi triennali e piani annuali.
2. Il programma triennale viene redatto a seguito della Conferenza regionale di cui all'articolo 22, sulla base anche delle proposte presentate dalle province regionali e contiene:
 - a) la valutazione analitica delle linee di tendenza della situazione economica, produttiva ed occupazionale della Regione, con riferimento anche ai singoli territori provinciali;

- b) l'indicazione degli interventi volti a favorire lo sviluppo economico e ad incentivare l'occupazione;
- c) i settori economici e produttivi prioritari;
- d) le attività finalizzate all'aggiornamento, qualificazione, riqualificazione e riconversione del personale;
- e) l'indicazione degli strumenti finanziari e la loro distribuzione di massima in relazione alla tipologia di interventi programmata;
- f) l'elenco delle attività formative svolte dai dipartimenti regionali e dalle loro strutture formative, che sono attuate col piano dell'offerta formativa integrata, al fine di offrire un programma d'insieme delle attività regionali.

Art. 5.

Piani annuali

1. I piani annuali attuano i programmi triennali di cui all'articolo precedente, individuando le tipologie di attività, corsuali e non corsuali, programmabili con finalità formative, orientative e di supporto all'intervento lavorativo, nonché ogni ulteriore strumento che dovesse risultare idoneo alla concreta attuazione dei programmi, al fine di offrire una offerta formativa corrispondente alle esigenze del territorio e finalizzata alla razionalizzazione delle risorse.

Art. 6.

Destinatari

1. Destinatari del sistema dell'offerta formativa integrata sono tutti i soggetti, in possesso dei requisiti previsti dai singoli bandi.
2. Al fine di rendere effettiva la partecipazione agli interventi previsti dalla presente legge, l'Assessorato regionale del lavoro, della previdenza sociale, della formazione professionale e dell'emigrazione, nell'ambito della programmazione regionale, può assicurare il diritto di accesso alle attività formative, la fornitura dei supporti didattici e la concessione di borse di formazione, in sostituzione dell'assegno di frequenza previsto dal comma 2 dell'articolo 9, della legge regionale 6 marzo 1976, n. 24.

Art. 7.

Carta dei servizi

1. È l'Assessore regionale per il lavoro, la previdenza sociale, la formazione professionale e l'emigrazione, sentita la Commissione regionale per l'impiego, emana entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, la Carta della qualità dei servizi e dei diritti-doveri degli utenti dei servizi di orientamento, istruzione e formazione professionale, cui devono conformarsi gli enti e altri organismi e gli operatori delle azioni previste dai programmi di attività.

Art. 8.

Accertamento e certificazione delle competenze

1. L'Assessore regionale per il lavoro, la previdenza sociale, la formazione professionale e l'emigrazione provvede, entro novanta giorni dall'entrata in vigore della presente legge, a costituire una commissione per la regolamentazione della certificazione delle competenze, nel rispetto dei criteri e dei principi desumibili dalla normativa nazionale vigente per la specifica materia e dalla normativa europea.
2. È riconosciuto il diritto degli studenti e dei lavoratori, occupati e non, alla formazione permanente, attraverso la certificazione delle competenze acquisite nei diversi contesti di istruzione, di formazione e di lavoro, per favorire la crescita personale e professionale e le pari opportunità, rilasciando certificazioni a valere quale credito formativo.

Art. 9.

Libretto formativo del cittadino

1. È istituito il libretto formativo personale sul quale viene registrato l'itinerario formativo al fine di documentare il curriculum formativo, l'acquisizione dei crediti certificati e le competenze di base, tecniche e trasversali acquisite in itinere alla formazione e alle esperienze, di stage e/o tirocinio, realizzati in Italia o all'estero.

2. Il modello del libretto è definito, entro novanta giorni dall'entrata in vigore della presente legge, con decreto dell'Assessore regionale per il lavoro, la previdenza sociale la formazione professionale e l'emigrazione, di concerto con l'Assessore regionale per i beni culturali, ambientali e per la pubblica istruzione in conformità alle disposizioni statali emanate in materia di scheda professionale dei servizi pubblici per l'impiego.

Art. 10.

Crediti formativi

1. La Regione promuove il sistema del riconoscimento dei crediti formativi, inteso quale valore attribuibile alle competenze tecniche e socio-relazionali acquisite dall'utenza e trasversali al sistema della formazione, dell'istruzione, del lavoro e dell'università.
2. La Regione siciliana, al fine di consentire il riconoscimento a livello nazionale delle certificazioni, dei crediti formativi e al fine di rendere possibili i passaggi tra i sistemi formativi, definisce, attraverso opportune intese tra le istituzioni scolastiche e le istituzioni formative, i criteri per il riconoscimento.
3. L'accertamento e la certificazione delle competenze viene regolamentata dall'articolo 8, secondo quanto previsto dall'accordo quadro tra Ministero dell'istruzione e Regione siciliana del 18 settembre 2003 e valido nelle more dell'emanazione dei decreti attuativi di cui alla legge 28 marzo 2003, n. 53.

Art. 11.

Accreditamento

1. L'accreditamento costituisce formale riconoscimento dei requisiti minimi dei soggetti attuatori, richiesti ai fini dello svolgimento delle attività formative e di quelle collegate.
2. Soggetti coinvolti occasionalmente per l'attuazione di iniziative o per progetti particolari in attuazione di specifiche norme o programmi, possono essere incaricati anche in assenza di accreditamento, in tale caso l'accertamento dei requisiti, avviene di volta in volta in

concomitanza con la valutazione dei progetti.

3. L'accreditamento può essere sospeso e revocato in caso di riscontrate difformità o mutamenti delle condizioni e dei requisiti che ne avevano determinato la concessione.
4. Sono esclusi dall'obbligo dell'accreditamento i datori di lavoro pubblici e privati che svolgono attività formative per il proprio personale e le università.

Art. 12.

Diritto-dovere alla istruzione e formazione

1. La Regione siciliana, al fine di attuare il diritto-dovere all'istruzione e formazione, promuove un sistema integrato di istruzione e formazione all'educazione per almeno dodici anni, ovvero fino al compimento del diciottesimo anno di età, per il conseguimento delle qualifiche e delle specializzazioni, ricorrendo anche a percorsi di apprendistato e sostenendo iniziative di alternanza scuola-lavoro, secondo quanto previsto dalla legge 28 marzo 2003, n. 53 e dalla legge 14 febbraio 2003, n. 30 e successive integrazioni.
2. A tal fine attua azioni congiunte del Dipartimento della formazione professionale e del Dipartimento della pubblica istruzione, secondo quanto previsto all'articolo 4, per consentire agli studenti, che abbiano concluso il primo ciclo di studio, di proseguire il proprio percorso formativo attraverso modalità che agevolino i passaggi e i rientri tra l'istruzione e la formazione professionale e viceversa.
3. Per l'espletamento del diritto-dovere alla istruzione e formazione, nonché per l'acquisizione di un diploma o per percorsi di alta formazione si fa riferimento alle modalità di cui agli articoli 48 e 50 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, attuativo della legge 14 febbraio 2003, n.30.
4. La Regione promuove, altresì, accordi tra le istituzioni scolastiche e le istituzioni formative, le imprese, le associazioni di rappresentanza, le camere di commercio, gli enti pubblici e privati, inclusi quelli del terzo settore, disponibili ad accogliere gli studenti per periodi di tirocinio, al fine di assicurare, ai sensi dell'articolo 4 della legge 28 marzo 2003, n. 53, la realizzazione di corsi del secondo ciclo in al-

ternanza scuola lavoro, come modalità di realizzazione del percorso formativo.

5. È costituito presso l'Assessorato regionale del lavoro, della previdenza sociale, della formazione professionale e dell'emigrazione apposito ufficio per la gestione e il coordinamento del nuovo sistema di istruzione e formazione professionale regionale, l'attuazione dei decreti legislativi di cui alla legge 28 marzo 2003, n. 53 relativi al sistema regionale di istruzione e formazione professionale e per i necessari adeguamenti dei percorsi formativi agli standard formativi minimi nazionali che vengono definiti per il riconoscimento dei titoli, delle certificazioni, dei crediti formativi anche ai fini dei passaggi tra i sistemi formativi.

Titolo II

Art. 13.

Formazione professionale a catalogo

1. La Regione siciliana istituisce, anche ai fini della realizzazione degli strumenti di cui alla lettera a), del comma 2 dell'articolo 2, il catalogo regionale delle professioni, curandone periodicamente l'aggiornamento con l'obiettivo di addivenire al riordino ed alla razionalizzazione delle qualifiche professionali relative a profili rispondenti al mercato del lavoro, nonché ai fini della definizione delle qualifiche professionali, ai sensi della legge 28 marzo 2003, n. 53.
2. Per l'attuazione del comma 1, l'Assessore regionale per il lavoro, la previdenza sociale, la formazione professionale e l'emigrazione, entro novanta giorni dall'approvazione della presente legge, nomina un Comitato composto da un rappresentante del Dipartimento regionale della formazione professionale, un rappresentante del Dipartimento regionale Agenzia per l'impiego e la formazione professionale, rappresentanti delle organizzazioni datoriali, rappresentanti delle organizzazioni sindacali e rappresentanti degli enti bilaterali.
3. Gli strumenti di cui alla lettera a), del comma 2, dell'articolo 2, sono realizzati dagli enti di formazione, iscritti all'albo di cui all'articolo

- 18, individuati tramite procedure di evidenza pubblica.
4. L'Assessore regionale per il lavoro, la previdenza sociale, la formazione professionale e l'emigrazione provvede a programmare, con riferimento al triennio, le attività corsuali di base, di alfabetizzazione informatica, di alfabetizzazione linguistica nonché le attività connesse all'assolvimento del diritto-dovere all'istruzione e la formazione, secondo i seguenti criteri:
 - a) densità popolazione per territorio;
 - b) densità, insediamenti produttivi per territorio;
 - c) rapporto tra tasso di disoccupazione e tasso di attività;
 - d) altri criteri deliberati dalla Commissione regionale per l'impiego.
 5. L'Assessorato regionale del lavoro, della previdenza sociale, della formazione professionale e dell'emigrazione, sentito il Dipartimento della pubblica istruzione, quello della programmazione e gli enti iscritti all'albo di cui all'articolo 18, entro il 30 aprile di ogni anno, approva il piano annuale attuativo del programma, nel quale devono essere individuati:
 - a) obiettivi, contenuti formativi, numero e denominazione degli interventi formativi, modalità di accertamento dei risultati ottenuti;
 - b) ammontare complessivo del finanziamento, tempi di erogazione, modalità di utilizzazione, rendicontazione e restituzione delle somme non utilizzate;
 - c) fabbisogno di personale direttivo, docente, amministrativo e ausiliario.

Art. 14.

Progetti integrati - Disposizioni generali

1. Gli strumenti di cui alla lettera b), del comma 2, dell'articolo 2 sono attivati tramite procedure di evidenza pubblica.
2. L'Assessore regionale per il lavoro, la previdenza sociale, la formazione professionale e l'emigrazione approva entro il 30 settembre di ogni anno, le attività da realizzare attraverso progetti integrati assegnando le risorse secondo i seguenti criteri:
 - a) densità popolazione per territorio;
 - b) densità, insediamenti produttivi per territorio;

- c) rapporto tra tasso di disoccupazione e tasso di attività;
- d) altri criteri deliberati dalla Commissione regionale per l'impiego e la formazione professionale.

Art. 15.

Stages aziendali

- 1. Gli stages aziendali, parte integrante delle attività formative, prevedono:
 - a) una fase di preparazione presso il centro di formazione prima dell'inserimento nelle aziende-enti ospitanti;
 - b) un coordinamento puntuale del periodo di inserimento aziendale, con tutoraggio a cura dell'organismo di formazione e/o a cura dell'azienda in raccordo con l'organismo di formazione;
 - c) una fase di scambio, analisi e sistematizzazione delle esperienze svolte a cura dell'organismo di formazione.

Art. 16.

Misure di politiche del lavoro

Formazione iniziale e continua. Disposizioni generali

- 1. Il sistema dell'offerta formativa integrata sostiene la crescita culturale e professionale dei lavoratori dipendenti, dei lavoratori autonomi e degli imprenditori promuovendo interventi volti allo sviluppo delle competenze di base e tecnico professionali, alla qualificazione, al perfezionamento, alla riqualificazione e alla specializzazione.
- 2. Gli interventi di formazione continua sono realizzati in conformità alle norme comunitarie sui regimi d'aiuto.
- 3. Le misure di politiche del lavoro, di cui all'articolo 2, comma 2, lettera c), sono concessi fino all'esaurimento delle risorse finanziarie destinate ogni anno, secondo i criteri di cui al successivo comma 4.
- 4. L'Assessore regionale per il lavoro, la previdenza sociale, la formazione professionale e l'emigrazione adotta i criteri di ripartizione delle risorse finanziarie disponibili per l'attuazione delle predette misure in relazione a:
 - a) densità popolazione per territorio;

- b) densità, insediamenti produttivi per territorio;
- c) rapporto tra tasso di disoccupazione e tasso di attività;
- d) altri criteri deliberati dalla Commissione regionale per l'impiego.

Art. 17.

Attività formative in aula ed in azienda.

Formazione iniziale in azienda

1. Le misure di cui al precedente articolo prevedono attività formative in aula ed in azienda la cui durata viene stabilita in relazione alla tipologia di qualifica richiesta.
2. L'Assessore regionale per il lavoro, la previdenza sociale, la formazione professionale e l'emigrazione entro sessanta giorni dall'entrata in vigore della presente legge emana le direttive per le attività formative minime in aula.
3. All'articolo 1, comma 1, della legge regionale 9 agosto 2002, n.9, le parole 'annuale pari a 4.500 euro per quattro anni', sono sostituite con le parole 'una tantum pari a 15.000 euro'.
4. Al fine di consentire una adeguata formazione professionale per il personale che viene assunto a tempo indeterminato, si fa ricorso a quanto previsto dall'articolo 1 della legge regionale 9 agosto 2002, n. 9.

Titolo III

Art. 18.

Albo degli enti di formazione

1. Ai fini di realizzare la formazione a catalogo di cui all'articolo 2, comma 2, lettera a) è istituito presso l'Assessorato regionale del lavoro, della previdenza sociale, della formazione professionale e dell'emigrazione, l'albo degli enti di formazione.
2. I requisiti e le modalità di iscrizione all'albo degli enti di formazione sono stabilite con decreto dell'Assessore regionale per il lavoro, la previdenza sociale, la formazione professionale e l'emigrazione, sentita la Commissione regionale per l'impiego.

3. In sede di prima attuazione, vengono iscritti all'albo, su domanda, gli enti di formazione accreditati, inseriti nel Piano regionale dell'offerta formativa approvato al 31 dicembre 2003.

Art. 19.

Società del sistema formativo integrato

1. Per le finalità di cui alla presente legge, va costituita la Società del sistema formativo integrato con lo scopo di innovare il sistema dell'offerta formativa, legandolo alle esigenze del mercato del lavoro. Essa, partecipa alla programmazione triennale ed alla pianificazione annuale, attraverso l'analisi periodica dei fabbisogni formativi del territorio regionale e la conseguente individuazione delle figure professionali oggetto dell'offerta formativa, individuando percorsi formativi idonei, definendo i contenuti formativi di tali percorsi ed interpretando le logiche e le vocazioni di sviluppo locale, attraverso le rilevazioni delle tendenze, delle domande del mercato e declinando quindi l'offerta di formazione in rapporto ai contesti territoriali. La stessa, altresì, realizza attività di ricerca, nonché verifica l'efficacia e l'efficienza dei piani annuali.
2. La Società prende in carico i dipendenti degli enti ed organismi di cui alla legge regionale 6 marzo 1976, n. 24 e successive modifiche ed integrazioni, e gestisce il loro impiego e le loro prestazioni coerentemente con le esigenze organizzative e funzionali del sistema formativo regionale subentrando nei rapporti di lavoro a tempo indeterminato intrattenuti ai sensi dell'articolo 20. Allo stesso personale la società assicura l'aggiornamento e la riqualificazione.
3. La Società di cui al presente articolo va costituita ai sensi del Codice civile, nelle forme della società per azioni a capitale prevalentemente pubblico. Alla Regione è riservata una quota maggioritaria complessivamente non inferiore al 51 per cento, mentre la restante quota è riservata alle province regionali, alle Università siciliane, alle associazioni datoriali e agli enti iscritti all'albo di cui all'articolo 18 che desiderano aderire alla Società.
4. Agli enti ed organismi iscritti all'albo di cui all'articolo 18 è fatto obbligo di fare ricorso prioritariamente al personale dipendente dalla

Società di cui al comma 1.

5. L'Assessore regionale per il lavoro, la previdenza sociale, la formazione professionale e l'emigrazione, con proprio decreto, fissa le modalità e le procedure per la costituzione della Società di cui al presente articolo.
6. La Società di cui al presente articolo cura, inoltre, l'eventuale attivazione di strumenti per la fuoriuscita del personale di cui al comma 1 dell'articolo 22.

Art. 20.

Gestione degli operatori della formazione professionale

1. Il personale in servizio, alla data del 31 dicembre 2002 assunto con contratto di lavoro a tempo indeterminato dagli organismi inseriti nel piano regionale dell'offerta formativa transita, a domanda, nella Società di cui all'articolo 19.
2. La Società non può procedere ad attivare nuovi rapporti di lavoro.
3. La domanda di cui al comma 1 deve essere inoltrata al Dipartimento regionale della formazione professionale, per il tramite degli enti da cui dipendono, entro il termine di sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge.
4. Il personale di cui al comma 3 è soggetto alla disciplina di lavoro di diritto privato e dei contratti collettivi di categoria ed è utilizzato dall'Azienda formativa tenuto conto delle esigenze formative territoriali; lo stesso conserva la posizione giuridica ed economica prevista dal Contratto collettivo nazionale lavoratori degli operatori della formazione professionale, in godimento all'atto del trasferimento.
5. Al fine di assicurare la funzionalità e l'operatività degli enti di cui all'articolo 18 questi, utilizzano il personale amministrativo e direttivo già dagli stessi dipendente.
6. Il personale docente è assegnato con priorità presso gli enti di provenienza.
7. Gli oneri relativi al personale di cui al presente articolo sono a carico della Società; per tale finalità si provvederà alla istituzione di apposito capitolo di bilancio.
8. Dall'entrata in vigore della presente legge è soppresso l'albo degli

operatori della formazione professionale istituito ai sensi dell'articolo 14 della legge regionale 6 marzo 1976, n. 24.

Titolo IV

Art. 21.

Controllo e vigilanza

1. Il controllo e la vigilanza sulla gestione amministrativa, tecnica e finanziaria delle attività formative è effettuata, a campione, dagli uffici periferici del lavoro operanti nel territorio della Regione.

Art. 22.

Conferenza regionale per l'integrazione delle politiche del lavoro, della formazione e dell'istruzione

1. Al fine di concorrere a realizzare l'integrazione tra politiche formative, del lavoro e dell'istruzione, l'Assessore regionale per il lavoro, la previdenza sociale, la formazione professionale e l'emigrazione di concerto con l'Assessorato regionale dei beni culturali, ambientali e della pubblica istruzione e l'Assessorato regionale dell'industria, l'Assessorato regionale dell'agricoltura e delle foreste e l'Assessorato regionale della cooperazione, del commercio, dell'artigianato e della pesca indice annualmente una Conferenza regionale per l'integrazione delle politiche del lavoro, della formazione e dell'istruzione, alla quale partecipano i soggetti sociali e istituzionali attivi sul mercato del lavoro.

Art. 23.

Ufficio speciale e stralcio

1. È istituito, presso il Dipartimento regionale della formazione professionale dell'Assessorato regionale del lavoro, della previdenza sociale, della formazione professionale e dell'emigrazione, un Ufficio speciale stralcio che procede ad esaminare e definire tutte le posizioni degli enti che hanno svolto attività inserite nei piani regionali

dell'offerta formativa, ai sensi della legge regionale 6 marzo 1976, n. 24 e successive modifiche, fino all'entrata in vigore della presente legge.

Art. 24

Abrogazione di norma

1. Ogni altra norma in contrasto con la presente legge è abrogata.

Art. 25

1. La presente legge sarà pubblicata nella Gazzetta ufficiale della Regione siciliana.
2. È fatto obbligo a chiunque spetti di osservarla e farla osservare come legge della Regione

**SOCIAL POLLUTION:
FROM FLEXIBILITY TO EXPLOITED WORK¹
(HERETICAL IDEAS ABOUT FLEXICURITY
TO TACKLE UNDECLARED WORK)**

*Eu vivo a libertade
do solto oprimido
do livre esmagado
num grito engolido*
(to Joachim, anonymous)²

Riassunto - Flessicurezza (*flexicurity*) è la fusione di due parole - flessibilità e sicurezza - in una nuova. Ma la fusione non supera l'ossimoro che è nella parola. In base ai principi del diritto del lavoro e della previdenza sociale la fusione dovrebbe mantenere la flessibilità e la sicurezza in equilibrio. Non è detto, tuttavia, né come tale equilibrio debba essere mantenuto, né qual sia la quantità di risorse finanziarie necessarie per farlo e dove e come esse vadano reperite.

Nel capitolo «*related literature*» il lavoro propone alcuni collegamenti tra le intuizioni e i risultati di alcuni saggi in campi diversi dal diritto e dichiara la linea di ricerca. Nel capitolo «*inside flexicurity*» si studia la *flexicurity* così come definita dal dibattito UE di politica del diritto e di politica economica, nelle sue tre dimensioni: della flessibilità, della sicurezza, dell'equilibrio. Si conclude che vi è un *trade-off* tra flessibilità e sicurezza e il modello non ne consente l'auto-equilibrio. Quindi, nel capitolo «*flexicurity tail side*» si esamina l'altra faccia della "flessicurezza". La si legge cioè con la stessa prospettiva dei suoi teorizzatori ma per evidenziarne gli effetti da essi negletti e contrari alla Carta di Nizza.

Lo studio - senza concessioni epistemologiche, poiché procede, si con

* Associate professor of labour law, 'Università degli Studi di Palermo, Facoltà di Economia - Dipartimento di Scienze Economiche Aziendali e Finanziarie'.

1 This paper, in draft edition, with title «Beyond EU flexicurity. A hybrid model to financing social security: towards 'totalsecurity'» have been discussed at seminar European Legal Integration The New Italian Scholarship, NYU, School of Law, Lester Pollack Colloquium Room, Furman Hall, New York City, May 19-20, 2008.

2 Lyric to Joachim – Brazilian gridadore, a very flexible worker – by anonymous Brazilian student, takes from VIANA 2008. In Italian: Io vivo la libertà / dell'oppresso liberato / del libero schiacciato / in un grido soffocato; in English: I live freedom / of the loose oppressed / of the freed crushed / in a cry swallowed.

una lettura economica ma, dal punto di vista del dover essere giuridico - utilizza per il suo scopo le teorie economiche delle esternalità e degli effetti di distorsione delle imposte. La metafora proposta consiste nel sostenere che mettere a repentaglio la sicurezza sociale sia un danno della stessa natura dell'inquinamento dell'ambiente naturale. Si ritiene che siano esternalità negative, per esempio, gli effetti delle transizioni tra il lavoro regolare (prima comunità) e il lavoro irregolare (seconda comunità) e, correlativamente lo sia la transizione tra lavoro sicuro e lavoro insicuro e ancora tra la sicurezza del posto di lavoro e la sicurezza nel mercato del lavoro, distinguendo le fattispecie dal punto di vista quantitativo a cui tali forme di "inquinamento" sono ridotte, come minimo comune multiplo. Infatti, in linea astratta, nella prima comunità (quella del lavoro regolare) la sicurezza è al massimo grado, mentre nella seconda (quella del lavoro nero) lo è al minore. Così la sicurezza è sempre meno presente dove c'è maggiore flessibilità, o se si preferisce precarietà indotta dalla flessibilizzazione senza correlativa maggiore ampiezza della sicurezza. Il grado "inquinamento sociale" dipende dal punto di equilibrio della flessibilità con la sicurezza. Quindi, in un sistema di sicurezza sociale che consideri la *decent work* un 'bene sociale' esso può essere considerato come bene pubblico e (in effetti lo è). Meglio, noi consideriamo bene pubblico la sicurezza; anche quella all'interno e della flessicurezza. Si ipotizza così che chi produce inquinamento sociale, qual si considera la flessibilizzazione del lavoro, fino alla sua prima precarizzazione e poi sommersione, deve pagare i costi della sicurezza necessaria per suo il ri-bilanciamento. Per le premesse poste si ipotizza che ciò debba avvenire per mezzo di una tassa per la sicurezza sociale. Dopo tutto, gli articoli 31 - 34,1 della Carta di Nizza, in combinato disposto, disegnano un sistema UE con un ambiente sociale diffuso e pulito e puro. In altri termini, a nostro avviso, deve essere sterilizzato - ovvero ridotto, per quanto più possibile - il *trade-off* prodotto dal passaggio tra la prima e la seconda comunità; e al contempo tra contratti standard e non-standard.

Conseguenzialmente, in questo lavoro, si dissente da alcuni teologi della "flessicurezza" che dicono: che 'la fiducia è un prerequisito della flessicurezza'. Infatti, se così fosse la sicurezza da ragione di fiducia nel futuro diventerebbe motivo di fiducia nella flessibilità. Una vera e propria eterogenesi dei fini.

Il saggio propone lo strumento della tassa di sicurezza sociale nel capitolo «*hybridism pathways*» dove pone le basi empiriche e introduce l'idea di una 'tassa di sicurezza sociale' per la lotta contro il lavoro sommerso, per ridurre le esternalità, sostituire la fiducia nel mercato finanziario con una vera e forte protezione sociale. Si aspira dare un piccolo contributo per spezzare il collegamento tra

il lavoro e il finanziamento della sicurezza. Esso mira a dimostrare (anche, ma non solo, in base a una prospettiva economica) come nella flessicurezza il bilanciamento può operare in accordo con l'art. 31 e l'art. 34 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la giustizia sociale, la sicurezza dei lavoratori, allorché le esternalità negative prodotte dal *trade-off* all'interno della "flessicurezza" sia addebitato alla flessibilità. Il concreto della proposta considera di non modificare nulla dei presupposti soggettivi e oggettivi dei benefici, così come dei contributi a carico dei lavoratori. Al contrario, considera che questi aspetti del sistema non debbano cambiare (salvo possibili piccoli aggiustamenti).

Pertanto, la nostra congettura sul sistema ibrido propone di lasciare tutto così com'è, dal lato dei lavoratori e delle prestazioni, ma ipotizza di cambiare i criteri di imposizione dal lato delle imprese – in direzione di tassare il risultato del lavoro piuttosto che il valore del lavoro (retribuzione imponibile).

Con un meccanismo di transizione graduale da vari sistemi in un unico sistema di finanziamento, sulla base del valore aggiunto del lavoro (table 8), meccanismo che sarà vantaggioso per quelle organizzazioni che hanno un alto tasso di occupazione per unità di prodotto, e - indirettamente - in proporzione più oneroso per quelle altre organizzazioni che, direttamente o indirettamente, determinano *dumping sociale* a causa della loro politica di contenimento del costo del lavoro, mediante esternalizzazioni verso imprese o paesi a bassa protezione sociale. Da un lato si prevede di agire sulla base imponibile IVA: aumento del tasso o diminuzione a valle della detrazione IVA. (Sistema fiscale che è già armonizzato in Europa e tra le sue principali fonti di finanziamento). Da un altro lato, sul fronte dell'IRAP, invertendo l'attuale relazione del calcolo della base imponibile con il costo del lavoro. L'effetto dell'ibridazione è unidirezionale. Dovrebbe innescare un ciclo virtuoso volta a ridurre il divario di competitività tra luoghi di produzione intra ed extra UE.

Abstract - Flexicurity is the fusion of two words – flexibility and security – into a new one. Our opinion it cannot overcome the oxymoron that's in the word. According to principles of labour law and social security the fusion should maintains flexibility and security at balance. None said, however how that balance ought to be maintained, either how much financial resources needs or where found it.

The paper -without any epistemology disclaimers, because it makes an economics reading by normative statements - uses externalities and tax distortion effect theories. The metaphor that it uses is the jeopardizing security means damage social environment, as well as

pollution in natural environment does. Indeed, the paper considers externalities, for instance, the effects of two actions. Transition between declared work (first community) and undeclared work (second community) and related transition between job security and employment security.

In abstract line the first it is in the highest degree, the second in less degree depending on both its wideness and its point of balance with security. Hence, a social security system that working at decent level is 'social good' that can be considered as public good – indeed it is. Better, we consider public good the security – also that inside and around flexicurity. Paper says who produces social pollution such as flexibility and undeclared work ought to pay security's costs, this is social security tax. After all, articles 31 – 34.1 Nice's Chart, between them connected, draw as system of EU a widespread social environment clean and pure. In others words must be sterilized - really, reduced as much as more possible - the trade-off between first community and second community - at the same between non-standard and standard contracts. In this paper one disagrees with some flexicurity's theologians that say: 'trust is a prerequisite of flexicurity' Because if so, the security from reason of trust in the future it would become a reason of the trust in flexibility - a true aims' heterogenesis. The paper chooses the social security tax.

And so, in section hybridisms of system pathways it poses the empiric bases to introduces kind of 'social security tax' to fight undeclared work, to reduce externalities, to substitute trust in the market with true and strong financial social protection. Therefore this paper tries to give a little contribution to break link between work and security's financing. It aims to demonstrate (also but not only, according to economics perspective) as flexicurity-balance can work in accordance with art. 31 and art. 34 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, social justice, worker security, whether the externalities inside flexicurity's trade-off will be charged to flexibility. One considers universal like widespread, as well as flexicurity studies consider it. One considers not to change anything about subjective and objective assumptions in benefits, as well as in contribution over workers' wages. - on the contrary one considers must not change (except possibles little adjustments).

Hence, conjecture's hybridisms' substance consist to leave all as it is, on side of workers, benefits' assumptions, exchanging criteria to charge on side of enterprises – towards the direction to charge work's results' value rather than wages. In the example, employees that will have undergone a transition from employment to e.g. self-employment, – indeed former employees – keep in same wages, but

not in insurance tax.

Such as a mechanism of gradual transition from the various systems to a single system of financing, based on the value added of the work (table 8). Mechanism that will be rewarding to those organizations that have high employment per unit of product, and - indirectly - proportionately more onerous for who directly or indirectly determines social dumping as a result of their politics of containment of labour costs. On one side is expected to act on the same tax base of VAT: increase in rate, or decrease in deduction of value added VAT. (Taxation system that is in Europe already harmonised and between its main source of funding.) At same about IRAP.

The effect of the hybrids is the one way. It should introduce a virtuous cycle to reduce the gap in competitiveness between local production and extra E.U.

FOREWORD

The research from which this study takes its title is composed of four parts; in this first part will shed the general path that will be developed in the three successive.

The others three are rated to demonstration of the patency of the conjecture made in the first. They are:

- 1) developing each frame of the Wilthagen matrix comparatively with the Italian regulation and related security. This should be looked at through a triple lens. The first is at the level of regulation - evaluation of the web effect of flexibilisation and of its impact on the supreme values of Constitution and TCE. The second is at the level of security – specific guarantee with its financing and inside trade-off. The third is at the level of trade-off of transition among communities, especially between first and second community. Consequently, as there is the EU of enterprises, it is important to define the EU of ‘secure-workers’;
- 2) investigating the relationship between the need of security and externalities – for example, the hypothesis of a *pigovian social security* tax could be investigated;
- 3) development of a model to simulate the financial effect of transition towards the hybrid model.

This paper will discuss only the first.

Introduction

In recent years the debate in Italy on flexibility is increasingly directed towards the pursuit of flexibility models borrowed from northern, despite the EES states that there is no model of flexicurity to fit one.

Flexicurity is a matter with many important implications. One of these clearly relates to finding a point of balance between flexibility and security, according to the basic principles of labour law and social security.

Here we simply identify the common relaxation of the rules of employees protection as an epiphenomenon, regardless of the legal frame and without any ethical or legal proceedings in value or performance.

Under the paradigm of flexicurity, that is the balance between flexibility and security, this study considers the assumption that maximum flexibility to match the greatest need of social security and vice versa. So move along the axis of flexibility and generate corresponding proportion of social security needs. The problem that arises is who, how and what should finance the social security necessary to balance the introduction of flexibility or to balance the removal of protective rules.

To conduct the study will use two parallel schemes of analysis and comparison.

The first scheme of comparison is the undeclared work. It takes as a system in which the lack of protective rules and where flexibility in job is achieved at the highest level. Simultaneously it is a system that lack any rules of protection and social security. This environment is called the *second community*³, for opposition to that legal that is named the *first community*. It is assumed, naturally, as a model in which - at a time and a location given - flexibility and security balance to a default taken.

How more you move away from the default value of balance, with detriment of social security, especially as you are approaching the second community. This loss of social security caused by introduction of flexibility, or by removal of protection rules, is taken as negative externalities of the default and balanced system of social security. Similarly, the introduction of some form of increasing of social security are considered as positive externalities respect to of default and balanced system of social security.

3 Zoppoli 2007

Here play the second scheme of comparison, properly face to internalisation of externalities. The balance at default data of the social security system is considered as it were a general public good as clean environment, that is respectively, or threatened or protected by increase or by decrease in flexibility.

Therefore, you assume that the burden of protecting the public welfare should not limited to the category of those directly concerned, namely employers and employees, but to the whole community.

It is proposed to compare the natural environment and social environment, treating one another. At the same, *pollution of the natural environment* caused by dumping and spills of pollutants is treated as pollution of the social environment resulting from introduction of flexibility or removal protection.

At this point the undeclared work (the second community) and the environment become polluted overlap, as well as the employ (first community) and the clean environment. At the same time become overlapping of actors, social and environmental issues, and vice versa.

Consequently, they become overlapping policies remediation (environmental and social) and the criteria for identifying individuals who suffer or benefit of externalities positive or negative respectively produced by remediation measures to the adoption of non-polluting.

Introductory statements

Three questions are embedded in the title⁴. First, why «beyond» flexicurity, given that the implementation of flexicurity is still in progress, if not at a starting point? Second, why «total-security»? If the flexicurity is not completely definite yet, why do we need a new neologism and what is its meaning? Third, what does it mean a social security's financings' hybrid model? What does it have to do with ELINIS? In the following, we will answer these questions one by one.

Firstly, flexicurity seems to be the most recurring word in the EU debate with respect to the modernization of labour law. Yet, flexicurity (as well as all neologisms), despite every effort to define it and to

4 With reference to the title, see advice in footnote 2 above, p. 1

conceptualize it, remains a theme with several unresolved implications. Indeed, the fusion of the words flexibility and security into a new one, does not imply the fusing of the two respective concepts into a new one, eliminating all the possible implicit contradictions between the two.

Hence, in our opinion, the oxymoron that is in the word cannot be overcome⁵. So, we believe that with flexicurity security could remain something to be implemented in the future, rather than the underlay of 'high quality labour market participation and social inclusion' (Wilthagen – Tros 2004). Accordingly, it could be the cause of distortionary competition among work contracts and countries and could be detrimental of social justice. This is why we propose moving beyond flexicurity towards «totalsecurity».

What does totalsecurity mean? Plainly, it just means security. As such, security is not even in an hypothetical balance with flexibility. Indeed, the balancing of the two requires continuous efforts to achieve the 'adequate adjustment to changing conditions in order to maintain and enhance competitiveness and productivity' (Wilthagen – Tros 2004); also, flexibility of employment by non-standard contracts, influences and depresses the security's financing sources. So, at the balancing point between flexibility and security, rather than a closer distance between the security of atypical and standard contracts, there could be a larger divide⁶. Moreover, any flexicurity does not seem to be able to fight undeclared work (wild flexibility).

'Total-security' is the hypothesis of a model that is indifferent, in order to financing or to pursuing the social security, to the nature of the job-contracts and employment, where undeclared work is charged social insurance taxes⁷. So that security will be the underlay of every kind of employment. In this paper, we will provide an incipit that this can be achieved thanks to a hybrid model of social security financing.

What is the relationship with E.L.I.-N.I.S. is the third question. For many reasons, it is useful to discuss about ELINIS and the hybrid model. We will only focus on two, one related to the ELI and the other to the NIS.

⁵ Ales 2008a

⁶ See, Flexicurity pathways, June 2007, European Expert Group of flexicurity; COM(2007) 803 final/2 (Part V)

⁷ A such kind experience was recently made in Italy by fairness' index. One less recent was «tabelle ettaro-coltura» as agriculture index. (...) Yet, the question that today we want to address is a matter of assumptions. Who flexibility's benefits, rather than who employs workers, must pay social security contributions. The two studies are both by European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions

Firstly, with respect to ELI, flexicurity, as ruling of labour markets, involves many different systems and wants to become a tool of European Legal Integration.

One drawback of flexicurity is that «there is no ‘one side fits all’ solution for all which can be transferred readily from one country to another⁸» (Vemeylen – Hurley 2007). Well, it has been observed by Davies (2006) that ‘it’s not about levels of welfare. States can still regulate and use taxation to ensure universal coverage. It’s about institutions and borders. Provision is being fragmented and de-nationalised. It remains to see how far this will go, but the trend is for Member States to encourage the process by themselves stimulating more diversity and freedom of provision, and so creating a proto-market which EU law then takes further⁹.

Indeed, European social law is living a new era (GIUBBONI 2007) even though we are far from a EU wide level model in accordance with articles 31.1, 34.1 of the Nice Chart.

Secondly, with respect to NIS, how can we justify a study across economics and law in a paper by a labour lawyer? Truly, there is only a little bit of economics, just the necessary. Indeed, we will use the same layers of flexibility - starting from the same context - to prove that in this case the «invisible hand» fails¹⁰. Therefore, economics will be not main subject, but only the starting point of this paper: changing the ‘idea’ of system of security with reference to our empiric hypothesis in both economics and law, as antidote for poisoning by free trade and related ‘law and economics’ approaches. Safety, security, equity, equality, and social justice are the soul, aim, rationale of labour law.

Some starting Issues

How we shall see later, flexicurity is an ambiguous term - it is more an ambiguous concept than an ambiguous word.

Starting from the definition due to Wiltgagen an Tros (2004), flexi-

8 It is singular how this quip in *Flexibility and Security over life course* (2008) has become “one side fits all” ... policy in not likely approach’. Sentence in the text sounds like an invitation toward regulatory policy at EU level. Sentence here above sounds like an invitation toward abstention of law.

9 Although we disagree with some of his conclusions in order to welfare’s services, we agree in order the need to harmonize welfare.

10 Even whether it has not said expressly, it is logically alleged to aim of following competition and globalization needs.

curity has been described as: “a degree of job, employment, income and combination security that facilitates the labour market careers and biographies of workers with a relatively weak position and allows for enduring and high quality labour market participation and social inclusion (*such as security*¹¹), while at the same time providing a high degree of numerical (both internal and external), functional and wage flexibility that allows for labour markets’ (and individual company’s) timely and adequate adjustment to changing conditions in order to maintain and enhance competitiveness and productivity’ (*such as flexibility*¹²).

This definition, very often used in EU documents¹³, very clearly and by itself leaves intact the double soul of flexicurity; does not add anything new to the sum of the two, if it does not actually subtract something by trade-off.

The surveys and papers and pathways produced by committees that have faced this issue¹⁴, and also some acts of the European Commission¹⁵, seem to bypass the problem, rather than deal with it - they seem deaf to the labour lawyers outcries (CARUSO - MASSIMIANI 2008, PERULLI 2008, ZOPPOLI 2007, ROCCELLA 2006, 2007, BELLAVISTA 2008, 2007a 2007b 2007c, and many others). The light side of flexibility, (e.g. women’s employment growth) has been deeply investigated; instead, its dark side (e.g. low wage, lower wage than standard work) has been greatly overlooked¹⁶. Whilst is clear that the labour market needs flexibility-especially on the side of employers¹⁷; it is not yet clear what level of security the market should (must) have.

Indeed, Italian¹⁸ labour lawyers¹⁹ considered already a mistake – or at least without evidence²⁰ - the relaxation of existing employment protection rules, contained in the Green Paper on Modernising labour

11 Our *cursive*.

12 Our *cursive*.

13 For a complete reconnaissance of word’s use, at least see Caruso Massimiani 2008

14 Long list can find on http://ec.europa.eu/employment_social/employment_strategy/flex_meaning_en.htm, http://europa.eu/agencies/community_agencies/eurofound/index_it.htm, <http://www.ees-italy.org>.

15 As Employment in Europe report, chap. 2, SOC/303 above in the at footnotes.

16 See, for instance, *Flexicurity and Security over life course* 2008, *passim*.

17 Generally called company in lexicon in sociologists’ and economics’ surveys.

18 At the same, ‘Posizione italiana sul Libro Verde della Commissione Europea sulla modernizzazione del diritto del lavoro’, Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale, aprile 2007.

19 See, *I giuslavoristi e il Libro verde «Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XX secolo»* at ZOP-DELFI 2008.

20 See, Roccella 2006.

law to meet the challenges of the 21st century (COM(2006) 708 final), as an «automatic» solution to improve employment as a consequence of improving competition and competitiveness²¹, without considering matters in accordance with the fundamental rights of workers contained in the ILO, ONU, and EU Charts: working hours, annual period of paid leave, unjustified dismissal, equality, etcoetera²².

Although flexicurity is known in the European policy debate for maintaining the flexibility-security balance, it is not known the starting point of balance, that can be maintained adding or subtracting flexibility or security. It is not specified how that balance ought to be maintained, or how many financial resources are needed and where they can be found²³. Moreover, flexicurity does not say how much each dose of flexibility or security weighs. So that balancing becomes impossible.

Each country can adopt its own point of balance, so that there can be large flexibility in one and ghost security in another. Indeed, whilst flexibility is free and therefore «expansive», security is expensive therefore «narrow». This is exactly what is happening nowadays. For instance, one can consider two cases.

A first example is that of the Central-Eastern European countries, where there is not - substantially - much social protection. They have lost that of the communist system and have not acquired any alternative form of social protection²⁴. Labour law is still very weak²⁵.

A second example is the Italian case. With the d. lgs. 276/2003, also known as the Biagi Act, 'Italy has initiated an ambitious process for the radical reform of labour market' (TIRABOSCHI 2005), where betraying

21 Nowadays, «Those of us who have looked to the self-interest of lending institutions to protect shareholders' equity, myself included, are in a state of shocked disbelief.» [...] «Yes, I've found a flaw. I don't know how significant or permanent it is. But I've been very distressed by that fact.» Alan Greenspan an interview by Edmund L. Andrews. New York Times (October 23, 2008).

22 See above footnote 13.

23 At same, for instance, also Opinion of the European Economic and Social Committee on the Proposal for a Council Decision on guidelines for the employment policies of the Member States (under Article 128 of the EC Treaty) COM(2007) 803 final/2 (Part V) – 2007/0300 (CNS) where you read, amongst many, 'The Committee reiterates the need for: - increasing employment security and preventing "insecure employment traps", inter alia, by ensuring that the unemployed are not obliged to take on jobs offering no security, by combating undeclared work and by preventing the exploitation of workers employed on short-term contracts; -measures to modernise and improve, where necessary, the social safeguards attached to non-standard forms of employment; - a balance between working time flexibility and worker protection should be pursued. On flexicurity add 'The Committee has made the following proposals: ...requires a solid context of rights, well-functioning social institutions and employment-friendly social security systems to back it up.'

24 Deeply/widely Anastasi 2008.

25 For instance, see Bulgaria case, PANOVA 2008.

the promises of the 'Libro Bianco' (White Paper), did not either implement security nor increase funds for it (BELLAVISTA 2007a, 2008).

Therefore in this paper, we shall try to give a small contribution to breaking the link between employment and security financing. We aim to demonstrate (also, but not only, according to the economics perspective) that flexicurity-balance can work in accordance with art. 31 and art. 34 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, social justice, worker security, if the externalities inside the flexicurity trade-off will not be at the expense of flexibility.

*

In the related literature section, we will present the connections among insights from different fields and assert our contribution.

In the section flexicurity inside, flexicurity will be studied, as it has been laid down in the EU policy debate, in its three dimensions of flexibility, security, and balance. Our conclusion shall be that the trade-off between flexibilisation and security cannot be not balance that easily.

In the section flexicurity's tail side the other side of flexicurity will be read through the same lens of its theoreticians to disclose the neglected effects, and a new reading in accordance with Nice's Chart will be proposed.

In the section hybridisms of system pathways, the empiric basis will be posed to introduce a kind of 'social security tax' to fight undeclared work, to reduce externalities, to substitute trust in the market with true and strong financial social protection.

Related Literature²⁶

Related literature...

Several studies on occupational, earnings, employment conditions, security, flexibility, undeclared work exist in different fields (e.g. law, economics, sociology, policy), but not all are related one another. In this paper we consider some suggestions among many, and in particular,

²⁶ With available time this draft has never been born without the work of complete accurate and timely update of Flexicurity dossier by Massimiani <http://www.unict.it/labourweb/>. References are so many that is impossible consider all. A set of those, between gray and scientist literature are there.

from the law studies of Zoppoli (2007), Bellavista (2007a, 2008), Perulli (2008), Giubboni (2007); from the economics papers of Oropallo and Proto (2006, 2006a) about the impact of social charges' reduction on enterprises and households; from the sociological perspective of Karpinen and Bushak (2008, edited by), and Vemeylen and Hurley (2007) about flexicurity in the EU, last but not least from Wilthagen and Tros.

... *in our plot*

All these studies, though very different, reveal implicit connections in our plot. Economics and law can dialogue (PERULLI 2008) very well without subjecting one to the other, beginning with the common idea of 'social cooperation in which the supreme values and rights of its members confront themselves one another, in a sign of weighting and balance'²⁷.

This new way translated in rules, at the EU level, means setting up 'some form of direct social redistribution' to reduce 'the distortionary risks due to competition and arising from huge differences in social protection standards in Europe now «at²⁸ Twenty-seven.²⁹» (GIUBBONI 2007)' In a few words, equity in front of all - all around the Union.

High rates of undeclared workforce are like a '*second community*'³⁰ where are in force different rules compared to the ones known and applied in the rest of the EU.' (ZOPPOLI 2007). This kind of «*second community*» depending on economics factors, produces a trade-off both among countries and between itself and «first (legal) community» and among security and *wild market*. We can define this trade-off it as «*social pollution*». If so, and this is the case, we doubt the effectiveness of the remedies suggested by Zoppoli (2007), who affirms that the undeclared workforce reduction should be gradual, at the sectoral and local levels. On the contrary, as it has been insightfully written, this kind of remedies has been already experienced in the past and it has failed. Indeed, 'one should exclude any form of benevolent tolerance, justified by the fallacious idea that the black economy might be a way of survival. (BELLAVISTA 2008)'

However, one could accept the idea of gradual surfacing, in which

27 Ghezzi 2004 quoted by Perulli 2008.

28 See - quoted on Giubboni 2007 footnote 66 - Farina 2005 and Farkas - Rimkevitch 2004.

29 On theme, see also Anastasi 2008.

30 In English in the text.

only 'activities that have the possibility of [...] consolidation in the legal market' will be safe, without implicit 'acceptance of the value, more or less positive, of any form of submerged [economy] (BELLAVISTA 2008)', provided that this occurs within a well defined time frame. Then, those pathological and regressive forms for which illegality is considered a prerequisite to remain competitive (see, BELLAVISTA 2008) should be severely repressed.

Yet, as well as the conditions of hardship that occur by 'derogation of legal precepts' must not be 'considered worthy of a solidarity (BELLAVISTA 2008)', at same time it is necessary to eliminate its causes at root. Indeed, that is for sure - whether a reason exists among the others - the reason why the «undeclared» is considered much more advantageous than the «declared». If so, as it seems, the sole severe control is an ineffective remedy in the long term. Of course, since it is so widely diffused that it is almost impossible to fully discover³¹ and repression does not remove its causes, it could sooner rather than later come back. The bet is to break the link between «undeclared» and «advantage». This means to sterilize - or at least, reduce as much as possible - the trade-off between *first community* and *second community* - and the same between non-standard and standard contracts.

Research guidelines

(A comparative kind between undeclared work and flexible work in the dynamics of trade-off)

It is impossible to deny that the private advantages of undeclared work represent negative externalities as well as an illegal cheaper agreement between employer and employee³². That is for sure, and we agree with the thesis of the heaviest repression and the strongest fight against those employers who customarily use it, but we think that it is not an effective remedy both because of the phenomenon size and diffusion and the need to remove its causes. This is what is required to all kinds of labour markets (from the most to the least flexible) in order to be fully operating.

Consequently, the reduction of the externalities of undeclared work means reducing un-security and - its advantages too. So that, the

31 For deeply and widely analysis, see insight analysis by Garilli 1994.

32 At the same Bellavista 2006 and Bellavista 2002, yet

reduction of the size and diffusion of the undeclared workforce – and its advantages - means relatively more and more controls.

We think that the illegal agreements advantages are much more an effect rather than a cause of the choice to turn into the *second community* - at least in most kinds of undeclared work. The latter is an extreme kind of flexibilisation, and as such studying it can help us to understand also the trade-off in the flexicurity.

Because competitiveness and competition are separate in the TEC «you can argue that competitiveness of the Community grabs social protection and promotion of employment» (BELLAVISTA 2006), placing them as limits to the EU competition regulation. So that, in this field, a new balance of economic policy can be pursued based on equity, without ‘forcing’ the community’s legal frame³³ - disclosing the relationship between undeclared work and flexibility. We can now move into analysing flexicurity.

Inside flexicurity

What is magic in Flexicurity?

A first approach to flexicurity gives us a feeling of dizziness. You can see it, hear it, at times you can almost touch it, but you will never know where it will be tomorrow, because you cannot find its foundation. Flexicurity is just an hypothesis³⁴, with its natural contradictions, that are forgotten rather than fixed. So that, the subject of demonstration - how flexibility plus security balances in flexicurity - has been shown as true and it has become prolegomena of itself.

Due to subject and time constraints, it appears inappropriate to refer to all. However, for the topic of matter, it seem more relevant to describe the confusion of plans in flexicurity. We look at the three themes it involves: flexibility, security, balance.

Flexibility

Flexibility comes with two different meanings often opposite – from the perspective of employees or employers. For employers, flexibility as

33 In such meaning Bellavista 2006 and Roccella 2006, also as quoted in the first.

34 Despite massive literature exists on theme it is so ongoing, far from any definitive result.

consequence of 'de-standardisation of employment contracts and diversification of working time arrangements is driven by companies' requirements for greater flexibility and adaptability to market constraints³⁵. For employees, for example, flexibility could help the 'ageing of the European population, increasing labour market participation of women, prolonged education and changes in the way households now allocate their time and income - all these trends trigger the need for more flexibility for employees, too³⁶'. These two meanings can not overlap. Otherwise, one could make of a part a whole. That is to confuse the patch to the system in order to adjust the legal framework to the new needs of a section of people with the system itself.

These meanings are very different from the expected. The employee expects 'to have an adequate level of security as to their employment, income and career advancement'. Yet, that is not the same for the employer. It is not true that the employee and the employer want always the same thing, nowadays³⁷.

In the first place, the relationship between employment and labour market rules is treated as quantitative rather than qualitative, where employment is inversely proportional to labour market rules, and, labour market rules are considered inclusive of job rules and job security rules³⁸.

Then, these approaches are very similar to those that underlie the 'Green Paper', but in almost no setting, the several critical observations that have been moved on it, for instance, by Italian Labour Lawyers³⁹ and Spanish MEDEL⁴⁰ are discussed.

35 That survey studies the effects of men's and women's transitions among several status over life course by European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions edited by Muffels, Chung, Fourage, Klammer Luijckx, Manzoni, Thiel, Wilthagen. This foundation is an autonomous body of the European Union, created to assist in the formulation of future policy on social and work-related matters. www.eurofound.europa.eu. However, on this positions as well as similar others, by a statistical sociologists essays only, and more and more without keep in account any legal framework, are based assertion of inverse relationship between labour market regulation and rates of employment. The aim of this study is to demonstrate how transition from job security's to employment security's, where there was it had been thing 'just and good'. As we shall see better below, survey in its enthusiastic streaming of effect of flexibilisation, as good as hypothetic, does not keep in account all consequences by one of its quips according to is not 'one size fits all'.

36 See, footnote above.

37 This idea, instead of new is old; it has been always experienced in the 1920th, in Italy by Mussolini's Chart of Labour and its item - it failed. Why tries it again?

38 As known, there is no evidence this relationship is true. E.g. in Italian literature see Roccella 2006 and OECD breaks down there quoted.

39 See in footnotes above *I Giuslavoristi...*

40 Magistats Européens Pour la Démocratie et les libertés – MEDEL, Barcelona 2 marzo 2007.

Secondly, relationships between flexibility and security may be both positive and negative, as it is described insightfully⁴¹. For instance, consider the matrix in table 1:

Table 1

Table 1: *Wiltghen Flexicurity matrix*

Flexibility	Security	Job security	Employment security	Income security	Combination security
External numerical flexibility	<ul style="list-style-type: none"> ■ Types of employment contracts ■ Employment protection legislation ■ Early retirement 	<ul style="list-style-type: none"> ■ Employment services/ALMP ■ Training/life-long learning 	<ul style="list-style-type: none"> ■ Unemployment compensation ■ Other social benefits ■ Minimum wages 	<ul style="list-style-type: none"> ■ Protection against dismissal during various leave schemes 	
Internal numerical flexibility	<ul style="list-style-type: none"> ■ Shortened work weeks/part-time arrangements 	<ul style="list-style-type: none"> ■ Employment protection legislation ■ Training/life-long learning 	<ul style="list-style-type: none"> ■ Part-time supplementary benefit ■ Study grants ■ Sickness benefit 	<ul style="list-style-type: none"> ■ Different kind of leave schemes ■ Part-time pension 	
Functional flexibility	<ul style="list-style-type: none"> ■ Job enrichment ■ Training ■ Labour leasing ■ Subcontracting ■ Outsourcing 	<ul style="list-style-type: none"> ■ Training/life-long learning ■ Job rotation ■ Teamwork ■ Multi-skilling 	<ul style="list-style-type: none"> ■ Performance related pay systems 	<ul style="list-style-type: none"> ■ Voluntary working time arrangements 	
Labour cost/wage flexibility	<ul style="list-style-type: none"> ■ Local adjustments in labour costs ■ Scaling/reductions in social security payments 	<ul style="list-style-type: none"> ■ Changes in social security payments ■ Employment subsidies ■ In-work benefits 	<ul style="list-style-type: none"> ■ Collective wage agreements ■ Adjusted benefit for shortened work week 	<ul style="list-style-type: none"> ■ Voluntary working time arrangements 	

See for example http://ec.europa.eu/employment_social/employment_strategy/pdf/emco_workgroupflexicurity06_en.pdf

Even though the matrix considers many relationships between flexibility and security, it does not consider differences both inside the category of flexibility and inside the category of security. These simplifications have repercussions on the differences among the relationships between flexibility and security. So, any mix between flexibility and security becomes replaceable with another. In any item of the matrix, the network effects (interactions) are not considered (e.g. about the degree of self-defence effectiveness). Therefore, the Wiltghen matrix does not consider possible trade-offs.

So, the negatives have been early forgotten - so the relationship between flexibility and security, now known as flexicurity - has become eminently positive⁴².

41 See e.g. Muffels and O. 2008, p.3 where is said 'However, in practice it might be that the relationship can be negative and that more flexibility jeopardises the attainment of employment security, which implies a 'trade-off' between the two elements'. But below to the and there was not came any consequence.

42 For example, more and more in Muffels and O. 2008 (edited by), p.3 where is said 'Allowing flexible working time arrangements for workers to combine working and caring or education activities is likely to have a positive effect on motivation, effort and productivity. If workers are granted more working time options, this will enhance their employability and flexibility, and will improve their chances of

Hence, let us consider now the scheme in table 2:

Table 2

	Short-term	Long-term
Decommodification	Temporary income to protect people from precarious situations (e.g. unemployment benefits)	Continuation of income in the case of structural or long-term events (e.g. disability benefits, pensions not linked to previous labour market activity)
Employability	Re-employment, 'secondary status' contracts such as fixed-term contracts, integration schemes in companies	Development of personal projects that are not necessarily immediately profitable in the short term on the labour market, skills development

Source: *Vielle and Walthery, 2004, p. 85*

The frame *Employability* plus *Short-term* shows fixed-term contracts as 'second status'. Switching to the *Long-term*, the following step is not non-standard contracts, as you would expect, but 'personal project ... not necessarily immediately profitable' – *id est*: a trade-off.

Also, the frame «*decommodification*» appears untrue. Switching from *Short-term* to *Long-term*, the frame shows benefits, such as pension, not linked to work (e.g. flexibilisation), linked to disability, but not linked to long-term unemployment.

Thirdly, flexibility means many different things – sometimes opposite – depending on who speaks and when or where she speaks. Yet, the followers of flexicurity are used to treating its meaning as if it were unique.

For instance the table 3 below about the sociological approach explains very clearly what are the typologies and various forms of employment contracts and work flexibilisation, e.g. as in table 1.

staying employed and better protect their income and employment over the life course. On the one hand, the increasing proportion of flexible employment contracts implies that workers have more opportunities to realise their working time preferences. On the other hand, the spread of flexible contracts may just mirror the unfavourable employment prospects for people for whom flexible contracts are second-best solutions or substitutes for a permanent employment contract.'; and p. 13 'Furthermore, it can be assumed that, in many cases, working time needs are not stable over the working life but might change due to people's changing personal and household conditions, their increasing age or changes in financial situation and individual preferences.' And so paper-course! At the same, about many many others sociological and economics studies. See, footnote at p. n. 27/13, for references.

Table 3

	Internal labour market	External labour market
Quantitative or numerical	Flexibilisation of working hours	Flexibilisation of contracts
	Part-time work plus variations	Temporary agency work
	Overtime	Casual job
	Second and third job	Temporary job
		On-call labour
	Flexibilisation of working time	Hourly contract
	Shift work (day)	Insourcing and outsourcing
	Variable working times (day)	Work as (sub)contractor
	Weekend work (week)	Homework
	Flexible working time (year)	Labour pooling
Working time accounts (short, long-term)		
Career breaks, parental leave, other (life course)		
Flexible pensions (life course)		
Qualitative or functional	Flexibilisation of labour input ('employability')	Flexibilisation of labour force
	Occasionally employed	Knowledge worker
	Multi-skilling and multi-tasking	Detachment of workers
	Task and job rotation	Freelance work
	Task and job enrichment	Advising/consultancy work

Source: Muffels and Oth. 2008 (partly derived from Ester, Muffels and Schippers, 2001)

Table 3 in spite of one important assumption of flexicurity, according to which 'workers have more opportunities to realise their working time preferences', shows that flexibility works only on the side of employers. As it can be seen, the table shows many ways and combinations of flexibility, but nothing regarding security.

Security

The second terms of the balancing, according to the flexicurity model, is not less problematic than the first. On the contrary, security is much more problematic and important compared to flexibility.

It is more problematic because security's ideals, models, and concepts are very different among countries; but especially because security is not free, and indeed it can be very expensive.

It is more important, because it underlies labour market's rules relaxation; so that without it flexibilisation might not be possible. Likewise, security plays the role of a parachute, so that bystanders are not alarmed themselves from the fall from the Olympus of job security into the magma of employment security.

Really, the connections between flexibility and security are shown in Table 4

Table 4

Flexibility and security nexus

Flexibility-security	Job security	Employment security	Income security	Combination security
Numerical-external	X*	X	X	X
Numerical-internal	X*	X	X	X
Functional				
Wage or pay flexibility				X

*Job security is partially covered since only information on occupational status and changes therein is available. However, workers might change jobs without changing occupation.

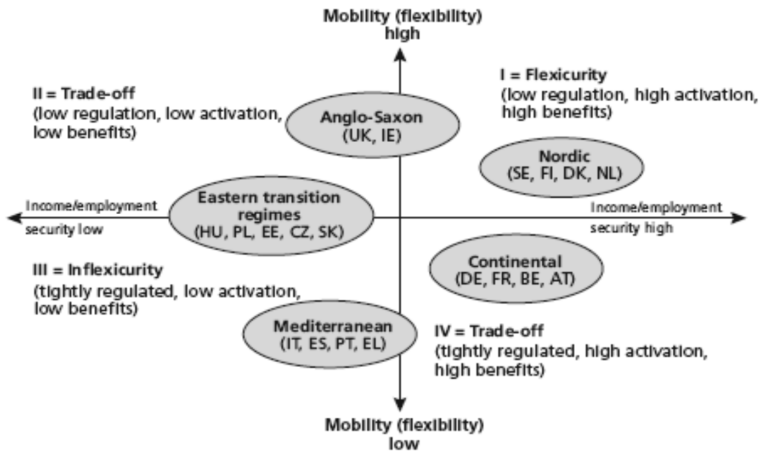
Source: Muffels and Oth. 2008

However, the matrix does not show how security works in flexicurity, but it only show where security is needed.

Consider the graph in figure 1, where the sets are security's systems, the axes are flexibility's system, and the co-ordinates are flexicurity.

Figure 1

Welfare regimes and flexicurity



Source: Karppiner - Buschack derived from Muffels and Luijckx, 2006

This graph is an example of how it can be made an oblique use of correct data. The sets are correct and depend on an old classification of security social systems according respectively to the role of households, social insurances, private insurances, citizenship, widespread distribution of benefits, such as education, healthcare, unclassifiable systems (e.g. Eastern regimes), and a mixtures. The four quadrants (I, II, III, IV) are default values⁴³ The coordinates are instead absolutely arbitrary. Let us consider some examples.

In the Nordic set, four countries have been included: Sweden, Finland, Denmark and Netherlands. Yet, if it is true that they have very similar social security systems, it is equally true that they have very different labour law regulations. For instance, Sweden and Denmark have opposite regulations of dismissal⁴⁴ - the first does not have low regulation. Moreover, a similar conception of welfare does not mean similar conception of flexibility and - consequentially - of flexicurity.

Let us consider Sweden once again. In Sweden, all employees are covered and all workers are employees. As a paradox, the highest flexibilisation consists, at the systemic level, in the enlargement of the concept of employee without any deregulation.

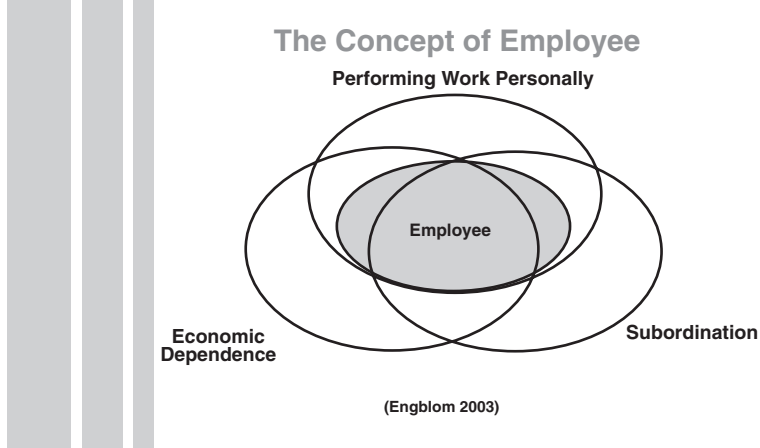
Sweden labour law has 'a uniform personal scope: - with few exceptions only employees are covered; - with few exceptions all employees are covered; - no third category/tertium genus' (ENGBLOM 2008). Indeed, they use the typological method to enhance workers' protections, and all personal works are made by an employee. So, 'width and flexibility has saved Sweden from controversial case law limiting the scope of labour law to the extent of leaving categories in need of protection outside. Professional employees with a high degree of autonomy are considered employees despite a low degree of subordination. Persons with short term contracts are considered employees, despite a low degree of economic dependence. The need to extent labour law to excluded groups of autonomous or semi-autonomous workers has been. No single factor is a necessary or sufficient criterion – not even subordination. Economic dependence can compensate for a low level of subordination. Subordination can compensate for a low level of economic dependence.' (ENGBLOM 2008)

See graph below ⁴⁵

43 Pessi 2005a.

44 In Italian literature see Roccella 2006.

45 Source Engblom 2008.

Figure 2

Source: Engblom 2008

In the Continental set, have been included other four countries: Germany, France, Belgium and Austria. For this set, also, if it is true that they have very similar social security systems, it is equally true that they have very different labour law regulations - for instance, France and Germany dismissal law is very different. France has weak dismissal rules, but Germany has it strong.

In the Mediterranean set, have been considered Italy, Spain, Portugal, and Greece. Now, if it is true that they have very similar concepts of family's role in the social security system, it is equally true that they have very different labour law regulations - for instance, Italy and Spain in terms of dismissal and fix-term contracts regulations). Italy has strong dismissal rules, Spain has it similar France. Fix-term contract is substantially free in Spain, but it is whole not in Italy.

Italy, Sweden, and Germany have similar regulations with respect to dismissal – yet, all are in different sets and frames of flexicurity.

Finally, let us consider the mobility axis. One meaning among the many is that of geographical mobility. Considering the different square area, shape and demographics, and customs, for instance, of Ireland, Italy, Sweden, Denmark (without Greenland, of course), and not considering Luxembourg (!), the index becomes intrinsically absurd. Last but not least,

the survey that presents that graph does not consider Italy and Sweden⁴⁶. Yet, Italy and Sweden – although different – are two countries with two important systems. Sweden has one of the most widespread, effective and efficient welfare regimes; Italy has one of the most ancient and largest labour laws. Both countries have a significant impact on the issue of flexicurity.

So, despite the ‘flexicurity thesis argues that, due to a more dynamic labour market ..., flexibility and security are inextricably linked. They form a kind of ‘double bind’, a mutual relationship or a synergy: a high level of mobility or flexibility enables a country to compete successfully and also to afford a high level of income and employment security. At the same time, the latter should be an underlying prerequisite for sustaining high levels of flexibility’ (Wilthagen and Tros, 2004), surveys and reports omit considering the three fundamental issues to achieve credibility – the point of balance. Such transition from job security to employment security entails a trade-off⁴⁷: 1) how much job security is «off»; 2) who will pay for employment security «on»,⁴⁸ 3) whether job security «off» and employment security «on» are equal. If not, how smaller is flexicurity’s security?

Let us consider once again the graph in «figure 1» with respect to the trade-offs, remembering that it is a Cartesian graph, where on the *x-axis* is mobility (along flexibility), on the *y-axis* is security (along income/employability). As it is known, in all Cartesian graphs the relationship between the meanings of (*x*, *y*) in the four quadrants are: in the first (I) positive/positive; in the second (II) negative/positive; in the third (III) negative/negative; in the fourth (IV) positive/negative.

Consider now the orientation of the axes: N/S positive/null/negative, flexibility; E/O negative/null/positive, security. For example, if the orientation of the *x-axis* is inverted, a low level of flexibility becomes positive, and a high level of flexibility, obviously, becomes negative.

So, the positive relationship of flexibility plus security will be true depending on the value given to flexibility. In other words, the graph (in figure 1) does not show the virtue of flexicurity⁴⁹ (*id est*: flexicurity plus security equals balance), but it shows flexicurity according to the pencil of the designer. Similarly, for the trade-offs in quadrants II and IV.

46 See, e.g. http://ec.europa.eu/employment_social/emplweb/publications/index_en.cfm.

47 See, MUFF-Oths 2007.

48 See p. 39.

49 Criticize this Roccella 2006.

Whether you consider table 1 (Wilthagen matrix) and Figure 1 depending each one another, you can observe two natural conclusions. 1) In the Wilthagen matrix it is implicit that the trade-off caused by movement of the point of balance must be made up for losses. 2) In figure 1, the trade-off (II) is better than the trade-off (IV) – since the first is a positive/negative relationship, and the second is a negative/negative. Only one difference exists between trade-off (II) and trade-off (IV), low and tight regulation respectively.

Q.e.d.: flexicurity cannot resolve by itself the trade-off problem.

Balance

Last, but not least, in this section we consider some risks of the philosophy of flexicurity. The choice among systems is neither neutral nor technical. In other words, changing workers' protection from job security to employment security is not a zero sum game⁵⁰. Even if it could be considered zero by a particular set of workers', it would have some implications on the whole system or for other workers' categories.

So, the change in perspective on security's contents is not an effect induced by labour, but it is an effect induced by the role assigned to labour market's rules⁵¹. These two different perspectives are described below.

Job security protects workers from the market by labour law and social security. In this case, as known, rules are intended to put the highest level of protection against anything. The law framework is given and the market efficiency cannot play any role to modify it⁵², since the way to make policies is law and law is not omnipotent.

In employment security the market is protected from labour law by employability. Conversely, in this case the market is like an engine and the legal framework and its rules - labour law and security social included – must serve to enhance market efficiency⁵³. Yet, this assumption cannot work in *the first community*⁵⁴, where law is in force. Here, indeed, when the goal of equity involves considering the rights of the

50 As seen above this is depending by axes orientation. Their orientation is simply a choice.

51 See above Table 1 Welfare regimes ad flexicurity.

52 For instance, as would have been by inversion of y axis' orientation in figure 1.

53 Figure 1 as it is.

54 Zoppoli 2007. *First community* mean whole wide declared work; hence, if undeclared work in too widespread it is a *second community*.

person; in accordance with supreme sources, efficiency succumbs.

Despite 1.1 ILO of Declaration of Philadelphia in 1944, in accordance with the quip *Labour is not a commodity*, workers become simply supply, like anything else in the market⁵⁵. Because in the labour market the invisible hand has never worked – and perhaps will never work – flexicurity (as in figure 1) involves security as a medicine against market's casualties⁵⁶.

Consequentially, the alternating of workers between standard and non-standard employment, unemployment, inactivity over the life course, is physiological by employment security, as it is pathological by job security⁵⁷. This influences widely and deeply the concept of security benefits.

Eventually, this kind of security changes its essence without changing its appearance; so, flexicurity regresses merely to the meaning of social peace from the meaning of social justice, decent work and life, and freedom, as if it depended from efficiency, rather than the other way round.

Of course, these are all policies. Although, we cannot in any way change it on our own, still we can criticise it; we can break it down; we can verify whether it is in accordance with Constitutions and Treaties; we can search for its intrinsic coherence and we can suggest some changes.

In particular, even whether we disagree with the philosophy flexicurity, even whether we prefer the Wilthagen matrix (Table 1) to the graph of MUFF *et al.* (2007) (Figure 1), we shall investigate the relationship both between flexicurity's degrees of equity with respect to fighting undeclared work, and with respect to the degree of competition between atypical contracts and a standard contract.

We discard the free trade and free trade-off hypothesis and consider the Wilthagen matrix (Table 1). Accordingly, security must be so wide and efficient to be able to remove trade-off quickly and fully. Otherwise, flexicurity become like 'second community'.

As we have seen above, the new framework of flexicurity does not provide an answer to the question 'who ought to pay for employment security «on»?' We shall try to give an answer, among the many possible, by the same framework of figure 1⁵⁸ to search whether or not other tunings are possible.

55 On theme, also as perspective by economist see Stiglitz, 2002.

56 Also economist disagree on this, footnote above.

57 One can say that if they weren't fully balanced, they would be pathological in Wilthagen matrix, as well.

58 See above p. 12ss.

Flexicurity's tail side

So far, shifting from job security to employment security has been seen as a mathematical equation where qualitative switching was from job to employment and quantitative switching towards greater security. Yet, this equation is correct only in part, and it does not a zero sum game.

When you change by one degree of flexibility into «job plus security», the change with respect to security is for the most part quantitative. Equally, if you change by one degree of flexibility into «employment plus security». Because in both cases changes occur inside the first term of the given hendyad .

When, instead, you switch from 'job security' to 'employment security', the change is about security and it is for the most part qualitative, because, for instance, the transition becomes from employment to self-employment or unemployment. That means to change the system of security.

Consider, for example, Italian system and assume a transition from employment to one of the following: quasi-employment, self-employment, undeclared work, unemployment, or gradually from one to the others.

The security inherent in the relationship of regular employment, namely that of the *first community*, is a in balance, by normative statement. Yet, even within the employment exist qualitative and quantitative security distinctions; - for example because of the number of the company, of the its territorial articulation, of the nature of their business.

Conversely, undeclared work, namely the *second community*, is given without security and therefore completely unbalanced.

The work of flexicurity can be realized into the type or through one or more transitions between types.

As example of first hypothesis can be considered an intervention of flexibilisation of the working time. It will find a level of compensation through an extra payment or through the compensatory rest. In this case, changes of the two main obligations of the contract, namely labor vs. pay, and therefore we have a quantity.

As an other example can be considered a change of regime of dismissals through the outsourcing of the businesses of the employer.

This the paradigmatic case of the theology of flexicurity when considers the *outgoing rigidity*.

It proposes to replace the restrictive rules of dismissals with generous welfare measures and active employment policies. In a word, it is proposed to replace the stability of the “job”, offered by dismissal rules, with ready “replacement” of “job”. Even in this case the relationship between rules of protection against dismissal and security regulations in the market is put as a quantitative rule. Yet, the argument, admitted that it can be demonstrated, start from a wrong assumption: that the real protection against dismissal individual is a measure to maintain employment.

D’Antona⁵⁹ has finally demonstrated that this is not the main value of the protection against individual dismissals. Instead it is a rule of closing the system of worker protection legislation, to ensure that the individual rights of the person in the report are exercisable in practice, and avoid that they are transformed and result in many cases damages in cash, relationship long course.

So, you cannot consider two communities any more – legal and illegal – but many communities,⁶⁰ each with its rules and its degree of flexibility and security. However, in the Wilthagen matrix, mobility, e.g. flexibility of flexicurity, becomes mobility among communities. So, security, to beat the trade-off due to the transition between communities becomes the goal of the flexicurity community and not of one single category or of one single class, or of a specific community (employees’, self-employees’, etcetera)

Of the remaining cases can be considered different examples. In the transition between employment and quasi-employment, assuming that changes only the type, and that this is provision basically uniform, however, the transition leads to a qualitative change.

The “flexibilised” not lead a employment relationship or restrict the application of the final term. That will determine the free dismissal. In addition, in quasi-employment pension contributions are calculated at a rate lower than normally, and fees are significantly lower than those of salary. Moreover, assuming further transition to unemployment, quasi-employee not entitled to benefits for unemployment, something that would have been entitled if the transition in the state of unemployment had been from regular employment.

During the relationship, the quasi-employee is not entitled to be-

⁵⁹ D’Antona 1978.

⁶⁰ The regular is irrelevant. Because does not concern the level of security, but sum of insurance period only.

nefits for the protection of the disease, and benefits far below those for motherhood and fatherhood and so on.

This ablation of security is in no way compensated for the number, because the labor market is still essentially a monopsony in which the determination of fees of the quasi-employee is totally insensitive the large degree of flexibility of the type is related to its low qualitative level of security. So, paradoxically, increase flexibility does not match any degree of security even in terms of increased compensation to reward private forms of social security.

The phenomenon of jeopardising of social security increases further when the transition is to undeclared work and there reaches its peak.

In all the examples considered, except for those on working time, each transition resulting in a growing benefit economically homogeneous, in varying degrees in each type without the flexibility that it corresponds to a “new” point of balancing the security.

Eventually, it is clear that that the rules of security’s financing are different among communities, with the paradoxical result that the trade-off increases rather than decreases. This is the flexicurity’s tail side.

Let consider now the particular structure of the social security system. Into it is not always easy to distinguish between social insurance benefits and welfare provision, because the insurance benefits are very often integrated, even considerably, by welfare benefits. They are not also kept separate one another, and they are added to the first and are physically allocated to the social insurance system, In fact, they are financed, directly or indirectly, by the social insurance system. This last, however, is largely financed by revenue of employment.

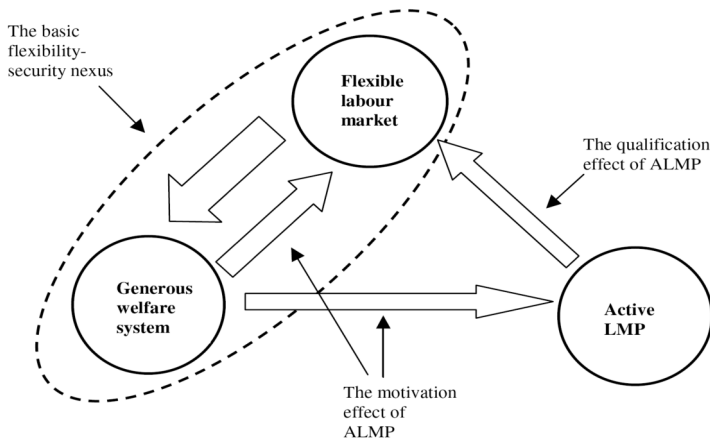
Proceeds that the employment must increasingly take on the growing financing needs of security, which performs the functions of assistance, namely social security for those forms of employment other than employment. They increase the gap, in terms of labour costs among the various communities (each of which corresponds to a type of employment). How much greater flexibility through a transition, as the possible benefits of balancing security is placed at the expense of the first communities more secure by definition, and that it has not jeopardised secure.

Unlike the case in which the social security system is built and

financed in a way that is “precondition” for the work of flexible policies. A model in which the security do not depend on nor legally or financially, by legal type of relationship for the use of labour; instead it will be uniformly and equally incumbent on the basis of need.

The structure is that of the Danish model, shown in Figure 3, below.

Figure 3



Source: Wilthagen - Tros 2004

The operation of this simple mechanism (the golden triangle), how can find the table 5 below, is made possible by funding a substantial and largely public, even when compared with countries with advanced welfare (Sweden) and flexibility thrust (UK).

Table 5

Percent of GDP	Denmark	Sweden	UK
PES and administration	0.12	0.3	0.13
Labour market training	0.86	0.29	0.04
Youth measures	0.1	0.02	0.15
Subsidized employment	0.17	0.26	0.02
Measures for the disabled	0.34	0.5	0.02
Total active measures	1.59	1.37	0.36
Unemployment compensation	1.37	1.31	0.44
Early retirement for labour market reasons	1.67	0.06	0
Total passive measures	3.04	1.37	0.44
Total expenditures on labour market policy	4.63	2.74	0.8

Source: OECD (2004): *Employment Outlook 2004*, table H.

Obviously, the possibility that the toy functions not imply any assessment as to the quality of results. Theme that is in large part outside of our study.

It will be useful to consider synoptic (in Table 6 below) it is varied both in composition and quantity both for expenditure to finance various social security systems in some EU countries.

Table 6

Table 3.2. **Net replacement rates and unemployment insurance benefit duration in 26 OECD countries, 2004**

	Initial net replacement rate ^a (percentage of net earnings in work)	Unemployment insurance benefit duration ^{b, c} (months, equivalent initial rate)	Average of net replacement rates over 60 months of unemployment ^d (percentage of net earnings in work)
English-speaking Europe	51	11	11
Ireland	49	15	64
United Kingdom	54	6	53 (-1)
Nordic Europe	71	34	34
Denmark	70	48	70
Finland	70	23	65 (-9)
Norway	68	36	58
Sweden	75	28	63
Central western Europe	70	18	19
Austria	63	9	57 (-2)
Belgium	61	No limit	61
France	75	23	57 (+4)
Germany	69	12	66 (-3)
Netherlands	74	24	66
Switzerland	77	24	69
Southern Europe	65	16	16
Greece	55	12	35
Italy	54	6	22 (+2)
Portugal	83	24	68
Spain	67	21	49
Eastern Europe	55	9	9

a) Initial net replacement rate is an average of cases of a single person and one-earner married couple, an average of cases with no children and with two children, and an average of cases with previous earnings in work 67% of average production worker (APW) level, 100% of APW level and 150% of APW level. Typical-case calculations relate to a 40-year-old worker who has been making contributions continuously since age 18. Net income out of work includes means-tested benefits (housing benefits are calculated assuming housing costs are 20% of APW earnings) where relevant but not non-categorical social assistance benefits. Taxes payable are determined in relation to annualised benefit values (*i.e.* monthly values multiplied by 12), even if the maximum benefit duration is shorter than 12 months. See the source for further details.

b) Duration is shown as zero for Australia and New Zealand since they do not operate unemployment insurance schemes. The net replacement rates in the first column for these two countries reflect means-tested unemployment benefits which are not subject to a time limit.

c) Months equivalent initial rate for the Czech Republic, the Slovak Republic and Spain where the benefit level declines during the UI period (*e.g.* for Spain, where the nominal replacement rate declines from 70% to 60% after six months, the months equivalent initial rate is calculated as six months plus 6/7ths of 18 months).

d) As note a) except that the net replacement rates are averaged over five years of unemployment, the three previous earnings levels considered are 67%, 100% and 150% of the average wage (all workers), and non-categorical social assistance benefits are included in out-of-work net income. Values in brackets are percentage point changes between 1995 and 2004, which are only available for a small number of countries. Data for Korea and New Zealand correspond to 2001.

We view this as the first summary regarding the composition of financing the Italian social security system, but can extend to considerations other contexts with similar national expenditure, it is interesting to note that the system took a term of comparison is characterized, at least for two data not exportable: the almost total absence of submerged in a social and territorial homogeneous and of small size. Despite this enormous amount of resources needed to balance flexibility shall bear the public burden on general taxation. In this way the cost of flexibility, although imperfect way to the aims that we propose in this work (below p. 43), is also distributed on who you use flexibility.

Understanding the economic effect of this perspective, will help us finding the legal basis of a widespread system of financing, which, in our opinion, has been assumed, although implicitly, by the Wilthagen matrix.

Framework in an economics approach.

Abuse in some Members States in the trend of flexibilisation, without a strong policy on security at the EU level, should be studied according to both the economics and the law perspectives.

Indeed, the real fundamentals of flexibility (one of the two terms of flexicurity) are efficiency and competition - both economic terms. This product a loss of equity at system level. The compensation for the loss of equity is the illusion of a virtuous trade-off between flexibility and security, i.e. between efficiency and equity - one would like to balance more flexibility with more of alternative indeterminable measures of security⁶¹. Does this assumption ignore equity as an endogenous factor of flexicurity, as suggested by the Wilthagen matrix? We do not think so.

An epistemology disclaimer. (How can dialogue the economics and law points of view)

Is the economics perspective a betrayal of the law method? Is it an epistemological infringement? Whether it is or it is not, it depends on both its roles and uses. In our honest opinion, the lawyer who wish to

61 Maybe is the trust as has been suggested?!

understand the real and empirical effects of the legal system using the economics tools, does not infringe her status. Not even if she just started from them her law investigations. Our position is outlined below.

Indeed, the economics approach can seem rather unilateral. It probably is if it is led by the neo-classic tenets and efficiency objectives only, as if efficiency were the sole goal in economics, and as if equity were not also a fundamental goal of economics, and as if economics were contrary to equity policies. The latter is the position of the classic 'law and economics' approach, but not ours.

Many economists admit that «economics alone cannot determine the best way to balance the goals of efficiency and equity. This issue involves political philosophy as well as economics. As such, economics' role is to 'shed light on the trade-offs that society faces, just to help us avoid policies that sacrifice efficiency without any benefits in terms of equity», rather than suggest policy. Indeed, «equity, like beauty, is in the eye of the beholder⁶²». Yet, in State of Right the eye of the beholder is the law.

Changing equity is changing the law. And this is the policy maker's role. Studying the meanings of modifying laws is the lawyers' role and so seeing whether it is in accordance with others laws.

Of course, changing the law is also changing equity. Therefore this is again the policy maker's role . But changing law to change equity or to adjust efficiency is different from the opposite, because in that case changing must be made in accordance with the default legal system.

Law, like economics, operates in a network - one cannot modify anything without considering the network effect. So, the mirror of the economist reflects the image of the lawyer. For instance, the changing of a matter of internal security, such as working time arrangements, could cause a loss of security - e.g. children care - even when it does not affect wages.

As well as economics studies 'help us avoid policies that sacrifice efficiency without any benefits in terms of equity', law studies help us avoid policies that dump equity as an unconsidered - or worst erased - network effect. Even when policies can appear virtually neutral or with the fewest equity's loss. So, if one had not also assessed the network effects, the balance between efficiency and equity could not work as it should and it would be unfelt.

62 All quotes in economics this section are by Mankiw 1998.

Certainly, these network effects by law changes can be in turn assessed by economics principles, as well as the maintenance of network equity can produce other economics network effects. Accordingly, no master-slave relationship between them is useful. Neither law nor economics is master.

For these reasons, economics and law cannot work independently from one another (PERULLI 2008). Therefore for these same reasons the dialogue between economics and law, cannot be reduced to the *paradigma* of «law and economics» - yet, it must become a virtuous cycle of cooperation⁶³.

For these reasons again, lawyers must not be scared of economics (ICHINO 2005). They neither must run away from the reasons of efficiency, nor they must build a wall against them or envelope into the ivory tower of their values, dumb (or worst) beforehand with respect to any economics' suggestion, and so deaf and blind for that is happening outside the tower (DEL PUNTA 2001).

Lawyers could enter into a '*new alliance*⁶⁴' with economists; and so they could together move towards the common goal of the safeguard of human beings' - around the human person in its whole. If so, these are the starting points of a new cooperation between economics and law - even at the expense of efficiency⁶⁵. Indeed, this would not just be an illusion - because human beings' safeguard is already in itself a benefit of equity⁶⁶.

If so, lawyers will want to use some of the tools of economists to improve their knowledge of the real effects of the laws, especially with respect to the issue of whether or not they are those expected.

So, for instance, they could use just some of those considered in this paper: such as externality theory, tax distortionary effects, and so on, in the end, lawyers can exploit these useful tools without betraying their original mission, on the contrary of economists who make normative statements. Indeed, if it is true that when you hear an economist making normative statements, you know they have crossed the line from science to policy making, the same is it not true for lawyers. Because lawyers' normative statements are - indeed must be - related to Constitutions and Treaties and are made in accordance with them.

63 See above p. 3

64 The quip that we do our was by Perulli 2008 p. 136.

65 On the opposite, both in law and in economics. See Stiglitz 2002, Supiot 2001, Pessi 2005.

66 See, e.g. Mankiw 1998 p. 26 about normative statements and how positive and normative statements may be related.

An economics reading of the policies of flexibilisation by normative statements

The normative statements that we shall now consider are: articles 31 - 34 of the Nice Charter. According to article 31.1, 'every worker has the right to working conditions which respect his or her health, safety and dignity'. Consequently, a degree of security must be provided regardless of the type of contract. According to article 31.2, 'every worker has the right to limitation of maximum working hours, to daily and weekly rest periods and to an annual period of paid leave'. Consequently, a degree of security must be provided by legal rules. According to article 34.1, 'the Union recognises and respects the entitlement to social security benefits and social services providing protection in cases such as maternity, illness, industrial accidents, dependency or old age, and in the case of loss of employment, in accordance with the rules laid down by Community law and national laws and practices.' We can also consider article 34.3, according to which it must be recognized and respected the right to social and housing assistance so as to ensure a decent existence for all those who lack sufficient resources. Consequently, there is a relationship between the economic system in which the flexible labour product is exchanged and the work it has produced. So the first, in its entirety, rather than job security system, must be charged of the security needs to operate flexibly.

In the economics perspective, these rights are public goods; reaching a reasonable level is an equity objective. Consequently, the impact of employers' actions on the welfare (or well-being) of bystanders is an externality either negative or positive. If the effect on bystanders is either a financial reduction or a security reduction, then it is a negative externality.

Accordingly, we can consider as externalities, for instance, the effects of two actions: the transition from the *first community* to the *second community*⁶⁷, and vice versa, and the transition from *job security* to *employment security*, and vice versa.

In the first example, if transition is from the *first* to the *second* community, the externality will be negative, and it will be positive in the opposite direction. These externalities impact at the micro-level on the other workers and companies («meso» level) and at the macro-level

67 See above p. 9 Or else transitions, between one to another community.

on the financial and social security system by revenues reduction.

The second example of transition works in a similar fashion. The only difference between them is in terms of the size of the externality.

Indeed, in both examples externalities affect the financing of social security, since the main relationship is between (declared) wages and financing. In a functional analysis, it is not very relevant whether the first action is illegal and the second is not. Both damage the financing of social security.

Hence, a «decent» social security system is a 'social good' that can be considered as public good – and indeed it is. Better, we can consider security a public good – even that inside and around flexicurity.

Indeed, this assumption introduces a partial change of perspective. On one hand, it enlarges the concept of 'social good' to perfectly overlap that of public good – because 'social goods' should not only be produced to help the poorest or the neediest - and together with the social insurance system, they should work as one. On the other hand, in the flexicurity market, security becomes operating underneath it. So, security advantages everyone, and not one class or some classes only.

Eventually, we can say that 'all security' is a public good, but not because it is a *club good*, rather because security is a public good by itself.

It follows that, jeopardizing security means damaging the *social environment*, just like pollution does to the natural environment. Fighting pollution is a good policy - as it is equity. Reducing pollution is mandatory. Yet, what is pollution in a social environment? Undeclared work as well as flexibility are a form of pollution. The first it is to the highest degree, the second to a lower extent depending on both its width and its balance with security. Just like who produces environmental pollution ought to pay for the cost of its reduction, who produces *social pollution*, such as flexibility and undeclared work, ought to pay the costs of security, by the means of a *social security tax*. After all, the combination of articles 31 – 34.1 of Nice's Charter, delineates the EU system as a widespread, clean and pure social environment. Since we have considered social rights a widespread system, so its financing must be also widespread. At the same time, we think negative externalities of undeclared work can be more a cause rather than an effect of it.

Two matters have to be solved. On one hand, since by definition

undeclared work is undeclared, how can a tax be levied? On the other hand, since flexibility is legal, how much one should pay?

The two questions have only one answer. Each one gains advantages from externalities, although in different amounts, each one could pay proportionally to both the gained advantages and procured damages. One way to do it could be to disclose their effects⁶⁸.

From undeclared work to standard work you can observe growing labour costs. (So also of the and internal security. As well as you can observe a decreasing of needs of external security.) One cause of it, amongst others, is taxation on work. In this way, social insurance taxes diverts the market towards undeclared work. Indeed, in flexicurity the larger is flexibility, the larger the need of security. Accordingly, the larger is security, the larger its financial needs. Therefore, whilst once, in order to achieve a given production it was impossible to escape the work-product relation, nowadays it is always cheaper to flee from the “structured employment” model towards incomplete labour structures or unprotected labour exploitation of work and workers. Once, it was unthinkable in the organization interests to exchange between completely different contract models such as those protected and those precarious. Now, in line with the very business interests, they are instead absolutely replaceable. However, they remain absolutely irreplaceable in reference to workers’ protection.

Consequently, only “decent work” - that of the employee - is loaded - with the weight of financing a widespread system of social protection. It becomes less and less competitive than precarious and exploited work. As such, it triggers a vicious circle, by trade-off between *first* and *second* community or - to a less extent - between *flexible contracts* and the *standard contract*.

If so, the financing of the social security system plays a decisive role on labour costs and on the subsequent localization choice of production, well beyond the equally significant differences in economic and regulatory treatments still widely present in the European context, especially after the eastern countries enlargement.

You can find significant differences in taxation burdens between EU countries, just with reference with the determination of the different “labour costs”, which can be exclusive of social burden. You can find more differences of “labour costs”, where there are different social

68 See above p. 15.

security systems: each with its system of funding and protections. (See table 7).

Table 7

<i>Sources of financing social system by typologies (1999, in % on total of sources)</i>					
<i>Country</i>	<i>tax system</i>	<i>total</i>	<i>employers</i>	<i>employees</i>	<i>other</i>
UE-15	35,7	60,3	37,9	22,4	4,0
Svezia	48,9	45,9	36,3	9,6	5,2
Finlandia	43,4	50,0	37,2	12,8	6,6
Danimarca	65,2	28,5	9,2	5,3	6,4
Germania	32,8	65,0	36,9	28,1	2,3
Francia	30,4	66,8	46,5	20,3	2,8
Austria	35,0	64,3	37,4	26,9	0,7
Belgio	25,7	71,8	49,4	22,4	2,5
Paesi Bassi	15,3	65,8	28,4	37,4	18,9
Lussemburgo	46,9	49,1	24,7	24,4	40,0
Italia	38,9	58,0	43,6	14,4	3,1
Grecia	28,6	61,1	37,7	23,4	10,3
Portogallo	40,9	44,4	27,6	16,8	14,7
Spagna	26,8	69,2	52,2	17,0	4,0
Regno Unito	47,3	51,8	27,7	24,1	0,9
Irlanda	59,8	39,0	24,2	14,8	1,2

Source: Eurostat, 2000.

It is, then, possible to infer the importance that the harmonisation of the financing systems of social security of the member States with the harmonisation of protections for workers, their mobility and the movement of businesses. And this is all the more for those companies with high employment rates.

It is a paradoxical phenomenon. There is priority on the issues of employment and “decent work”, and all efforts are directed at harmonising social protections and extending work sans phrases (flexibility in flexicurity) rather than the issue of security itself. Following the pattern that makes protected work more expensive and therefore less competitive and less protected work more competitive, the divide between protected and exploited widens in disagreement with the lines set out in art. 31 and art. 34 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union.

The hybrid pattern aims at neutralizing the contract model as a way of financing the social security system, unchanging fiscal pressure and total contributions. Then, a social total-security tax does not create

externalities, and on the other hand it can help internalizing externalities hitting those wages that create them.

Hybridisms of system, pathways

The financial and the institutional situation among Member States, as known, is very different. Flexicurity's pathways do not exclude transferability of its alternative tools. Now, we suppose that a study about changing the Italian security's financial system can become a transferable 'idea'.

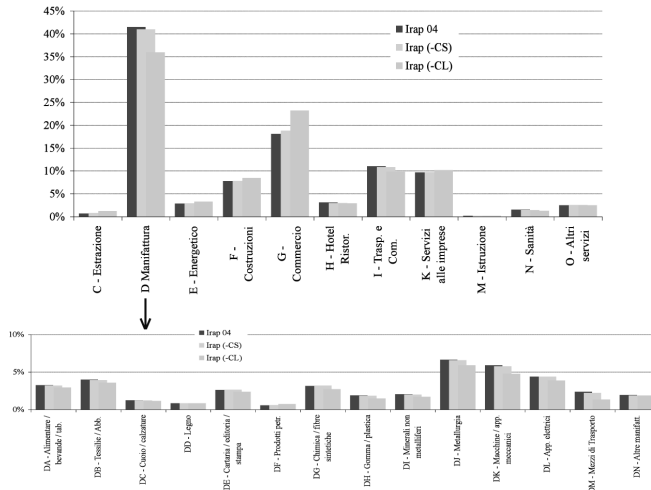
Starting points

We start by *ten matters* extracted from Italian law - evolution vs involution of Italian flexibility and security.

Matter a) The link between workforce and production has been broken⁶⁹. *a')* the divide between them in ever growing.

Table 8

Composition of revenue (IRAP) by economics sector (values %)



Source: Oropallo – Proto 2006

⁶⁹ Even whether USA labour market is too much different respect, generally, EU. The 'secret idea' underlain flexibilisation is near USA labour policy. So, could be useful report a news from DELL Inc. This company in the 2007 revenue \$11,6 billion of profits. Yet, it predicts 9700 dismissals before the end of 2009.

We consider IRAP as good example, because, in the recent past, it has been affected by actions aiming at reducing labour cost. The tax base it considers is similar to that of VAT, but without the deduction of labour cost. As you can see in the upper part of table 8, the manufacturing sector pays the highest percentage of tax revenues. As it is implicit in the word, in this sector the workforce is larger than in others.

Reading the lower part of table 8, (the break down of manufacturing) the earlier observations have been confirmed: the higher the workforce, the higher the tax revenues. Except for labour cost, VAT and IRAP have the same tax base⁷⁰, so labour costs, in a way or in another will be translated onto the price. As such, who produces less trade-off pays in place of who produces more. As it is intuitive, who is used to hiring undeclared workforce produces a huge trade-off that is dumped on enterprises with higher declared workforce.

Matter b) The discrepancy inside flexicurity cannot be fully overcome, because the two comparison terms are not perfectly replaceable.

Indeed, the most important part of work-protection rules is not employment or stability with their balance of corresponding security, rather security's facets, such as safety, human dignity, and in general decent work that cannot be secured if not inside job security. So, these cannot exchange neither one another nor employability nor security without sacrificing their ends. In this case, flexicurity does not work easily. It could betray its promises: flexibility's growing would have not decreased security, too. *b')* *Security's transition* from job security to employment security, needs fully replaceable protections between them. *b'')* Hence, the choices of workers and their need to change (a mix of them) several jobs, atypical contacts, self-employment, unemployment, inactivity over the life course should not be driven by protections of a particular kind.

Matter c) Some EU policies suggest reducing the impact on wage of the contribution and therefore switching levying from direct to indirect taxes in order to reduce labour costs. In this direction is our hypothesis⁷¹.

In accordance with EU rules on VAT and suggested policies, the social insurance tax is transferred over product; as such, everyone will

70 See Lupi 2005.

71 Zoppoli 2007, Bellavista 2006, about COM (2008) and about Comm. (COM(98) 219 final already BER-CAR-RIC 2000; and also about IRAP Coppola 2007.

carry a social burden whether or not they have declared their workforce. At the same time, labour wage and its dynamics are freed from the burden of indirect costs, which limits somewhat collective action and bargaining.

Matter d) According to economics and social indexes, social burdens, including social insurance tax, are taxes. *d')* Public economics teaches that tax could have distorting effects in several ways. So, if one deals with security, even flexicurity, he will necessarily touch economics and prime the network effects⁷².

Matter e) Flexicurity policy has - among the many - two main needs. *e')* The first is to rise quantity, quality and the number of people reached by security measures. Whether it reduces - or hypothetically cancels - the labour market un-security degrees or it balances job security exchanged with flexibility. *e'')* The second are the revenue funds to carry out *e')*.

They can be gathered by many means. For instance, in Italy they have been gathered by levying - both directly and indirectly - workers income. Obviously, increasing labour costs, too. (Yet, see above *matter c)*⁷³.

Matter f) There is a relationship between *a)* and *e)*, so that at needs' invariance and at rising GDP, social taxes on work income seem to rise. If social charges become insufficient, balance general taxation. Of course, this same effect recurs in *b)* as well. Consider, for example, the issue of pensions in Italy⁷⁴.

Matter g) The framework shows how *matter f)* contradicts what seen at *c)* and causes *d)* as an effect.

Matter h) For instance in Italy, we observe that handicraft is going to vanish (with the consequent loss of identity, tradition and culture⁷⁵), undeclared work, borderline work, non standard employment, exploited, outsourcing, either grow or are not reduced⁷⁶. Because these kind of works do not pay or pay smaller social costs, probably the final result of the effects of *d), f), g)*.

⁷² See table 7.

⁷³ For example, in Italy social insurance tax has grown between 1970 to 1998 of 4,3% (GIULIONI 2007).

⁷⁴ Due to time constraints, we can not discuss about "gestione dei parasubordinati" (A kind of quasi-employees, with their insurances system).

⁷⁵ See Artigianato, Leggi e regolamenti, - ARNIA - centro a.d.a. Palermo, Palermo 2001 pp. 39-49.

⁷⁶ Against, this reading Roccella 2007.

Matter i) Even if *h)* was only partially true, then the trade-off would be too much. It would be necessary to find a point of balance - and of course finance it - to reduce that trade-off.

Matter l) Obviously the perfect model does not exist. Maybe, no model is better than the other. It all depends on the aims (declared and undeclared), the choices one must take, the consequences one has to suffer and how much he has to suffer them, and many other factors yet.

The Italian model

We will not argue about *flexibility*⁷⁷ rules in the Italian labour law. This matter is outwith our scope at this moment. On security, instead, some statements are necessary with respect to the proposed model.

As known, the most authoritative doctrine (PERSIANI 1973, 1987)⁷⁸ purposed the most modern reading of art. 38 of the Italian Constitution, among many others, with relationship among art. 2 and art. 3 of the same Charter⁷⁹. As Persiani has demonstrated, it is more correct to call the system of social security without dividing it into social insurance e public assistance⁸⁰. Consequentially, the terms of the relationship between risks and related benefits are deeply changed. In this doctrine, there is one risk⁸¹ and one social security;⁸² that is, differences among risks, accidents, benefits and in general protection regimes are not either ignored nor overcome nor neglected by him, but the perspective and the conception are greatly changed. The same way, we shall not consider any natural differences among benefits or among assumptions. Finally, we shall not ask ourself whether a benefit and the related sources obey either universal or not model.

77 For all, at last, Zoppoli 2008.

78 Adde Balandi 1986, 1984.

79 We do not want demonstrate anything about this issue, neither add. This theory is the most near to EU flexicurity concept and become our starting points, also because and we agree with its.

80 Although this doctrine has many oppositors, and it was not followed by Courts, it is the more nearly to the concept of security underlain Wilthagen matrix and Wilthagen – Tros 2004 definition. Therefore, we shall keep it.

81 Persiani 1970, 1973 social risk agreeing with.

82 Persiani 1984, 1987 social security agreeing with.

Our conjecture

In first bar, therefore, we consider, as well as flexicurity studies (eg. Vermeylen - Hurley 2007), universal like widespread⁸³.

In second bar, we shall not consider to change anything about subjective and objective assumptions in benefits, as well as in contribution over workers' wages.

On the contrary we think it must not change (except possible small adjustments).

What changes is the source - we suppose from employers to enterprises. Apparently, it seems as the maxim *cuius commoda eius incommoda*. Really it is the exact opposite.

As it has been discussed above, we assume commoda in flexicurity is in enterprises which use flexibility - therefore of the security too - both directly and indirectly. Indeed, who uses greater flexibility,⁸⁴ needs more security to leave intact the balance inside flexicurity. Because there is flexibility also in self-employment, the highest degree of flexibility will be when an employer outsources or relocates and subcontracts - for instance by self employers - all production, so that it will have simply an enterprise without being an employer. In this case, the relationship 'so many wages pay so many insurance tax pay' will be broken. Yet, it will be broken the flexicurity's balancing⁸⁵, as well.

Hence, the substantial hybridisms of the conjecture consists in leaving all as it is, on the side of workers, benefits' assumptions, exchanging criteria to charge on the side of enterprises - towards the direction to charge work's results' value rather than wages.

In our example, employees that will have undergone a transition from employment to e.g. self-employment, - indeed former employees - keep the same wages, but not the same insurance tax.

This is typical way in which flexicurity works, employee - indeed former employee - yet needs security - indeed more security - (e.g. wages, social insurance taxes, etc), but none pays for it.

Directly or indirectly, the sources of financing former emplo-

83 And not necessarily according to Beveridge's theory.

84 To the ends right into 2nd community.

85 On concept of abuse of power to define employees, see Ales 2008.

yee's security will be paid by other employers who do not have broken the relationship 'so many wages paid so many insurance tax paid'. One question might arise: is it competitiveness or competition? We shall not try to give an answer at this stage.

Well, what would happen if all employers broke that relationship? Maybe, the system will have no insurance tax revenue any more. A natural second conclusion can be omitted, that is so obvious that flexicurity's theologians say: 'trust is a prerequisite of flexicurity'⁸⁶ (Wilthagen 2004).

If so, and so we read, the security from the reason of trust in the future became a reason of the trust in flexibility - a true heterogenesis of aims. Yet, on the trust issue, paraphrasing the Gospel according to Mathew,⁸⁷ you might say: 'render therefore unto Man the things which are Man's and unto Worker things that are Worker's'. Accordingly, just with trust, we cannot finance security.

As we have seen above (Figure 3, Table 5), the circular mechanism of auto-off between flexibility, welfare-workfare and work, is funding

86 Vermeulen - Hurley 2007 use Denmark case as example, In fact, they write: 'One example of this is the fact that comparatively weak employment protection legislation in Denmark coexists with a high level of employment turnover: 25% of Danish workers change job each year. This is an accepted trade-off as there is a strong confidence in finding another, equivalent job in a reasonable amount of time, due to both the general economic performance of the country and as a result of Danish active labour market policies.'

Even if this is not quite place to discuss deeply/widely the suggestiveness example (as one should) we observe Denmark in too much different from all, by all, in all of the rest of the EU to doing it's - even only - an example.

Truly, that one is an example of the fact Danish people trust in their system. Yet, it is absolutely not an evidence of relationship between 'weak employment protection legislation' and high rates on employment. Moreover, 'a high level of employment turnover' sounds like an operation equal zero as it, but it does not seem as if an evidence of the fact a high level of employment turnover means more employment.

And so, they specify: 'In order to make flexicurity work, it is important to reflect upon the consequences for all parties involved: for the individual (worker), for the society, for companies. The key element to make this link is trust (This idea is a deepening/widening of the 'square of trust' idea as proposed by Ton Wilthagen, presentation at the Foundation Seminar Series, European Foundation, Dublin, May 2006.). Yet, add 'in order to create this society of trust, European systems have to be adapted to this new reality: social protection systems, labour market systems and social infrastructure'. Even if, at the end, they consider already - exactly - 'there is no 'one size fits all' solution for all which can be transferred readily from one country to another.'

Eventually, in our honest opinion, trust is - indeed cannot be - commodity, as this exportable, even less than work.

87 Mt. 22, 21

without connection to the labour relationship, so that the “labour costs” does not seem appreciably different in terms of typological flexibility. In a system so designed, the tax burden of financing of the system of social security widespread is not circumvented by use alternative contractual types. Whatever the tax system for financing the social security cost is charged on the price of the product or service, so it contributes to the entire community. The only way to escape would be the use of the undeclared work, namely illegal community, where the value is variously scored between under pricing and lower cost.

In this system of comparison, however, in a macroeconomic framework this is a phenomenon absolutely negligible. Instead, is more relevant that in this model there are not more flexible systems each with its competitive costs in terms of funding the social security system.

Where a rather large slice of the economy is the submerged and where various types of contract are different sources of financing, inversely proportional to security that they themselves have while the financing of social security remains a load of regular employment.

So, the second community takes advantage of the mechanism that identifies the first community that only one community upon which fall out the cost of the financing the security that themselves produces.

Hence, in the cost of the product or service there is a share that is subtracted, for a technical problem of tax, on the natural destination of financing the system.

Moreover, in the Italian system in question, where security are among each other enveloped, the funding system, that considers the remuneration of the first community as tax base, has a regressive effect in terms of the burden of flexibility.

However, one thing is certain: only people pay taxes. So labour costs, direct and indirect, are charged into the products' price. When you make the same product using less workforce or using flexibilisation, this increases the need for security and decreases the revenues of the contributions needed by social security.

The hypothesis

As outlined above, the true prerequisite for flexicurity is financial. Yet, the way to financially charge companies is a huge matter. Hence, security or trust, what is needed is money. Research establishes the basis for studying the effects of this shift of the source of funding: from taxation on labour towards taxation on products labour.

Summarizing.

A) In the flexible labour market all kind of workers are the same, as consequence of fact that all kind of employments are - by thesis - quality employments. So, protections will be indifferent to the underlying contract. If the contract provides the worker with a lower wage, security will give him difference. If the work contract stops and a worker becomes unemployed, security will give him subsidy and he will look for new employment. How much does all this cost? None knows it. Yet, it is sure that all workers will pay for it. Of course, workers' contributions will not be sufficient to finance security's needs. Indeed, there are many differences among countries, as it is possible to see in table 5. Table 6, instead, shows that where there is more workforce, there is also more contribution to security.

B) System charges the same fund of tax on employers and employees of the same employment in the same time (table 5). Even if this is not decisive⁸⁸, it does not seem to work very well, because employers and employees both could collude to fraud and - easily - the worker might be exploited (SCARPELLI 2008).

C) The concept of contribution charge on the employee is similar (table 5) all over UE. Differences are strengthen politics and negligible (table 9). Indeed 'while the European social model is characterised by a diversity of national social systems, nevertheless, a number of shared values can be identified that define the model: universal access, solidarity and equality/social justice. These common elements have contributed to the development of a modern welfare state whose original objective was to mitigate the negative consequences of industrialisation. (Vermeulen - Hurley 2007).

⁸⁸ GUE-ZAN 2006 - See also SANTORO 2006, according to this author, interests' contrast, does not a resolute tool in fighting against tax escape. Yet, it can become it, in connection with more controls and ethics behaviours.

Table 9

2004	Tot. general Gov. revenue	Tot. general Gov. expenditure	General Gov. final consumption expenditure	Social security transfers
	% of GDP	% of GDP	% of GDP	% of GDP
Belgium	49.3	49.3	22.6	16.0
Canada	41.7	41.1	19.7	10.4
Denmark	58.9	56.3	26.7	16.9
Finland	52.5	50.7	22.4	16.8
France	49.8	53.4	23.9	17.7
Germany	43.2	46.8	18.4	19.2
Ireland	35.6	34.2	16.0	9.2
Italy	45.4	48.5	19.2	17.3
Japan	30.3	30.3	17.7	10.9
Netherlands	46.2	48.6	25.0	12.3
N. Zeland	41.2	37.0	17.5	10.5
Norway	57.9	46.4	22.0	15.0
Portugal	45.4	48.4	21.4	14.9
Spain	38.4	38.6	17.4	11.7
Sweden	58.3	57.3	27.7	18.0
Switzerland	35.6	35.5	11.8	11.3
UK	40.8	43.9	21.2	13.4
US	31.9	36.5	15.6	12.0

Source: National Accounts of OECD Countries, OECD, Paris, 2005.

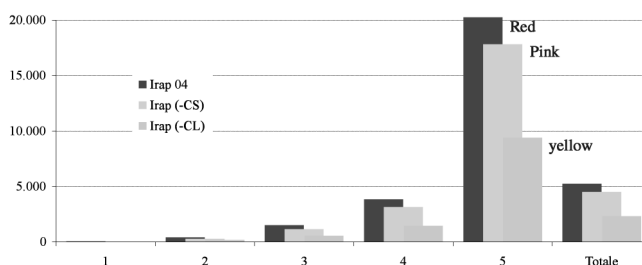
D) Levying on employers and general taxation to balancing the deficit shown above on A) are very different among countries. As there are many differences as for the subject who pays and measures payment (see table 5). This could cause competition at the security's level, jeopardizing the flexibility-security-balance. As we saw above, and as we shall see below, jeopardizing this balance can be considered as a negative externality.

E) It is the objective of our hypothesis to neutralize or decrease D), while maintaining C) strong .

To enhance security and to maintain a balanced flexicurity, we will now disclose the results achieved by the Oropallo - Proto's (2006, 2006a) surveys, we think need larger to redistribute social contribution among enterprises. On one hand, in order to balance the trade-off between flexibility and security. On the other hand, to remove the social externalities of the trade-off.

Let us considers table 10 below here:

Table 10
average Irap per quintile of companies list by A.V. per worker (€)



Source: Oropallo - Proto 2006

Look at the 5th quintile.

Normally, labour costs are not deductible from taxable value in IRAP (red bar). The survey, as reported in the chart, makes the hypothesis to deduct either insurances tax (pink bar -CS⁸⁹) or the entire labour cost (yellow bar - CL⁹⁰). As you can see, the rate of reduction is much higher in the 5th quintile. This is the quintile that pays more tax, because it deducts less cost, i.e. the labour cost. If you compare the 5th quintile with the total you can observe a paradoxical effect: who contributes more to financing the social security system, and accordingly is less used to employing workers flexibly at the same for undeclared workforce, pays more tax. Observing the percentage reductions by de-

89 CS = Contributi Sociali, Social Insurance Tax.

90 CL = Costo del lavoro totale, Labour Cost (Includes wages, social insurance tax, accident tax, etcetera).

duction of labour cost, you deduct more is employment - such as less security's need - more pay.

Noteworthy, manufacturing industries (and it is possible to see better this in the set gone off below it), pay much more than all others (table 6).

Indirectly, Italy has experienced this. By Act 296/2006 (as known as 2007s financial act), the government reduced the '*cuneo fiscale*'⁹¹ by acting on the social insurance tax. Technically, the way to obtain it, by many sums and subtractions from the IRAP⁹² tax base was very very complicated⁹³. Yet, our interest is about the principle and about the effects on households and on companies from the transition between systems of levying. These effects have been studied by Oropallo e Proto (2006, 2006a) with reference to greater or smaller deductions of social insurance tax or entire the labour cost from IRAP tax base. Now, because IRAP, VAT and labour costs are narrowly connected, we consider these surveys a good reason to maintain patency of our hypothesis.

How it has been seen above, the *transition* between *types* of flexibility or between the *first* and *second* community has a trade-off. 'Given the multidimensional nature of flexicurity, it is important to strive for an integration of different policy areas. A more coherent policy to tackle the issue, increased interaction between the different elements and between different policies (labour law, labour market policies and social protection systems) is needed to create sustainable employment and social cohesion' (Vermeylen - Hurley 2007).

Such as a mechanism of gradual transition from the various systems to a single system of financing, based on the value added of work (table8). This mechanism will be rewarding to those organizations that have high employment per unit of product, and - indirectly - proportionately more onerous for whom directly or indirectly determines social dumping as a result of their politics of containment of labour costs.

Indeed, in this it is a pre-requisite as has noted 'an important ele-

91 In the same word: fiscal wedge, such as differential between labour cost e net wage.

92 Regional Tax on income by handicraft, service, trade, industry, etc. but not households. It is aimed - in much part - to financing healthcare.

93 See, about all, Coppola 2007.

ment in the reflection is the financial and institutional situation of each Member State which has an impact on reform possibilities. It should also be underlined that all reforms require not only a good deal of political courage but might also require time for them to bear fruit, depending on specific economic context. The possible transferability of other 'ideas' on flexicurity depends on economic capacity and institutional policy capacity, including actors, preferences, economic viability and political will to accept these reforms at different levels' (Vermeyleen - Hurley 2007).

On one side, it is expected to act on the same tax base of VAT: increase in rate, or decrease in deduction of VAT "at the valley". (Taxation system that is in Europe already harmonised and among its main sources of funding.)

On the other side, it is expected to intervene on the tax base for the purposes of income tax: deductibility of higher variable costs increased from taxable income for the purposes of income tax. Wherein the percentage of deductibility determines the share of financing of social security for the work and that of non-deductibility share financing of social security to be borne by the general taxation.

The effects expected from the introduction of the hybrid system are consistent with the recommendations of the European Commission for the relaunch of the Lisbon strategy for growth and employment.

Indeed, the system produces these effects:

elimination of the tax wedge, with the consequent very close link between labour productivity, labour costs and the net pay; elimination of differences between member countries on how to fulfill the social burden: this makes it independent of the contractual shape for the use of the workforce and determines, thus, the increased mobility of workers and enterprises;

reduction of dark work, because it becomes much less competitive;

participation in social spending at the expense also of those who have relocated production, but who continue to operate in the common market, where they keep selling their products.

'There is no perfect way to do it, whether it is the 'Danish' model with more flexibility for all workers, or a more 'transitional labour market' approach such as the Dutch model in which people move in

and out of the labour market.’ (Vermeylen - Hurley 2007). The effect of our hybrids is the our way. It should introduce a virtuous cycle to reduce the gap in competitiveness between local production and extra E.U.

Provisional conclusions

One can infer that:

social security can not be considered an internal variable of the balance of flexicurity, but it must be a systemic precondition to flexicurity work;

flexicurity is not in a position to eliminate the trade-off product from any point of balance;

therefore, exceeding the trade-off between internal and external security must be ensured in the system;

therefore, the political security can not be financed on the basis of trust in the dynamics of the market, but with real money;

their finding should not be a reason to turn trade-off between levels of protection because of both types, both because of the place.

Eventually, the financing of security, coupled with a degree of adjustment is also harmonized, is not an internal matter in every subsystem of flexicurity, but it is a priority objective of a decent social environment.

REFERENCES⁹⁴

- ALES 2008 - Ales, Edoardo; Il lavoro non subordinato nell'ordinamento comunitario; Lavoro autonomo e diritto del lavoro: quali frontiere?; 2008; Symposium Università degli Studi di Roma Tor Vergata; February 12, 13, forthcoming.
- ALES 2008a - Ales, Edoardo; diritti, mercati, lavori, Modello sociale europeo e flexicurity: una sorta di "patto leonino" per la modernizzazione, forthcoming.
- ANASTATSI 2008 - Anastasi, Alessandro; Lavoro autonomo e diritto del lavoro: Esperienze e problemi nei paesi dell'Europa Centro-Orientale; Lavoro autonomo e diritto del lavoro: quali frontiere?; 2008; Symposium Università degli Studi di Roma Tor Vergata; February 12, 13, forthcoming.
- ANASTATSI 2002 - Anastasi, Alessandro; Globalizzazione, integrazione regionale e tutele sociali nella nuove democrazie; Globalizzazione, integrazione regionale e diritto del lavoro; 2008; Symposium Università degli Studi di Roma Tor Vergata; April 22, 23, paper.
- BALANDI 1996 - Balandi, Gianguido; Sicurezza Sociale; Digesto Comm.; 1996, Torino; Vol. XIII, p.419ss.
- BALANDI 1984 - Balandi, Gianguido; Per una definizione del diritto della sicurezza sociale; Politica del diritto; 1984, 555ss.
- BAR-CAR 2007 - Barbera, Marzia; Caruso, Bruno; In Search of a New Language: Italian Labour Law Scholarship in the Face of European Integration; Jean Monnet Working Paper No.11/07, <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/07/071101.html>.
- BELLAVISTA 2008 - Bellavista, Alessandro; Al di là del lavoro sommerso; Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale; 2008, I, 9-24.
- BELLAVISTA 2007 - Bellavista, Alessandro; L'emersione del «lavoro nero» nella legge finanziaria per il 2007; Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale; 2007, 379ss.
- BELLAVISTA 2006 - Bellavista, Alessandro; Politiche nazionali dell'occupazione e diritto comunitario della concorrenza; Il diritto del mercato del lavoro; 2006, I, 117-126.

94 Updated on oct, 2008.

- BELLAVISTA 2000 - Bellavista, Alessandro; Il lavoro sommerso; Torino; 2000; Giappichelli.
- BER-CAR-RIC 2000 Beretta, Giuseppe; Caruso, Bruno; Ricci, Giancarlo; Il lavoro sommerso; available at http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/dossier/dossier1/dossier_down.htm.
- CAMMALLERI 1999 - Cammalleri, Calogero M; Variazioni sulla flessibilità, riflessioni *de jure condito* e ipotesi di *jure condendo*; Annali della Facoltà di Economia di Palermo; Area giuridica; L-LIII, 1996-99, 9-32.
- CAR-MAS 2008 - Caruso, Bruno; Massimiani, Clemente; Prove di democrazia in Europa: la flessicurezza nel lessico ufficiale e nella pubblica opinione europea; WP C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona. IT – 65/2008; available at http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/int/caru-so_massimiani_n59-2008int.pdf.
- COPPOLA 2006 - Coppola, Paola; Le attuali agevolazioni fiscali a favore del Mezzogiorno alla luce dei vincoli del Trattato CE poste a tutela del principio della libera concorrenza; Rassegna tributaria; 2007, p-1677-1714.
- DAVIES 2006 - Davies, Gareth; The Process and Side-Effects of Harmonisation of European Welfare States; Jean Monnet Working Paper No.2/06, <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/06/060201.html>.
- DIAMOND 2000 - Diamond, Peter A; Towards an optimal social security design; Working paper 04/2000 CERP; available at http://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID264290_co-de010402130.pdf?abstractid=264290&mirid=1.
- DEL PUNTA 2001 - Del Punta, Riccardo; L'economia e le ragioni del diritto del lavoro, Diritto delle relazioni industriali; 2001; 38ss.
- DURAND 1953 - Durand, Paul M; Introduzione alla sicurezza sociale; Nuova rivista del diritto commerciale; 1953, p. 230ss.
- FARREL 2008 - Farrel, Gilda (edited by); Flexicurity - Flessibilità e welfare - Una sfida da raccogliere; 2008; Roma; Sapere 2000.
- ENGBLOM 2008 - Engblom, Samuel; The social protection of self-employed workers in Sweden; Lavoro autonomo e diritto del lavoro: quali frontiere?; 2008; Symposium Università degli Studi di Roma Tor Vergata; February 12,13, paper and slides, forthcoming.
- GARILLI 1994 - Garilli, Alessandro; Il Lavoro nel sud; 1994, Torino, Giappichelli.
- GHEZZI 2004 - Ghezzi, Giorgio; Presentazione to Gragnoli, Enrico; Perulli, Adalberto; La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali; 2004; Padova, Cedam.
- GHEZ-NA-TO 2002 - Ghezzi, Giorgio; Naccari, Giovanni; Torrice, Amelia; Il Libro bianco e la Carte di Nizza - Il futuro dei diritti sociali in Italia e in Europa; 2002; Roma; Ediesse.
- GIUBBONI 2007 - Giubboni, Stefano; L'azione comunitaria in materia di sicurezza sociale e in prospettiva storica. Omaggio a Lionello Levi Sandri; Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale; 2007, 537-556.
- GIUBBONI 2003 - Giubboni, Stefano; Diritti Sociali e mercato; 2003, Bologna, Mulino.
- GIUBBONI 1997 - Giubboni, Stefano; Cittadinanza comunitaria e sicurezza sociale: un profilo critico; Argomenti di Diritto del Lavoro; 1997, 67ss.
- GUE-ZAN 2006 - Guerra, Maria Cecilia; Zanardi, Alberto; Ma il contrasto di interessi non è la soluzione; 2006; lavoce.info; available at <http://www.lavoce.info/commenti/282452.html>.

- ICHINO 2005 - Ichino, Pietro; I giuslavoristi e la scienza economica: istruzioni per l'uso; WP C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona. IT - 79/2005; available at http://www.lex.unict.it/euro-labor/ricerca/wp/it/ichino_n79-2005it.pdf.
- LUPI 2007 - Lupi, Raffaello; Evasione fiscale e diversa rilevabilità della capacità economica; *Rassegna tributaria*; 2007, p-1649-1669.
- MADSEN 2006 - Madsen, Per K; Flexicurity: a new perspective on labour markets and social protection policies in Europe, paper presented at the conference on 'Transitional Labour Markets and Flexicurity', Amsterdam, December 2006, available at <http://www.tilburguniversity.nl/facul-ties/frw/research/schoordijk/flexicurity/ILP/events/programmelm/permadsenpaper.pdf>.
- MANKIW 1998 - Mankiw, N Gregory; *Principles of economics*; 1998.
- MASSIMIANI 2008 - Massimiani, Clemente; Dossier 10 - Flexicurity. Posti di lavoro più numerosi e migliori grazie alla flessibilità e alla sicurezza; available at <http://www.lex.unict.it/euro-labor/ricerca/dossier/dossier10.pdf>.
- MUFF-Oths 2007 - Muffels R., Chung H., Fouarge D., Klammer U. Luijckx R., Manzoni A and Wilthagen T.; Flexibility and security over the life course: results and policy implications, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Office for Official Publications, 2007, available at <http://www.eurofound.europa.eu/pub-docs/2007/62/en/1/ef0762en.pdf>.
- OROP-PROT 2006 - Oropallo, Filippo; Proto, Gaetano; L'impatto sulle imprese di alcune ipotesi di riforma dell'Irap: una simulazione; available at http://petra1.istat.it/diecofis/App/cuneo_dpef_luglio.doc.
- OROP-PROT 2006a - Oropallo, Filippo; Proto, Gaetano; L'impatto di alcune misure di riduzione del cuneo fiscale sulle imprese e sulle famiglie; available at http://petra1.istat.it/diecofis/App/ipotesi_riduzione_irap.doc.
- OROP-PROT 2006b - Oropallo, Filippo; Proto, Gaetano; Dossier 5 L'impatto sulle imprese della riduzione degli oneri contributivi: una simulazione; <http://petra1.istat.it/diecofis/App/f-dossier5.pdf>.
- PANOVA 2008 - Panova, Vassilina T, proceeding at; Lavoro autonomo e diritto del lavoro: quali frontiere?; 2008; Symposium Università degli Studi di Roma Tor Vergata; February 12, 13, forthcoming.
- PERSIANI 1987 - Persiani, Mattia; *Sicurezza Sociale*, voce; *Novissimo Digesto Italiano*, appendice; 1987, Torino; Vol. VII, p.212ss.
- PERSIANI 1984 - Persiani, Mattia; *Rischio e bisogno nella crisi della previdenza sociale*; *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*; 1984, p.481ss.
- PERSIANI 1973 - Persiani, Mattia; *Considerazioni sulle motivazioni ideologiche dell'assistenza e della previdenza sociale e sulla loro evoluzione dovuta all'idea della Sicurezza Sociale*; *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*; 1973, p.419ss.
- PERSIANI 1970 - Persiani, Mattia; *Sicurezza Sociale e persona umana*; *I problemi della sicurezza sociale*; 1970, p.609ss.
- PERULLI 2008 - Perulli, Adalberto; *Efficacia e diritto del lavoro*, *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*; 2008, I, 107-136.

- PESSI 2005 - Pessi, Roberto; *Diritto della previdenza sociale*, 2005, Padova; III., Cedam.
- PESSI 1993 - Pessi, Roberto, (edited by); *Il sistema previdenziale europeo*; 1993, Padova; Cedam.
- ROCCELLA 2008 - Roccella, Massimo; *Lavoro subordinato e lavoro autonomo oggi*; WP C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona. IT – 65/2008»; available at http://www.lex.unict.it/euro-labor/ricerca/wp/it/roccella_n65-2008it.pdf.
- ROCCELLA 2006 - Roccella, Massimo; , *Formazione, occupabilità, occupazione nell'Europa comunitaria*; available at http://www.aidlass.org/attivita/2006/Relazione_Roccella.doc.
- SANTORO 2006 - Santoro, Alessandro; *Il conflitto d'interessi come soluzione dell'evasione?*; available at <http://www.secit.finanze.it/file/public/approfondimenti/santoro-shortnote-n-7.pdf>.
- SCARPELLI 2008 - Scarpelli, Franco; *Il contrasto al lavoro irregolare, tra sanzioni e responsabilità*; *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*; 2008, I, 59-80.
- STIGLITZ 2002 - Stiglitz, Joseph; *Employment, social justice and well-being*; *International Labour Review*; 2002; vol. 141; No. 1-2, p. 10.
- SUPIOT 2005 - Supiot, Alain; *Homo juridicus*; 2005; Paris, Seuil.
- SUPIOT 2001 - Supiot, Alain; *Beyond Employment, Changes in Work and the Future of Labour Law in Europe*; , New York, Oxford University Press; 2001.
- SUPIOT 1999 - Supiot, Alain; *Transformation of labour and future of labour law in Europe*, European Commission, Office of Official Publications, Luxembourg, 1999, available at http://ec.europa.eu/employment_social/labour_law/publications_en.htm.
- TIRABOSCHI 2005 - Tiraboschi, Michele; *The Italian Labour Market after the Biagi Reform*; *The International journal of comparative law and industrial relations*; 2005, 149-192.
- VERM – HURL 2007 - Vermeylen, Greet; Hurley, Jhon; *Varieties of flexicurity: reflections on key elements of flexibility and security, background paper*; European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Office for Official Publications, Luxembourg; 2007, available at <http://www.eurofound.europa.eu/pubdocs/2007/21/en/1/ef0721en.pdf>.
- VIANA 2008 - Viana, Marcio Tulio; *Lavoro informale in Brasile: risultati di un'indagine sul campo; Lavoro autonomo e diritto del lavoro: quali frontiere?*; 2008; Symposium Università degli Studi di Roma Tor Vergata; February 12, 13, paper; *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro* 2008.
- WILTHAGEN 2006 - Wilthagen, Ton; *Innovative Agreements on Employment and Competitiveness in the European Union and Norway*; available at <http://www.eurofound.europa.eu/pubdocs/1999/59/en/1/ef9959en.pdf>.
- WILT-TROS 2004 - Wilthagen, Ton; Tros Frank, ; *The concept of flexicurity: a new approach to regulating employment in the labour market*; *Transfer, European Review of Labour and Research*, Vol. 10, No. 2, 2004, pp. 166-186.
- ZOPPOLI 2007 - Zoppoli, Lorenzo, *Unione europea e lavoro sommerso: nuove attenzioni e vecchie contraddizioni*, now available at: *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*; 2008, I, 81-106.
- ZOPP-DELFI 2008 - Zoppoli, Lorenzo; Delfino, Massimiliano; (edited by); *Flexicurity e tutele*; 2008; Roma; Ediesse.

- EESC(2008) - European Economic and Social Committee Integrated; Flexicurity; SOC/283; available at http://www.eesc.europa.eu/sections/soc/employment_working_conditions.htm#283.
- EESC(2008)a - European Economic and Social Committee Integrated; Guidelines for growth and jobs (2008-2010); SOC/303; available at http://www.eesc.europa.eu/sections/soc/employment_working_conditions.htm#303.
- COM(2007) - European Commission; Towards Common Principles of Flexicurity: More and better jobs through flexibility and security; COM(2007) 359 final; available at <http://cor.europa.eu/document/activities/com20070359en01.pdf>.
- COM(2007)a - European Commission; Integrated guidelines for growth and jobs (2008-2010); available at http://ec.europa.eu/growthandjobs/pdf/european-dimension-200712-annual-progress-report/200712-annual-report-integrated-guidelines_en.pdf.
- COM(2006) - European Commission; Green Paper on Modernising Labour Law to meet the challenges of the 21st Century; 2006, Office for Official Publications, Luxembourg; available at http://ec.europa.eu/employment_social/labour_law/green_paper_en.htm.
- COM(2006)a - European Commission; Flexicurity, EMCO working group on Flexicurity, 2006, available at http://ec.europa.eu/employment_social/employment_strategy/pdf/emco_wor-kgroup - flexicurity06_en.pdf.
- COM(1998) - European Commission; On undeclared work; COM(98) 219 final available at http://aei.pitt.edu/5111/01/001483_1.pdf.
- GIUSLAV. 2007 - Various Authors; I giuslavoristi e il Libro verde «Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XX secolo» now available at ZOPP-DELFI 2008.
- MEDEL 2007 - Magistrats Européens Pour la Démocratie et les libertés; MEDEL; 2007; March 2, Barcelona available at <http://medel.bugiweb.com/usr/Declaracion%20Barcelona%20ES.pdf>.
- MINLAV 2007 - Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale; Posizione italiana sul Libro Verde della Commissione Europea sulla modernizzazione del diritto del lavoro, aprile 2007 available at <http://www.lavoro.gov.it/NR/rdonlyres/A3218F87-8FD8-4B1D-A426-0E222195DE2E/0/rispostalibro-verdeaprile20071.pdf>.
- PATHWAYS 2007 - Expert Group on Flexicurity; Flexicurity pathways, Interim report from the rapporteur T. Wilthagen presented at the Stakeholder Conference on Flexicurity; April 2007, available at http://ec.europa.eu/employment_social/employment_strategy/pdf/flexi_pathways_en.pdf.
- ILO-TOOL 2007 - United Nations System Chief Executives Board for Coordination; Toolkit for mainstreaming employment and decent work; available at <http://www.oit.org/public/english/bureau/dgo/selecdoc/2007/toolkit.pdf>.

IL DIFENSORE CIVICO TRA NORMA E REALTÀ

Riassunto - I difensori civici tendono ad atteggiarsi come “mediatori” nei rapporti tra cittadini e pubblica Amministrazione e consentono di ripristinare condizioni di buona amministrazione, compromesse dal cattivo funzionamento dei pubblici poteri. Infatti, l'*ombudsman* deve rilevare le inadeguatezze, i vizi e gli abusi nell'uso dei poteri della pubblica Amministrazione, ma non può mai modificare, revocare o annullare i provvedimenti della stessa.

Esso si pone come punto di mediazione tra cittadini e pubblica Amministrazione, momento partecipativo nella gestione del procedimento amministrativo, stimolo e verifica dell'azione amministrativa, che deve rapportarsi, sì, ai valori di efficienza ed efficacia, ma anche a quelli di equità ed etica giuridica. In Italia, tale istituto suscita grande interesse grazie al suo accoglimento in quasi tutti gli ordinamenti regionali e, a seguito della legge n. 142 del 1990, nella maggior parte degli Statuti comunali e provinciali.

L'ordinamento giuridico nazionale, nell'ottica di nuove forme di tutela più specificamente legate ad un ruolo “partecipativo” del cittadino, introduce la figura del difensore civico, cui si riconosce una funzione di “cerniera” sociale tra cittadini e pubblica Amministrazione, costituendo un centro di mediazione del tutto gratuito per i cittadini e forma specifica di tutela nella complessità e caoticità di norme e regolamenti, che inevitabilmente compromettono la certezza dei rapporti dei cittadini con la pubblica Amministrazione.

Abstract - Ombudsmen are independent officials whose task is to defend the interest of the public against malpractice and injustice on the part of public Administration and local government departments. A local government ombudsman undertakes to ensure that the public Administration departments falling within his or her area of competence act impartially and deal with the public in a correct, fair, open and transparent manner, and thus contributes towards the improvement of public services in general. The presence of the Local Government Ombudsman bears witness to a general evolution of Italian national institutions towards an increasing interest in the

* Facoltà di Economia - Università degli Studi di Palermo.

promotion of human rights and respect for the dignity of citizens in their relations with the public Administration. In Italy, political and institutional awareness of the need for ombudsmen can be traced back to the nineteen-seventies, when regional governments became the leading figures of concerted efforts to introduce this office in local government. However, ombudsmen began to be elected by local government only in the early 1990s, following the introduction of the Italian Law n. 142/90 on local administrative autonomy and powers. For the first time in Italian history, article 8 of this law gives local government the opportunity to create this important point of reference for the citizens of each municipality.

Sommario: 1. Perplexità e prospettive nella configurazione del difensore civico; 2. Cenni sulle dizioni e sui lineamenti generali dell'istituto. *L'ombudsman* europeo; 3. Il difensore civico nella realtà italiana delle Regioni e dei Comuni; 4. La figura del difensore civico nella normazione comunale e provinciale; 5. Il difensore civico ed i controlli amministrativi; 6. Il ruolo del difensore civico nella tutela del diritto di accesso ai documenti amministrativi; 7. L'autonomia e l'indipendenza del difensore civico nell'assetto normativo degli Enti locali; 8. Il difensore civico e la giurisprudenza della Corte Costituzionale; 9. Connotazione e potenzialità del ruolo del difensore civico: il difensore civico come "autorità amministrativa semi-indipendente"; il cosiddetto difensore civico virtuale.

1. Perplexità e prospettive nella configurazione del difensore civico

Il difensore civico, pur atteggiandosi ancor oggi, alla luce della normativa generale statale, come un organo di incerta collocazione istituzionale e funzionalmente di non ben definita configurazione, sembra confidare in una maggiore considerazione da parte della legislazione regionale, pur continuando a vivere una realtà che ne vede sostanzialmente costretta l'azione entro ambiti sempre più limitati, con poteri pressoché privi di effettiva incidenza, nonostante le sempre più crescenti pretese di giustizia ne postulino un più efficace intervento e ne sollecitino una più esaustiva operatività, anche se il suo ruolo non appare del tutto confortato da una sua diffusa acquisizione da parte della coscienza collettiva.

L'ordinamento giuridico nazionale, nell'ottica di nuove forme di tutela più specificamente legate ad un ruolo "partecipativo" del cittadino, introduce la figura del difensore civico, cui si riconosce una funzione di "cerniera" sociale tra cittadini e pubblica Amministrazione, costituendo un centro di mediazione del tutto gratuito per i cittadini e forma specifica di tutela nella complessità e caoticità di norme e regolamenti, che inevitabilmente ne compromettono la certezza dei rapporti con la pubblica Amministrazione.

In Italia tale istituto suscita grande interesse grazie al suo accoglimento in quasi tutti gli ordinamenti regionali prima e, a seguito della legge 142 del 1990, nella maggior parte degli Statuti comunali e provinciali. Esso si pone come punto di mediazione tra cittadini e pubblica Amministrazione, momento partecipativo nella gestione del procedimento amministrativo, stimolo e verifica dell'azione amministrativa, che deve rapportarsi, sì, ai valori di efficienza ed efficacia, ma anche a quelli di equità ed etica giuridica.

Anche se in dottrina si osserva come, alla luce degli Statuti comunali, risulti che il difensore civico non abbia poteri coercitivi, giurisdizionali, istruttori né sostitutivi dell'Amministrazione ed in una serie di ipotesi non debba nemmeno intervenire¹, tanto da indurre a pensare che i poteri del difensore civico siano sostanzialmente limitati ad una sorta di "termometro" della buona amministrazione, dalla quale spesso proviene e, comunque, "dipende" per nomina, organizzazione, per indennità di funzione, di missione e per il rimborso delle spese vive sostenute.

Non v'è dubbio che attraverso l'istituzione della figura del difensore civico, il legislatore italiano abbia inteso dare attuazione ai principi costituzionali della pubblica Amministrazione (art. 97 Cost.) ed ai principi generali individuati dalla legge nazionale².

1 ITALIA V., *L'ordinamento comunale*, Giuffrè, Milano, 2005, 455 e ss.

2 Il primo paradigma normativo di riferimento è rappresentato dall'art. 8 della legge 8 giugno 1990 n. 142 "Ordinamento delle autonomie locali" rifuso nell'art. 11 del decreto legislativo 18 agosto 2000 n. 267 "Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali a norma dell'articolo 31 della legge 3 agosto 1999, n. 265 che, nello specifico, recita:

1. Lo statuto comunale e quello provinciale possono prevedere l'istituzione del difensore civico, con compiti di garanzia dell'imparzialità e del buon andamento della pubblica amministrazione comunale o provinciale, segnalando, anche di propria iniziativa, gli abusi, le disfunzioni, le carenze ed i ritardi dell'amministrazione nei confronti dei cittadini.
2. Lo statuto disciplina l'elezione, le prerogative ed i mezzi del difensore civico non-

Tuttavia, è assente un quadro normativo nazionale che definisca esaustivamente le funzioni, l'identità e le competenze del difensore civico per ogni livello territoriale; che influisca in modo determinante sulle possibilità di radicamento e di espansione dell'istituto sul territorio nazionale. Si rimette allo Statuto o al Regolamento locale la possibilità di prevedere organi come questo. Sul punto il decreto legislativo 18 agosto 2000 n. 267 rinvia all'azione degli Enti locali³ (art. 11).

In effetti, si avverte diffusamente che la natura essenziale del difensore civico sia quella di "magistrato naturale dei diritti umani" e di questo sono già apparsi consapevoli diversi difensori civici⁴. Matura la necessità di assicurare che negli statuti di Comuni e Province l'istituto sia previsto e, con esso, sia espressamente statuito il principio del rispetto dei diritti umani così come riconosciuti dalla Costituzione e dalle norme internazionali. L'intento è, altresì, quello di contribuire ad indirizzare la difesa civica sul terreno che gli è *natutaliter* proprio: quello dei principi relativi al rispetto della dignità umana, dei diritti inviolabili ed inalienabili che le ineriscono, dei diritti di cittadinanza attiva, della democrazia partecipativa. Anche se di fatto parlare di "diritti umani" è molto più impegnativo che limitarsi a chiamare in causa soltanto i pur importanti "interessi legittimi", "diritti soggettivi" ed "interessi diffusi".

ché i suoi rapporti con il consiglio comunale o provinciale.

3. Il difensore civico comunale e quello provinciale svolgono altresì la funzione di controllo nell'ipotesi prevista all'articolo 127".

L'esperienza giuridica italiana prosegue con la legge 241/90 sulle "Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi" (art. 25, comma 4). Successivamente la legge 11 febbraio 2005 n. 15 apporta "Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa" e, in particolare, l'art. 17 apporta modificazioni all'articolo 25 della legge 241/1990.

³ SANDULLI M. A., *Partecipazione e autonomie locali*, in *Dir. amm.*, 2002, 4, 555.

⁴ PAPISCA A., *Difensore Civico, ovvero magistratura naturale dei diritti umani*, in *Pace, diritti dell'uomo e dei popoli*, anno IV, n. 2/1990.

A partire dal 1974, per gli Stati membri della Comunità europea si auspica, oltre che a livello regionale o locale anche a livello nazionale, la formazione di determinati organi, che possano svolgere funzioni analoghe a quelle esercitate dagli *ombudsmen*, o dai “Commissari Parlamentari” già esistenti (cfr. raccomandazione n. 757 del 29 gennaio 1975). E le più importanti istituzioni internazionali, a partire dall’Organizzazione delle Nazioni Unite e dal Consiglio d’Europa, considerano l’istituto del difensore Civico essenziale per la buona amministrazione, quindi, per qualsiasi sistema di *good governance*. La “Magna Charta libertatum” in materia è la Risoluzione 43/134 (1993) dell’Assemblea Generale delle Nazioni Unite, la quale recepisce i cosiddetti “Principi di Parigi” del 1991 sulle “Istituzioni nazionali per i diritti umani”: Difensore civico e Commissione nazionale.

2. **Cenni sulle origini e sui lineamenti generali dell’istituto.** **L’ombudsman europeo**

Anche se la più risalente figura assimilabile al moderno difensore civico viene ricondotta al *defensor civitatis* di valentiniana memoria, non vi è dubbio che nelle sue moderne linee caratterizzanti esso derivi dall’istituto del Commissario Parlamentare, il cosiddetto *ombudsman*. Nel 1809, in Svezia, viene istituito l’Ufficio dell’*ombudsman*, di nomina parlamentare, che nasce come strumento di limitazione dell’assolutismo regio da parte del Parlamento, il quale, attraverso tale figura, può svolgere una forma di controllo sul Governo del Re. Solo a seguito di un lento processo di trasformazione della forma di Governo (da costituzionale pura a parlamentare), l’*ombudsman* da organo di controllo dell’operato del Governo diviene “controllore” dell’attività della pubblica Amministrazione a tutela degli interessi dei cittadini. Questo Commissario, anche se sprovvisto di poteri decisionali, può con le sue pronunce invitare l’autorità amministrativa ad annullare o revocare un proprio provvedimento o riesaminarlo sulla base delle censure sollevate. La sua autorevolezza deriva, altresì, dalla “pubblicità” data ai suoi interventi nei casi di “cattiva amministrazione”.

Poteri meno incisivi hanno, bensì, i difensori civici istituiti in epoca successiva in molti altri Stati (Finlandia⁵, Danimarca⁶, Norvegia⁷, Nuova Zelanda⁸, Germania⁹, Australia¹⁰, Canada¹¹, Portogallo¹²,

5 Nella Costituzione finlandese del 17 luglio del 1919, in termini simili alla normativa svedese, viene inserito il modello dell'*ombudsman* svedese. L'istituto del difensore civico viene successivamente disciplinato con la legge del 10 gennaio del 1920.

6 In Danimarca, la figura del "Commissario Parlamentare" viene istituita in occasione della riforma costituzionale del 1953 (art. 55 Cost. danese) e regolata dalla legge dell'11 settembre del 1954, novellata nel 1959 e, poi, nel 1961.

7 Nell'ordinamento giuridico norvegese vengono introdotti prima un "Commissario parlamentare" con competenza in campo militare (*ex* legge del 21 aprile 1952 e successive modifiche) e, dopo dieci anni, un secondo tipo di commissario con competenze nel campo dell'amministrazione civile dello Stato (*ex* legge del 22 giugno 1962, modificata nel 1968 e corredata di un regolamento di attuazione). Nel 1973 viene istituito un *ombudsman* di nomina governativa, per la protezione del consumatore-contraente debole.

8 Con il *Parliamentary Commissioner Ombudsman Act* (emanato nel 1962 e modificato nel 1968, 1969 e 1970), in Nuova Zelanda si introduce il "Commissario Parlamentare", secondo il modello scandinavo. Il 26 giugno del 1975, con l'emissione di nuovo *Ombudsman Act* (entrato in vigore il 1° aprile 1976), viene istituito un sistema collegiale di tre *ombudsmen*, ciascuno con una propria competenza territoriale. Essi sono nominati dal Governatore Generale, su proposta del Parlamento, per un periodo di cinque anni, e possono essere più di una volta chiamati a ricoprire la carica.

9 La Germania è il primo paese dell'Europa continentale ad accogliere nel proprio ordinamento la figura dell'*ombudsman*, sebbene limitatamente alle sole competenze in campo militare. Al fine di introdurre nel sistema tedesco il "Commissario Parlamentare della Difesa" (*Wehrbeauftragte des Bundestages*), il 19 marzo 1956 viene riformato l'art. 145 *bis* del *Grundgesetz*, accingendosindosi, poi, a disciplinare dettagliatamente l'istituto con legge federale del 26 giugno del 1957. Successivamente la legge del 3 maggio 1974 introduce il Commissario Parlamentare Civile (*Bürgerbeauftragte des Landestages Rheinland-Pfalz*) nel *Land Rheinland-Pfalz*, con competenza concerne i reclami presentati, direttamente o di fronte alla Commissione di reclamo, istituita presso gli organi legislativi regionali, dai cittadini del *Land* avverso le autorità amministrative locali.

10 In Australia l'influenza principale è esercitata dal modello del Commissario neozelandese. Tale fenomeno si è manifestato gradualmente a livello di Stati federali. Il primo di questi Stati ad introdurre l'*ombudsman* è quello dell'Australia Occidentale (1971) seguito dall'Australia del Sud (1972); e, inoltre, dallo Stato di Victoria (1973), dal Queensland e dal Nuovo Galles del Sud (1974), dal Northern Territory (1978) e, infine, dalla Tasmania (1979). Una legge federale, l'*Ombudsman Act* del 1976, ha introdotto anche a livello nazionale l'istituto, che ha iniziato ad operare nel marzo del 1977, al momento della nomina del primo *Commonwealth Ombudsman*, con sede in Camberra.

11 In Canada la struttura federale ha comportato un'evoluzione dell'istituto simile a quella dell'esperienza australiana. L'introduzione dell'*ombudsman* è avvenuta dapprima, a livello di Stati membri, in New Brunswick ed Alberta (1967), e successivamente anche in Quebec, con la creazione del *Protecteur du Citoyen* (1968), a seguire in Nuova Scozia e Manitoba (1969), in Ontario e Newfoundland (1975); e, infine, nella Columbia Britannica, con la legge del 1° settembre del 1977. In ambito federale vengono istituite rispettivamente: il *Commissioner of Official Languages*, che si occupa dei reclami, concernenti la disapplicazione delle disposizioni sull'uso delle lingue ufficiali nei pubblici uffici ed il *Correctional Investigator*, che riceve i reclami dei detenuti nei confronti delle autorità penitenziarie federali.

12 In Portogallo, con decreto-legge emanato dal governo provvisorio il 21 aprile 1975 viene istituito un "Promotore di giustizia". La Carta Suprema del 25 aprile del 1976 l'ha recepito all'art. 24, mutandolo in un Commissario Parlamentare di tipo scandinavo. Esso è nominato dall'Assemblea Nazionale, ha poteri ispettivi, emana nei confronti degli organi competenti le rac-

Svizzera¹³, Austria¹⁴, Israele¹⁵, U.S.A.¹⁶, India¹⁷, Colombia¹⁸,

comandazioni, che ritiene necessarie ad evitare ingiustizie. I reclami dei cittadini possono essergli presentati direttamente. L'ordinamento organico del 1975 concernente il "Promotore della Giustizia" è stato sostituito dalle leggi del 22 novembre 1977 e del 2 marzo 1978.

13 In Svizzera è stato istituito un "Commissario amministrativo" (1971), a carattere municipale (*Beauftragte in Beschwerdensachen' der Stadt Zurich*). Eletto dal Consiglio municipale, dura in carica per un periodo di quattro anni, con la possibilità di rielezione. Esso è autonomo rispetto al Consiglio e rispetto alla Municipalità. Il Parlamento del cantone di Zurigo ha approvato la legge del 25 settembre del 1977, che ha istituito un "Commissario cantonale", con la denominazione ufficiale di *ombudsman*, la cui attività è iniziata il 5 giugno del 1978.

14 La *Volksanwaltschaft*, creata in Austria con legge federale entrata in vigore nel 1977, costituisce un organismo autonomo, composto da tre funzionari nominati dall'Assemblea Federale per un periodo di sei anni. L'Avvocatura riceve direttamente i reclami dei cittadini riguardo l'attività della Pubblica amministrazione. Con due leggi locali (entrate in vigore rispettivamente il 1° giugno 1977 ed il 29 aprile 1978) la competenza della Avvocatura Popolare Federale è stata estesa alle questioni concernenti le autorità amministrative delle province (*Länder*) di Salisburgo e Vienna.

15 La funzione di *ombudsman* è stata introdotta nel 1971, come attribuzione speciale del "Controllore Generale", nominato dal Parlamento (*Knesset*) ed è qualificabile come Commissario Parlamentare. Nelle funzioni di Commissario, il Controllore Generale è assistito da un ufficio, il cui direttore è nominato da una Commissione parlamentare del *Knesset*, su proposta del Controllore medesimo. Quest'ultimo per facilitare il ricevimento dei reclami, ha stabilito uffici distaccati ad Haifa, Tel Aviv e Gerusalemme. In seguito alla *Military Justice Law* del 1972 è stato creato un *Soldiers' Complaints Commissioner*, competente per i reclami del personale delle forze armate e nominato dal Ministro della difesa, previa consultazione con il Ministro della giustizia, e con la approvazione dei comitati parlamentari per gli Affari esteri e per la Sicurezza.

16 Negli Usa a causa del carattere federale dell'ordinamento, l'introduzione della figura dell'*ombudsman* è avvenuta secondo modalità differenti; tale denominazione è stata attribuita a funzionari ed organismi caratterizzati da una somiglianza solo apparente rispetto al classico modello scandinavo e, perfino, alle varie figure da quel modello sviluppatesi. Alcuni Stati federati - Hawaii, Nebraska, Iowa, New Jersey ed Alaska - hanno introdotto l'istituto del "Commissario Parlamentare", seguendo l'esempio scandinavo. Infatti, il titolare di questo ufficio è nominato dal legislativo locale, rispetto al quale mantiene una qualche autonomia; gli è attribuita facoltà di ricevere direttamente i reclami dei cittadini avverso attività delle autorità amministrative, ed i suoi compiti si sostanziano in: l'attività ispettiva, la formulazione di proposte e raccomandazioni prive di forza vincolante, nonché l'invio di un rapporto informativo annuale all'organo legislativo locale. La denominazione di *ombudsman* governativo è stata attribuita al funzionario nominato dall'esecutivo, e tuttavia indipendente, che svolge mansioni ed attività simili a quelle dell'*ombudsman* scandinavo. Esso è stato introdotto a vari livelli, con un certo impulso, tanto da parte di governi locali che di autorità cittadine o perfino di quartiere. In via di esempio possono segnalarsi l' "Ufficio di informazione e reclami" di Honolulu, la "Delegazione Municipale" della città di Boston, l'*ombudsman* del quartiere di Nassau a New York, i "Vicegovernatori" di alcuni Stati federati, l' "Ufficio di assistenza civica" dello Iowa, l'*ombudsman* dell'Oregon.

17 In India l'*ombudsman* è conosciuto a livello locale in Lokayukta ed Upa-Lokayukta, così come negli Stati di Bihar (dal 1973), Maharashtra (dal 1971), Rajasthan (dal 1973) e Uttar Pradesh (dal 1977).

18 Nell'ordinamento giuridico colombiano, dopo il fallimento di vari progetti intesi alla creazione di una figura di *ombudsman* classico, la figura del difensore civico ha assunto le seguenti diverse denominazioni: "Supervisore dell'amministrazione", "Procuratore Parlamentare" o "Difensore dei Diritti Umani". La riforma costituzionale del 4 dicembre 1979 ha modificato gli artt. 142 e 143 della *Carta Fundamental*, conferendo al "Procuratore Generale della Nazione", scelto

Nuova Guinea e Zambia¹⁹, Francia²⁰, Spagna²¹, Inghilterra²²...).

I vari ordinamenti che hanno accolto l'istituto sono legati da caratteristiche comuni: il principio organizzativo della separazione dei poteri è un presupposto necessario, almeno nella contrapposizione basilare tra l'organo rappresentativo ed il Governo, del relativo meccanismo di controllo. Si ritiene che l'organo si aggiunga ai sistemi pensati per il controllo dell'esecutivo ad opera del Parlamento e, quindi, debba essere sottratto ad ogni possibile influenza politica.

Il controllo esercitato dal difensore civico ha la caratteristica di svolgersi direttamente nei confronti della pubblica Amministrazione. Altra peculiarità è che tale organo, pur essendo fiduciario del Parlamento,

per un periodo di quattro anni dalla Camera dei Rappresentanti in una terna di nomi segnalati dal Presidente della Repubblica, talune facoltà simili a quelle del difensore civico di tipo scandinavo, come quella di ricevere direttamente i reclami dei cittadini avverso le violazioni di diritti umani dette "garantias sociales", da parte di funzionari od impiegati pubblici; nonché quella di effettuare, in relazione a questo, le necessarie indagini, proponendo le soluzioni convenienti, con l'obbligo della presentazione di un rapporto informativo annuale riguardo all'attività svolta.

19 La Costituzione del 1975 della Nuova Guinea (Papua) prevede una *Ombudsman Commission*, così come la Costituzione dello Zambia del 1973 istituisce una *Commission for Investigation*.

20 La figura del *Médiateur* francese ha assunto una notevole importanza per lo sviluppo dell'istituto negli ordinamenti continentali europei. Il *Médiateur* è stato istituito dalla legge del 3 giugno 1973, riformata il 24 dicembre del 1976. Le sue caratteristiche essenziali coesistono con la struttura semi-presidenziale del sistema costituzionale introdotto in Francia nel 1958, nella designazione ad opera dell'esecutivo, con decreto del Consiglio dei Ministri, e senza possibilità di rinnovo del mandato. La sua autonomia rispetto all'esecutivo è, tuttavia, in parte garantita dall'impossibilità di rimozione dall'incarico, se non per causa di impedimento accertata e dichiarata dal Consiglio di Stato. Vi è, però, un altro aspetto peculiare, che riconduce il *Médiateur* al modello britannico. I reclami dei cittadini non possono essere immediatamente diretti al *Médiateur* e devono, invece, essere indirizzati ad un membro dell'Assemblea Nazionale, o del Senato. Sarà quest'ultimo che, previa una valutazione di opportunità, trasmetterà il reclamo al *Médiateur*, il quale svolgerà le consuete indagini e formulerà le raccomandazioni necessarie. Nel rapporto annuale presentato al Governo ed al Parlamento, il *Médiateur* può avanzare osservazioni non solo sul funzionamento dell'amministrazione, ma anche sullo stato della legislazione vigente con proposte di riforma.

21 La Costituzione spagnola del 1978 prevede, secondo quanto disposto dall'art. 541, un Commissario del Parlamento spagnolo (*Cortes Generales*), da quest'ultimo nominato ed incaricato della difesa dei diritti fondamentali dei cittadini, consacrati nella stessa Carta costituzionale. Le facoltà del "Defensor del pueblo" comprendono anche la supervisione dell'attività della Pubblica amministrazione. Egli deve informare le *Cortes Generales* riguardo all'esercizio delle proprie funzioni. La legge organica, che disciplina dettagliatamente la figura, è stata promulgata il 6 aprile del 1981 e pubblicata il 7 maggio dello stesso anno. Sia lo *Estatuto de Autonomia* dei Paesi Baschi sia quello della Catalogna, entrambi approvati a mezzo del referendum del 25 ottobre del 1979, hanno previsto la possibilità di istituire localmente "Difensori Regionali".

22 La Gran Bretagna ha istituito una figura di difensore civico identificandola con il *Parliamentary Commissioner* (ove il riferimento è al legame con il Parlamento).

deve essere autonomo dallo stesso, in quanto spetta al Parlamento fissare con legge i criteri generali di condotta e l'organizzazione dell'organo, il quale però non può influenzare il suo operato. Il difensore civico deve rilevare le inadeguatezze, i vizi e gli abusi nell'uso dei poteri dell'esecutivo nell'ambito dell'amministrazione, ma non può mai modificare, revocare o annullare i provvedimenti dell'Amministrazione. La competenza dell'organo è limitata, quindi alle sole ipotesi di cattivo uso, in senso lato, del potere da cui derivano lesioni di interessi individuali e collettivi, ma può anche comportare la denuncia di situazioni oggettive di inadempienza, o di disfunzioni di ordine organizzativo e dell'azione amministrativa.

Il difensore civico tende ad atteggiarsi come “mediatore” nei rapporti tra cittadini e pubblica Amministrazione e consente, con i suoi interventi, di ripristinare condizioni di buona amministrazione compromesse dal cattivo funzionamento dei pubblici poteri. Il legislatore nazionale colloca il difensore civico accanto ai nuovi strumenti di democrazia attribuiti alle comunità locali, quale ulteriore e possibile sussidio attribuito dagli Enti locali ai propri cittadini. Ma non può essere ignorato il fatto che il difensore civico non è, per sua natura, un mero “rappresentante” delle istanze dei cittadini nei confronti dell'Amministrazione, tanto che ha la piena facoltà di rigettare le istanze considerate infondate o inammissibili, pur svolgendo nel contempo una funzione informativa e chiarificatrice nei confronti del suo interlocutore. Non appare ammissibile, invece, un intervento del difensore civico che, nel trovarsi a sostenere le ragioni di un cittadino, non sia preliminarmente tenuto a verificare l'effettivo sussistere di condizioni di *maladministration*, in assenza delle quali non sarebbe per l'ufficio possibile stigmatizzare l'azione amministrativa. Inoltre, il concetto di democrazia implica quello di partecipazione che sottende l'esistenza di soggetti diversi e tra loro ben distinti (l'Amministrazione, da un lato, i cittadini singoli o associati, dall'altro) che collaborano per la definizione di decisioni di comune interesse.

I cittadini manifestano la necessità di accedere ad un'istituzione capace, da un lato, di prestare ascolto ai loro bisogni e, dall'altro, di promuovere con efficacia la difesa dei loro diritti presso le pubbliche Amministrazioni. In tal senso, la difesa civica può dare soddisfazione ai cittadini facilitando le

relazioni con le istituzioni locali e regionali, considerato che città e regioni d'Europa hanno già istituito uffici del difensore civico dando ai cittadini una possibilità, di facile accesso, per vigilare sul buon funzionamento delle loro Amministrazioni. Anche le categorie deboli della società, quali i gruppi sociali in condizioni di svantaggio, i minori, le minoranze, gli immigrati e via dicendo, hanno spesso bisogno più di altre categorie di ricorrere alla pubblica Amministrazione, postulando dei mezzi semplici ed affidabili di accesso alle procedure della pubblica Amministrazione²³. A livello comunitario, sono diversi i testi adottati dagli organi del Consiglio d'Europa in materia di difesa civica. Basti pensare ai risultati della Conferenza di Messina (novembre 1997) su "Una protezione dei diritti più vicina ai cittadini: il Difensore civico a livello locale e regionale" e ancora del Consiglio d'Europa nell'ambito delle "tavole rotonde con i difensori civici europei di Firenze (7-8 novembre 1991), Lisbona (16-17 giugno 1994), Limassol (8-10 maggio 1996) e Malta (ottobre 1998)"²⁴.

Il Parlamento europeo con decisione approvata il 9 marzo 1994²⁵ (e modificata dalla decisione del Parlamento europeo del 14 marzo 2002²⁶ che abroga gli artt. 12 e 16) approva lo statuto e le condizioni generali per l'esercizio delle funzioni del mediatore in conformità degli artt. 195, paragrafo 4 del trattato CE, 20 D, paragrafo 4 del trattato CECA e 107 D, paragrafo 4 del trattato CEEA²⁷.

Leuropean ombudsman rappresenta anche un'importante opportunità per le istituzioni e per i cittadini per migliorare e per promuovere la qualità dell'amministrazione nel futuro *even if the Ombudsman does not find maladministration*²⁸.

23 Dal 1981 la Norvegia ha creato la funzione del difensore civico per l'infanzia e suggerito di esaminare l'opportunità di affidare il compito della difesa (e della promozione) dei diritti dell'infanzia (Convenzione ONU del 1989) all'Ufficio del difensore civico, dotandolo di personale competente e di mezzi adeguati.

24 Risoluzione del Consiglio d'Europa su "Il ruolo dei difensori civici/*ombudsmen* nella difesa dei diritti dei cittadini" approvata dall'assemblea del Congresso dei poteri locali e regionali d'Europa il 17 giugno 1999 a Strasburgo.

25 G.U. L 113 del 4.5.1994, pag. 15.

26 G.U. L 92 del 9.4.2002, pag. 13.

27 Cfr. la decisione con cui il Mediatore europeo adotta le disposizioni di esecuzione approvata l'8 luglio 2002 e modificata con decisione del Mediatore europeo del 5 aprile 2004.

28 Cfr. il *report* annuale 2006 del Mediatore europeo rintracciabile all'indirizzo <http://www.ombudsman.europa.eu>. Inoltre, per un'approfondita disamina relativa alle origini, costituzione ed evoluzione della figura del Mediatore europeo si rinvia al testo *The European Ombudsman. Origins, Establishment, Evolution, Office for Official Publications of the European Communities*, Luxembourg, 2005.

3. Il difensore civico nella realtà italiana delle Regioni e dei Comuni

In Italia il dibattito sull'opportunità di istituire la figura del difensore civico nasce negli anni Sessanta. ARTURO CARLO IEMOLO lo configura come "controllore degli atti di governo". Ma, nell'ordinamento giuridico italiano, il difensore civico nasce solo intorno agli anni Settanta con l'approvazione degli statuti delle Regioni ordinarie. Si è, così, giunti ad una previsione formale di una soluzione istituzionale ispirata all'*ombudsman*, anche se solo a livello regionale. Gli statuti delle regioni Liguria, Toscana e Lazio, infatti, prevedono la costituzione di un ufficio preposto all'esercizio delle funzioni proprie di tale organismo.

I difensori civici regionali²⁹ hanno assunto una ridotta sfera di azioni cui si poteva estendere la loro attività: costretti in un ambito territoriale, nel quale svolgono prevalentemente funzioni di programmazione e di pianificazione, in molti casi interpellati su problemi esulanti la loro formale competenza, relativi agli ambiti dell'Amministrazione statale o comunale. Il problema ha trovato una possibile risposta nella prassi degli uffici pubblici, attraverso l'adozione in via informale di relazioni collaborative con le Amministrazioni interessate e cercando comunque di garantire ai cittadini una tutela altrimenti non prevista dalla legge, o introducendo nella legislazione regionale la possibilità per i Comuni di convenzionarsi con il difensore civico, accettandone l'intervento nei confronti dell'Amministrazione stessa.

Nell'ambito delle autonomie locali italiane, prima dell'entrata in vigore della legge 241 del 1990, si sono presentate alcune interessanti esperienze che hanno permesso l'effettiva estensione della tutela atipica offerta dal difensore civico all'interno delle autonomie comunali. Esperienze che hanno sostanzialmente prefigurato due soluzioni, ancor oggi utilizzate, che si ispirano a due diversi criteri organizzativi: la prima vede la diretta istituzione, da parte del singolo Comune, del proprio difensore civico; la seconda discende dalla scelta del Consiglio comunale di convenzionarsi con l'esistente difensore civico regionale. La *ratio* di questa opzione è duplice: da un lato, la garanzia della tutela del difensore senza un aggravio di costi per il Comune, ricorrendo ad una struttura già

²⁹ Cfr. anche VANDELLI L., *Commento all'art. 8 in Ordinamento delle autonomie locali (1990-2000)* a cura di VANDELLI L., Maggioli, 2000, 256.

funzionante e di sicura professionalità, dall'altro, la semplificazione per il cittadino circa l'individuazione del difensore civico competente *ad hoc*, dovendo distinguere tra Amministrazione regionale ed Amministrazione comunale. In tal senso, il Comune di Bologna, nell'ambito della redazione del proprio Regolamento sui diritti di informazione dei cittadini³⁰, ha inserito una norma che favorisce l'intervento del difensore civico regionale anche nell'ambito comunale, alle stesse condizioni e con le medesime modalità indicate dalla legge regionale istitutiva (art. 19). Diversamente hanno disposto i comuni di Erba e di Parma³¹ i quali, primi tra i comuni italiani, hanno disciplinato con proprio regolamento l'istituzione ed il funzionamento dell'ufficio del difensore civico comunale.

Il regolamento predisposto dal Comune di Parma si inserisce con equilibrio nella tradizione della difesa civica tracciata in sede regionale. I compiti del difensore civico sono: "la tutela del cittadino di fronte ad ogni comportamento attivo o omissivo dell'Amministrazione che ne leda i diritti o gli interessi; la rimozione degli elementi ostativi, di natura sia burocratica che politica, al regolare svolgimento delle pratiche pendenti nell'interesse dei cittadini di fronte alle pubbliche amministrazioni" (art. 2). L'iniziativa, però, è possibile solo su presentazione di istanza da parte del cittadino, non anche d'ufficio; mentre l'intervento può estendersi anche alle altre Amministrazioni operanti sul territorio comunale, purché queste manifestino in via preliminare la propria volontà collaborativa (art. 3 *bis*). Il "principale obiettivo dell'azione" del difensore civico "è quello di prevenire il contenzioso tra cittadini e istituzioni attraverso la ricerca e il suggerimento di soluzioni giuste nel reciproco interesse"³². Il difensore civico, adempiendo alla propria funzione di "mediatore" tra cittadino e pubblica Amministrazione, si pone nella condizione di individuare carenze, disfunzioni, negligenze

30 Approvato con deliberazione 20 maggio 1987. Cfr. CAPALAZZA F., *Il difensore civico regionale: possibilità di estendere le competenze alle realtà locali in Il difensore civico nell'ente locale: realtà e prospettive*, Atti del Seminario organizzato da "Il Poliedro", Milano 14 aprile 1988 in *Confronti*, 1988, 15; e da MEDA M., *Esperienze di difensori civici comunali (comuni di Correggio, Parma, Reggio Emilia) ibidem*, 36.

31 La deliberazione del Consiglio comunale di Erba è dell'11 dicembre 1978 (sottoposta positivamente al controllo il 4 gennaio 1979) e, in tal senso, cfr., SANGIORGIO C., in Atti del seminario "Il Poliedro", *op. cit.*, 49. Invece, la deliberazione del Consiglio comunale di Parma è del 21 maggio 1979, divenuta esecutiva con il passaggio in giudicato della sentenza TAR Emilia-Romagna, sez. Parma 12 luglio 1983, n. 198. Si veda MEDA M., *op. cit.*, 37; TRIMARCHI F., *Il difensore civico a livello locale in Le Regioni*, 1998, 316.

32 Citazione tratta dal commento dell'allora difensore civico comunale di Parma.

e può contribuire con le proprie segnalazioni e consigli, non solo a ricercare i rimedi più idonei a risolvere i casi a lui sottoposti, ma anche a porre in opera quei provvedimenti di natura tecnica ed organizzativa idonei ad impedire il ripetersi degli inconvenienti più ricorrenti³³. Così come documentato dalle stesse norme regolamentari che disciplinano le modalità di funzionamento dell'ufficio³⁴, il modello comportamentale risulta essere quello affermatosi a livello regionale. In particolare, anche il difensore civico comunale presenta una relazione (semestrale) sulla propria attività, inviandola a tutte le Amministrazioni che si avvalgono del suo servizio (art. 6).

Numerosi sono stati gli interventi dei difensori civici regionali e degli studiosi della difesa civica che ritenevano rischiosa una frammentazione dell'istituto³⁵. Di fronte ai rischi di quella che fu definita "ombudsmania"³⁶, sembravano preferibili soluzioni, quali quelle già attivate da alcune Regioni (Provincia autonoma di Trento, Liguria, Veneto), che attraverso il ricorso allo strumento della convenzione tra enti sembravano meglio garantire omogeneità di intervento di accesso per i cittadini, autorevolezza ed autonomia dell'istituto. È stato osservato come "l'azione correttiva del difensore è sicuramente più penetrante e

33 CORINI P., Intervento in Atti del seminario "Il Poliedro", *op. cit.*, 43.

34 Oltre al diritto di accesso alle necessarie informazioni ed agli uffici, ha la facoltà, nel caso in cui ritenga fondata la richiesta del cittadino, di sollecitare l'amministrazione ad annullare l'atto lesivo o a compiere l'atto dovuto (art. 4). Quando vi sono delle pratiche in corso e il cittadino non abbia ricevuto risposta dall'Amministrazione, a seguito della presentazione di una richiesta di notizie sullo stato della pratica, il difensore può chiedere al funzionario responsabile di procedere entro 5 giorni all'esame congiunto della pratica e di assegnare, poi, a detto ufficio, un termine per la regolare definizione della stessa, trascorso inutilmente il quale il difensore "è tenuto a portare a conoscenza dei massimi organismi degli enti territoriali elettivi di primo grado gli ulteriori ritardi verificatisi denunciando le eventuali responsabilità burocratiche e politiche" (art. 5).

35 Nel 1985, in un Convegno di Pordenone, il difensore civico del Piemonte aveva sintetizzato alcuni problemi presentati dalla capillarizzazione dell'istituto: la difformità dei comportamenti e delle metodologie adottate dai diversi difensori civici potrebbe creare problemi di disparità di trattamento; l'eccessiva diffusione rende difficile individuare titolari dell'incarico con adeguate qualità professionali e attitudinali; la creazione dell'ufficio richiede un costo che va rapportato all'utilità che lo giustifica e un eccessivo decentramento potrebbe non giustificare tale costo. Cfr. anche STADERINI F., *Diritto degli enti locali*, Cedam, 1998, 431; MARTINES T., *Introduzione in La difesa civica in Italia: quali prospettive?* a cura di SACCHETTI M. C.: "a me sembra che la proliferazione dei Difensori civici anziché essere un segnale positivo, sia un segnale negativo, nel senso che è indice di un diffuso malessere che si avverte nelle istituzioni, che non si ritengono più capaci, semmai lo siano state in passato, di trovare in se stesse gli anticorpi per poter reagire a disfunzioni che portano alla mala amministrazione".

36 SERNI, *Della "Ombudsmania"*, in *Amm. it.*, 1991, 118.

diretta, a livello locale, per il più immediato contatto con i cittadini e gli utenti e per il controllo da questi svolto, direttamente, sul funzionamento degli uffici e dei servizi”. In sintesi, risulta più “fastidioso” e penetrante il controllo sulle pubbliche Amministrazioni a livello comunale di quanto non avvenga in ambiti più vasti, regionale o nazionale, data la natura delle Amministrazioni di questi livelli³⁷. Tale considerazione non comporta quale necessaria conseguenza il proliferare, in termini quantitativi, dei difensori civici presenti sul territorio, ma piuttosto l’attivazione, anche nei confronti dell’azione amministrativa degli Enti locali, del difensore civico regionale o locale.

Le prime esperienze comunali avviate prima della riforma del 1990 sottolineano i seguenti aspetti: l’emersione dell’esigenza di fare della difesa civica strumento di tutela non più circoscritto all’ordinamento regionale; la ricerca e la sperimentazione delle soluzioni più appropriate per soddisfare tale esigenza. Tale assetto ha condotto all’affermazione di orientamenti profondamente diversificati. L’intervento del legislatore nella riforma delle autonomie locali, pur introducendo importanti novità, non ha affrontato in modo esauriente le questioni connesse alle modalità di introduzione del difensore civico negli Enti locali e non ha consentito di sciogliere alcune problematiche che già in questa fase erano state messe in evidenza.

4. La figura del difensore civico nella normazione comunale e provinciale

L’innovativa disciplina del procedimento amministrativo ha interessato anche il sistema delle autonomie locali³⁸, e tra i cambiamenti di maggior rilievo il ridisegno dei rapporti tra cittadini e pubblica Amministrazione (comunale e provinciale) attraverso la valorizzazione di diverse forme di partecipazione e di democrazia diretta. Particolare importanza viene attribuita allo Statuto, al quale, infatti, è affidato

³⁷ TRIMARCHI F., *Il difensore civico a livello locale*, cit., 320, secondo cui appare fisiologica “l’attrazione verso il basso del nostro istituto ed una conseguente proliferazione dello stesso”.

³⁸ La letteratura sulla riforma delle autonomie locali è vasta. Cfr., tra i vari commentari, a cura di VANDELLI L., *op. cit.*; ITALIA V., *Le autonomie locali*, Giuffrè, Milano, 1990. Si rinvia ad ulteriori approfondimenti bibliografici.

il compito di individuare e di disciplinare una serie di istituti, tra cui: istanze, petizioni, proposte, forme di consultazione della popolazione, organi consultivi permanenti e *referendum*, adeguandoli alle peculiari esigenze locali³⁹ e realizzando una certa partecipazione, nell'ottica del "socializzarsi di politica e amministrazione"⁴⁰. Accanto a questi strumenti la disciplina di riforma annovera anche il difensore civico, specificamente all'interno del Titolo I, Capo III (sugli istituti di partecipazione)⁴¹.

Si rileva che gli stessi Statuti regionali in precedenza richiamati hanno disciplinato l'istituto all'interno delle norme relative all'Amministrazione regionale e, quindi, l'hanno considerato nel quadro dell'assetto organizzativo dell'ente. La figura del difensore civico, pur così significativa in termini di partecipazione per i cittadini e pur paradigmatica di un processo di democratizzazione dell'amministrazione, avrebbe trovato anche adeguata posizione nelle norme relative agli organi ed all'organizzazione di Comuni e di Province⁴².

L'art. 8 della legge n. 142 del 1990 stabilisce che "*lo statuto provinciale e quello comunale possono prevedere l'istituto del Difensore civico, il quale svolge un ruolo di garante dell'imparzialità e del buon andamento della pubblica amministrazione comunale o*

39 Cfr. tra i contributi dottrinali su questo tema: MANGANARO-ROMANO TASSONE, *La partecipazione negli enti locali*, Torino, 2002; SCIULLO G., *Partecipazione, procedimento e accesso negli statuti locali in Le Regioni*, 1991, 425; CALDERONI G., *Istituti di partecipazione in L'autonomia locale* a cura di PAPIANO L., Ed. Pragma, Bologna, 1991, 72.

40 LEVI F., *Partecipazione e organizzazione* in Atti XXIII Convegno di Varenna, Milano 1978, 154. Cfr. anche CASETTA E., *Brevi osservazioni sugli istituti di partecipazione previsti dalla legge sulle autonomie locali in Diritto e società*, 1992, 476.

41 CAVALERI P., *Questioni vecchie e nuove in tema di difensore civico in Le Regioni*, 1999, 3, 497-514. L'Autore sintetizza le posizioni assunte nel dibattito dottrinale in merito alla definizione del difensore civico quale strumento di partecipazione. Inoltre, in tale ambito sono state espresse posizioni critiche, così "è da rilevarsi che l'inserimento operato dalla legge di questo istituto negli istituti di partecipazione appare erroneo e poco giustificabile, stante il fatto che tale organo evidenzia le disfunzioni nei rapporti tra amministrazione e cittadini, mentre gli istituti di partecipazione hanno il fine di permettere interventi diretti ma non necessariamente conflittuali con l'amministrazione" (CLARICH M., D'ALESSIO G., PISANESCHI A. in *Gli statuti comunali*, Roma, 1995, 121); cfr. MIGNONE C., *Commento all'art. 8* in MIGNONE C., VIPIANA P., VIPIANA P. M., *Commento alla legge sulle autonomie locali*, Torino, 1993, I, 99 e da ROLLA G., GROPPI T., LUATTI M., *L'ordinamento dei Comuni e delle Province. 1990-1993*, Milano, 1993, 216.

42 Il riordino della disciplina in materia di autonomie locali è avvenuto ad opera del d. lgs. 18 agosto 2000 n. 267. Viene eliminato il Capo che riuniva gli istituti di partecipazione, collocando semplicemente la norma relativa al difensore civico all'interno delle "Disposizioni generali" del Titolo I, accanto alle disposizioni relative agli statuti ed ai regolamenti, al sistema delle autonomie, alla partecipazione popolare ed al diritto di accesso, alla programmazione ed ai sistemi informativi.

*provinciale, segnalando, anche di propria iniziativa, gli abusi, le disfunzioni, le carenze ed i ritardi dell'amministrazione nei confronti dei cittadini. Lo statuto disciplina l'elezione, le prerogative ed i mezzi del Difensore civico nonché i suoi rapporti con il consiglio comunale o provinciale*⁴³. È stato sostenuto che tale disposizione si presta ad una incerta definizione del modello giuridico di riferimento: "la concezione del difensore civico fatta propria dalla norma appare indecisa nella scelta sicura di un modello e sembra, in un certo senso, a metà strada fra l'idea di un *tutor* dei singoli cittadini e (forse con maggior aderenza alla realtà) quella di un garante della collettività comunale o provinciale in ordine al buon andamento (e all'imparzialità) dell'Amministrazione comunale, considerata non *singulatim* bensì da un punto di vista collettivo o sociale"⁴⁴. Invero, come è già stato osservato, la statuizione dell'art. 8 consente di ricondurre il difensore civico locale ai caratteri tipici dell'esistente difensore regionale: va richiamato, a questo proposito, quanto affermato in una circolare esplicativa del Ministero dell'interno per la quale la configurazione del difensore civico comunale "non differisce nella sostanza da quella del difensore civico già istituito e operante presso parecchie Regioni"⁴⁵. Si ripete, inoltre, come non vi sia automatica contrapposizione tra funzione generale di garanzia (dell'imparzialità e del buon andamento) e azione puntuale nei casi di *maladministration* segnalati o rilevati d'ufficio. Al contrario, attraverso l'intervento posto a favore del cittadino, il difensore civico consente di ripristinare i principi violati e di ricondurre l'azione amministrativa entro i canoni stabiliti dall'ordinamento⁴⁶.

43 CARIOLA A., *Commento all'art. 8 della l. 142/1990 in Commentario della Costituzione, Art. 128, Supplemento*, a cura di BRANCA-PIZZORUSSO, Roma 1996, 122; MIGNONE C., *Commento all'art. 8, op. cit.*; BONATTI, *Commento all'art. 8 in Le autonomie locali* a cura di ITALIA V., Milano, 1990, 242.

44 FRANCO I., *Strumenti di tutela del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Padova, 1999, 102.

45 Circolare Ministero dell'interno 7 giugno 1990, n. 17.108/127/1-Uff.III riportata da VANDELLI L., *Ordinamento delle autonomie locali, op. cit.*, 262.

46 A tal proposito in GALLI R., GALLI D., *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 2000, 261 si evince che: "il difensore civico quale 'tramite' tra i cittadini e l'amministrazione assume due ruoli tra loro strettamente connessi, quello di tutore e quello di controllore. Del resto, la tutela degli interessi dei singoli costituisce, per un verso, valido strumento di controllo dell'operato della p.A., per altro verso, contribuisce a migliorare il funzionamento dell'apparato amministrativo a tutto vantaggio dei cittadini, coniugando il principio della legalità e dell'imparzialità con quello dell'efficienza e dell'efficacia dell'azione amministrativa".

Il contenuto della norma sollecita comunque alcune osservazioni, in primo luogo relativamente alla disposta “facoltatività” dell’istituto. Il legislatore lascia, infatti, a ciascuna realtà locale la decisione di introdurre o meno nel proprio ordinamento un difensore civico, ritenendo forse meno essenziale per il quadro di una compiuta democrazia locale la presenza di tale strumento di garanzia rispetto, ad esempio, alla previsione di alcuni strumenti di partecipazione (quali istanze, petizioni e proposte) che, invece, devono obbligatoriamente essere disciplinati dagli statuti. Ciascun Consiglio comunale e provinciale, nell’esercizio della potestà statutaria, è stato, dunque, chiamato a valutare l’opportunità o meno di introdurre l’istituto all’interno del proprio ordinamento. Sul piano dell’effettività, benché i dati disponibili non siano recenti, gli statuti hanno previsto il difensore civico nella maggioranza degli Enti locali: peraltro, non sempre alla previsione statutaria ha fatto seguito la concreta attivazione dell’istituto⁴⁷.

Pur affidato all’autonomia delle scelte statutarie locali, l’istituto è comunque caratterizzato da alcuni elementi necessari, la cui disciplina deve essere contenuta nello statuto stesso, cosicché “una volta assunta la decisione di istituire la figura, questa deve essere riconoscibile per i suoi connotati essenziali e cioè per i poteri, le prerogative, i connotati del soggetto titolare, i rapporti con i cittadini e l’organizzazione dell’ente, i requisiti soggettivi richiesti, la garanzia di inamovibilità ecc.”⁴⁸. L’art. 8, infatti, nel primo comma delinea il ruolo del difensore civico, tratteggiandolo sul

47 Da un’indagine condotta nel 1994 dall’Unione Province d’Italia (UPI), sulle 92 province interpellate hanno risposto al questionario conoscitivo 86 enti, dei quali ben 80 hanno previsto l’istituzione del difensore civico provinciale (cfr. la relazione di ANTONELLI P. in SACCHETTI M. C., *La difesa civica in Italia: quali prospettive?*, cit., 50). La rilevazione compiuta nel 1998 dal Movimento federativo democratico ha documentato l’attivazione di 298 Difensori civici comunali, aumentati a 326 nel 1999 (corrispondenti a circa il 4% dei comuni italiani). Dati riportati sia in VANDELLI L., *Ordinamento cit.* 259, sia nel più recente VANDELLI L., BARUSSO E., *Autonomie locali: disposizioni generali; soggetti*, Volume I dell’opera coordinata da VANDELLI L., *Commenti al T.U. sull’ordinamento delle autonomie locali*, Rimini, 2004, 611. Cfr. anche PINARDI R., *Il difensore civico comunale dopo l’attuazione statutaria della l. 142/1990 in Governo del Comune e statuti. Una ricerca sulle forme organizzative* a cura di GAMBINO S., STORCHI G.P., Rimini, 1993, 53.

48 Cfr. TRIMARCHI F., *Il difensore civico a livello locale*, cit., 322, per il quale la facoltatività non comporta una successiva libera scelta di forme organizzative, risultando piuttosto opportuno e necessario individuare “dati unitari di identificazione della figura (...) sia dal punto di vista organizzativo e funzionale che da quello delle specifiche garanzie individuali” (323). Benché ritenga la sostanziale uniformità dell’istituto limitata ai soli aspetti generali, CAVALERI P. ritiene che tali “principi fondamentali generali consentano di identificare l’archetipo del difensore civico, i tratti comuni della figura, che rimane sostanzialmente la stessa malgrado le varianti introdotte dalle fonti regionali e locali”.

modello già presente nell'ordinamento regionale (istituto di garanzia che agisce su istanza di parte o d'ufficio nei confronti dell'Amministrazione, al fine di ripristinare l'imparzialità o il buon andamento violati), mentre nel secondo comma affida agli statuti il compito di disciplinare elezione, prerogative e mezzi, nonché i suoi rapporti con l'organo consiliare. Non v'è dubbio che, pur attribuendo significativi margini di scelta alla disciplina statutaria, il legislatore della riforma abbia inteso garantire ai futuri Difensori locali una matrice comune ed una comune identità, giuridicamente riferita al modello regionale così come evolutosi in quasi venti anni di funzionamento all'interno dell'ordinamento italiano. Certamente, il criterio nominalistico non costituisce di per sé garanzia di un'univoca definibilità dell'istituto. Tuttavia, ciò che deve caratterizzare il difensore civico è rappresentato dallo svolgimento di una funzione di garanzia nei confronti dei cittadini nei casi di cattiva amministrazione e dal fatto che esso deve essere soggetto indipendente ed autonomo, dotato di poteri di indagine e di sollecitazione ancorché non di natura coercitiva e sanzionatoria, e deve avere un rapporto privilegiato con l'organo rappresentativo.

La giurisprudenza amministrativa è intervenuta per puntualizzare e confermare la previsione normativa degli Statuti distinguendola dal contenuto che può essere affidato, invece, alla disciplina regolamentare dell'istituto. Si afferma, così, che “lo statuto comunale non può rinviare ad apposito regolamento le modalità di intervento e la determinazione dei mezzi tecnici a disposizione del Difensore civico di cui all'art. 8, poiché questi elementi condizionano la possibilità stessa dell'ufficio di funzionare in modo efficace e coinvolgono il tema dei rapporti tra garante e comune, così incidendo su assetti istituzionali appartenenti alla potestà statutaria”⁴⁹.

49 Così il TAR Lombardia, Milano, 19 febbraio 1996, n. 214 in *TAR*, 1996, I, 1292. Si parla anche di prerogative, requisiti necessari all'elezione, cause di ineleggibilità e incompatibilità TAR Veneto, sez. I, 15 maggio 1996, n. 982 in *Foro amm.* 1997, 235. Interviene anche lo stesso Ministero dell'interno al fine di precisare che “è solo in sede statutaria (e, segnatamente, nel contesto della disciplina relativa all'elezione) che possono essere contemplati i requisiti di eleggibilità e incompatibilità del difensore civico regionale” (in *Amministrazione civile* 1999, 60; richiamato in VANDELLI L., BARUSSO E., *Autonomie locali: disposizioni generali cit.* 616). Cfr. Consiglio di Stato, V, 23 novembre 1996, n. 1408 in *Giornale Dir. Amm.* 4/1997, 345 per la quale pronuncia l'art. 8 preclude l'accesso alla carica di Difensore civico ad un Consigliere comunale “il quale, essendo espressione di parte del Consiglio comunale, non può svolgere contemporaneamente il ruolo di amministratore e quello di garante dell'imparzialità e del buon andamento di tale amministrazione”. A questo proposito nota, però, TAR Puglia, Bari, sez. I, 19 gennaio 2004, n. 97 che “dopo

5. Il difensore civico ed i controlli amministrativi

L'evoluzione dei compiti del difensore civico riflette anche l'evoluzione dell'esercizio delle funzioni amministrative e, particolarmente, della funzione di controllo.

Il "controllo" suggerisce un particolare esame volto a rivedere, vigilare o riscontrare la regolarità di una funzione esercitata da un soggetto diverso da colui che pone in essere il controllo stesso. Tale nozione nell'ambito della pubblica Amministrazione è stata tradizionalmente intesa come *contre-role*, termine attraverso cui si indicava quell'attività di riesame attuata secondo preesistenti parametri di valutazione e finalizzata all'erogazione della misura sanzionatoria dell'annullamento dell'atto. Tale *contre-role* indica, infatti, il contro-ruolo o doppio registro in cui erano contenuti i dati relativi a tributi, agli elenchi di prestazione di opere ed agli inventari. Successivamente la scienza giuridica anglosassone ha esteso il significato del termine di controllo fino a ricomprendervi, oltre il *controllo-verifica* della regolarità dell'esercizio di una funzione, anche ipotesi di *controllo impulso o di direzione*, caratterizzati da una funzione guida o di indirizzo della stessa attività esercitata.

La recente dottrina ha accolto l'impostazione giuridica anglosassone, principalmente, per l'inidoneità dei controlli tradizionali a svolgere un'effettiva attività di verifica della funzione e per la lentezza procedurale conseguente all'estremo formalismo. A questo si aggiunge la necessità, per un'Amministrazione pubblica moderna, di confrontarsi con tecniche di amministrazione tipiche del *managment* privato, caratterizzate da sistemi di programmazione, di bilancio, di gestione per obiettivi, di *monitoring* che consentono una valutazione più rapida dei risultati, al fine di realizzare programmi maggiormente in linea con le circostanze sopravvenute.

la riforma introdotta dal d. lgs. 267/2000 tra gli organi di gestione del Comune non possono farsi rientrare i consiglieri comunali, in quanto appartenenti ad un organo al quale la legge ha attribuito funzioni di indirizzo e di controllo politico-amministrativo e non anche di gestione attiva, sulle quali il difensore civico è in effetti chiamato a svolgere attività di controllo". Il giudice amministrativo non si spinge ad affermare l'eleggibilità di un consigliere comunale nel ruolo di difensore civico, ma ritiene comunque di poter circoscrivere l'individuazione degli organi di gestione (sindaco, segretario, assessori, capi settore) cui si riferiscono i limiti di eleggibilità nel ruolo citato.

Il controllo positivo non è garanzia di stabilità dell'atto controllato né di esonero di responsabilità a carico di chi lo ha posto in essere ovvero di chi ha mancato di esercitare il dovuto controllo sullo stesso, ovvero l'atto amministrativo che abbia superato con un giudizio positivo tali controlli non è, per definizione, un atto che possa vantare i benefici di un giudizio di qualità ad esito positivo⁵⁰.

Poco vale sostenere, a contrario, che la presenza dei controlli giuridici operi come deterrente, nel senso di indurre le Amministrazioni pubbliche ad adottare comportamenti conformi a legge. Dall'analisi delle sentenze della giurisprudenza amministrativa si evince che la presenza dei controlli giuridici non è considerata inibente possibili comportamenti *contra legem* adottati dalle Amministrazioni. I controlli, in senso tradizionale, hanno consentito in passato di conferire a sedi diverse da quelle che ne portano la responsabilità giuridica formale porzioni importanti del potere decisionale. Si sostiene, infatti, che i controlli di legittimità sono strutturati in modo da consentire al controllore di associarsi al controllato nella formulazione della decisione, ovvero di sbarrare al controllato la strada della decisione.

Le critiche al vigente sistema dei controlli sugli atti, che ha natura di mero riscontro della situazione indicata dai documenti provenienti dalla stessa pubblica Amministrazione con i parametri normativi, hanno alimentato un vasto dibattito politico-dottrinale in ordine all'assoluta necessità di un'efficace riforma della materia.

L'eccessiva estensione del regime di controllo sugli atti, specie per gli Enti locali, ha prodotto un costo assai sostenuto in termini di spesa per il funzionamento degli organi di controllo ed un notevole rallentamento dell'azione amministrativa in settori in cui l'evoluzione è continua e non permette pause. Né è derivata una sostanziale inefficacia dell'operatività della funzione di controllo.

La risposta del legislatore non tarda con l'introduzione di una serie di controlli che non investono il singolo atto, ma l'intera attività amministrativa svolta da un organo o da un ente in un preciso contesto temporale. Questa nuova forma di sindacato investe tutta una gestione amministrativa globalmente intesa, valutando soprattutto i risultati raggiunti in termini di efficacia e di efficienza.

Il controllo sull'attività assume una duplice configurazione negli

⁵⁰ Nella specie di *imprimatur* di conformità a norme e, quindi, di inoppugnabilità.

orientamenti dottrinali, a seconda che si voglia indicare un'attività di valutazione critica sull'azione amministrativa già svolta (*controllo di gestione in senso stretto*), condotta sulla base di elementi di confronto predeterminati, oppure un'attività svolta all'interno dell'Amministrazione controllata (*controllo di efficienza*), in vista della misura di regolarizzazione dell'attività amministrativa verso gli obiettivi programmati durante il suo svolgimento. Il controllo sull'attività assume, quindi, il significato sia di una valutazione concomitante allo svolgimento dell'azione per accertare se le scelte vengono attuate, sia una valutazione posteriore, per accertare se i risultati siano stati, e come, raggiunti in vista di un migliore coordinamento dell'azione amministrativa.

In tale contesto è da inserire la recente riforma, attinente alla funzione di controllo, esercitata dalla Corte dei Conti.

In siffatto panorama complessivo si inquadra l'attività di controllo del difensore civico. Nella fattispecie, occorre partire dalle recenti riforme che, in materia di autonomie locali, hanno innovato la materia dei controlli sugli atti degli Enti locali e, in particolare, dalla legge 127/97 (cd. Bassanini *bis*). Quest'ultima legge ha attribuito al difensore civico alcune funzioni di controllo prima spettanti al CORECO. L'art. 17, co. 38-39, infatti, prevede che un quarto dei consiglieri comunali (provinciali o di Comunità Montana) possono presentare istanza per chiedere la sottoposizione al sindacato di legittimità del difensore civico delle deliberazioni giuntali e consiliari in materia di appalti e forniture di rilievo comunitario, di assunzione di personale e piante organiche⁵¹. Quest'ultima forma di controllo riceve nella legge 127/97, modificata dalla legge 191/1998, una disciplina totalmente innovativa: la competenza viene attribuita al difensore civico comunale o provinciale, sulla base di un procedimento particolare. Qualora quest'ultimo ritenga illegittima la deliberazione, ne dà comunicazione all'ente, con l'invito ad eliminare i vizi riscontrati. Nell'ipotesi in cui l'ente non ottemperi alle censure avanzate eliminando i vizi, la deliberazione può permanere in vita ed acquistare esecutività mediante un atto di conferma dell'organo consiliare a maggioranza assoluta, a prescindere dalla competenza in ordine all'adozione dell'atto originario.

51 Questa attività, però, può non comportare un annullamento dell'atto *ipso facto* se l'organo collegiale, a maggioranza qualificata, conferma la medesima deliberazione.

Questa nuova ipotesi di controllo, disciplinata dall'art. 17, c. 39, della legge 127/97, ha destato perplessità. Infatti, se sotto un certo profilo risulta chiaro il significato politico della norma, tuttavia un controllo in funzione di garanzia delle minoranze, le quali possono così disporre di uno strumento per riportare le deliberazioni alla valutazione del consiglio, con la necessità di un'approvazione a maggioranza assoluta, potrebbe apparire perplesso qualora si considerasse che lo stesso verrebbe svolto da un organo eletto dalle stesse maggioranze consiliari il cui operato dovrebbe essere sottoposto a controllo. Su questi aspetti si è pronunciato il Consiglio di Stato⁵². Si è affermato che al difensore civico viene demandato, nei limiti delle censure dedotte, un controllo di legittimità che sfugge ai nuovi limiti posti al sindacato esercitabile in sede di controllo obbligatorio. Ma non è conferita al difensore civico la misura dell'annullamento dell'atto, il cui esito consiste in definitiva, nel caso di approvazione a seguito di riesame di una delibera censurata, nell'assunzione della responsabilità politica sulla stessa da parte del Consiglio.

Il legislatore, inoltre, ha previsto che “qualora gli enti locali, sebbene invitati a provvedere entro congruo termine, ritardino o omettano di compiere atti obbligatori per legge, si provvede a mezzo di commissario *ad acta* nominato dal difensore civico regionale...” (Tuel, art. 136, c. 1).

Sulla questione dei controlli sostitutivi di recente si è pronunciato il Consiglio di Stato⁵³. Secondo la previsione normativa, un difensore civico regionale può legittimamente, qualora un Comune ritardi nella nomina del difensore civico comunale, esercitare il potere sostitutivo provvedendo esso stesso, dopo aver assegnato un termine al Comune, alla nomina del difensore civico. Nel primo grado di giudizio in questione il Comune ricorrente aveva sostenuto che la nomina del difensore civico comunale è *un atto facoltativo ai sensi dell'art. 11 del Tuel* e che, pertanto, *il difensore civico regionale non poteva ricorrere all'esercizio del potere sostitutivo ex art. 136*. La sentenza del TAR ha giudicato, quindi, fondata l'impugnazione ed ha annullato i provvedimenti impugnati, affermando che gli “atti obbligatori per legge”, alla cui mancata adozione l'art. 136 fa conseguire l'intervento sostitutivo del difensore civico regionale, *sono gli atti espressamente*

52 Cons. Stato, Sez. I, parere 14 ottobre 1998 n. 219.

53 Cons. Stato, Sez. V, 2 ottobre 2006 n. 5706.

sottoposti dalla legge ad un termine perentorio; in tutti gli altri casi, come quello in esame, i termini vanno qualificati come “acceleratori” e la loro violazione non fa sorgere il potere sostitutivo regionale, pena la lesione dell’autonomia comunale. Successivamente il Consiglio di Stato non ha condiviso tale impostazione, poiché la distinzione tra termini *perentori* ed *ordinatori* non si ricollega a quella tra atti *obbligatori* e *non obbligatori*, né alla questione in esame. La stessa sentenza del TAR ricorda che *i termini perentori sono quelli che comportano la perdita del potere (o della facoltà) da esercitare appunto entro il termine*; quando un atto d’autorità va esercitato entro un termine perentorio, oltre il quale subentra il potere di altra autorità, non si pone nessuna questione di potere sostitutivo nel senso dell’art. 136 del d.lgs. n. 267 del 2000, il cui presupposto è che l’ente, pur avendo l’obbligo e mantenendo il potere di emanare un atto, non lo emani. Gli atti obbligatori *ex lege* (art. 136) sono, invece, quelli la cui emanazione è prevista da una fonte normativa (con esclusione, quindi, di quelli derivanti da una fonte contrattuale, o da un atto amministrativo). Tanto più un atto previsto dallo Statuto comunale è da considerare “obbligatorio per legge”, dopo che l’art. 114 della Costituzione, nel testo sostituito dalla legge costituzionale n. 3/2001, ha rafforzato l’autonomia statutaria dei Comuni. Nel caso in esame, l’atto del difensore civico regionale è motivato col fatto che lo statuto del Comune interessato prevede il difensore civico comunale.

Si può affermare, dunque, che la funzione di controllo svolta dal difensore civico potrebbe avere un ruolo dinamico e si potrebbe configurare come uno strumento attivo per il costante adeguamento dell’azione amministrativa, dei programmi e delle previsioni su cui si fonda, agli obiettivi prefissati. E, in tal senso, svolge un ruolo fondamentale l’uso dello strumento dello Statuto da parte degli Enti locali.

Il legislatore, con l’ultima modifica del Testo unico sulle autonomie locali, non ha ritenuto di introdurre alcuna innovazione alla semplice possibilità di controllo non prevedendo poteri più incisivi per l’istituzione del difensore civico. Andrebbe prospettata e sostenuta, per il futuro, una rivisitazione della possibilità operativa del difensore civico, la quale punti al potenziamento delle sue funzioni anche attraverso l’attribuzione di maggiori poteri per la risoluzione, in via conciliativa, dei conflitti tra l’Amministrazione ed il cittadino.

6. Il ruolo del difensore civico nella tutela del diritto di accesso ai documenti amministrativi

L'accesso ai documenti amministrativi costituisce un principio generale dell'attività amministrativa per favorire la partecipazione dei cittadini e per assicurare l'imparzialità e la trasparenza dell'azione amministrativa⁵⁴. Il diritto di accesso è "il diritto degli interessati di prendere visione e di estrarre copia di documenti amministrativi" (art. 22, comma 1, legge 15 del 2005)⁵⁵. Esso può essere esercitato nei confronti di enti e Amministrazioni pubbliche, ma anche di gestori di servizi pubblici⁵⁶.

Con il recente Decreto del Presidente della Repubblica n. 184 del 12 aprile 2006 è stato emanato il nuovo Regolamento che disciplina il diritto di accesso dei cittadini ai documenti amministrativi di loro "interesse".

La richiesta di accesso ai documenti amministrativi può essere fatta sia mediante istanza scritta sia, in base al nuovo regolamento vigente, nel caso in cui non ci siano controinteressati⁵⁷, in via informale, ovvero mediante richiesta anche verbale, e deve essere indirizzata all'ufficio dell'Amministrazione competente e deve essere motivata. Richiesta che può essere presentata anche tramite gli Uffici relazioni con il pubblico (URP). Anche in tale contesto interviene la figura del difensore civico, indicata all'art. 25 della legge n. 15/05, come uno dei rimedi cui fare ricorso in caso di diniego del diritto di accesso ai documenti. L'autorevole dottrina afferma che il ricorso al difensore civico si pone e si dimostra come uno strumento di "deflazione del contenzioso"⁵⁸.

54 Cfr. Legge 7 agosto 1990 n. 241 "Nuove norme sul procedimento amministrativo" e successive modifiche ed integrazioni e, in particolare, l'art. 1 (Principi generali dell'attività amministrativa).

55 Previsto dalla Legge 241 del 1990, regolamentata dal D.P.R. 352 del 1992 e modificata dalle leggi 11 febbraio 2005 n. 15 e 14 maggio 2005 n. 80.

56 La legge n. 15/2005, all'articolo 22, comma 1, lett. b) definisce "per interessati, tutti i soggetti privati, compresi quelli portatori di interessi pubblici o diffusi, che abbiano un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso".

57 I controinteressati sono tutti i soggetti, individuati o facilmente individuabili, che dall'esercizio dell'accesso vedrebbero compromesso il loro diritto alla riservatezza. Qualora l'amministrazione, cui è indirizzata la richiesta, individua controinteressati, deve darne comunicazione agli stessi tramite invio di copia con raccomandata con ricevuta di ritorno. Entro dieci giorni dal ricevimento della raccomandata, questi soggetti possono presentare una motivata opposizione alla richiesta d'accesso.

58 FLORENZA O., in *Guida al Diritto* n. 10 del 12 marzo 2005, 97; SEMPREVIVA M. T., *Le nuove regole dell'azione amministrativa dopo le leggi n. 15 del 2005 e 80 del 2005*, Milano, Tomo II, 1397 e ss..

Contro il ritardo o il rifiuto di una richiesta di accesso è possibile presentare ricorso al TAR, che entro 30 giorni deve decidere se l'ufficio debba o meno concedere l'accesso alla documentazione. Nei confronti di atti di Amministrazioni comunali, provinciali e regionali, inoltre, si può chiedere il riesame degli stessi al difensore civico competente per ambito territoriale, ovvero al difensore civico competente per l'ambito territoriale immediatamente superiore, nel caso in cui il primo organo non sia stato istituito. La richiesta di riesame può essere inoltrata, infine, alla Commissione per l'accesso, istituita presso la Presidenza del Consiglio, quando si tratta di atti delle Amministrazioni centrali e periferiche dello Stato. Negli ultimi due casi, se il difensore civico o la Commissione ritengono illegittimo il diniego o il differimento, ne informano il richiedente e lo comunicano all'autorità disponente e, se quest'ultima non emana il provvedimento confermativo motivato entro 30 giorni dal ricevimento della comunicazione, l'accesso è consentito. Il comma quarto dell'art. 25 prevede, quindi, la possibilità di evitare il ricorso davanti al giudice per adire il difensore civico (o la Commissione per l'accesso).

In definitiva, in caso di rigetto della domanda, il richiedente, può presentare ricorso nel termine di trenta giorni, al TAR, alla Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, nei confronti degli atti delle amministrazioni centrali e periferiche dello Stato, o al difensore civico competente per territorio, i quali avranno trenta giorni di tempo per rispondere e, nel caso in cui scada infruttuosamente anche questo termine, l'istanza si intende respinta⁵⁹.

La legge n. 15/2005 ha disciplinato i compiti del difensore civico in riferimento all'esercizio del diritto di accesso, sempre in termini di deflazione del contenzioso.

Nella fattispecie di che trattasi, è facoltà dell'istante a fronte del diniego della pubblica Amministrazione di chiedere al difensore civico – entro il termine di 30 giorni - il riesame della decisione presa dall'ente pubblico.

Il difensore civico - allo stesso modo della Commissione - deve

⁵⁹ I termini per adire il TAR sono sospesi, ex l'art. 25 della legge nazionale n. 241/1990, successivamente modificata, nel caso in cui l'interessato si rivolga al Difensore Civico, e ripartono nel momento in cui quest'ultimo risponde al cittadino.

pronunciarsi entro 30 giorni decorsi i quali il procedimento si intende respinto; invece, se ritiene illegittimo il diniego o il differimento dell'accesso lo comunica all'Amministrazione stessa oltre che al richiedente.

La pubblica Amministrazione deve, entro 30 giorni, rispondere e lo può fare in tre possibili modi: a) conferma la sua precedente pronuncia di diniego, fornendo una ulteriore motivazione; b) non conferma la propria pronuncia di diniego e concede l'accesso all'interessato; c) non risponde alla comunicazione del difensore civico e, decorsi 30 giorni, l'accesso è ammesso.

7. L'autonomia e l'indipendenza del difensore civico nell'assetto normativo degli Enti locali

La previsione normativa del citato art. 8 affida agli Statuti le norme in materia di elezione e di rapporti con i Consigli, nel senso che la disciplina assicura al difensore civico la necessaria autonomia ed indipendenza rispetto al potere politico da cui pur sempre trae legittimazione elettiva⁶⁰.

In effetti, i testi normativi locali hanno individuato nel Consiglio comunale (o provinciale o della Comunità montana) l'organo competente dell'elezione, disponendo la necessità di assicurare maggioranze ampie che garantissero anche alle minoranze di concorrere alla designazione del difensore civico. In alcuni casi, è stata prevista un'integrazione del Consiglio stesso da parte di soggetti istituzionali (consigli di quartiere, presidenti delle frazioni o delle consulte) o di soggetti appartenenti alla comunità (assemblea delle associazioni locali)⁶¹.

In queste disposizioni risulta evidente la volontà di assicurare una

60 Benché si possa correttamente notare che tale origine elettiva dell'istituto comporti il "riconoscimento della derivazione popolare dei suoi poteri e delle sue prerogative (cosicché l'elezione), assume una particolare connotazione per il rilievo che la figura ha sotto il profilo soggettivo della posizione imparziale e di indipendenza, oltre che dai requisiti personali, richiesti alla persona fisica chiamata a svolgere le relative funzioni" (v. TRIMARCHI F., *Il difensore civico*, op. cit., 326).

61 Si fa riferimento ad esempi di alcuni comuni toscani come riferito nell'indagine di SAVIGNANO F., *Il difensore civico comunale in Toscana* in CHITI M.P. (a cura di), *Il procedimento, la partecipazione e il Difensore civico negli Statuti comunali della Toscana*, Consiglio regionale della Toscana-Ufficio del Difensore civico 1996, 70. Talvolta ai soggetti esterni viene riservata la proposta delle candidature: è il caso, ad esempio, di Roma, Lucca, Como, Reggio Calabria, Pavia (in proposito cfr. STAIANO S., *Rafforzamento dell'esecutivo locale e funzione compensativa degli strumenti di partecipazione*, in *Regione e governo locale*, 1995, 1145).

legittimazione piena dell'istituto anche da parte della realtà territoriale e sociale sulla quale si dispiegherà la sua azione. Diversa sembra, invece, la scelta, seppur minoritaria, di procedere all'elezione diretta del difensore civico da parte dei cittadini. Benché il giudice amministrativo abbia avuto modo di pronunciare la legittimità⁶², si concorda con le perplessità di chi non ritiene adeguata la modalità di elezione diretta del difensore, che verrebbe così trasformato "in una specie di 'sindaco-ombra', visto che i candidati dovrebbero presentarsi agli elettori con un programma e contare sul sostegno di partiti o di gruppi politici ben determinati, inserendosi cioè in una dialettica politica alla quale il difensore civico per sua natura deve rimanere estraneo. E anche perché, si può aggiungere, da un aperto dissenso fra due organi (il sindaco e il difensore civico) in grado entrambi di vantare una legittimazione fondata direttamente sul consenso popolare, potrebbe derivare una dannosa *impasse* politico-amministrativa"⁶³. In proposito, va osservato che il problema delle modalità di elezione del difensore civico tornerà a presentarsi con forza dopo l'entrata in vigore della legge 25 marzo 1993 n. 81 sull'elezione diretta del Sindaco. Le previste maggioranze consiliari, ancorché qualificate, in questo mutato contesto elettorale non appaiono più garanzia di una sicura trasversalità nella designazione del difensore civico. Di conseguenza, taluni Statuti hanno innalzato il *quorum* richiesto per l'elezione (portato a $\frac{4}{5}$ o a $\frac{3}{4}$ dei componenti dell'organo), allo scopo di conservare i caratteri di terzietà e di neutralità politica propri dell'istituto. Vi è tuttavia chi ritiene che nell'attuale sistema di governo locale, un organo di garanzia quale è il difensore civico, sorretto dal suffragio popolare "potrebbe svolgere un ruolo decisivo nella transizione alla nuova organizzazione comunale", poiché, quale

62 Lo Statuto può prevedere legittimamente l'elezione diretta del Difensore civico, purché l'amministrazione dello Stato non sia gravata dagli ineri economici connessi alla consultazione (cfr. TAR Veneto, sez. I, 25 maggio 1995, n. 830). Parla di "Difensore civico come organo monocratico dell'Ente-Comunità" MASTROPASQUA G., per il quale "tale inquadramento sottrae il difensore civico ad ogni forma di subordinazione o dipendenza e porta ad esaltare al massimo le sue prerogative d'imparzialità, neutralità, terzietà, autonomia rispetto agli organi politici e amministrativi dell'Ente". Viene portato ad esempio lo Statuto del comune di Corato nel quale l'elezione del difensore è affidata a mille cittadini scelti mediante sorteggio. Si veda l'elencazione dei Comuni toscani, perlopiù della provincia di Livorno, che hanno optato per l'elezione a suffragio universale in Savignano F., *op. cit.*, 70.

63 Così CAVALERI P. e anche TRIMARCHI F., *op. cit.*, 329 ritiene che l'elezione diretta, pur potendo "far emergere una personalità nota, può finire per rimettere, di fatto, alle forze politiche locali la individuazione del candidato".

“organo neutro a legittimazione forte”, potrebbe favorire “la costruzione di un adeguato tessuto di contropoteri”⁶⁴. Sebbene si comprenda come il rafforzamento degli organi di governo e della maggioranza che li sostiene rappresenti un potenziale pericolo per la dialettica democratica della comunità locale (documentata frequentemente dal difficile ruolo oggi svolto dalle minoranze consiliari⁶⁵), non si ritiene congruo inserire nell’ordinamento un ulteriore strumento di controllo e di riequilibrio la cui legittimazione derivi direttamente dalla scelta dei cittadini. Accanto al rischio di una possibile identificazione politica del soggetto eletto, ciò che si considera negativamente è l’evidente sproporzione tra una investitura popolare ed i poteri di cui effettivamente il difensore civico dispone.

Si è soliti osservare e chiedersi in che rapporto si collocano le decisioni del Sindaco e l’intervento del difensore civico, i quali forti della propria designazione popolare potrebbero affidare a rigide contrapposizioni la soluzione dei casi trattati. È proprio in sede consiliare che si deve cercare, attraverso le più ampie e trasversali intese, il necessario superamento delle divisioni politiche, mantenendo il difensore civico nel ruolo di garante neutrale e riconoscendo magari alla società civile la possibilità di esprimere candidature da sottoporre al vaglio del Consiglio, collaborando così alla selezione di personalità e professionalità adeguate alla carica da ricoprire⁶⁶.

Da taluno si sottolinea il silenzio della norma (art. 8) in ordine al problema del raccordo e del coordinamento tra i tre livelli di difesa civica, comunale, provinciale e regionale, presenti sul territorio. Si

64 La posizione assunta da STAIANO S., *op. cit.*, 1145 sembra sostenersi sul contenuto di diverse proposte di legge presentate nel corso della XIII e della XIV Legislatura (talune di modifica dell’art. 11 del d. lgs. 267/2000) che prevedono, appunto, l’elezione diretta del Difensore civico locale. Per una completa ricostruzione delle proposte si veda PIGNATARO S., *op. cit.*, 122 ss.

65 Si rinvia soltanto ad un piccolo contributo di VANDELLI L., *Sindaci e miti*, Il Mulino, 1994 che offre un interessante finestra sulla difficile realizzazione della cultura del maggioritario, accompagnata dalla ridefinizione del ruolo del Consiglio divenuto organo di indirizzo e di controllo politico.

66 Si ricorda che la Regione Valle d’Aosta aveva introdotto, nella prima legge istitutiva 2 marzo 1992, n. 5, la possibilità di presentare candidature al ruolo di Difensore civico da parte di singoli cittadini, di enti e di associazioni. Tale norma, rimasta per ora unica nel panorama della legislazione regionale, è oggi l’art. 4 della l.r. 28 agosto 2001, n. 17.

tratta di una lacuna “suscettibile di creare confusione e disorientamento sia in coloro che tale carica rivestono, sia soprattutto nei soggetti che ad essi intendono rivolgersi. Sarebbe stato certamente utile prevedere meccanismi di collaborazione o quanto meno di consultazione, onde evitare incertezze e rischi, oltre che di sovrapposizione di competenze, di disparità di trattamento”⁶⁷.

Una risposta alla carenza legislativa in materia è data dalla presenza di molteplici soluzioni statutarie. Un rapido esame degli Statuti degli Enti locali della Toscana e dell’Emilia-Romagna e, in parte, del Veneto, della Lombardia, del Lazio e della Calabria, ha consentito di individuare alcune *best practice* riconducibili sostanzialmente agli istituti giuridici della convenzione e del consorzio⁶⁸, che spaziano dalla correlazione con il difensore civico regionale alle diverse forme di accordo tra enti per l’istituzione di un difensore civico comune⁶⁹. Le scelte alternative all’istituzione di un proprio difensore civico utilizzano precipuamente gli istituti giuridici che consentono o di avvalersi di un ufficio esistente o in via di costituzione presso un ente

67 Così SAVIGNANO F., *op. cit.*, 63. La preoccupazione per una eccessiva e acritica moltiplicazione dell’istituto e la conseguente necessità di coordinamento era già stata espressa da BORGONOVO RE D., *La difesa civica a livello regionale: bilancio di un’esperienza ventennale cit.* 17. Lo stesso VANDELLI L. ha in più occasioni sottolineato il rischio di creare “un labirinto inestricabile” tra i diversi Difensori civici che, prima di tutto, creerebbe incertezza e confusione negli stessi cittadini, obbligati ad orientarsi tra competenze differenziate per poter individuare l’interlocutore cui rivolgere la propria istanza (si veda *Difensori civici e autonomie locali in Regione e governo locale* 1992, 548). Gli stessi Difensori civici regionali si sono in più occasioni interrogati sui rischi della frammentazione: si veda ad esempio BOLOGNANI E. (CNR 1991, 118), FALQUI MASSIDA, *op. cit.* 525.

68 Il riferimento normativo è dato dagli artt. 24 e 25 della l. 142/1990 (ora artt. 30 e 31 del d. lgs. 167/2000): gli enti locali possono svolgere funzioni o erogare servizi in modo coordinato (anche mediante la costituzione di uffici comuni) o in modo associato (mediante una struttura appositamente creata). In particolare, TAR Lombardia, Brescia, 13 maggio 1997, n. 530 ha affermato la legittimità della previsione statutaria della gestione in forma associata con altri enti locali, previa stipula di apposita convenzione, dell’ufficio del difensore civico. Riserve vengono comunque espresse da BARUSSO E., *Commento all’art. 11* in VANDELLI L., BARUSSO E. *op.cit.* 602.

69 Per una ricostruzione più dettagliata delle soluzioni statutarie adottate si rinvia a PICCININI M. L., *Il difensore civico negli statuti comunali e provinciali della Toscana* in CHITI M. P. *op.cit.* 108; VANDELLI L., *Difensori civici e autonomie locali, op. cit.*, 542, che esamina le formule di collaborazione utilizzate nei 102 statuti (di questi, solo 21 ne risultano privi) degli Enti locali dell’Emilia-Romagna; MASTROPASQUA G. riferisce, invece, l’esperienza di alcuni comuni calabresi; SCHIAVANO M. L., *Il difensore civico, un servizio per le comunità del territorio in Il diritto della Regione* 1998, 842 riferisce di alcune esperienze nella Regione Veneto.

di livello superiore (Provincia, Regione)⁷⁰, ovvero di istituire l'ufficio in forma associata sia con enti di pari livello sia con enti di livello superiore⁷¹.

Alla luce dei dati offerti dalla produzione statutaria, le soluzioni ricercate dagli Enti locali muovono dalla volontà di garantire ai propri cittadini la tutela offerta dal difensore civico, assicurando, però, adeguate condizioni di operatività dell'istituto in termini di competenza professionale e di indipendenza della figura, da un lato, di economicità e di ragionevolezza gestionale, dall'altro. La logica dell'aggregazione e della razionalizzazione pone un'alternativa interessante alla temuta frammentazione dell'istituto, aprendo prospettive percorribili per la ricerca di un'omogeneità di azione tra i diversi soggetti titolari dell'ufficio e per la diffusione delle esperienze, la cui condivisione potrebbe favorire la creazione di una "giurisprudenza" dei difensori civici locali.

70 Alcuni esempi tratti dalle fonti citate alla nota precedente: il Comune di Bologna si avvale del DC regionale tramite convenzione con la Regione e così pure la Provincia di Firenze; diversi piccoli comuni, sia emiliani sia toscani sia calabresi, hanno scelto di avvalersi o del Difensore civico regionale o del più vicino Difensore civico provinciale. Così, ad esempio, le Province di Grosseto, di Massa, di Ravenna, di Parma prevedono accordi e convenzioni con altri enti locali per garantire l'intervento del proprio Difensore civico. Altri Comuni, si avvalgono del difensore regionale in via transitoria, in attesa di istituire un proprio ufficio o un ufficio sovracomunale. La scelta del convenzionamento con il difensore civico provinciale, in particolare, risulta prioritaria in diverse realtà territoriali: si veda, ad esempio, Padova, Belluno, Rovigo, Arezzo, Prato.

71 Si intende la previsione di un Difensore civico intercomunale, che ha avuto particolare fortuna sul territorio toscano (Comuni associati del Chianti fiorentino, Comuni associati della Val di Cornia, Comuni associati zona di Massa Carrara, Comuni associati del Chianti senese, per citarne alcuni) o di un Difensore civico della Comunità montana (quali la Comunità montana Centro Cadore (BL), la Comunità montana Valtiberina Toscana (AR), la Comunità montana dell'Amiata grossetana (GR). Allo strumento consortile, certamente più complesso, si è fatto ricorso perlopiù laddove già esistente (Consorzio del Comprensorio Opitergino (TV). Si vedano in proposito le considerazioni di Sessa C., *L'ufficio del difensore civico in ambito consortile in l'Amministrazione it.*, 1996, 1253. Per quanto riguarda gli enti di livello superiore, la Provincia di Pistoia prevede la possibilità di accordi con altri enti locali per l'istituzione di un unico Difensore civico, così pure la Provincia di Modena.

8. Il difensore civico e la giurisprudenza della Corte Costituzionale

La giurisprudenza costituzionale è tornata sul tema dei poteri sostitutivi statali e regionali con l'intento di fornire una ricostruzione organica alla luce del nuovo Titolo V. La Consulta conferma, anche con la recente sentenza n. 167 del 29 aprile 2005, il suo atteggiamento ostativo al riconoscimento della titolarità di poteri sostitutivi in capo al difensore civico regionale nei riguardi di ipotesi omissive degli Enti locali nell'adozione di atti dovuti. La Corte Costituzionale ripercorre attraverso tale pronuncia la "strada" condotta già di recente, in particolare, con le sentenze nn. 69, 74, 112 e 173 del 2004.

Si ripropone il rifiuto della legittimazione di disposizioni regionali volte ad assegnare, in capo all'organo in questione, importanti prerogative. Ciò ingenera interrogativi in ordine alla perdurante compatibilità costituzionale della normativa statale, che disciplina un organo di incerta collocazione istituzionale e dalle sfumate funzioni.

La Corte Costituzionale non è la sola ad assumere tale atteggiamento nei confronti dell'istituto del difensore civico regionale⁷². In tal senso, essenziali si mostrano la labilità del quadro normativo di riferimento e, altresì, la costante pressione esercitata dagli organi regionali che, talvolta, anche al di là delle previsioni normative dagli stessi approvate, temendo la sottrazione di importanti competenze, tendono a circoscrivere l'azione del difensore civico entro ambiti sempre più limitati, con poteri sostanzialmente privi di effettiva incidenza, utilizzando espedienti coercitivi di una certa efficacia, quale la mancata assegnazione, agli uffici dei difensori regionali, di adeguate risorse umane e materiali. Così anche

⁷² Sul tema, tra gli altri, si segnalano: POZZAN, *Il difensore civico in Europa. Spunti per una ricostruzione di un modello istituzionale europeo*; R. LOMBARDI, *Il difensore civico tra continuità e novità*, in *Foro It.* 1997, V, 74 ss. e *Efficienza amministrativa, difensore civico e controllo di gestione*, in *Dir. Amm.*, 1997, 153 ss.; VERDE, *Il difensore civico*, Padova 1996; ALLEGRETTI, relazione al convegno "Il difensore civico regionale", Roma 1995; COMBA, *Ombudsman*, voce *Dig. Discipline Pubbl.*, Torino 1995, X, 296; SICA, *Il difensore civico nell'ordinamento regionale*, Milano, 1993; TRIMARCHI, *Riflessioni sul difensore civico*, in *Amm.*, 1992, 235 ss.; CALDERONI, *Il difensore civico nell'esperienza italiana*, Rimini 1987; OLIVETTI RASON, *Quattro interrogativi sul difensore civico regionale*, in *Regioni*, 1986, V, 114; BERNARDI, *Ombudsman*, in *Nss. Dig.*, append. Torino, 1984, V, 413; FERRARA, *Contributo allo studio della tutela del consumatore. Profili pubblicistici*, Milano, 1983, cap. I, sez. II; DE VERGOTTINI, *Ombudsman*, voce dell'*Enc. del Dir.*, Milano, 1979, XXIV, 879 ss.; UCCELLA, *Sulla problematica del difensore civico regionale*, in *Giur. It.*, 1979, IV, 168; MORTATI, *L'Ombudsman: studi di diritto pubblico comparato*, Torino, 1974.

per tali ragioni spesso il difensore civico non appare compiutamente entrato nella coscienza collettiva, registrandosi, piuttosto, una sua emarginazione graduale quanto repentina, mentre i ricorsi e le pretese di giustizia continuano ad affollare le aule giudiziarie intasandone l'attività.

Si evidenzia il ragionamento seguito dalla Consulta sin dalla sentenza n. 112 del 2004. La Corte Costituzionale, ivi, nel ribadire un suo precedente orientamento (espresso già con le sentenze n. 43 e n. 69 del 2004), riafferma che lo straordinario potere sostitutivo del Governo *ex art. 120 Cost.* “non preclude che la legge regionale, disciplinando materie di propria competenza, possa anche stabilire... poteri sostitutivi in capo ad organi regionali per il compimento di atti obbligatori per legge”. Così si precisa che lo stesso art. 120, nel disporre l'intervento straordinario sostitutivo del Governo, non ha esaurito tutte le possibili ipotesi di esercizio di poteri sostitutivi, non essendo preclusa la possibilità che una legge regionale - in materie di competenza regionale - potesse anche porre poteri sostitutivi in capo ad organi regionali per il compimento di atti obbligatori per legge, in ipotesi di inadempimento o inerzia degli Enti locali competenti. Spetta sempre alla legge “prevedere e disciplinare l'esercizio dei poteri sostitutivi”: la legittimazione di una tale eventualità viene correlata al rispetto di parametri rigorosi consistenti nella previa definizione dei “presupposti sostanziali e procedurali”⁷³, in ordine al “compimento di attività del tutto ‘prive di discrezionalità nell'an’”⁷⁴, la cui obbligarietà scaturisse da interessi di livello superiore.

La Consulta ha aggiunto, inoltre, che soltanto da parte di un organo di governo della Regione, o quanto meno sulla base di una sua decisione⁷⁵, si sarebbe potuto legittimamente esercitare il potere sostitutivo, ispirando il relativo procedimento a congrue garanzie di leale collaborazione⁷⁶. Ora, dal momento che l'uso di poteri sostitutivi determina uno spostamento eccezionale di competenze, esso può essere posto in essere solo da parte di organi elettivi di governo non burocratici, considerato che “le scelte relative ai criteri ed ai modi degli interventi sostitutivi a salvaguardia di interessi di livello superiore a quelli delle autonomie locali presentano un grado di politicità tale che la loro

73 Cfr. sentenza n. 338 del 1989.

74 Cfr. sentenza n. 177 del 1988.

75 Cfr. sentenze n. 460 del 1989, n. 342 del 1994 e n. 313 del 2003.

76 Cfr. sentenza n. 416 del 1995 e ordinanza n. 53 del 2003.

valutazione complessiva non può che spettare agli organi regionali di vertice, cui istituzionalmente competono le determinazioni di politica generale, delle quali assumono la responsabilità”.

Nell’ambito degli organi di governo regionali, la Consulta non ha ricompreso il difensore civico, al quale si riconosceva la mera titolarità di funzioni di tutela della legalità e della regolarità amministrativa, in buona misura equiparabili a quelle di controllo già di competenza dei comitati regionali. Ciò tanto più alla luce dell’art. 136 del d.lgs. 18 agosto 2000 n. 267 e delle molteplici successive disposizioni di legge regionale. Si rende necessaria la declaratoria di illegittimità di disposizioni volte ad affidare all’organo in questione la responsabilità di misure sostitutive incidenti in modo diretto sull’autonomia costituzionalmente garantita dei Comuni.

Sulla linea interpretativa della pronuncia n. 112 si pone la successiva sentenza della Corte Costituzionale n. 173 del 2004, confermando che il difensore civico non può essere titolare di potestà sostitutive perché in nessun modo assimilabile ad un organo di governo della Regione. Così viene ribadita la natura del difensore civico regionale, quale organo non di governo, privo del pre-requisito di legittimazione necessario per l’esercizio di poteri sostitutivi nei riguardi degli Enti locali. Gli interventi sostitutivi, traducendosi in spostamenti seppure eccezionali di competenze e “per la loro incidenza diretta sull’autonomia costituzionalmente garantita di enti politicamente rappresentativi, non possono non provenire dagli organi regionali di vertice, cui istituzionalmente competono le determinazioni di politica generale delle quali essi stessi assumono la responsabilità”.

La recente sentenza della Corte Costituzionale n. 167 del 2005 ribadisce ancora una volta i passaggi ed i principi espressi già nelle precedenti decisioni, pervenendo ancora al disconoscimento, in capo al difensore civico regionale, di poteri di tipo sostitutivo nei confronti degli Enti locali, in omaggio al principio di autonomia costituzionale del soggetto sostituito.

In merito alla previsione normativa sull’assegnazione al difensore civico regionale del potere sostitutivo per omissione o ritardo di atti obbligatori da parte di Enti locali (*ex art. 136, Tuel*) si avanzano, da parte della dottrina, diverse perplessità, anche sulla posizione assunta dalla giurisprudenza costituzionale.

Si conviene sul principio dell'incomprimibilità dell'autonomia locale se non da parte degli organi regionali di governo eletti (o almeno sulla base di una loro determinazione) e si conferma, infatti, il principio dell'insostituibilità del difensore civico regionale nei riguardi di Enti locali che abbiano omissso o ritardato l'adozione di atti obbligatori.

Si fa strada un'ipotesi che riguarda la circostanza in cui si sia in presenza di atti non solo obbligatori, ma anche vincolati quanto al loro contenuto. In tale contesto (si pensi all'approvazione dei bilanci consuntivi degli Enti locali) non ha senso invocare l'autonomia che, evidentemente, alla luce del vigente ordinamento, lungi dal costituire un vuoto concetto, si connota di significati positivi di esercizio di poteri-doveri, la cui omissione determina una sostanziale paralisi della stessa autonomia, ancorché costituzionalmente garantita.

Con la sentenza n. 112 del 2004 la Consulta ha, infatti, già riconosciuto, che anche sulla base di una decisione degli organi di governo regionale potesse essere legittimato l'esercizio del potere sostitutivo nei confronti di atti obbligatori degli Enti locali, purché questo avesse luogo su un impianto procedimentale in grado di offrire idonee garanzie di leale collaborazione con il soggetto sostituito. In tal caso potrebbe affermarsi che la decisione legittimante degli organi di governo, alla quale fa riferimento la Corte Costituzionale, consisterebbe anche nell'approvazione di una legge regionale che assegni tali poteri, seppure in via generale e astratta, al difensore civico regionale, definendoli nella loro ampiezza e nei presupposti di legittimazione.

Permarrebbe a tal punto da superare l'ostacolo della carenza della natura giuridica dell'organo in questione, non di governo.

Non sembra possa, però, del tutto trascurarsi che l'elezione del difensore civico regionale ha luogo da parte del Consiglio regionale, solitamente a seguito della confluenza di un numero di voti ampio, non di rado ben più consistente di quello che esprime la maggioranza di governo (d'altra parte non paiono esercitabili, per l'individuazione del difensore civico regionale, i poteri sostituitivi dei Consigli regionali da parte dei relativi Presidenti, attesa la specialità della disciplina)⁷⁷.

Da qui si potrebbe profilarsi una posizione differente rispetto all'orientamento della Corte costituzionale che assimila *tout court* la natura

⁷⁷ Sull'obbligo di conclusione del procedimento di nomina del difensore civico regionale cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 18.9.1998, n. 2924, in *TTAA.RR.*, 1999, II, 35, con nota di FRAGOLA.

del difensore civico regionale a quella di un organo *meramente burocratico*. L'istituto, tanto più alla luce degli ordinamenti regionali delineatisi nel tempo, dei relativi meccanismi elettivi e delle competenze di cui l'organo deve essere munito, sembra rivestire un ruolo di terzietà che lo colloca istituzionalmente al di sopra delle parti⁷⁸, in una posizione che gli consente di coniugare, anche nell'esercizio dei poteri sostitutivi, esigenze generali di unitarietà, a livello regionale, con atti espressione dell'autonomia locale, tanto più se obbligatori e la cui eventuale mancata adozione (dovuta solo alla responsabilità degli Enti locali) determinerebbe una vera e propria paralisi dell'azione di governo locale, pregiudizievole per le relative comunità⁷⁹.

Ci si domanda perché mai all'adozione di atti rilevanti degli Enti locali (esemplare il caso dei piani urbanistici) possa, anche per consolidata giurisprudenza, provvedere il commissario prefettizio, di certo organo burocratico privo di qualsiasi investitura democratica, ma non il difensore civico regionale, espressione seppure mediata di ampie maggioranze consiliari.

L'equiparazione normativa del difensore civico ai precedenti comitati regionali di controllo, implica l'affidamento ad esso degli stessi poteri sostitutivi. Ma l'esigenza del "nuovo" organo risponde anche ad un'aspirazione più ampia, ossia quella dell'effettività dell'esercizio dei poteri, tanto più, evidentemente, di quelli obbligatori.

L'intera riforma degli Enti locali, così come quella dell'esercizio dell'azione amministrativa persegue l'obiettivo dell'effettività dell'esercizio dei poteri ed il difensore esprime l'esigenza di uno strumento (tra gli altri) non di vaga sollecitazione e denuncia, quanto di capacità operativa che non si ponga d'ostacolo all'esercizio di quelle funzioni che costituiscono espressione di autonomia locale, ma per esse costituisca un imprescindibile richiamo, tale da indurre i poteri locali ad un effettivo esercizio delle loro prerogative⁸⁰. Anche questo corrisponde

78 Sul ruolo del difensore civico quale autorità garante, cfr. CASETTA, *Riflessioni sul ruolo attuale del difensore civico*, relazione generale al convegno "Il difensore civico. Modelli e problemi", Teramo-Bellante, 10-11 ottobre 1996.

79 Si pensi al mancato accesso ai finanziamenti comunitari per la mancata approvazione di atti urbanistici.

80 Sul punto R. LOMBARDI, *Il difensore civico tra continuità e novità*, in *Foro It.* 1997, V, 6 sottolinea che l'attuale visione del difensore civico appare "certamente riduttiva ed inappagante, che dell'attività del difensore civico coglie solo l'aspetto di tutela degli interessi particolari dei privati trascurando quelli più significativi, sotto un profilo strettamente pubblicistico, di garanzia dell'efficienza e del buon andamento della pubblica amministrazione".

a quel concetto di “tutela della legalità e della regolarità amministrativa” che pure la Consulta riconosce in capo al difensore civico regionale alla luce dell’art. 136 del d.lgs. n. 267 del 2000.

9. Connotazione e potenzialità del ruolo del difensore civico: Il difensore civico come “autorità amministrativa semi-indipendente”; il cosiddetto difensore civico virtuale

La posizione di terzietà caratterizza il difensore civico e colloca tale organo istituzionalmente al di sopra delle parti, perché esso rappresenti uno strumento di garanzia dell’efficienza e del buon andamento della pubblica Amministrazione, di sollecitazione e denuncia e di imprescindibile richiamo per l’esercizio di quelle funzioni che costituiscono espressione della pubblica autonomia, anche nel controverso ruolo sostitutivo che il difensore civico assume, in virtù della legislazione regionale, nei riguardi degli Enti locali che abbiano omesso o ritardato l’adozione di atti obbligatori o vincolanti, nell’ottica della sua generale funzione di tutela della legalità e della regolarità amministrativa.

La funzione sollecitatoria e di controllo sulla pubblica Amministrazione la si riscontra dall’esame dell’art. 25, comma 4, della legge n. 241/90, in cui si instaura una procedura che obbligando l’Amministrazione a motivare i provvedimenti di diniego dell’accesso ai documenti amministrativi, scoraggia comportamenti puramente passivi esponendo la stessa a richieste *ex art.* 700 c.p.c. presso i TAR.

La funzione di controllo sugli aspetti amministrativi più rilevanti della gestione degli Enti locali prevista dall’art. 127 del d. lgs. n. 267/00 è stata ridimensionata con la disattivazione del successivo art. 136 ad opera del nuovo Titolo V della Costituzione, come indicato dalla stessa Corte Costituzionale.

Inoltre, l’art. 127, d. lgs. n. 267/00, stabilisce che le deliberazioni della giunta e del consiglio comunale o provinciale possono essere sottoposte a controllo, se richiesto rispettivamente da $\frac{1}{4}$ dei membri dei consigli provinciali o comunali con popolazione superiore ai 15.000 abitanti o a $\frac{1}{5}$ per i comuni con meno di 15.000 abitanti (limitatamente

ad alcuni settori: appalti e affidamenti di servizi o forniture di importo superiore alla soglia comunitaria; dotazioni organiche e variazioni; assunzioni di personale). Successivamente l'art. 136 individua nel difensore regionale l'organo competente a nominare il commissario *ad acta* in caso di omissioni o ritardi da parte di Enti locali nel compiere atti obbligatori per legge. Tale norma è in contrasto con la riforma del Titolo V della Costituzione, che ha eliminato i controlli preventivi di legittimità sugli Enti locali, ed è stata sostituita dalla legge n. 75/02, la quale ha affidato al Prefetto il potere di nomina del commissario *ad acta* suddetto. In questa prospettiva si pronuncia la Corte Costituzionale che, con la sentenza n. 112 del 6/4/2004, statuendo sulla legge n. 10/02 della Regione Marche, ha affermato essere il difensore civico un organo amministrativo "...con funzioni di tutela della legalità e della regolarità amministrativa, in larga misura assimilabili a quelle di controllo,...", quindi, non idoneo ad assumere responsabilità e poteri sostitutivi propri degli organi regionali di vertice e non di un apparato amministrativo.

Il difensore civico acquista una sua valenza istituzionale e sociale nel momento in cui, diminuendo l'intervento del *welfare state*, viene a fare parte di una vasta rete di sostegno nei sempre più manifesti casi di disagio sociale che, solo attraverso la sua mediazione, può ottenere una risposta istituzionale, tanto più apprezzata in quanto gratuita per l'utente in un momento in cui tutto quello che è pubblico viene sottoposto a *ticket*.

Anche se depotenziato nei confronti della pubblica Amministrazione di poteri particolarmente incisivi, la nuova funzione che il difensore civico viene ad assumere spinge ad evidenziare il prestigio personale, l'equidistanza e la capacità di mediazione che deve possedere colui che viene investito della funzione. Così afferma la sentenza n. 6712 del TAR Napoli del 7/4/2004, in cui si sottolinea l'inadeguata esperienza professionale del candidato la quale non può ridursi alla mera pratica legale e ad una generica "collaborazione" presso uno studio legale.

La figura pubblica dell'*ombudsman* ha avuto un tale successo da esser mutuata dal settore privato, in cui le stesse associazioni di categoria hanno istituito figure analoghe con precise funzioni conciliative⁸¹.

La figura in esame ha acquistato ed acquisterà nel corso degli

81 Vedasi per il sistema inglese il *Legal Ombudsman* ed il *Banking Ombudsman* per il settore bancario italiano.

anni una valenza sempre maggiore, davanti ai mutamenti sociali ed economici in atto, che stanno determinando una sempre più avanzata riduzione del *welfare state* con la conseguente estensione dei disagi sociali. Da un lato, la pubblica Amministrazione si legittima di fronte ai cittadini essenzialmente prestando adeguatamente i propri servizi e, dall'altro, con l'introduzione della difesa civica si cerca di recuperare il rapporto tra cittadino e pubblica Amministrazione.

La diffusione del difensore civico avviata con la previsione dell'art. 8 della legge di riforma delle autonomie locali, pur segnata dalla facoltatività dell'istituto e dalla successiva mancata attivazione dello stesso, anche laddove statutariamente previsto, ha trovato soluzioni originali a cui gli stessi legislatori regionali potrebbero attingere per aggiornare le discipline più risalenti⁸².

I molteplici strumenti di raccordo e di coordinamento tra i diversi livelli di difesa civica presenti sul territorio consentono di ovviare ai rischi di sovrapposizione o di confusione più volte richiamati, assicurando ai cittadini un servizio capillare e sicuro cui sottoporre le proprie istanze e cui rappresentare le proprie difficoltà di relazione con le pubbliche Amministrazioni.

Il difensore civico, a fronte delle caratteristiche precipue e delle funzioni svolte, viene ritenuto da una parte della dottrina prototipo di *Authority*, pur non presentando totalmente i connotati che caratterizzano quest'ultima, al punto che si parla anche di "autorità amministrativa semi-indipendente"⁸³.

In comune con l'autorità amministrativa indipendente il difensore civico ha una funzione di regolamentazione e di protezione di interessi collettivi in taluni settori socialmente rilevanti. È, altresì, indipendente dall'esecutivo locale e la sua attività ha un carattere neutrale⁸⁴.

82 Il difensore civico toscano osserva in una sua Relazione annuale per il 1991 come i difensori civici comunali fossero dagli Statuti concepiti secondo il "modello perfezionato e divulgato dai Difensori civici esistenti", superando, peraltro, questo stesso modello di partenza, rimasto "ancorato" ad una legislazione, in quel momento, troppo datata e dunque incompleta. V. BORGONOVO RE D., *Annuario 1993 cit.* 174.

83 C. FRANCHINI, *Mito e realtà delle autorità indipendenti*, in *Impresa e Stato*, n. 35/1996, 36 e ss.; C. FRANCHINI, *Le Autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1988, 549.

84 Secondo R. LOMBARDI (in *Il difensore civico tra continuità e novità*, in *Foro italiano*, 1997, 76), con le autorità indipendenti il difensore civico ha in comune la particolare posizione di indipendenza, trovandosi in collegamento funzionale con le assemblee elettive piuttosto che con i tradizionali centri del potere esecutivo degli enti di riferimento, ma soprattutto la neutralità della propria azione, finalizzata all'obiettivo conseguimento della legalità amministrativa.

Si rileva nelle disposizioni normative, invece, la differenza tra i due istituti. Si evince, infatti, come l'indipendenza originaria dell'*Authority* sia molto più attenuata nel difensore civico, in quanto la sua nomina non proviene da un organo istituzionalmente neutro, come, invece, accade per l'*Authority*, che viene nominata dai Presidenti delle Camere, ma nasce da un corpo politico, anche se sulla base di un *quorum* elevato. Alla luce delle recenti modifiche del sistema elettorale, la derivazione politica della nomina del difensore civico, senza correttivi, potrebbe rendere l'organo potenzialmente una diretta espressione della maggioranza e, quindi, dell'esecutivo. Inoltre, in capo al difensore civico non si riconosce un mero potere sanzionatorio, se non in un'accezione *lata*, consistendo la sua attività in segnalazioni, raccomandazioni e moniti, la cui possibilità di sortire effetti sull'Amministrazione di riferimento sembra essere in qualche modo collegata più all'autorevolezza ed al prestigio della persona che ricopre l'ufficio, nonché alla pubblicità delle iniziative dallo stesso intraprese, che ai poteri concretamente esercitabili in caso di inosservanza⁸⁵.

Da qui emerge la necessità di individuare meccanismi che rendano il difensore civico espressione non solo della maggioranza di governo, ma espressione dell'intera Assemblea, introducendo il requisito della "notoria indipendenza" e, allo stesso tempo, prevedendo strumenti sanzionatori, in caso di inosservanza da parte delle Amministrazioni delle sue raccomandazioni, in modo da dare maggiore rilievo formale e sostanziale al nuovo ruolo del difensore civico.

Lo scambio di informazioni, risorse, buone prassi tra i difensori civici attraverso il *web* costituisce un nuovo significativo sistema integrato ed "è metodologia auspicabile ed elevato indicatore di qualità. Il prestare la propria esperienza ai processi e modelli extralocali, partendo dalle specificità territoriali, non può non innescare un circolo virtuoso che, interagendo su larga scala, crea un valore aggiunto economico, efficiente ed efficace"⁸⁶.

85 Per un ulteriore approfondimento della tematica cfr. S. PIAZZA, *Il difensore civico (regionale, provinciale, comunale) nel quadro delle autorità amministrative indipendenti*, in *Nuova Rass. di legislazione, dottrina e giurispr.*, 1998, fasc. 3, 269; S. PRISCO e P. MAZZINA, *Il difensore civico come autorità amministrativa semi indipendente di ambito locale: profili problematici*, Cedam, 1999; AA.VV., *Autorità indipendenti profili costituzionale*, Padova; S. PIAZZA, *Autorità indipendenti e difensori civici. Profili giuridici politologici*, Padova, 2000; P. LA ROCCA, *Le autorità amministrative indipendenti e il difensore civico*. Cons. Comuni Italia 2002, f. 47, 377.

86 Cfr. A. FRAIETTA, redattore capo del portale www.difescivica.it nel suo articolo *Web e difesa civica: quale pionierismo operativo?*, nelle considerazioni generali dai lavori del Premio "Miglior sito difesa civica locale 2002".

Lo spazio di azione del difensore civico è in via di definizione ed annuncia esempi di particolari progettualità, come l'elaborazione di interessanti modelli di *egovernment*⁸⁷. L'esperienza del portale *difesacivica.it*, per sfruttare al massimo le potenzialità interattive del *web*, ha inventato la figura del difensore civico virtuale: un sistema di domande e risposte a mezzo *email* con funzione non istituzionale, ma prevalentemente sussidiaria al fine di indirizzare i cittadini verso i soggetti competenti, suggerendo contestualmente soluzioni ai problemi presentati. Il difensore civico virtuale si compone, quindi, di un *team* di *ombudsman* che, tramite il sistema di posta elettronica, risponde alle istanze dei cittadini instrandolo, anche se in modalità *extraistituzionalmente*, un processo di "pedagogia giuridica".

Proliferano i siti istituzionali dei difensori civici inseriti spesso nelle reti civiche comunali e provinciali. E nelle reti civiche locali si diffonde, così, questo servizio "virtuale" che permette di "comunicare" con le Amministrazioni, senza attese, spostamenti, nell'ottica del mantenimento del buon andamento della pubblica Amministrazione.

Attraverso lo scambio della posta elettronica e la modulistica in sistemi gratuitamente accessibili il *web* rappresenta uno strumento di interazione fondamentale che consente al difensore civico un rapporto con la cittadinanza che parte da un linguaggio semplice, volto a favorire la comprensione e la partecipazione democratica. E, poi, i portali istituzionali si sono evoluti nel corso del tempo, diventando strumento strategico ricco di contenuti e attività rivolte all'esterno: sono realtà in crescita, sempre più vicini ai bisogni del cittadino⁸⁸.

87 Si pensi al portale *difesacivica.it* dedicato alla figura dell'*ombudsman* italiano, che da più di due anni, nel *web*, raggiunge cittadini e operatori, realizzando una rete virtuale che ha già dimostrato l'utilità sia per il cittadino che nel confronto fra i vari uffici locali. Tale esperienza nasce con l'obiettivo di elaborare possibili modelli di comunicazione-informazione a mezzo telematica per gli uffici locali. Nel corso degli anni tale esperienza si estende a compartecipazioni extraregionali, offrendo un quadro sempre più completo sulla figura del difensore civico italiano, prevedendo la possibilità di consultare *report* periodici in materia ed accedere a forum e *newsletter*.

88 Su tali considerazioni, nel corso del Salone della comunicazione pubblica e dei servizi al cittadino, svoltosi a Bologna dal 18 al 20 settembre 2002, è stata tenuta la tavola rotonda "L'isola che non c'era: dai portali istituzionali al portale unico della P.A."

LA RIFORMA DEL TRASPORTO PUBBLICO LOCALE IN SICILIA DALLE “CONCESSIONI DI AUTOLINEE” AI CONTRATTI DI “AFFIDAMENTO PROVVISORIO DI SERVIZIO”

Riassunto - La politica dei trasporti è una delle prime politiche comuni della Comunità europea. In quasi tutti gli Stati membri la riforma del trasporto pubblico locale è caratterizzata da un forte spirito di decentramento amministrativo della gestione dei servizi con conseguente trasferimento di competenze dalla struttura statale a quella regionale e degli altri Enti locali, prevedendo diversi livelli di pianificazione, che vanno da quello generale dello Stato, finalizzato a mantenere un indirizzo unitario e le scelte politiche di settore, a quello su scala regionale, a quelli di bacino di traffico assegnati alla competenza degli Enti locali.

La riforma del settore del trasporto pubblico locale in Sicilia segna un significativo passo in avanti nella gestione dei servizi e prevede la predisposizione di un piano di riordino del *network* secondo i principi di “economicità” e di “efficienza”; dispone, altresì, elementi di “gerarchizzazione” tra i distinti livelli territoriali, determinando servizi minimi regionali e unità di rete. Prima dell’approvazione del piano di riassetto organizzativo e funzionale del trasporto pubblico locale, al fine di assicurare la “continuità” del servizio pubblico di autolinee, le concessioni in atto vigenti accordate dalla Regione e dai Comuni sono trasformate in contratti di affidamento provvisorio della durata di tre anni.

Il processo di trasformazione rappresenta un’opportunità preziosa per la ristrutturazione del comparto, che dovrà confrontarsi con le gare per l’affidamento dei servizi essenziali nell’ambito delle “unità di rete”.

Abstract - Transport is one of the European Union’s foremost common policies. The ongoing reform of local public transport management is an important example of the trend for administrative decentralisation, matched with efforts to introduce more competition and efficiency in the provision of transport services. While local governments (regions, provinces and municipalities) are fully responsible for planning and regulating urban public transport services in their jurisdictions, the actual management of urban public transport companies is a completely separate matter. Moreover, for local transport planning and regulation, local administrations often rely on a newly-created local transport authority, whereas transport company management must be under independent control, stipulating a specific contract with the competent administration. Indeed, urban public transport services have to be

* Facoltà di Economia - Università degli Studi di Palermo.

assigned to independent companies through competitive tendering.

A law reforming the sector has yet to be applied by the majority of local administrations. In Sicily, there have been changes in the governance and Administration of public service networks, focussing in particular on the reform of local public transport, and several local Administrations have drawn up "service contracts" with providers of urban public transport services. This is an important opportunity for the reform of local public transport management, with changes aiming to regulate competition between public service network operators, above all as regards the introduction of competitive methods to select service providers.

Sommario: 1. Il decentramento e gestione dei servizi pubblici di interesse regionale e locale; 2. Brevi cenni sull'evoluzione del rapporto di gestione del servizio di trasporto pubblico; 3. La riforma del settore del TPL in Sicilia; 4. Abolizione delle "concessioni di autolinee" ed i contratti di "affidamento provvisorio di servizio" nell'ottica del rilancio del trasporto pubblico locale.

1. Il decentramento e gestione dei servizi pubblici di interesse regionale e locale

La politica dei trasporti è una delle prime politiche comuni della Comunità europea. In quasi tutti gli Stati membri la riforma del trasporto pubblico locale è caratterizzata da un forte spirito di decentramento amministrativo della gestione dei servizi con conseguente trasferimento di competenze dalla struttura statale a quella regionale e degli altri enti locali, prevedendo diversi livelli di pianificazione, che vanno da quello generale dello Stato (Piano generale dei trasporti), finalizzato a mantenere un indirizzo unitario e le scelte politiche di settore, a quello su scala regionale (Piani regionali dei trasporti), a quelli di bacino di traffico assegnati alla competenza degli Enti locali.

La riforma del trasporto pubblico locale (TPL) si colloca, quindi, nel più ampio processo di trasformazione della pubblica Amministrazione, la cui attuazione ha comportato la delega di funzioni e di compiti alle Regioni ed agli Enti locali. La legge delega 15 marzo 1997 n. 59 (c.d. legge *Bassanini*), in particolare, ne ha introdotto i principi fondamentali, prevedendo l'individuazione tassativa di funzioni e di compiti da mantenere in capo alle Amministrazioni statali ed indicando quelle da conferire alle Regioni e agli Enti locali, contestualmente ai criteri di attribuzione e di ripartizione

dei beni e delle risorse finanziarie, umane, strumentali ed organizzative. Alle Regioni, vengono conferite tutte le funzioni ed i compiti (anche di programmazione e di copertura finanziaria) in materia di servizi pubblici di interesse regionale o locale, mentre agli Enti locali, sono affidate tutte quelle che non richiedono l'esercizio unitario a livello regionale¹.

In attuazione dei principi e delle disposizioni di carattere generale contenuti nella legge *Bassanini*, il decreto legislativo 19 novembre 1997 n. 422 ha previsto l'integrale conferimento alle Regioni e agli Enti locali delle competenze relative al trasporto pubblico regionale e locale, fissando i criteri di organizzazione del servizio in armonia con i principi costituzionali sanciti dagli artt. 5, 118 e 128 Cost.

I servizi di interesse regionale e locale comprendono l'insieme dei sistemi di mobilità terrestri, marittimi, lagunari, lacuali, fluviali e aerei, ad accesso generalizzato, che operano in modo continuativo o periodico con itinerari, orari, frequenze e tariffe prestabilite.

L'attuale inversione di tendenza appare di decisiva importanza. Infatti, le nuove funzioni, assegnate dal decentramento, riguardano l'intero comparto del servizio di trasporto, comprese le ferrovie di interesse regionale e locale e, inoltre, le competenze conferite sono di carattere programmatico, amministrativo e finanziario. In particolare, sono delegati alle Regioni i compiti di programmazione dei servizi minimi, in territori a domanda debole, con veicoli speciali etc., non già compresi nelle materie di cui all'art. 117 della Costituzione².

Nell'esercizio dei compiti di programmazione, le Regioni definiscono gli indirizzi per la pianificazione dei trasporti locali e, in particolare, per

1 I conferimenti avvengono nell'osservanza dei principi fondamentali stabiliti dalla legge delega, tra cui: la sussidiarietà, con l'attribuzione della generalità dei compiti e delle funzioni amministrative ai comuni, alle province ed alle comunità montane, con esclusione delle sole funzioni incompatibili alle loro dimensioni territoriali, associative ed organizzative; la copertura finanziaria e patrimoniale dei costi per l'esercizio delle funzioni e dei compiti conferiti; completezza, con il conferimento alle regioni delle funzioni e dei compiti che richiedono una gestione unitaria a livello regionale e di programmazione; la cooperazione tra i diversi livelli di governo del settore, anche al fine di garantire un'adeguata partecipazione alle iniziative comunitarie; la responsabilità ed unicità dell'amministrazione, con la conseguente attribuzione ad un unico soggetto delle funzioni e dei compiti connessi, strumentali e complementari nonché della responsabilità di ciascun servizio o attività amministrativa.

2 Così pure quelli di programmazione e di amministrazione per: i servizi ferroviari di interesse regionale e locale, in concessione alle Ferrovie dello Stato S.p.A., nonché le ferrovie in concessione a soggetti diversi; le ferrovie in gestione commissariale governativa, affidate per la ristrutturazione alla società Ferrovie dello Stato S.p.A.; le funzioni ed i compiti amministrativi in materia di servizi marittimi, aerei ed elicotteristici, lacuali e lagunari di interesse regionale.

i piani di bacino. Inoltre, redigono i piani regionali dei trasporti ed i loro aggiornamenti, tenendo conto della programmazione degli Enti locali.

La Regione, peraltro, nell'assumere la piena potestà nella programmazione del servizio e nella definizione delle reti di trasporto locale, provvede alla copertura dei relativi costi, allo scopo di ottimizzare la destinazione delle risorse e per individuare la rete di trasporto essenziale³. Le Regioni trasferiscono agli Enti locali con una propria legislazione tutte le funzioni ed i compiti che non richiedono un esercizio unitario a livello regionale. Tali conferimenti dovranno tenere conto della dimensione territoriale, associativa ed organizzativa dell'ente e rispettare i principi fondamentali della legge delega⁴.

2. Brevi cenni sull'evoluzione del rapporto di gestione del servizio di trasporto pubblico

Il 10 aprile 1981, dopo un lungo e travagliato *iter* parlamentare, viene definitivamente varata la legge-quadro n. 151 di riforma del trasporto pubblico locale che, tra le altre cose, aveva previsto, oltre al rapporto concessorio, anche gestioni in economia ovvero mediante azienda speciale. Ciò nonostante, sino al 1990, le imprese private potevano esercitare i servizi pubblici di trasporto solo sulla base di un rapporto concessorio con l'Amministrazione.

Un ampliamento ulteriore delle forme di gestione dei pubblici servizi è stato introdotto dalla sopraggiunta legge 8 giugno 1990 n. 142, la quale prevede i seguenti modelli gestionali:

1. "in economia": laddove, per la modesta entità delle prestazioni e per le caratteristiche del servizio, non sia opportuno costituire un'azienda o un'istituzione;
2. "a mezzo di istituzione": qualora lo svolgimento del servizio implichi un'attività non imprenditoriale per la gestione di

3 L'obiettivo principale è quello di responsabilizzare il soggetto pianificatore in linea con la corretta interpretazione del precetto costituzionale *ex art. 81 Cost.* e con gli orientamenti della legislazione nel corso degli ultimi decenni, scongiurando l'eventuale imposizione di oneri privi della necessaria copertura finanziaria, nonché evitando lo scadere della qualità dei servizi ed il formarsi di pesanti dissesti economici.

4 Qualora la Regione non provveda nel termine, il Governo adotta entro i novanta giorni successivi (sentita la Regione inadempiente) i decreti legislativi di ripartizione di funzioni tra Regione ed Enti locali, le cui disposizioni si applicano fino alla data di entrata in vigore della legge regionale.

- impianti di carattere ricreativo, sportivo e culturale;
3. “in concessione a terzi”: quando sussistono ragioni di carattere tecnico, di natura economica e di opportunità sociale;
 4. “a mezzo di azienda speciale”: laddove lo svolgimento del servizio implichi un’attività imprenditoriale caratterizzata da snellezza, managerialità ed economia;
 5. “a mezzo di società di capitali a prevalente capitale pubblico”: qualora si ravvisi l’opportunità, in relazione alla natura del servizio, di far partecipare alla gestione altri soggetti pubblici o privati.

Successivamente la legge 23 dicembre 1992 n. 498 ha introdotto la possibilità di costituire società per azioni senza il vincolo della proprietà maggioritaria pubblica per esercitare i servizi pubblici, nonché per realizzare le opere necessarie e le infrastrutture atte al loro corretto svolgimento.

Il decreto legislativo n. 422/97, poi, pur senza modificare espressamente le disposizioni della suddetta legge n. 142/90, compie un passo ulteriore verso il superamento della tradizionale configurazione giuridica dell’istituto della concessione, normalmente caratterizzata dall’attribuzione al concessionario del diritto di esclusiva (per impedire l’interferenza di altri concessionari di autolinee e, comunque, di altri trasportatori pubblici sullo stesso tracciato e per lo stesso carico di traffico). Tale decreto ha l’obiettivo di passare dalla figura del concessionario a quella del gestore dei servizi in un’ottica che privilegia la “concorrenzialità” e l’“integrazione” tra i diversi modi di trasporto. Resta il problema degli strumenti, anche di carattere normativo, per raggiungere il suddetto obiettivo.

3. La riforma del settore del TPL in Sicilia

I decreti legislativi di riforma del settore del TPL (il d. lgs. 422/97 e modifiche apportate dal d. lgs. 400/99) definiscono i principi cardine del riassetto del settore: la delega alle Regioni ed agli Enti locali delle funzioni di pianificazione, di programmazione, di amministrazione, di regolazione e di controllo delle reti e dei servizi di TPL; la separazione delle suddette funzioni, attribuite alle Regioni ed agli Enti locali, dall’esercizio e, quindi, dall’erogazione dei servizi, propri delle aziende;

la definizione dei servizi qualitativamente e quantitativamente sufficienti a soddisfare la domanda di mobilità e, cioè, dei c.d. “servizi minimi”; la trasformazione del regime di affidamento dei servizi di TPL.

La Sicilia, nell’ambito delle proprie competenze, annuncia la definizione di una complessiva riforma del sistema del TPL, in conformità dei summenzionati principi di riassetto. L’attuazione di tale riforma comporterebbe la crescita di un settore sicuramente strategico per la realizzazione di uno sviluppo economico e sociale equilibrato, garantendo ai cittadini pari opportunità di spostamento e di accesso ai servizi, nonché assicurerebbe la promozione di un sistema di mobilità sostenibile, in coerenza con gli obiettivi di salvaguardia dell’ambiente e di vivibilità delle aree urbane, favorendo identiche condizioni di servizio allo spazio rurale. Da qui la predisposizione di un disegno di legge⁵ che determina una svolta epocale nel trasporto pubblico regionale: si passa dal sistema delle concessioni a quello dei contratti di servizio mediante pubbliche gare.

Con l’attivazione del processo di riforma del TPL la Regione Siciliana persegue, quindi, lo sviluppo ed il miglioramento del sistema di trasporto regionale, promuovendo interventi finalizzati al coordinamento dei modi di trasporto, alla realizzazione di un sistema integrato della mobilità e delle relative strutture, in armonia con i principi dello Statuto regionale e con i contenuti del piano urbanistico territoriale.

Lo strumento individuato dall’ordinamento nazionale è quello di affidare l’esercizio dei servizi di trasporto pubblico locale attraverso concessioni regolate da contratti di servizio. Il tema del riassetto dei servizi locali del trasporto pubblico, tuttavia, attende ancora una risposta.

4. Abolizione delle “concessioni di autolinee” ed i contratti di “affidamento provvisorio di servizio” nell’ottica del rilancio del trasporto pubblico locale

In Sicilia, il regime delle concessioni alle imprese che gestiscono le autolinee regionali (iniziato nel 1926) cede il posto ai contratti di “affidamento provvisorio di servizio”. Tale passaggio dà esecuzione alla previsione normativa della legge regionale n. 19 del 22 dicembre

⁵ D.d.l., *Riforma del Trasporto Pubblico Locale in Sicilia*, approvato dalla Giunta di Governo Regionale con delibera n. 265 del 7 agosto 2002.

2005 (art. 27, comma 6)⁶ e non rappresenta solo il superamento definitivo delle concessioni per le autolinee regionali, ma è un tassello della più importante attività di pianificazione delle autolinee, che è già in corso di realizzazione a seguito dell'appalto, consegnato a luglio 2007, per lo "studio per la pianificazione del riassetto organizzativo e funzionale del trasporto pubblico locale della Regione" (elemento indispensabile per procedere all'affidamento dei servizi mediante gare di appalto)⁷.

La riforma del settore del trasporto pubblico locale in Sicilia segna un significativo passo in avanti nella gestione dei servizi e prevede la predisposizione di un piano di riordino del *network* secondo i principi di "economicità" e di "efficienza"; dispone, altresì, elementi di "gerarchizzazione" tra i distinti livelli territoriali, determinando servizi minimi regionali e unità di rete⁸.

Prima dell'approvazione del piano di riassetto organizzativo e funzionale del trasporto pubblico locale, al fine di assicurare la "continuità" del servizio pubblico di autolinee, le concessioni in atto vigenti accordate dalla Regione e dai Comuni (legge 28 settembre 1939 n. 1822 e legge regionale 4 giugno 1964 n. 10) sono trasformate in contratti di affidamento provvisorio della durata di tre anni, sempre nel rispetto dei programmi di esercizio in vigore alla data di entrata in vigore della legge regionale n. 19 del 2005.

Tali contratti sono stipulati, dalla Regione e dai Comuni, con le stesse aziende già concessionarie dei servizi, che possono costituirsi in consorzi o in associazioni temporanee d'impresa; sono fatti salvi i contratti di servizio e le concessioni in atto esistenti tra i Comuni e le aziende affidatarie o concessionarie.

I servizi occasionali, speciali e di gran turismo, già accordati ai

6 Legge regionale 22 dicembre 2005 n. 19, *Misure finanziarie urgenti e variazioni al bilancio della Regione per l'esercizio finanziario 2005. Disposizioni varie*, pubblicata nel supplemento ordinario G.U.R.S. 23 dicembre 2005 n. 56.

7 L'art. 27 della legge regionale n. 19 del 2005 dispone, inoltre, che lo "studio" dovrà avvenire entro 180 giorni dall'avvio del contratto, anche attraverso una significativa fase di concertazione con il partenariato economico e sociale della Regione, ma avrà bisogno anche del "sigillo" del Governo regionale e dell'ARS per arrivare all'indizione delle gare.

8 Nella riforma del sistema del trasporto pubblico locale coesistono la rete dei servizi minimi, di competenza della Regione Siciliana, quella dei servizi aggiuntivi, decentrata agli Enti locali (Comuni e Province), l'integrazione delle diverse modalità di trasporto, la razionalizzazione e lo sviluppo delle reti su gomma e su ferro, l'individuazione dell'unità di rete da porre a base delle gare.

sensi della legge 28 settembre 1939 n. 1822, continueranno ad essere esercitati sotto forma di autorizzazione e, quindi, non potranno essere compresi nei “contratti d’affidamento provvisorio”.

I nuovi servizi di trasporto pubblico locale e di gran turismo non potranno essere affidati o autorizzati sino all’attuazione della riforma organica del settore; si potrà disporre unicamente di un adeguamento del numero delle corse relative ai programmi di esercizio dei servizi oggetto del contratto di affidamento provvisorio o di autorizzazione, in funzione di mutate esigenze della mobilità.

Il c.d. “contratto-ponte”, *ex lege* di durata triennale, ha lo scopo di assicurare la continuità del servizio pubblico e, allo stesso tempo, di garantire una riqualificazione dell’offerta di mobilità su gomma in Sicilia.

A breve periodo questo passaggio dovrà comportare maggiore efficienza e qualità a favore degli utenti e maggiori vincoli per le Ditte del trasporto pubblico locale, alle quali l’Amministrazione potrà irrogare pesanti sanzioni pecuniarie ed arrivare poi, eventualmente, anche alla rescissione dei contratti in caso di verificate inadempienze.

Ciò rappresenta un’opportunità importante per la ristrutturazione del comparto che dovrà confrontarsi con le gare per l’affidamento dei servizi essenziali nell’ambito delle “unità di rete”.

Si manifesta un passaggio atteso e significativo di un processo irreversibile che, oltre a ridurre il divario procedurale con altre parti del Paese, segna un momento importante nei rapporti tra servizio pubblico e cittadini, con maggiore tutela del diritto e della qualità dei servizi di mobilità.

L’assunzione per le imprese di maggiore responsabilità comporta altresì un’occasione determinante per preparare un futuro di *partnership* e di valorizzazione di un’esperienza imprenditoriale che possa confrontarsi con la concorrenza europea.

In definitiva, il rilancio del trasporto pubblico locale impone un cambio di prospettiva rispetto al passato con l’individuazione degli interventi strategici e strutturali necessari a determinare un riequilibrio economico stabile ed al contempo sostenibile del settore.

L’analisi della normativa regionale in materia di trasporto pubblico locale mette in luce alcuni punti chiave della riforma di

settore, che permettono di dare una valutazione di massima sullo stato di avanzamento del processo di riforma in atto.

Occorre considerare che la predisposizione di un quadro normativo stabile e certo e la garanzia di risorse strutturali adeguate a compensare gli obblighi di servizio chiaramente prestabiliti, nonché la creazione di un criterio efficiente di ripartizione di tali risorse, costituiscono il presupposto necessario all'avvio di una reale competizione nel settore ed al conseguente incremento della efficienza e dell'efficacia complessiva del trasporto pubblico locale.

In considerazione delle suddette evidenze appare indispensabile incentivare le Amministrazioni regionali e locali ad un recepimento omogeneo dei principi di riforma, al fine di assicurare una certa continuità del servizio pubblico e, allo stesso tempo, di garantire una riqualificazione dell'offerta di mobilità su gomma in Sicilia.

NORMA ED AZIONE NELL'INTERNAZIONALIZZAZIONE DEL TERRITORIO

Riassunto - Pensare ed operare in prospettiva d'azione internazionale è un'esigenza concreta oggi ineludibile tra comunità e aree locali, per chiunque voglia operare in maniera opportuna in un mondo sempre più aperto ed in cambiamento. Nasce la necessità di "internazionalizzare" il proprio territorio, che non significa annullare o omologare le peculiarità territoriali, ma, visto nella sua complessità, tale processo è un fenomeno multidimensionale e pluridirezionale che, pertanto, è difficile possa riguardare solo alcuni ambiti della vita di una collettività.

L'internazionalizzazione del territorio è una materia investita dal processo di decentramento amministrativo, ma, in attesa della concreta definizione di una cornice ordinamentale di riferimento, gli indirizzi da seguire possono essere rintracciati nella programmazione comunitaria, nazionale sino ad arrivare alla complessità del sistema locale.

Abstract - International action can provide the occasion for a concrete dialogue between communities and local authorities, in a process where shared development strategies are defined in a symmetrical way through a participatory process involving the development actors of local communities involved. This is the reason why "internationalization" does not necessarily mean sweeping away the differences that characterise local areas, but is rather a "modus operandi" that transforms the local peculiarities and institutions into values and allows local actors to deal with the numerous challenges facing the international community (economic growth, balanced and sustainable development, peace and stability among peoples).

"Internationalization" implemented by local actors is the result of a gradual process of "decentralization" of central State functions, following the principle of subsidiarity whereby the regional and local levels are deemed most suitable for the implementation of effective action, as they are characterized by practical competencies and a greater capacity to attract funds for concrete operations.

* Facoltà di Economia - Università degli Studi di Palermo.

Sommario: 1. Tendenze normative e disciplina pubblicistica del commercio; 1.1 Semplificazione amministrativa e procedure di autorizzazione: il caso dello sportello unico e del procedimento unico per le attività produttive; 2. Dalla potestà legislativa esclusiva *de residuo*, in materia di commercio ed attività produttive, all'autonomia di diritto interno sul piano delle relazioni internazionali; 2.1 I sistemi regionali ed il rapporto con l'Unione europea; 2.1.1 Il Quadro strategico nazionale; 2.1.2 I programmi operativi nazionali e regionali; 3. Il processo di internazionalizzazione a livello locale; 4. Strumenti operativi di internazionalizzazione: il Programma regionale per l'internazionalizzazione; 4.1 Il ruolo dei Progetti integrati territoriali; 5. L'internazionalizzazione del territorio in Sicilia: il caso del progetto Paese; 5.1 Le modalità di realizzazione del progetto Paese: le missioni istituzionali e operative negli USA; 6. L'internazionalizzazione come esigenza ineludibile di nuovi modelli di sviluppo.

1. Tendenze normative e disciplina pubblicistica del commercio

Nella prima metà degli anni Novanta del secolo scorso lo sviluppo delle attività commerciali ha reso necessario un intervento pubblicistico nel settore, così nel 1926 si arriva alla prima disciplina in materia di commercio¹. Si pensi al regio decreto legge 16 Dicembre 1926 n. 2174² che introduce la *licenza di commercio*, rilasciata dal Sindaco del Comune al soggetto interessato all'apertura dell'esercizio commerciale, previo parere obbligatorio, ma non vincolante, di un'apposita Commissione comunale per il commercio, in base ad un giudizio discrezionale circa la congruità degli esercizi esistenti, in riferimento allo sviluppo edilizio, alla densità della popolazione e all'ubicazione dei mercati rionali. Attraverso l'approvazione di tale r.d.l. si realizza il passaggio da un regime autorizzatorio di controllo relativo ad alcune attività ad un generale regime di sorveglianza sull'attività dell'imprenditore commerciale, in funzione del nuovo ruolo riconosciuto alla pubblica Amministrazione nella programmazione dei settori economici, che trova altresì conferma nella Costituzione Repubblicana del 1948.

¹ Cfr. A. ORLANDO, *Il Commercio*, in *Trattato di diritto amministrativo*, parte speciale, IV, Milano, 2004, 3533.

² R.d.l. 16 Dicembre 1926 n. 2174 "Disciplina del commercio di vendita al pubblico" pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 299 del 29 dicembre 1926.

La proliferazione delle norme in materia consente un primo passaggio da un sistema libero ad un sistema amministrativamente regolato. Ma il continuo sviluppo economico degli anni Sessanta conduce ad una necessaria razionalizzazione della normativa e, dunque, ad nuova disciplina più organica. La legislazione degli anni Settanta costituisce un primo sistema organico di regolamentazione amministrativa del settore del commercio. Infatti, nel 1971 con la legge 426 il legislatore dispone la nuova “disciplina del commercio”³.

Le attività produttive e, in particolare, l'internazionalizzazione delle imprese sono materie investite dal processo di decentramento avviato con la legge 11 marzo 1997 n. 59⁴. Questa normativa riserva all'Amministrazione statale il compito di definire e di gestire gli interventi di indirizzo in materia di affari esteri, commercio con l'estero, cooperazione internazionale e attività promozionale di rilievo nazionale (art. 1, c. 3, lett. a). Al contempo, afferma che la promozione dello sviluppo economico e la valorizzazione dei sistemi produttivi sono “interessi pubblici primari” non solo dello Stato, ma anche degli altri enti territoriali (art. 1, c. 6), prevedendo, così, la partecipazione di Regioni ed Enti locali in materia. Nella legge 59/1997 convivono due diversi orientamenti: uno improntato alla centralizzazione, al fine di garantire l'unitarietà della politica commerciale con l'estero; l'altro ispirato al decentramento, allo scopo di coinvolgere attivamente gli enti più vicini al territorio e alle imprese. In sede di attuazione, questa seconda impostazione, almeno sul piano normativo, sembra essere prevalsa. Successivamente il decreto legislativo 31 marzo 1998 n. 112⁵, infatti, ha incluso tra le funzioni conferite in materia di attività produttive anche compiti strettamente connessi con le politiche di internazionalizzazione delle imprese, quali l'organizzazione di manifestazioni all'estero per

3 Legge 11 Giugno 1971 n. 426 “Disciplina del commercio” pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 168 del 6 luglio 1971.

4 “Delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della Pubblica Amministrazione e per la semplificazione amministrativa”. Al riguardo, si vedano i commenti pubblicati sul *Giornale di diritto amministrativo*, 1997, 417 ss.; e, in particolare, quello di L. CICI, *Il trasporto e le attività economiche*, 418 ss..

5 “Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle regioni ed agli enti locali, in attuazione del Capo I della legge 15 marzo 1997, n. 59”. Sul punto si veda G. FALCON., *Lo Stato autonomista. Funzioni statali, regionali e locali nel decreto legislativo n. 112 del 1998 di attuazione della legge Bassanini n. 59 del 1997*, Bologna, Il Mulino, 1998; M. STIPO, *Commento al d.lgs. n. 112/98. Il nuovo modello di autonomie territoriali*, Rimini, Maggioli, 1998.

favorire l'incremento delle esportazioni dei prodotti locali, il sostegno alla costituzione di consorzi tra piccole e medie imprese per le attività di *import-export* (esclusi quelli a carattere multiregionale), il sostegno di iniziative d'investimento e di cooperazione commerciale ed industriale da parte di imprese italiane, lo sviluppo della commercializzazione nei mercati esteri di prodotti agro-alimentari locali, il sostegno alla costituzione di consorzi agro-alimentari e turistico-alberghieri, nonché la predisposizione e l'attuazione di ogni altra iniziativa idonea a favorire i predetti obiettivi (art. 48). Inoltre, in materia di industria, il decreto se, da un lato, ha riservato allo Stato importanti compiti⁶, dall'altro, ha precisato che lo svolgimento di queste attività non esclude che vi possano essere attività concorrenti da parte degli Enti territoriali (art. 18, c. 2). In materia di industria, poi, il decreto ha stabilito che tra le funzioni delegate alle Regioni siano incluse quelle che riguardano la concessione di agevolazioni a favore dello sviluppo della commercializzazione e dell'internazionalizzazione delle imprese (art. 19, c. 2). In questo modo, il legislatore nazionale riconosce alle Regioni un ruolo rilevante nella definizione e nella concreta gestione degli interventi volti a favorire lo sviluppo del sistema produttivo italiano sul mercato globale.

A questo si aggiunge la complessità dell'assetto organizzativo e funzionale dell'Amministrazione centrale preposta al sostegno dell'internazionalizzazione⁷. Vi sono coinvolti, infatti, numerosi soggetti pubblici e privati. Il decreto legislativo 31 marzo 1998 n. 143⁸, nel tentativo di riordinare e razionalizzare la materia, ha distinto il piano della definizione delle strategie da quello della esecuzione delle stesse, prevedendo, altresì, forme di concertazione e di coordinamento. Nell'attuale assetto organizzativo gli indirizzi sono definiti, sul piano generale, da un unico organismo interministeriale e, sul piano

6 Nella specie, l'assicurazione, la riassicurazione ed il finanziamento dei crediti all'esportazione; la partecipazione ad imprese e società miste, promosse o partecipate da imprese italiane; la promozione ed il sostegno di iniziative di penetrazione commerciale, di investimento e di cooperazione da parte di imprese italiane; il sostegno alla partecipazione di imprese italiane a gare internazionali; l'attività promozionale di rilievo nazionale.

7 C. FRANCHINI, *Il commercio con l'estero*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, Milano, Giuffrè, 2003, 3608 ss..

8 "Disposizioni in materia di commercio con l'estero, a norma dell'articolo 4, comma 4, lett. c) e dell'articolo 11 della legge 15 marzo 1997, n. 59". Al riguardo, vedi C. DE CESARE, *Il d.lgs. n. 143/98: nuove regole per il sostegno all'internazionalizzazione del sistema imprenditoriale italiano*, in *Diritto commerciale internazionale*, 1998, 941 ss..

specifico, da tre diversi Ministeri. L'attuazione, invece, è affidata ad una pluralità di soggetti, pubblici e privati, ordinati secondo il principio della competenza. Una parte cospicua degli interventi, poi, è gestita direttamente dal Ministero delle attività produttive.

Le strategie sono definite a livello interministeriale e, in particolare, gli indirizzi generali sono elaborati dal Comitato interministeriale per la programmazione economica (Cipe), all'interno del quale opera un apposito organismo previsto dall'art. 24 del d. lgs. n. 143 del 1998: la Commissione permanente per il coordinamento e l'indirizzo strategico della politica commerciale con l'estero (in prosieguo, Commissione)⁹.

Dal punto di vista funzionale, la Commissione ha il compito di definire e di coordinare le linee generali delle politiche che attengono al settore del commercio con l'estero. E, fatte salve le attribuzioni delle Amministrazioni competenti e dei Ministeri vigilanti, essa emana direttive indicanti le priorità di intervento, definisce i parametri ed i criteri operativi comuni per le Amministrazioni e per gli organismi operanti nel settore, promuove la costituzione e la diffusione territoriale degli Sportelli unici per l'internazionalizzazione delle imprese (Sprint) e stabilisce le modalità di coordinamento delle stesse attività. Il decreto legislativo n. 143 del 1998 dispone che il Ministero delle attività produttive convochi e presieda apposite riunioni tra i rappresentanti dei Ministeri interessati ed i responsabili degli organismi operanti nel settore, nella fattispecie l'Ice, la Simest S.p.A., la Finest S.p.A. (Società finanziaria di promozione della cooperazione economica con i Paesi dell'Est europeo), l'Informest (Centro di servizi e documentazione per la cooperazione economica internazionale), la Sace S.p.A. e il soggetto gestore del fondo di cui all'art. 3 della legge 28 maggio 1977 n. 295.

La specificazione degli indirizzi elaborati dal Cipe spetta ai Ministeri vigilanti che operano rispettivamente su: economia e finanze, affari esteri e attività produttive.

Nel corso degli anni si va affermando anche la promozione di

9 La Commissione è stata istituita con decreto del Ministro del commercio estero del 29 febbraio 2000 n. 137. È presieduta dal Presidente del Consiglio dei Ministri o, per sua delega, dal Ministro del commercio con l'estero (oggi delle attività produttive) ed è composta, oltre che da quest'ultimo, dai Ministri del tesoro, del bilancio e della programmazione economica (ora dell'economia e delle finanze), dell'industria, del commercio e dell'artigianato (ora delle attività produttive), delle politiche agricole (ora delle risorse agricole e forestali) e degli affari esteri. Le deliberazioni sono adottate su proposta del Ministero delle attività produttive e assumono efficacia qualora il Cipe non le esamini entro trenta giorni dalla loro trasmissione.

azioni pubbliche integrate in linea con la politica di crescita economica del Paese in un ampio quadro, quale quello internazionale e comunitario. Per ricostruire le linee direttrici della riforma si deve guardare altresì ai meccanismi dell'Unione europea, ai processi di liberalizzazione e di semplificazione sostenuti nei vari settori dell'economia. In relazione al processo di allargamento, ad esempio, il mercato unico diventa più vasto offrendo più opportunità di internazionalizzazione per le imprese e per il territorio.

L'internazionalizzazione del territorio è oggetto di programmi o piani settoriali diretti a supportare interventi di sostegno competitivo, progetti di sistema e di accompagnamento allo sviluppo locale, di cooperazione territoriale e, in particolare, decentrata, di *partnership* tra istituzioni. Il processo di internazionalizzazione, dunque, si ritiene possa contribuire al raggiungimento di obiettivi di crescita e di sviluppo a più livelli¹⁰.

1.1 *Semplificazione amministrativa e procedure di autorizzazione: il caso dello sportello unico e del procedimento unico per le attività produttive*

In tema di internazionalizzazione e di attività produttive, lo snellimento e la semplificazione dei procedimenti amministrativi e, dunque, delle procedure autorizzatorie si reputano necessarie e fondamentali poiché accompagnano l'evolversi dei processi pianificazione istituzionale e territoriale nel sistema economico e, altresì, ambientale. In tal senso, importanti sono le disposizioni in materia di sportello unico¹¹ e di procedimento unico per le attività produttive. Dal punto di vista procedimentale, il d. lgs. 112/1998, all'art. 25¹², ha previsto che il

10 In tal senso, gli obiettivi dell'Unione Europea sono definiti nelle strategie di Lisbona e di Göteborg e, al tempo stesso, resi operativi attraverso l'implementazione di strumenti *ad hoc*.

11 Per maggiori chiarimenti cfr. M. SGROI, *Lo sportello unico per le attività produttive: prospettive e problemi di un nuovo modello di amministrazione*, in *Diritto amministrativo*, 2001, 1, 179.

12 Cfr. sentenza della Corte costituzionale del 26 giugno 2001 n. 206 in *Giust. Cost.*, 2001, 1537. Tale sentenza ha affrontato una serie di questioni di legittimità costituzionale delle disposizioni del d. lgs. 112/1998 in tema di trasferimento di funzioni statali alle regioni. Inoltre, ha annullato il comma 2, lettera (g) nella parte in cui si prevedeva che, ove la conferenza dei servizi registrasse un accordo sulla variazione dello strumento urbanistico, la determinazione conclusiva costituiva proposta di variante su cui si pronunciava in maniera definitiva il Consiglio comunale

procedimento in materia di autorizzazione all'insediamento di attività produttive sia unico e che l'oggetto della fase istruttoria, in particolare, debba interessare i profili urbanistici, sanitari, della tutela ambientale e della sicurezza.

In tema di procedimento unico per le attività produttive sono state approvate, in sede regolamentare, specifiche disposizioni che si trovano nel DPR 20 ottobre 1998 n. 447, successivamente modificato dal DPR 7 dicembre 2000 n. 440. In questo regolamento sono configurati due tipi di procedimenti. Il primo, denominato "procedimento semplificato", è definito nel capo II del DPR n. 447. Il procedimento è unico e inizia con un'unica istanza, a seguito della quale viene convocata una conferenza dei servizi che si svolge a norma degli artt. 14 ss. della legge 7 agosto 1990 n. 241, come modificata dalla legge 15 maggio 1997 n. 127. Il verbale con le determinazioni assunte dalla conferenza dei servizi tiene luogo del provvedimento amministrativo conclusivo del procedimento (art. 4).

Il secondo, conosciuto come "procedimento mediante autocertificazione", è delineato nel capo III del DPR n. 447. L'istanza unica è "corredata da autocertificazioni, attestanti la conformità dei progetti alle singole prescrizioni previste dalle norme vigenti in materia urbanistica, della sicurezza degli impianti, della tutela sanitaria e della tutela ambientale, redatte da professionisti abilitati o da società di professionisti e sottoscritte dai medesimi, unitamente al legale rappresentante dell'impresa". A seguito dell'istanza in questione vi sono diverse possibilità, descritte dettagliatamente dal DPR n. 447 all'art. 6¹³.

In definitiva, sembra idoneo realizzare un'appropriata unificazione e semplificazione dei procedimenti amministrativi e, in sede di rilascio di autorizzazioni e di avvio di procedimenti amministrativi, è opportuno tenere conto, unitamente alle molteplici esigenze delle attività produttive ed economiche, anche di un'adeguata tutela dell'ambiente.

anche in presenza di dissenso da parte della Regione interessata.

13 Cfr. I. CACCIAVILLANI, *La nuova disciplina edilizia delle attività produttive*, in *Riv. amm. rep. it.*, 1998, II, 1067; F. GIAMPIETRO, *Il commento*, in *Ambiente*, 1999, n. 4, 309 ss.; G. GIARDINI, *Un nuovo modello di azione pubblica: il procedimento di autorizzazione all'insediamento di attività produttive in base al d.p.r. 20 ottobre 1998, n. 447*, in *Diritto amministrativo*, 1998, 541 ss.; L. TORCHIA, *Il commento*, in *Giornale di dir. amm.*, 1999, n. 2, 109 ss..

2. **Dalla potestà legislativa esclusiva *de residuo*, in materia di commercio ed attività produttive, all'autonomia di diritto interno sul piano delle relazioni internazionali**

Il processo di internazionalizzazione è strettamente connesso con leggi e regolamenti di attuazione in materia di decentramento amministrativo e di internazionalizzazione territoriale; strumenti di contrattazione interistituzionale (intese istituzionali e accordi di programma quadro); strumentazione nazionale di sostegno all'internazionalizzazione.

Gli aspetti normativi di interesse generale consentono di individuare il più ampio quadro delle responsabilità e dei ruoli delle istituzioni, sia a livello statale che a livello locale. In tal senso, la legge costituzionale 18 ottobre 2001 n. 3¹⁴ e la legge 5 giugno 2003 n. 131¹⁵ rappresentano e determinano nuovi assetti istituzionali. E, in particolare, la riforma costituzionale del 2001 del Titolo V della Costituzione ha attribuito la potestà legislativa in materia di “commercio e attività produttive” alla competenza *residuale* assegnando, quindi, alle Regioni la potestà normativa in tale materia. La novità non è assoluta, infatti, in Sicilia, già da tempo la materia è attribuita alla competenza esclusiva della Regione¹⁶. Mentre, l'internazionalizzazione rientra nelle competenze di legislazione concorrente, con competenza amministrativa attribuita altresì agli Enti locali, anche se non sembra che alcuna formulazione relativa a taluna materia sia contenuta nelle disposizioni costituzionali del Titolo V.

Lo Stato può intervenire in via preventiva oppure in via successiva solo ed esclusivamente allorché sia indispensabile salvaguardare “indirizzi e (...) interessi attinenti alla politica estera dello Stato”; a questa tutela sostanziale corrisponde, poi, sul piano procedurale, una garanzia per le Regioni, rappresentata dalla previsione della competenza degli organi governativi (Ministro degli esteri ed, in

14 “Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione” pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 248 del 24 ottobre 2001.

15 “Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3” pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 132 del 10 Giugno 2003.

16 Cfr. legge regionale 22 dicembre 1999 n. 28.

ultima istanza, Consiglio dei Ministri) e dalla possibilità di sollevare, in presenza di ingerenze arbitrarie, conflitto di attribuzioni. La Corte Costituzionale si è pronunciata, con la sentenza n. 238 del 2004, sulla legittimità costituzionale dell'art. 6, commi 1, 2, 3 e 5 della legge n. 131 del 2003. Tali disposizioni prese in esame attuano (in conformità alle riserve di legge statale ivi previste) l'art 117, commi 5 e 9, Cost. ital., i quali hanno, da una parte, costituzionalizzato e, dall'altra, ampliato la portata del *potere estero* delle Regioni, già previsto e disciplinato tanto dalla normativa ordinaria quanto dalla giurisprudenza della Consulta¹⁷. La sentenza suddetta rigetta la tesi sostenuta dai ricorrenti, secondo cui gli accordi stipulati dalle Regioni e dalle Province autonome con altri Stati non sarebbero veri trattati fra enti sovrani e, come tali, non vincolerebbero lo Stato italiano, ma solo l'ente (Regione o Provincia) stipulante; al contrario, si tratta, a tutti gli effetti, di atti di diritto internazionale che ciascuna Regione (o Provincia) sottoscrive, "secondo il diritto interno, (...) in base a poteri propri, e non come "delegata" dello Stato". Inoltre, "l'autonomia di diritto interno (costituzionale) in base alla quale le Regioni possono concludere gli accordi si esercita pur sempre nel quadro di un ordinamento in cui lo Stato centrale, titolare esclusivo della politica estera, è responsabile sul piano del diritto internazionale degli accordi e delle relative conseguenze, e quindi ha il potere-dovere di controllare la conformità di detti accordi agli indirizzi della politica estera nazionale"; la tal cosa "comporta l'esigenza di adottare formalità intese a dare certezza, sul piano internazionale, circa la legittimazione di chi esprime la volontà di stipulare l'accordo e circa l'esistenza, secondo il diritto interno, del 'potere estero' di cui l'accordo è espressione".

17 La disciplina costituzionale dell'attività internazionale delle Regioni rappresenta una delle novità introdotte dalla legge costituzionale n. 3 del 2001. Sul punto v. G. BUONOMO, *Articolo 6, in Legge "La Loggia" - Commento alla legge 5 giugno 2003, n. 131 di attuazione del Titolo V della Costituzione* (a cura di F. BASSANINI). Cfr. anche V. E. BOCCI, *Il potere estero delle Regioni e la partecipazione alle politiche comunitarie* ed E. CANNIZZARO, *Gli effetti degli obblighi internazionali e le competenze delle Regioni*, in *Le istituzioni del federalismo* n. 1/2002, nonché F. PALERMO, *Titolo V e potere estero delle Regioni. I vestiti nuovi dell'imperatore*, in *Le istituzioni del federalismo* n. 5/2002 e R. DICKMANN, *Osservazioni in tema di limiti al "potere estero" delle Regioni e delle Province autonome alla luce del nuovo Titolo V, Parte II, Cost. e della legge "La Loggia"*, in www.federalismi.it. Dello stesso Autore da ultimo citato e per un primo commento alla sentenza annotata, cfr. *La Corte costituzionale ed il "potere estero" delle Regioni e delle Province autonome (note a Corte Cost., 18 luglio 2004, n. 238, e 22 luglio 2004, n. 258)*, reperibile all'indirizzo internet <http://www.federalismi.it>.

Emerge, quindi, il rilievo del riconoscimento, operato dalla Corte costituzionale, sull'autonomia della posizione delle Regioni (e delle Province autonome) sul piano delle relazioni internazionali. In relazione a tale autonomia e dato il rilievo rivestito dall'attività estera regionale, appare giustificata la riserva statale dei poteri di collaborazione, di controllo ed, eventualmente, anche di ingerenza rispetto a detta attività. Trovano espressione i timori sollevati dall'autorevole dottrina circa il rischio che la materia relativa alla politica estera (in senso lato), alla luce del suo carattere fortemente trasversale, si risolva in un "vincolo onnicomprensivo, capace di svuotare sostanzialmente l'autonomia".

La recente giurisprudenza costituzionale, in tema di accordi di cooperazione transfrontaliera attuativi di programmi comunitari stipulati dalle Regioni medesime, conferma un nuovo *modus procedendi*. Così, quella severa valutazione di costituzionalità sull'eventuale uso irragionevole dei poteri statali di ingerenza nei confronti della politica estera (in senso stretto) delle Regioni, visto dalla stessa dottrina come soluzione rispetto alle possibili ingerenze centralistiche, comincia a farsi strada.

2.1 *I sistemi regionali ed il rapporto con l'Unione europea*

I processi di internazionalizzazione possono coinvolgere ed interessare altresì: i sistemi *territoriali*, dagli enti pubblici (Regioni, Province, Comuni, Comunità montane e isolate...) agli enti di pubblico interesse (CCIAA, Agenzie pubbliche sulla sanità, organizzazioni di categoria...); i sistemi territoriali legati allo sviluppo economico ed i sistemi di sviluppo socio-culturale.

La competitività delle imprese e la cooperazione territoriale dipendono dal grado di coinvolgimento degli attori locali nei processi di apertura verso l'esterno.

Nella definizione delle strategie di internazionalizzazione del territorio devono essere valutati i punti di forza dei sistemi regionali nell'interazione con l'esterno così come i punti di debolezza che l'internazionalizzazione comporta. Infatti, molti autori presentano l'internazionalizzazione in termini di domanda e di offerta di un

territorio nel suo complesso (attori pubblici e attori privati).

Le politiche pubbliche di internazionalizzazione del territorio contribuiscono al raggiungimento degli obiettivi di crescita e di sviluppo sostenibili prefissati e puntualmente discussi nei vari Consigli Europei fino ad oggi, contenuti, anche, nei documenti della nuova programmazione dei Fondi strutturali comunitari per il periodo 2007-2013.

Tale contributo è assicurato promuovendo azioni integrate in linea con la politica di coesione e di convergenza dell'Unione europea e, inoltre, con la partecipazione della Regione ai programmi settoriali o geografici dell'Unione e con il sostegno della *partnership* sul processo di allargamento e di "vicinato" dell'Unione¹⁸.

Una crescita più intensa e una particolare attenzione alla crescita occupazionale per tutte le regioni e città dell'Unione europea sono gli obiettivi della politica comunitaria di coesione previsti per l'arco di tempo 2007-2013 e le risorse destinate al sostegno delle agende regionali ammontano a 308 miliardi di euro. Le principali novità rispetto al periodo 2000-2006 sono: un collegamento più forte con la rinnovata agenda per la crescita e l'occupazione¹⁹, che prevede un maggior coinvolgimento del livello regionale e locale; un approccio più strategico; una maggiore semplificazione (strumenti ridotti da sei a tre, fasi della programmazione ridotte da tre a due, un principio di "proporzionalità" rinnovato, maggiore responsabilità e trasparenza nella gestione dei fondi da parte degli Stati membri e delle regioni).

In base al nuovo regolamento generale dei Fondi strutturali²⁰ e agli orientamenti strategici comunitari²¹ da questi previsti, gli

18 La politica di vicinato, conosciuta come *European Neighbourhood Policy* (PEV), intende sviluppare un nuovo concetto strategico in grado di trasformare le frontiere da linee divisorie in aree di cooperazione. La Comunicazione della Commissione europea dell'11 marzo 2003, che ha lanciato il progetto, chiarisce scopi e mezzi della PEV: garantire la strutturale stabilità dell'area a ridosso delle nuove frontiere offrendo ai paesi confinanti "la prospettiva di una partecipazione al mercato unico europeo e a un'ulteriore liberalizzazione e integrazione per promuovere il libero movimento di persone, beni, servizi e capitali", a condizione che avvino con successo processi di riforme politiche, sociali, economiche.

19 La politica di coesione 2007-2013 costituirà un elemento fondamentale della cosiddetta "Strategia di Lisbona", facendone propri gli obiettivi fondamentali: crescita, competitività occupazione.

20 Regolamento (CE) n. 1083/2006 del Consiglio dell'11 luglio 2006 recante disposizioni generali sul Fondo europeo di sviluppo regionale, sul Fondo sociale europeo e sul Fondo di coesione e che abroga il regolamento (CE) n. 1260/1999, pubblicato in GUUE L 210/25 del 31/07/2006.

21 Decisione del Consiglio sugli orientamenti strategici comunitari in materia di coesio-

Stati membri preparano i quadri strategici di riferimento nazionali ed i Programmi operativi nazionali e regionali. Infatti, nel periodo 2007-2013, il FESR, l'FSE e il Fondo di coesione contribuiscono al raggiungimento di tre obiettivi: "Convergenza" (FESR; FSE e Fondo di coesione), "Competitività regionale e occupazione" (FESR; FSE) e "Cooperazione territoriale europea" (FESR)²².

2.1.1 *Il Quadro strategico nazionale*

Il Quadro strategico nazionale (QSN) è il documento di orientamento strategico che l'Italia ha presentato alla Commissione il 2 marzo 2007. Esso è la risultante di un intenso percorso e confronto fra le Amministrazioni centrali e regionali, esponenti del partenariato istituzionale e di quello economico e sociale avviato già il 3 febbraio 2005 con l'approvazione, da parte della Conferenza Unificata, delle "Linee guida per l'elaborazione del Quadro Strategico Nazionale 2007-2013". Tali linee guida hanno dato seguito alla riforma della politica di coesione europea unificando la programmazione della politica regionale comunitaria - cofinanziata dai Fondi strutturali - e della politica regionale nazionale - sostenuta dal Fondo per le aree sottoutilizzate.

Nel QSN gli obiettivi, le priorità, le regole della politica regionale di sviluppo sono stabilite in modo unitario e orientano la programmazione operativa e l'attuazione di entrambe le fonti di finanziamento della politica regionale comunitaria e nazionale. I contenuti del Quadro riflettono la consapevolezza che la politica regionale di sviluppo può offrire un forte contributo alla ripresa della competitività e della produttività dell'intero Paese attraverso il miglioramento dei servizi collettivi e delle competenze, una maggiore concorrenza dei mercati dei servizi di pubblica utilità e dei capitali, incentivi appropriati per favorire l'innovazione pubblica e privata.

ne, pubblicati in GUUE serie L, n. 291 del 21/10/2006.

²² Le regioni con un PIL regionale inferiore al 75% della media UE sono ammesse a fruire degli interventi per l'obiettivo "Convergenza", mentre le restanti regioni hanno accesso all'obiettivo "Competitività regionale e occupazione". Mentre, l'ammissibilità geografica delle regioni nel contesto dell'obiettivo di "Cooperazione territoriale europea" interessa le regioni transfrontaliere o quelle che rientrano in ambiti di cooperazione transnazionale e si basa su una decisione della Commissione.

La strategia identificata nel QSN si sviluppa attorno a quattro macro obiettivi: lo sviluppo di circuiti della conoscenza; la crescita della qualità della vita, della sicurezza e dell'inclusione sociale nei territori; il potenziamento delle filiere produttive, dei servizi e della concorrenza; l'internazionalizzazione e la modernizzazione dell'economia, della società e della pubblica Amministrazione.

Partendo da questi obiettivi sono state definite dieci priorità tematiche, rivolte a obiettivi di produttività, competitività e innovazione. Le priorità interessano l'intero Paese, ma si declinano con intensità e modalità differenziate fra le due macro-aree geografiche, Centro Nord e Mezzogiorno, e fra gli obiettivi comunitari di riferimento ("Convergenza", "Competitività regionale e occupazione", "Cooperazione territoriale"). Per ciascuna priorità del QSN, a salvaguardia della necessaria addizionalità strategica della politica regionale, è stata identificata la modalità di integrazione con la politica ordinaria nazionale.

Il macro-obiettivo dell'internazionalizzazione e modernizzazione si articola in priorità tematiche, quali: apertura internazionale e attrazione di investimenti, consumi e risorse (Priorità 9); *governance*, capacità istituzionali e mercati concorrenziali e efficaci (Priorità 10).

2.1.2 I programmi operativi nazionali e regionali

La parte prevalente della programmazione operativa 2007-2013 dei fondi strutturali è attuata nel quadro di Programmi operativi regionali (POR), mentre un'altra parte nel quadro di Programmi operativi nazionali affidati alla responsabilità di Amministrazioni centrali.

I POR sono finanziati o dal FESR o dal FSE e vengono articolati per macroarea "Competitività e occupazione" (a sua volta articolata in programmi delle Regioni Centro-nord e programmi delle Regioni Mezzogiorno) e "Convergenza". Ad essi le Regioni associano la programmazione delle risorse del Fondo per le aree sottoutilizzate secondo i principi della programmazione unitaria.

L'internazionalizzazione del territorio viene definita anche nell'ambito della programmazione nazionale e regionale ed i successivi

livelli di gestione di tale processo passano alle istituzioni locali rispetto alla realtà territoriale specifica.

3. Il processo di internazionalizzazione a livello locale

Le Regioni e gli Enti locali provvedono, nell'ambito delle proprie competenze e della propria autonomia organizzativa e finanziaria, al coordinamento ed al miglioramento dei servizi e dell'assistenza alle imprese, con particolare riferimento alla localizzazione ed all'autorizzazione degli impianti produttivi e alla creazione di aree industriali. Si adoperano, inoltre, alla raccolta e diffusione, anche telematica, di informazioni concernenti l'avvio e lo svolgimento delle attività produttive locali, con particolare riferimento alle normative applicabili, agli strumenti agevolativi, anche in materia contributiva e fiscale sull'occupazione dei lavoratori dipendenti e del lavoro autonomo.

Gli ordinamenti locali, nella maggior parte dei casi, non sono configurati in modo tale da assecondare la rapida evoluzione dei mercati e le strategie di "internazionalizzazione", né a volte dimostrano la reale capacità di agevolare l'avvio di rapporti economici creando i presupposti, affinché i termini e le condizioni di tali rapporti siano rispettati con certezza, e individuando forme e modi di assicurare una tutela generale, perché no, condivisa da sistemi giurisdizionali tra loro diversi, a fronte di possibili inadempimenti. Così le attività e le funzioni svolte dagli Enti locali sono la proiezione di un operoso percorso verso l'internazionalizzazione del territorio.

Ogni Comune esercita, singolarmente o in forma associata, anche con altri Enti locali (quali le Province), le funzioni relative all'insediamento di attività imprenditoriali, assicurando che un'unica struttura sia responsabile dell'intero procedimento (artt. 23-24, d. lgs. 31 marzo 1998 n. 112).

È espressamente riconosciuto alla Provincia un ruolo attivo nel coordinamento dello sviluppo locale²³ e, in qualità di "ente locale

²³ Tale ruolo è emerso dagli sviluppi della programmazione negoziata che hanno evidenziato il territorio provinciale come luogo ottimale per la concertazione tra soggetti pubblici e privati.

intermedio tra Comune e Regione, rappresenta la propria comunità, ne cura gli interessi, ne promuove e ne coordina lo sviluppo” (art. 3, c. 3, d. lgs. 28 settembre 2000 n. 267, c.d. Tuel).

Nell’ambito della cooperazione istituzionale, ad esempio, la Provincia, in collaborazione con i Comuni e sulla base di programmi da essa proposti, promuove e coordina attività, nonché realizza opere di rilevante interesse provinciale sia nel settore economico, produttivo, commerciale e turistico, sia in quello sociale, culturale e sportivo. La gestione di tali attività ed opere avviene attraverso le forme previste dalla legge per la gestione dei servizi pubblici. L’attività di assistenza tecnica delle Province verso gli Enti locali si esercita tramite convenzioni per l’utilizzo degli uffici legali, uffici Europa, uffici contratti, uffici tecnici, uffici di statistica, etc..

La disciplina della programmazione negoziata prevede espressamente un ruolo attivo degli Enti locali come soggetti promotori e come responsabili dei patti territoriali e dei contratti d’area (art. 19, commi 2-3, Tuel)²⁴.

4. Strumenti operativi di internazionalizzazione: il Programma regionale per l’internazionalizzazione

Quando si parla di internazionalizzazione delle attività produttive si suole frequentemente ricorrere alla descrizione degli strumenti contrattuali che vengono attivati solitamente tra parti imprenditoriali aventi sede in Stati differenti²⁵. Il ricorso, invece, al processo di internazionalizzazione del territorio, coinvolge ancora più da vicino le istituzioni locali che, d’altra parte, non possono esimersi dal cercare di trovare soluzioni ottimali per coordinare territorio, economia e sistema ordinamentale.

²⁴ In materia di industria, si parla di concessione di agevolazioni, contributi, sovvenzioni, incentivi e benefici di qualsiasi genere all’industria, ivi compresi quelli per le piccole e medie imprese, per le aree individuate nei programmi comunitari, per programmi di innovazione e trasferimento tecnologico, nonché quelli per singoli settori industriali, per l’incentivazione, per la cooperazione nel settore industriale, per il sostegno agli investimenti per impianti ed acquisto di macchine, per il sostegno allo sviluppo della commercializzazione e dell’internazionalizzazione delle imprese, per lo sviluppo dell’occupazione e dei servizi reali alle industrie (art. 19, d. lgs. 31 marzo 1998, n. 112 e leggi regionali di rinvio).

²⁵ Si pensi a: *joint venture*, accordi di licenza di tecnologia, di prodotto o di *know-how*; appalti internazionali; compravendita internazionale; *sub-fornitura*; fornitura e posa in opera; concessione di vendita internazionale; *franchising* internazionale; negozio mono-marca.

Si pensa così all'istituzione di strumenti operativi che consentano di armonizzare il processo di internazionalizzazione del territorio. In tal senso, il Programma regionale per l'internazionalizzazione (Print) è strumentale per accogliere le opportunità di internazionalizzazione attraverso l'attivazione di soluzioni di modernizzazione dei processi di *governance* della pubblica Amministrazione in modo da razionalizzare, altresì, l'impiego delle risorse umane e finanziarie.

Il Print contribuisce a migliorare la coesione, la competitività e la cooperazione dei sistemi territoriali ed istituzionali sia verso l'interno sia verso l'esterno dell'Unione europea, attraverso: la sistematicità e l'organicità dell'azione internazionale della Regione e l'ottimizzazione delle risorse finanziarie.

Nell'elaborazione del Print va individuata l'interrelazione e l'integrazione con i diversi strumenti di programmazione regionale: infatti, esso si rapporta con il Programma regionale di sviluppo, il POR ed i vari programmi settoriali della Regione, il documento annuale di programmazione economica e finanziaria (Dapef).

4.1 *Il ruolo dei Progetti integrati territoriali*

Nell'ambito della programmazione economica comunitaria e nazionale, i Progetti integrati territoriali (Pit) sono strumenti amministrativi di grande interesse poiché consentono di ricondurre ad un modello di sviluppo partecipato e sostenibile gli obiettivi di crescita economica del territorio.

Da un'attenta analisi della travagliata stagione della programmazione negoziata si apprende, quale punto di forza per il successo di un buon progetto, la capacità organizzativa funzionale all'attuazione dei progetti stessi. Non vi sono *standard* per la costituzione di modelli organizzativi anche perché la combinazione dei fattori da cui dipendono (formazione e contenuti del consenso, specifica capacità organizzativa e di gestione in grado di dispiegarsi sul campo) è variabile e variamente coniugabile²⁶.

²⁶ Solo quei territori a cui corrisponde un progetto costruito in maniera dinamica potranno assumere una posizione dialettica e contrattuale non solo nei rapporti con il mercato, ma anche nel dialogo con i livelli istituzionali superiori. Tuttavia, su questo versante, la prassi applicativa ha fatto i minori passi avanti.

Nel contesto dei Pit emerge la figura del *project manager*, che costituisce un raccordo fondamentale per il governo del processo dei Pit, una sorta di *pivot* per le comunità locali che hanno bisogno di ripensarsi secondo una coerenza interna di sistema, per poter costruire e proiettare il proprio progetto in avanti. Il *project manager*, per le finalità assegnagli, assume su di sé responsabilità di natura procedimentale, di interfaccia istituzionale tra i sistemi territoriali ed il livello regionale, ma anche di agente di sviluppo, una sorta di *manager* di *marketing* territoriale²⁷.

In questo modo, la comunità professionale introduce un radicale cambiamento del punto di vista rispetto al modo classico di pensare all'assistenza tecnica ai territori: da forme di accompagnamento esterne a soluzioni innovative, che propongono un investimento diretto sulle figure che sono snodo centrale per l'attuazione, consegnando loro direttamente uno strumento (la Comunità Professionale) di auto aiuto, di elaborazione e di promozione della funzione e dei compiti ad essa connessi, in ragione di un obiettivo di garanzia per i risultati dell'attuazione.

5. L'internazionalizzazione del territorio in Sicilia: il caso del progetto Paese

Il Quadro strategico nazionale 2007-2013 ha inserito il modello di intervento "Progetto Paese" quale *best practice* che le Regioni possono adottare nella prossima programmazione dei fondi strutturali comunitari, con la Regione siciliana capofila.

²⁷ Tale nuovo profilo professionale si va definendo ed è centrato principalmente attorno alle capacità di natura manageriale di porsi come *tutor* di processi di integrazione, tra: le varie competenze interdisciplinari (v. il metodo della progettazione integrata); i sistemi di relazioni e di reti (di *governance*, di partenariato economico-sociale) che concorrono alla formazione dei processi decisionali per la pianificazione strategica dello sviluppo locale. La *Comunità Professionale* preme per definire l'identità e le competenze della figura del *project manager* cui, tra l'altro, ancorare lo sviluppo della rete professionale; il principale obiettivo è quello di sostenere tale figura nell'assolvere alle complessità del ruolo, assecondandone il processo di costruzione professionale e privilegiando, nell'organizzazione delle attività sociali: *una funzione di "servizio" all'assolvimento del ruolo e dei compiti del Project Manager; una funzione di messa in rete tra esperienze, anche in differenti stadi di avanzamento, per favorire il confronto e lo scambio diretto di buone prassi e di casi direttamente tra addetti ai lavori, nel presupposto che la maturazione di processi di apprendimento non deriva solo dal trasferimento di soluzioni di successo ma anche dal confronto diretto per la valutazione dei fattori di insuccesso.*

Per favorire rapporti di collaborazione continuativi con aree particolarmente significative per l'internazionalizzazione del territorio e per facilitare un flusso informativo costante vengono predisposte attività con diversi Paesi coinvolgendo imprese e associazioni di imprese, centri di ricerca, università, fondazioni, associazioni culturali, Enti locali. *Il tutto nel quadro di azioni coordinate per ogni singolo Paese coinvolto nell'iniziativa*²⁸.

La sottomisura 6.06 del Programma Operativo 2000-2006 ha previsto il "Progetto Paese" attraverso cui favorire il processo di internazionalizzazione del territorio e promuovere il sistema economico-produttivo siciliano seguendo un approccio di sistema che si avvale di una nuova metodologia²⁹.

La prima fase del progetto ha individuato tre Paesi esteri *target* (Romania, Stati Uniti e Tunisia) sui quali l'Amministrazione ha inteso concentrare le proprie risorse. La seconda fase ha consentito di costituire *dossier* informativi sui Paesi identificati e, quindi, ha consentito di delineare gli obiettivi progettuali dell'azione dell'Amministrazione, i settori specifici di intervento, gli interlocutori regionali da coinvolgere sulle singole materie e la tipologia di interlocutori esteri³⁰. Le fasi successive sono rappresentate dalle *missioni istituzionali* e dalle *missioni operative*, dai servizi di *follow-up*. La realizzazione delle *missioni istituzionali* ha l'obiettivo di fornire garanzie di affidabilità e certezza agli operatori privati regionali; l'incontro tra i Paesi è graduale, tale consentire di stabilire le necessarie intese e la sottoscrizione di accordi. Con le *missioni operative*, invece, sono coinvolti direttamente gli attori territoriali, gli operatori economici e culturali interessati che parteciperanno alle missioni operative, così come delineate in fase di predisposizione del Progetto Paese. Infine, interviene anche lo Sprint³¹

28 V. comunicato stampa della Regione siciliana, *Progetto Paese, martedì 20 marzo conferenza stampa di Cuffaro e Bennati*, Palermo, 19 marzo 2007.

29 Viene esaltata la fase a monte del percorso di internazionalizzazione (analisi e definizione dei Paesi esteri prioritari e delle iniziative promuovibili) facilitando la concentrazione delle risorse regionali verso specifiche aree estere.

30 Nel 2006 i tre Progetti Paese sono stati aggiudicati a tre raggruppamenti temporanei di impresa che hanno iniziato la loro attività nel gennaio 2007.

31 Acronimo di *sportello regionale per l'internazionalizzazione*. La legge 59/1997 ha disposto il riordino degli enti pubblici nazionali, controllati direttamente o indirettamente dallo Stato, che operano all'estero nella promozione e nel sostegno pubblico al sistema produttivo nazionale. In seguito il decreto legislativo 31 Marzo 1998 n. 143 ha riordinato gli strumenti preposti al sostegno della penetrazione commerciale ed ai processi di internazionalizzazione delle attività

con l'attività di assistenza alle imprese, che con figure professionali predispose ed eroga i servizi di prima assistenza necessari per l'implementazione dei processi di internazionalizzazione agli operatori che hanno preso parte al Progetto Paese. Ciò al fine di accompagnare l'impresa dopo la missione, al momento della conclusione dell'affare o del proseguimento delle trattative.

5.1 *Le modalità di realizzazione del progetto Paese: le missioni istituzionali e operative negli USA*

La *missione istituzionale* fornisce una cornice di garanzia istituzionale alle azioni e alle iniziative del Progetto Paese attraverso la formalizzazione di protocolli operativi e di accordi quadro di cooperazione economico-istituzionale tra la Regione siciliana e le controparti estere. Mentre, la fase successiva si suole identificare come *missione operativa* poiché rappresenta il naturale seguito degli accordi intervenuti nella *missione istituzionale* e ha il principale obiettivo di massimizzare i possibili accordi tra operatori siciliani ed esteri miranti a favorire l'avvio ed a consolidare lo sviluppo di rapporti di cooperazione. Nel caso del "Progetto Paese Stati Uniti" è possibile identificarne e chiarirne i passaggi fondamentali: le motivazioni della scelta, l'obiettivo generale e le modalità di realizzazione. In particolare, le *missioni istituzionali* incidono su due grandi temi che fanno da cornice a tutto il resto: siciliani negli USA; *benchmarking* Università Centri di Alta Formazione: *Business Management e Placement*.

La prima *missione istituzionale* valorizza le relazioni sociali

produttive cercando una logica improntata al decentramento territoriale. Ai sensi dell'art. 24 viene costituito presso il CIPE una commissione permanente per il coordinamento e l'indirizzo strategico della politica commerciale con l'estero (la cabina di regia per l'internazionalizzazione), alla quale ha affidato il compito di promuovere la costituzione e la diffusione territoriale di sportelli unici per le imprese e gli operatori ai fini della fruizione dei servizi e delle agevolazioni previste in materia di internazionalizzazione della legge. L'*iter* normativo per la costituzione degli sportelli è stato completato con la delibera CIPE n. 91 del 4 Agosto 2000, che ha fissato la loro collocazione a livello regionale e ha indicato gli enti e gli organismi pubblici e privati, che prendono parte alla loro attività. Si annovera anche il D.P.R. 9 Febbraio 2001 n. 161 (art. 2). Ogni regione italiana si è dotata così di uno Sprint (13 sono attivi, i restanti sono in corso di attivazione). In Sicilia lo Sprint nasce da un'intesa istituzionale del 30 maggio 2002 tra il Ministero del commercio internazionale e la Regione siciliana per promuovere il processo di internazionalizzazione e di sviluppo degli scambi commerciali a sostegno del sistema produttivo della Sicilia.

ed economiche su specifici temi, tra le comunità residenti in Sicilia e oltreoceano, ed intende contribuire all'identificazione della *business community* italo-americana, fondata sulla capacità di trasformare un ricco patrimonio culturale in una risorsa economica strategica nel contesto della globalizzazione. Questo primo tema riguarda, quindi, gli americani di origine siciliana che negli Stati Uniti hanno raggiunto posizioni di rilievo ed è diretto a sensibilizzarli, a comunicare loro il sistema Sicilia al fine di favorire il processo di internazionalizzazione della Regione Siciliana cercando di attrarre il più possibile investimenti esteri (investimenti diretti, partecipazioni, *joint venture* o accordi di collaborazione).

La seconda *missione istituzionale* muove da un'importante osservazione che riguarda il rapporto tra formazione universitaria ed integrazione delle università con i centri di ricerca e con il mondo delle imprese. In tale ambito le *best practice* estere applicate su tematiche strategiche per la crescita e per la competitività possono rappresentare un costruttivo riscontro. Con gli Stati Uniti, considerati *leader* nelle tecniche gestionali di impresa più innovative, è possibile intraprendere, infatti, un ottimo confronto con il quale poter definire scambi e collaborazioni. La formazione svolge altresì un ruolo importante poiché promuove relazionalità tra i paesi coinvolti; difatti la creazione di classi miste ("americani d'adozione" e imprenditori siciliani) oggi rappresenta uno dei fattori vincenti che stanno alla base degli scambi commerciali tra la Sicilia e gli USA. In tal senso sono state già avviate sperimentazioni di collaborazione in ambito medico tra Dipartimenti universitari e Università americane (Regione Siciliana e *University of Pittsburgh Medical Center*; *Tulain University di New Orleans* e Cefpas...).

6. **L'internazionalizzazione come esigenza ineludibile di nuovi modelli di sviluppo**

Pensare ed operare in prospettiva internazionale è un'esigenza oggi ineludibile per chiunque voglia operare in maniera opportuna in un mondo sempre più aperto ed in cambiamento. È, infatti, nel contesto internazionale che si creano e si conquistano, oppure no, le condizioni per lo sviluppo ed il successo non solo per le imprese ed i sistemi

produttivi, ma anche per i paesi ed i sistemi locali.

L'avvio di forme di collaborazione internazionale nasce anche dall'esigenza di adattarsi e fronteggiare le peculiarità del mercato globale che si presenta sempre più competitivo.

Nasce la necessità di "internazionalizzare" il proprio territorio. Tale processo, visto nella sua complessità, è un fenomeno multidimensionale e pluridirezionale che, pertanto, è difficile possa riguardare solo alcuni ambiti della vita di una collettività.

L'acquisizione di una vera e propria soggettività sovranazionale da parte del sistema locale si presenta come un percorso in continuo mutamento, che coinvolge istituzioni, economia, politica, mondo scientifico e culturale, organizzazioni della società civile e, al tempo stesso, l'ecosistema locale, e non può che essere trattato come parte integrante del problema più generale dello sviluppo locale. La multidimensionalità e la multidirezionalità dell'internazionalizzazione del territorio pongono agli operatori della pubblica Amministrazione e agli utenti stessi il problema del coordinamento e della coerenza tra le politiche e le azioni che intraprendono o promuovono. Da qui la consapevolezza che la definizione di una cooperazione decentrata non può essere solo concepita come "un altro modo di fare cooperazione", ma rappresenta un nuovo modello di sviluppo. Si evidenzia sovente così l'esigenza di istituire principi comuni per l'internazionalizzazione "sostenibile" del territorio in modo da definire i fondamenti e le linee programmatiche condivisi tra i soggetti locali, e tra questi ultimi e le collettività con cui si stabiliscono le relazioni di partenariato internazionale. E, in attesa della concreta definizione di una cornice ordinamentale di riferimento, gli indirizzi da seguire possono essere rintracciati nella programmazione comunitaria, nazionale sino ad arrivare alla complessità del sistema locale.

PROSPETTIVE DELLA DISCIPLINA DEL VERDE URBANO

Riassunto - In un contesto di crescente consapevolezza dei benefici effetti sulla vita umana del contatto con la natura e di una sempre maggiore concentrazione della popolazione nelle città, la presenza e la riqualificazione del verde urbano svolge un ruolo di primaria importanza.

Il verde urbano richiede altresì processi di installazione e manutenzione specifici per i quali sono richiesti particolari strumenti operativi. Una breve rassegna dei processi di gestione locale del verde pubblico e privato consente di constatare il sostanziale interesse e le relative azioni per la tutela dell'ambiente urbano anche alla luce di una normativa la cui espressione determina a volte incertezze interpretative e conoscitive.

Abstract - The presence of urban green areas and their proper maintenance plays a role of primary importance in raising awareness of the beneficial effects on human life of contact with nature, amidst the ever growing concentration of population in cities.

Urban green areas include a wide range of vegetation types within or in the immediately vicinity of human habitations, which require specific procedures for installation and maintenance and thus special operational instruments for. So this survey describes processes of management of public and private urban green areas using a local approach and comparative analysis methods across different normative contexts.

Sommario: 1. Introduzione; 2. L'identificazione del verde urbano in rapporto all'"ambiente", al "paesaggio", ai "beni culturali", ai "beni paesaggistici"; 2.1 La nozione di "paesaggio"; 3. L'interesse "reticolare" all'ambiente e l'ordinamento italiano; 3.1 Un quadro normativo di sintesi; 4. Strumenti amministrativi per la gestione del verde urbano; 4.1 La regolamentazione del verde nei comuni italiani; 4.1.1 Il verde pubblico e privato del Comune di Palermo; 5. Il verde urbano e le pianificazioni; 6. Osservazioni conclusive.

* Facoltà di Economia - Università degli Studi di Palermo.

1. Introduzione

L'auspicabile diffusione del verde urbano, come emerso anche da Agenda XXI¹ e dalla Carta di Aalborg², è un elemento di grande importanza ai fini del miglioramento della qualità della vita nelle città. La diffusione del verde nelle aree urbane e periurbane è uno dei fattori principali sui quali in genere si suole impostare programmi di miglioramento della qualità della vita urbana.

A livello internazionale e, in particolare, a livello comunitario, il verde è percepito sempre più in termini di spazio vitale per lo svolgimento di alcune importanti funzioni che vanno da quelle ecologico-ambientali a quelle socio-economiche; funzioni determinate in prevalenza, oltre che dall'estensione degli spazi verdi, anche dalle loro caratteristiche di struttura, forma e composizione di specie e di *habitat*. In particolare, nei paesi dell'America settentrionale e dell'Europa settentrionale la ricerca scientifica ha dato forte impulso

1 Dal latino "cose da fare", si tratta di un piano d'azione Ufficiale di carattere internazionale che prevede una serie di iniziative economiche, sociali ed ambientali, condivise a livello locale su base volontaria, volte al raggiungimento di uno sviluppo sostenibile per il XXI secolo. Agenda XXI è, dunque, un piano di programmazione delle azioni attraverso metodi e strumenti interdisciplinari, partecipativi e responsabilizzanti. Tale documento (approvato nel 1992 nel corso della Conferenza ONU su "Ambiente e Sviluppo" di Rio de Janeiro) è un documento di principi, obiettivi e azioni a cui devono orientarsi le politiche a livello globale, nazionale e locale, per la promozione di uno sviluppo più equilibrato il XXI secolo.

Dopo la Conferenza di Stoccolma (1972), la Conferenza di Rio de Janeiro (1992) ed il vertice di Johannesburg (2002) che costituiscono i pilastri delle azioni internazionali in materia di Sviluppo Sostenibile, a livello internazionale ed europeo sono state attivate ulteriori iniziative con il fine di promuovere e supportare la realizzazione di Agenda XXI locale. Le più importanti e significative sono: la prima Conferenza Europea delle Città sostenibili – Carta di Aalborg (1994); la seconda Conferenza Europea delle Città sostenibili – il piano di Lisbona (1996); la Conferenza di New York (1997); la Conferenza Internazionale sui cambiamenti climatici legati al riscaldamento globale del pianeta (1998); le conferenze regionali preparatorie della Terza conferenza delle Città sostenibili: Turku (Finlandia), Sofia (Bulgaria), Siviglia (Spagna) e Den Haag (Olanda) (1998/99); la terza Conferenza Europea delle Città sostenibili – appello di Hannover delle autorità locali alle soglie del XXI secolo (2000); la quarta Conferenza Europea delle Città sostenibili Aalborg (+10), "Ispirare il futuro" (2004); la quinta Conferenza Europea delle Città sostenibili in programma – Dichiarazione finale "Spirit of se ville" e *Aalborg Commitments* (2007).

2 La Carta di Aalborg è un documento programmatico prodotto durante la prima Conferenza europea delle Città sostenibili (Aalborg, 1994), sotto il patrocinio della Commissione europea, organizzata dal Consiglio internazionale per le iniziative ambientali locali (ICLEI). La Carta, sottoscritta da 80 amministrazioni locali europee e 253 rappresentanti di organizzazioni internazionali, governi nazionali, istituti scientifici, consulenti e singoli cittadini, implica l'impegno, da parte delle città e delle regioni europee sottoscrittrici, all'attuazione del processo di Agenda XXI a livello locale e, inoltre, la preparazione di piani d'azione a lungo termine per uno sviluppo durevole e sostenibile.

sui temi relativi al verde urbano e sulle molteplici funzioni ad esso attribuite.

A livello nazionale, solo di recente il verde urbano trova spazio nelle competenze dei soggetti istituzionali e nell'ambito di ricerche settoriali. Di contro, in passato tale tema è stato oggetto solo in pochi casi di progetti dedicati e ciò ha determinato la mancanza di dati scientifici e di informazioni statistiche su cui impostare le politiche di riqualificazione delle aree urbane e periurbane.

In questo scenario s'intende porre le basi di un approccio organico allo studio della materia, attraverso l'acquisizione di conoscenze coordinate e sinergiche sugli strumenti amministrativi per la gestione del verde urbano e, in particolare, sull'attività regolamentare comunale, quale punto di partenza per realizzare e gestire spazi verdi urbani in un contesto di sostenibilità, in linea, quindi, con i presupposti di Agenda XXI.

La varietà offerta dalle diverse declinazioni tematiche del verde urbano viene espressa altresì attraverso casi-studio significativi. Così mediante una lettura che ne analizzi la rilevanza amministrativa e, al tempo stesso, storico-critica, è possibile identificare il valore della regolamentazione del verde pubblico e privato in quanto elemento di identità urbana su cui basare politiche di valorizzazione e tutela dell'ambiente.

Sul piano operativo s'intende anche produrre una breve sintesi della bozza del regolamento del Comune di Palermo al fine di evincere: la caratterizzazione degli obiettivi principali per la tutela del verde urbano nel territorio comunale; la valutazione del *feedback* tra istituzioni e cittadino, comprendendo l'attenzione prestata verso il rapporto vegetazione-microclima-ambiente e il particolare rapporto vegetazione-inquinanti-ambiente. Una città di buona qualità ambientale si presenta, infatti, come un sistema costruito ben integrato con un ecosistema naturale, costituito dagli spazi verdi urbani e dagli spazi agronaturali che la città ha incorporato nella propria frangia periurbana³.

Gli spazi verdi urbani sono definiti da molti autori come "l'insieme della vegetazione compresa nell'ambito urbano, suburbano e nella frangia città campagna" e comprende parchi, giardini, orti, fasce di

3 SOCCO C., CAVALIERE A., GUARINI S. M., MONTRUCCHIO M., *La natura nella città. Il sistema del verde urbano e perturbano*, Franco Angeli, Milano, 2005.

rispetto stradali e ferroviarie, sponde di corsi d'acqua, incolti, etc.⁴.

Il verde urbano svolge un ruolo fondamentale per il territorio: assicura alle città vivibilità e sviluppo sostenibile. E le Amministrazioni comunali hanno cominciato, a loro modo, a dotarsi di strumenti specifici per garantirne la salvaguardia ed il rispetto. Si muovono così i primi passi per disciplinare l'uso, la manutenzione, il risanamento, la valorizzazione e la riqualificazione del verde pubblico e privato. L'apporto degli enti locali si qualifica ad ampio spettro, sia dal punto di vista dell'apertura geografica e significatività dei casi-studio, sia dal punto di vista della pluralità delle competenze. Torino e Milano, ad esempio, risultano entrambe emblematiche del rapporto fra sviluppo urbano e progettazione del verde pubblico, con il capoluogo subalpino caratterizzato anche dal tema città-fiume e dalla creazione delle attrezzature adeguate al ruolo di capitale. Invece, a Palermo e in Sicilia il tema dell'acqua si pone spesso come centrale nei processi di ridefinizione dell'identità urbana mediante la progettazione del margine marittimo in rapporto al verde pubblico.

Il verde urbano gestito dai Comuni è aumentato nel 75% delle città (mediamente dell'1,4%)⁵. Tale percentuale rivela un crescente interesse da parte delle comunità locali mosso senz'altro dalla necessità di un adeguamento amministrativo e regolamentare continuo.

Secondo un primo approccio comparativo, la protezione del verde urbano interessa numerosi paesi dell'Europa, dell'Asia, dell'Oceania e delle Americhe con modalità di intervento ed obiettivi propri⁶; e, rispetto all'estero, l'Italia solo di recente ha avviato un processo di regolamentazione.

Negli Stati Uniti, ad esempio, la regolamentazione del verde si è affermata e consolidata divenendo uno degli elementi base per la gestione degli spazi urbani in generale, coinvolgendo sia la proprietà pubblica che quella privata⁷; e si è consolidata, soprattutto, negli ultimi

4 Cfr. CLEGG D., *Urban and Community Forestry – The Delivery*, Proc. Sec. Nat. Urban For. Conf., 13-17, 1982; MILLER R.W., *Urban Forestry Planning and Managing Urban Green-spaces*, Prentice Hall, 1988; KUCHELMEISTER G., *Trees for the urban millennium: urban forestry update*, *Unasylva*, 51 (1): 49-55, 2000.

5 Tale valore si riferisce al verde di gestione comunale dal 1999 al 2003 e rappresenta una sottostima di tutto il verde presente nelle città.

6 PROFOUS G.V., LOEB R.E., *The legal protection of urban trees: a comparative world survey*, in *Journal of Environmental Law*, 2 (2): 179-193, 1990.

7 Cfr. COOPER J.C., *Legislation to protect and replace trees on private land: ordinances*

anni, nell'ambito della riconversione e della riqualificazione urbanistica. La disciplina normativa del verde urbano così va a costituire uno degli strumenti che, inseriti in un più ampio contesto di pianificazione organica, consente di perseguire lo sviluppo sostenibile delle aree urbane nel loro complesso. Diversi autori, infatti, individuano nelle forme di regolamentazione una delle componenti del quadro delle risorse gestionali per garantire la sostenibilità ambientale⁸. Si afferma così, da un lato, la regolamentazione del verde urbano da parte delle Amministrazioni locali e, dall'altro, la necessità di definire le linee guida per lo sviluppo e la valutazione (*ex ante* ed *ex post*) utile per le ordinanze in materia⁹.

Le disposizioni giuridiche per la salvaguardia del verde sono diffuse anche in Inghilterra, dove si sono affermate come uno degli strumenti per la tutela dell'identità dei luoghi storici¹⁰. Nei paesi anglosassoni la disciplina del verde urbano è conosciuta come *urban forestry*, una sottolineatura della *wilderness* delle aree verdi.

Anche i piani regolatori dell'inizio del XX secolo prevedono ampi spazi da destinare al verde pubblico. Ma, nell'attività urbanistica italiana, le funzioni iniziali assegnate al verde rimangono solo quelle prescritte come *standard* urbanistici, con l'obbligo di un astratto rapporto tra la quantità di aree da destinare a servizi (non esclusivamente a verde pubblico) e quelle da destinare ad edificazioni per insediamenti, all'interno delle zone funzionali del piano. In seguito, l'intervento normativo si muove secondo più forme e livelli, anche grazie al fatto che il verde urbano diviene interesse fondamentale delle politiche pubbliche internazionali, comunitarie e, di conseguenza, dei singoli Stati membri della Comunità europea.

In Italia i cambiamenti più significativi riguardano l'adattamento

in *Westchester County, New York*, in *Journal of Arboriculture*, 22 (6): 270-278, 1996; HOUDE J., *Public property tree preservation*, in *Journal of Arboriculture*, 23 (2): 83-86, 1997.

8 CLARK J.R., MATHENY N.P., CROSS G., WAKE V., *A model of urban forestry sustainability*, in *Journal of Arboriculture*, 23 (1): 17-30, 1997.

9 BERNHARDT E.A., SWIECKI T.J., *Guidelines for developing and evaluating tree ordinances. Prepared for Urban Forestry Program, California Department of Forestry and Fire Protection*, Sacramento CA, 1999.

10 Cfr. PROFIOUS G.V., LOEB R.E., *op. cit.*, 1990; MACKINTOSH H., *Tree preservation orders: the differing needs of urban and rural areas*, in *Quarterly Journal of Forestry*, 81 (3): 158-168, 1987.

alle politiche comunitarie e la ratifica del Protocollo di Kyoto¹¹, che impegna il nostro Paese a diminuire le proprie emissioni di gas serra nel periodo 2008-2012. Le grandi aree urbane costituiscono altresì ambiti strategici per il raggiungimento di tali obiettivi, attraverso i quali garantire un'efficiente politica di settore e un uso più razionale della risorsa suolo e una riconoscibilità delle identità dei luoghi. E, nell'ambito dei principi dell'ordinamento delle autonomie locali, l'attività diretta alla salvaguardia e alla corretta gestione del verde urbano pubblico e privato prende vita attraverso l'impiego di diversi strumenti come: deliberazioni *ad hoc*, regolamenti comunali, allegati alle normative urbanistiche ed edilizie, etc..

L'attuale Codice dell'ambiente¹², in merito all'attività svolta dalla Pubblica amministrazione in materia di difesa del suolo (lotta alla desertificazione, tutela delle acque dall'inquinamento e gestione delle risorse idriche)¹³ puntualizza che, oltre a svolgere attività di programmazione e di pianificazione degli interventi, l'Amministrazione deve adottare "ogni opportuna azione di carattere conoscitivo, di programmazione e pianificazione degli interventi, nonché preordinata alla loro esecuzione" (art. 53, comma 2, d. lgs. 152/2006) volta ad assicurare la tutela ed il risanamento del suolo e del sottosuolo, tramite anche forme di prevenzione. La regolamentazione del verde urbano deve essere, quindi, preceduta e sostenuta dallo svolgimento dell'attività conoscitiva territoriale, prevedendo azioni di: "a) raccolta,

11 Il Protocollo di Kyoto sui cambiamenti climatici è un accordo internazionale che stabilisce precisi obiettivi per la riduzione delle emissioni di gas responsabili dell'effetto serra, del riscaldamento del pianeta, da parte dei paesi industrializzati. Si fonda sul trattato *United Nations Framework Convention on Climate Change* (Unfccc), firmato a Rio de Janeiro nel 1992 durante lo storico *Summit* sulla Terra. Per attuare il trattato, nel 1997, durante la Conferenza di Kyoto, in Giappone, è stato studiato un "protocollo" che stabilisce tempi e procedure per realizzare gli obiettivi del trattato sul cambiamento climatico: il Protocollo di Kyoto. La sottoscrizione iniziale dei paesi era un atto puramente formale; la successiva ratifica dell'accordo da parte dei parlamenti nazionali formalizzava l'impegno del Paese a ridurre le emissioni di gas serra del 5,2% entro il 2012 (rispetto al 1990). Tale riduzione deve avvenire attraverso la ricerca, promozione, sviluppo e maggiore utilizzazione di fonti energetiche rinnovabili e di tecnologie avanzate compatibili con l'ambiente, costituisce altresì un impegno internazionale assunto dallo Stato italiano con la firma del protocollo di Kyoto, recepito nell'ordinamento statale dalla legge 1° giugno 2002, n. 120 (v. Cons. Stato, Sez. VI, 9 marzo 2005, n. 971).

12 Decreto legislativo 3 marzo 2006 n. 152, "Norme in materia ambientale", pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 88 del 14 aprile 2006.

13 V. Parte terza, "Norme in materia di difesa del suolo e lotta alla desertificazione, di tutela delle acque dall'inquinamento e di gestione delle risorse idriche" – "Sezione I "Norme in materia di difesa del suolo e lotta alla desertificazione" (d. lgs. n. 152/2006).

elaborazione, archiviazione e diffusione dei dati; b) accertamento, sperimentazione, ricerca e studio degli elementi dell'ambiente fisico e delle condizioni generali di rischio; c) formazione ed aggiornamento delle carte tematiche del territorio; d) valutazione e studio degli effetti conseguenti alla esecuzione dei piani, dei programmi e dei progetti di opere previsti...; e) attuazione di ogni iniziativa a carattere conoscitivo ritenuta necessaria..." (art. 55, comma 1, d. lgs. 152/2006).

I caratteri climatici, vegetazionali, pedologici, storici, antropici di un certo territorio sono solo alcuni fattori di natura esogena che influenzano la realtà socio-economico ed ambientale dei comuni italiani. E la conoscenza approfondita del territorio e dell'ambiente rappresenta uno dei primi passi verso l'attuazione coerente ed efficace della regolamentazione del verde urbano.

Una breve rassegna dei processi di gestione comunale del verde pubblico e privato consente di constatare il sostanziale interesse e le relative azioni per la tutela dell'ambiente urbano anche alla luce di una normativa statale la cui espressione determina a volte incertezze interpretative e conoscitive.

2. L'identificazione del verde urbano in rapporto all'“ambiente”, al “paesaggio”, ai “beni culturali”, ai “beni paesaggistici”

Un approccio teorico alla nozione di “verde urbano”, da qualunque punto di vista si intende affrontare (giuridico, politico, economico, sociale, filosofico, architettonico), non può prescindere dalla consapevolezza delle caratteristiche intrinseche che assume l'oggetto in questione.

Oggi, anche sulla base di studi scientifici comprovati, si suole attribuire al “verde urbano” molteplici funzioni, soprattutto per il “controllo ambientale”¹⁴. Tali funzioni sono interconnesse, inoltre, con: le variazioni microclimatiche (temperatura, umidità, ventosità), la depurazione dell'aria, l'attenuazione dei rumori, l'azione antisettica, la difesa del suolo, la depurazione idrica, la conservazione della biodiversità. E la gestione

14 ALESSANDRO S., BARBERA G., SILVESTRINI G., *Stato dell'arte delle ricerche concernenti l'interazione energetica tra vegetazione ed ambiente costruito*, in *Quaderno* n° 13, Consiglio Nazionale delle Ricerche - Istituto per l'edilizia ed il risparmio energetico, Palermo, settembre 1987.

del verde può essere intesa come nuovo paradigma di riferimento verso cui orientare la soluzione di alcuni snodi territoriali e funzionali che si rivelano cruciali per il futuro dei Comuni, coniugando le differenti valenze del settore attraverso: una commistione di modalità di intervento (pubblico, privato, misto); un'integrazione dimensionale e qualitativa degli interventi e, allo stesso modo, una *mixité* operativa e finanziaria¹⁵.

Particolare attenzione è rivolta alla funzione "ecologico-ambientale" del verde, anche all'interno delle aree urbane, in quanto costituisce un fondamentale elemento di presenza ecologica ed ambientale, che contribuisce in modo sostanziale a mitigare gli effetti di degrado e gli impatti prodotti dalla presenza delle edificazioni e dalle attività dell'uomo. La presenza del verde contribuisce a regolare gli effetti del microclima cittadino attraverso l'aumento dell'evapotraspirazione, contenendo così i picchi termici estivi con una sorta di effetto di "condizionamento" naturale dell'aria¹⁶. Emerge anche un profilo "culturale" e "didattico": i parchi ed i giardini storici, ad esempio, costituiscono veri e propri monumenti naturali, la cui conservazione e tutela rientrano fra gli obiettivi culturali del nostro consenso sociale¹⁷. Si rileva altresì una funzione "estetico-architettonica", considerato che la presenza del verde migliora il paesaggio urbano e rende più gradevole la permanenza in città, per cui diventa fondamentale favorire un'integrazione fra elementi architettonici e verde nell'ambito della progettazione dell'arredo urbano.

La vegetazione è componente essenziale del paesaggio, che quale valore costituzionale è sancito e tutelato a partire dall'art. 9 della Costituzione

15 Si suole identificare una *commistio* di modalità di intervento. Basti pensare alle notevoli possibilità di generare risorse finanziarie mediante la gestione della fissazione di carbonio (crediti di carbonio e certificati verdi) o della biomassa residua di manutenzione del verde utilizzabile come combustibile rinnovabile.

16 PICCAROLO P., SALA G., *Spazi verdi pubblici e privati*, Hoepli, Milano, 1995.

17 In certe aree urbane, in particolare vicino agli ospedali, la presenza del verde svolge una funzione "sanitaria", contribuendo alla creazione di un ambiente favorevole alla convalescenza dei degenti. Nelle aree degradate o sensibili, inoltre, il verde può fornire una funzione "protettiva" per il suo effetto di protezione e di tutela del territorio. La presenza di parchi, giardini, viali e piazze alberate, o in ogni modo dotate di arredo verde, agisce a livello sociale con funzione "ricreativa", consentendo di soddisfare un'importante esigenza ricreativa e sociale e di fornire un fondamentale servizio alla collettività, rendendo una città più vivibile ed a dimensione degli uomini e delle famiglie. La gestione del verde può consentire anche la formazione di professionalità specifiche e favorire la formazione di posti di lavoro. Infine, le aree verdi svolgono una funzione "igienica", un'importante funzione "psicologica" ed "umorale" per le persone che ne fruiscono, contribuendo al loro benessere psicologico ed al loro equilibrio mentale.

italiana¹⁸. In via preliminare, la corretta identificazione di ciò che debba intendersi per “verde urbano” va affiancata a nozioni contigue quali quelle di: “ecosistema”, “paesaggio”, “beni ambientali”, “beni paesaggistici”, “beni culturali”, “aree protette”, “biodiversità”. In particolare, la nozione costituzionale di “paesaggio” si dispone come punto di riferimento soprattutto per comprendere l’ampiezza della nozione di “verde urbano”.

2.1 La nozione di “paesaggio”

Nella normativa si parla di “paesaggio” adoperando varie locuzioni, spesso sinonimiche, ma in taluni casi sensibilmente diverse tra loro (beni paesaggistici, beni ambientali, piani paesistici etc.)¹⁹.

La nozione di “paesaggio”, come suddetto, trova espressa indicazione nella disposizione costituzionale di principio contenuta nell’art. 9 Cost. ove si riconosce e si garantisce “la tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico della nazione”. Viene tutelato “il paesaggio-ambiente come espressione di principio fondamentale dell’ambito territoriale in cui si svolge la vita dell’uomo e si sviluppa la persona umana”²⁰ e l’ordinamento giuridico impone “una tutela del paesaggio improntata ad integrità e globalità in quanto implicante una riconsiderazione dell’intero territorio nazionale alla luce del valore estetico-culturale del paesaggio, sancito dall’art. 9 Cost. e assunto come valore primario come tale”²¹.

L’orientamento della giurisprudenza costituzionale mostra d’aver ormai fatto propria la tesi, già consolidata in dottrina, che concepisce il paesaggio

18 Cfr. “Regolamento comunale del verde pubblico e privato” del Comune di Ferrara approvato con delibera Consiglio Comunale n. 20/3480 del 10/06/1998, integrato con delibera Consiglio comunale n. 20/24819 del 05/04/2004.

19 La legge 7 agosto 1990 n. 241, all’art. 14 *quater*, comma 3, in tema di Conferenza di servizi – nel testo sostituito da ultimo dalla legge 340 del 2000 – nell’escludere che il dissenso manifestato da un’amministrazione preposta alla cura di un interesse cd. “sensibile” possa ricadere nel meccanismo decisionale maggioritario ivi previsto, parla di “amministrazione preposta alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, del patrimonio storico-artistico”. Il termine “interesse paesaggistico-territoriale”, già peraltro introdotto nel previgente art. 14 *bis*, comma 4, della legge 241 dall’art. 17, comma 3, della legge 127 del 1997, costituisce un’ulteriore variante terminologica sul paesaggio, e se da un lato dimostra, nella distinzione rispetto all’interesse alla tutela ambientale, ivi separatamente menzionato, che il legislatore aveva chiara la differenza tra “ambiente” e “paesaggio”, dall’altro lato, nel suo riferimento al “territorio”, evidenzia, invece, una rilevante confusione tra “paesaggio” e “governo del territorio-urbanistica”.

20 Cfr. le sentenze nn. 85 del 1998 e 378 del 2000.

21 Cfr. le sentenze nn. 151 del 1986, 67 del 1992, 269 del 1993, 46 e 417 del 1995.

come “forma del territorio e dell’ambiente”²². La tutela del paesaggio “va intesa nel senso lato della tutela ecologica”²³ e della “conservazione dell’ambiente”²⁴; essa è “basata primariamente sugli interessi ecologici e, quindi, sulla difesa dell’ambiente come bene unitario, pur se composto di molteplici aspetti rilevanti per la vita naturale e umana”²⁵.

La dottrina suole definire il “paesaggio” come “forma del territorio, o dell’ambiente, creata dalla comunità umana che vi è insediata, con una continua interazione della natura e dell’uomo”; il paesaggio è concepito altresì come processo creativo continuo, incapace di essere configurato come realtà o dato immobile, come modo di essere del territorio nella sua percezione visibile, come forma e immagine dell’ambiente, come ambiente visibile ma inscindibile dal non visibile²⁶.

Si rintraccia la prima esplicita formulazione normativa della nozione di “paesaggio” nel Codice dei beni culturali e del paesaggio²⁷, secondo cui con tale espressione s’intende “una parte omogenea di territorio i cui caratteri derivano dalla natura, dalla storia umana o dalle reciproche interrelazioni”; “la tutela e la valorizzazione del paesaggio salvaguardano i valori che esso esprime quali manifestazioni identitarie percepibili” (art. 131, d. lgs. 42/2004). Tale nozione è confermata anche a seguito delle modifiche al testo del Codice introdotte con il d. lgs.

22 Cfr. la sentenza n. 196 del 2004 avente ad oggetto la legittimità costituzionale dell’ultimo condono edilizio straordinario disciplinato dal legislatore nazionale con l’art. 32 del d.l. 269/2003. In tema v.: CHIEPPA R., *Prospettive per il condono edilizio*, in *Giur. cost.*, 2004, 2008 ss.; PINELLI C., *Le scelte della Corte sul condono edilizio e alcune loro problematiche conseguenze*, ivi, 2012 ss.; STELLA RICHTER P., *Una grande occasione mancata*, ivi, 2015 ss.; SORACE D., TORRICELLI A., *Dal condono selvaggio al condono sostenibile*, in *Regioni*, 2004, 1359 ss..

23 Cfr. la sentenza n. 430 del 1990.

24 Cfr. la sentenza n. 391 del 1989.

25 Cfr. la sentenza n. 1029 del 1988.

26 Cfr. PREDIERI A., voce *Paesaggio*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, Giuffrè, 1981, 503 ss., nota 8. L’A. nota altresì – pag. 503 – come la nozione di “paesaggio” compaia già nella legge istitutiva del Parco nazionale del Gran Paradiso (r.d.l. 3 dicembre 1922 n. 1584) e sia contenuta anche in alcuni statuti regionali di regioni ad autonomia speciale. Circa l’elaborazione dell’art. 9 Cost. ed i primi commenti della norma cfr. MERUSI F., *Art. 9*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di BRANCA G., I, Bologna, 1975; CARTEI G. F., *La disciplina del paesaggio tra conservazione e fruizione programmata*, Torino, 1995, 2 e ss., nonché, dello stesso A., *Il paesaggio*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di CASSESE S., cit., 2110 ss.. In tema v. anche PREDIERI A., *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, in *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione*, Milano, 1969; AD., *La regolazione giuridica degli insediamenti turistici e residenziali nelle zone alpine*, in *Foro amm.*, 1970, III, 359).

27 Decreto Legislativo 22 gennaio 2004 n. 42, “Codice dei beni culturali e del paesaggio, ai sensi dell’articolo 10 della legge 6 luglio 2002, n. 137”, pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 45 del 24 febbraio 2004.

157/2006²⁸, secondo cui per paesaggio “si intendono parti di territorio i cui caratteri distintivi derivano dalla natura, dalla storia umana o dalle reciproche interrelazioni”. In tal modo si rende evidente la necessità che il paesaggio si componga di più “parti” in relazione, relazioni antropiche, storie che i caratteri morfologici dei territori italiani manifestano.

Tali formulazioni rievocano i contenuti della Convenzione europea sul paesaggio, aperta alla firma a Firenze nel dicembre 2000 e resa esecutiva in Italia con la legge n. 14 del 2006²⁹. “Il paesaggio concorre all’elaborazione delle culture locali e rappresenta una componente fondamentale del patrimonio culturale e naturale dell’Europa” (preambolo, Convenzione); è definito come “una determinata parte di territorio, così come è percepita dalle popolazioni, il cui carattere deriva dall’azione di fattori naturali e/o umani e dalle loro interrelazioni” (art. 1, Convenzione) e la tutela paesaggistica “si applica a tutto il territorio comprendendo gli spazi naturali, rurali, urbani e periurbani” (art. 2, Convenzione). Questa impostazione è stata seguita dal testo originario del Codice dei beni culturali e del paesaggio, all’interno del quale si fa riferimento al Piano paesaggistico come “centro del sistema” di tutela paesaggistica in rapporto con i tradizionali strumenti vincolistici³⁰. Tale piano ha un proprio ambito di operatività e compiti prioritari; viene elaborato su scala regionale e riparte “l’intero territorio” della Regione “in ambiti omogenei, da quelli di elevato pregio paesaggistico fino a quelli significativamente compromessi o degradati”, sulla base delle “caratteristiche naturali e storiche ed in relazione al livello di rilevanza e integrità dei valori paesaggistici” (art. 143, comma 1, d. lgs. 42/2004).

Con il d. lgs. 157 del 2006 viene stabilito che “i piani paesaggistici, in base alle caratteristiche naturali e storiche, individuano ambiti definiti in relazione alla tipologia, rilevanza e integrità dei valori paesaggistici” (art. 135, comma 2); ciò riconferma l’impostazione originaria rispetto alle specifiche implicazioni derivanti dalla concezione “globale” della tutela paesaggistica. Viene ribadito che le Regioni approvano i Piani

28 Decreto Legislativo 24 marzo 2006 n. 157, “Disposizioni correttive ed integrative al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, in relazione al paesaggio”, pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 97 del 27 aprile 2006.

29 Cfr. CARPENTIERI P., *Art. 131*, in TROTTA G., CAIA G., AICARDI N. (a cura di), *Commentario al Codice dei beni culturali e del paesaggio*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2006, 125.

30 Così CARPENTIERI P., *Art. 135*, in TROTTA G., CAIA G., AICARDI N. (a cura di), *Commentario al Codice dei beni culturali e del paesaggio*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2006, 138-139.

paesaggistici “concernenti l’intero territorio regionale”, considerati strumenti espressamente chiamati a considerare l’intero territorio³¹, in piena sintonia con quel significato costituzionale ampio del “paesaggio”, inteso come “forma del territorio e dell’ambiente” sul quale si incontrano tanto l’autorevole dottrina quanto la giurisprudenza costituzionale.

3. L’interesse “reticolare” all’ambiente e l’ordinamento italiano

Nell’ordinamento giuridico italiano la conservazione della natura rappresenta il primo ambito in cui si manifesta il pubblico intervento: dalla funzione di protezione della natura, intesa secondo una concezione prevalentemente estetica e culturale³², si passa a forme di tutela dell’ambiente e degli ecosistemi, delle risorse naturali, della biomassa animale e vegetale, ed ancora al mantenimento della biodiversità e alla valorizzazione del patrimonio naturale nazionale³³.

Le fasi “storiche” di acquisizione e di trasferimento delle istanze di tutela ambientale nelle azioni di governo del territorio³⁴ transitano per: la legge urbanistica³⁵, il decreto e poi legge Galasso³⁶, la legge

31 Sottolinea specificamente questo aspetto nella sentenza della Corte cost. n. 51 del 2006. V., nel precedente regime, già Corte cost. n. 36 del 1995. Cfr. TRAINA D.M., *Le competenze degli enti territoriali*, in *Giust. amm.*, 2004, www.giustamm.it.

32 Legge 29 giugno 1939 n. 1497, “Protezione delle bellezze naturali”, pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 241 del 14 ottobre 1939.

33 Legge 6 dicembre 1991 n. 394, “Legge quadro sulle aree protette”, pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 292 del 13 dicembre 1991.

34 Il complesso degli istituti che presiedono la regolamentazione, il controllo, la gestione nell’uso del territorio viene definito “governo del territorio” (G.L. CONTI, *Dimensioni costituzionali del governo del territorio*, ed. provv., Milano, 2004, 176; cfr. anche G. MORBIDELLI, *La proprietà. Il governo del territorio*, in G. AMATO, A. BARBERA, *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1991, 749; P. STELLA RICHTER, *I principi del diritto urbanistico*, Milano, 2002, 18). La dottrina conia la nozione di “governo del territorio” al fine di evidenziare come non esista una riserva assoluta di disciplina del territorio a favore degli strumenti urbanistici e per chiarire come nel territorio convergano una molteplicità di regolamentazioni, poste da leggi diverse e con finalità differenti. Tale nozione non conosce un’esplicita definizione normativa statale; ma appare nella legislazione regionale, nel periodo antecedente alla riforma costituzionale del Titolo V della Costituzione e, precisamente, nella legge regionale della Toscana del 16 gennaio 1995 n. 5, nella legge regionale della Basilicata dell’11 agosto 1999 n. 23 e, infine, nella legge regionale del Lazio del 22 dicembre 1999 n. 38.

35 Legge 17 agosto 1942 n. 1150, pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 244 del 16 ottobre 1942.

36 Legge 8 agosto 1985 n. 431, “Conversione in legge con modificazioni del decreto legge 27 giugno 1985, n. 312 concernente disposizioni urgenti per la tutela delle zone di particolare interesse ambientale”, pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 197 del 22 agosto del 1985.

183/89³⁷, le dichiarazioni, le convenzioni internazionali e le direttive comunitarie, la legge sui parchi (prima legge 394/91³⁸ e poi legge 426/98³⁹), l'attuale diffusione dei concetti di "reticolarità ecologica". Il comune denominatore di tali "tasselli" normativi è il progressivo inserimento dell'ambiente e delle componenti naturali nella griglia di pianificazione territoriale ad ogni livello.

Nel contesto degli interventi territoriali, parlare di costante attenzione alle peculiarità naturali del territorio significa porre in atto un dialogo scientifico, politico-istituzionale, gestionale ove, in tutti i passaggi, l'esigenza ambientale ricopre un ruolo paritetico con quella infrastrutturale, produttiva, residenziale e culturale. Alcune evoluzioni concettuali portano a pensare che la considerazione degli oggetti ambientali urbani e territoriali in chiave sistemica sia parte del percorso culturale della "prospettiva reticolare" della pianificazione⁴⁰. Le attuali proposte regolamentari di maggior successo si agganciano alla figura delle "reti ecologiche" interne ed esterne alla città⁴¹. La tendenza europea è quella di costituire reti ecologiche nazionali

37 Legge 18 maggio 1989 n. 183, "Norme per il riassetto organizzativo e funzionale della difesa del suolo", pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 120 del 25 maggio 1989.

38 Legge 6 dicembre 1991 n. 394, "Legge quadro sulle aree protette", pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 292 del 13 dicembre del 1991.

39 Legge 9 dicembre 1998 n. 426, "Nuovi interventi in campo ambientale", pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 291 del 14 dicembre 1998.

40 GAMBINO R., *Reti urbane e spazi naturali*, in SALZANO E., *La città sostenibile*, Ed. delle Autonomie, Roma, 1992. DEMATTEIS G., EMANUEL C., *La diffusione urbana, interpretazioni e valutazioni*, in: DEMATTEIS G., *Il fenomeno urbano in Italia: interpretazioni, prospettive, politiche*, Angeli ed., Milano, 1994.

41 La reticolarità ecologica e la continuità ambientale europea si stanno diffondendo all'interno delle azioni di governo del territorio. Basti pensare alle iniziative in corso già da alcuni anni in Belgio, Francia, Cecoslovacchia, Albania, Danimarca, Estonia, Germania, Ungheria, Lituania, Polonia, Portogallo, Russia, Slovenia, Spagna, Svizzera, Inghilterra, Olanda e Italia. Le iniziative a carattere nazionale rappresentano generalmente una risposta all'emanazione delle direttive CEE 79/407/EC, 92/43/EC e del programma *The European Ecological Network*, che riguardano le esigenze di mantenimento della biodiversità attraverso la conservazione di *habitat* naturali in vario modo interconnessi alla scala paneuropea. Indicazioni diverse provengono anche da Agenda XXI con riferimenti ai rapporti ecologici tra gli ambienti umanizzati e quelli ancora naturali; infatti, nel capitolo 13 del documento *Managing fragile ecosystems: sustainable mountain development* e nel capitolo 15 *Conservation of biological diversity*, il punto g recita: *Take action where necessary for the conservation of biological diversity through the in situ conservation of ecosystems and natural habitats, as well as primitive cultivars and their wild relatives, and the maintenance and recovery of viable populations of species in their natural surroundings, and implement ex situ measures, preferably in the source country. In situ measures should include the reinforcement of terrestrial, marine and aquatic protected area systems and embrace, inter alia, vulnerable freshwater and other wetlands and coastal ecosystems, such as estuaries, coral reefs and mangroves.*

integrando diverse tipologie connettive: urbane, locali e territoriali.

In Italia la questione della reticolarità ambientale viene affrontata da qualche anno e, in tal senso, si apprezzano contributi di studio e di applicazione⁴². Si segnala la politica del Ministero dell'ambiente nell'ambito dell'impegno dei fondi strutturali 2000-2006, associata al contributo del programma pluriennale condotto dall'Agenzia nazionale per la protezione dell'ambiente (ANPA)⁴³, in collaborazione con l'Istituto nazionale di urbanistica (INU) per la stesura delle "Linee guida per la gestione delle aree di collegamento ecologicofunzionale".

Nell'ambito del III rapporto annuale sulla qualità dell'ambiente urbano dell'APAT (2006), il tema "Natura e reti ecologiche" ha suscitato particolare interesse, soprattutto per i dati relativi al verde urbano e alla relativa gestione comunale. Le tipologie di verde urbano sono così distinte in: aree di arredo urbano (spartitraffico, aree di sosta, aiuole...), aree speciali (giardini scolastici, orti botanici e vivai, giardini zoologici, cimiteri...), parchi urbani, verde storico (ville, parchi e giardini che hanno interesse artistico), verde attrezzato (parchi gioco, piste ciclabili, centri sportivi...)⁴⁴. Sono, inoltre, individuati quali indicatori

42 Vedi BULGARINI F., *La carta delle aree selvagge come base per l'individuazione di possibili connessioni*, Dossier, Attenzione n. 16, Roma, 1999; SCHILLECI F., *La rete ecologica, uno strumento per la riqualificazione del territorio*, in BALDI M.E., *La riqualificazione del paesaggio*, La Zisa Ed., Palermo, 1999. INU, ANPA, 2001, *Linee guida per la gestione delle aree di collegamento ecologico-funzionale*, Rapporto finale, ANPA, Roma.

43 Le funzioni tecnico-operative dell'ANPA sono state assorbite dall'Agenzia per la protezione dell'ambiente e per i servizi tecnici (APAT). L'APAT svolge i compiti e le attività tecnico-scientifiche di interesse nazionale per la protezione dell'ambiente, per la tutela delle risorse idriche e della difesa del suolo, secondo quanto indicato nell'art. 2, comma 2, dello Statuto (pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 222 del 21/09/2002). Oggi, con decreto legge del 3 ottobre 2006 n. 262 l'APAT si configura come persona giuridica di diritto pubblico e ordinamento autonomo, con autonomia tecnico-scientifica, regolamentare, organizzativa, gestionale, patrimoniale finanziaria e contabile.

44 Nella definizione di verde urbano ricadono differenti tipi di aree verdi che si distinguono fondamentalmente per la fruibilità da parte dei cittadini: verde di arredo, aree protette, giardini e parchi pubblici, verde cimiteriale, aree agricole, vivai, verde privato. Le aree verdi offrono spazi ricreativi, educativi, per le relazioni sociali ed esteticamente contribuiscono a dare alla città un'immagine di maggiore vivibilità, - v. MIRABILE M., *La natura in città: il verde urbano e la biodiversità*, in *Qualità dell'ambiente urbano*, I Rapporto APAT -, quindi, assolvono parecchie funzioni: sociali, ricreative e psicologiche, oltre che culturali (ad esempio giardini, orti botanici, parchi storici). Numerosi sono, poi, i benefici ecologici connessi alla presenza di aree verdi: il miglioramento del clima urbano, l'assorbimento degli inquinanti atmosferici, la riduzione dei livelli di rumore, l'attenuazione della luce eccessiva, la ritenzione idrica, la stabilizzazione del suolo e la riduzione dell'erosione. Il verde urbano contribuisce ad arricchire la biodiversità nelle città, in quanto fornisce l'*habitat* per molte specie animali e vegetali. In questo modo viene contrastata la banalizzazione ecosistemica prodotta dall'uomo e viene favorita la conservazione della natura.

ambientali urbani: la percentuale di verde urbano (gestito dal Comune) sulla superficie comunale⁴⁵ e la disponibilità *pro capite* di verde urbano totale⁴⁶ e per tipologia. Dall'osservazione di tali elaborazioni si evince il consolidato impegno della Pubblica amministrazione sulle problematiche ambientali, territoriali e sociali legate alle città e all'urbanizzazione.

3.1 *Un quadro normativo di sintesi*

La disciplina giuridica rivolta alla tutela dell'ambiente nasce, anzitutto, sul piano del diritto internazionale. Si tratta di una produzione normativa che ha assunto dimensioni significative a partire dalla prima metà degli anni Settanta e che è in progressiva espansione.

A livello sopranazionale si impone il ruolo fondamentale della normativa comunitaria per la tutela dell'ambiente. Sin dal trattato CEE, in particolare, si presenta la necessità di un intervento comunitario indirizzato alla tutela dell'ambiente: tale assunto viene desunto, in via interpretativa, dalla formulazione dell'art. 2, dove si fa riferimento all'esigenza di uno "sviluppo armonioso delle attività economiche nell'insieme della Comunità" e di "una espansione continua ed equilibrata, una stabilità accresciuta, un miglioramento più rapido del tenore di vita e più strette relazioni fra gli Stati che ad essa partecipano". Il primo atto comunitario che fa riferimento alla protezione e al miglioramento dell'ambiente in

Infine, le aree verdi migliorano la qualità della vita anche dal punto di vista economico: la presenza di vegetazione attrae i turisti ed i compratori, le case con giardino od adiacenti ad aree verdi hanno un valore di mercato superiore; i parchi, i giardini, le ville e le aree protette richiedono manutenzione e si creano così posti di lavoro (*Urban & Community Forestry*, 1997; *Savard, Clergeau & Mennechez*, 2000).

45 Elaborazioni APAT su dati ISTAT in riferimento al periodo 2000-2001. Si segnala una certa incompletezza di dati. Nel caso di Brescia, per esempio, l'assenza di informazioni è dovuta alla mancanza all'epoca di un sistema informatico e una schedatura precisa delle aree; per Roma, invece, il valore riportato non comprende i giardini scolastici non essendo tale dato disponibile e ancora per Reggio Calabria non sono disponibili dati. Inoltre, per Taranto non sono riportati dati in quanto, secondo la metodologia seguita dall'ISTAT, i valori registrati non raggiungono la metà dell'ordine minimo considerato e, infine, per Messina nel 2003, Catania nel 2001 e Cagliari nel 2002 non si conoscono i dati utili per il calcolo dell'indicatore usato per la relativa analisi statistica.

46 Elaborazioni APAT su dati ISTAT in riferimento al periodo 2000-2001. Nel caso del Comune di Brescia l'assenza di informazioni è dovuta alla mancanza all'epoca di un sistema informatico e una schedatura precisa delle aree; per Roma il valore riportato non comprende i giardini scolastici non essendo tale dato disponibile e per Reggio Calabria non sono disponibili dati. Inoltre, per Catania nel 2001 e Cagliari nel 2002 non si conoscono i dati per questo indicatore.

generale, è la prima comunicazione in materia di ambiente, presentata dalla Commissione al Consiglio il 22 luglio 1971⁴⁷.

A livello interno, la disciplina ambientale di produzione nazionale rivela un consistente ricorso allo strumento legislativo. Oltre alle fonti primarie, la materia risulta disciplinata in atti di rango sub-legislativo, i quali non sempre assumono le forme proprie degli atti normativi in senso stretto, bensì quelle degli atti amministrativi generali a contenuto normativo.

Accanto alle fonti statali, devono essere considerati anche gli atti normativi delle Regioni, alle quali, nonostante l'assenza nella versione originaria dell'art. 117 Cost. di un riferimento esplicito alla tutela dell'ambiente, la giurisprudenza costituzionale ha riconosciuto, fin dalla metà degli anni ottanta, una specifica competenza legislativa generale in questa materia⁴⁸. Così fino ad arrivare agli interventi di gestione e regolamento degli enti locali.

La normativa in materia di ambiente è altresì la risultante di diversificate connessioni in un complesso quadro di esigenze ambientali che trovano risposta sul territorio in azioni e strumenti di *governance* specifici.

In materia di verde urbano, nello specifico, si suole fare riferimento a disposizioni normative che hanno prodotto veri e propri *start-up* nella regolamentazione. Nel 1968, un importante intervento normativo promana dal Ministro per i lavori pubblici che, di concerto con il Ministro per l'interno, ha decretato nuove disposizioni per i nuovi piani regolatori generali ed i relativi piani particolareggiati e lottizzazioni convenzionate (anche rispetto ai nuovi regolamenti edilizi con annesso programma di fabbricazione e connesse lottizzazioni convenzionate; e, infine, alle revisioni degli strumenti urbanistici esistenti). Si è pervenuti con il D.M. 2 aprile 1968 n. 1444 ad una classificazione delle varie zone urbanistiche mediante l'individuazione dei caratteri essenziali e la predisposizione di una disciplina unitaria da recepire nella formazione e nella revisione degli strumenti urbanistici che, in adempimento del disposto dell'art. 17 legge 6 agosto 1967 n. 765, ha individuato *i limiti inderogabili di densità edilizia, di altezza, di distanza tra i fabbricati, nonché i rapporti massimi tra spazi destinati agli insediamenti residenziali e produttivi e spazi pubblici o riservati alle attività*

47 *Boll. CEE*, 1971, n. 9/10, 58 ss..

48 Cfr. le sentenze n. 183 del 1987 e n. 382 del 1999.

collettive, a verde pubblico o a parcheggi, relativamente a cinque “zone territoriali omogenee”. Viene stabilita la dotazione di verde pubblico per ciascun abitante in modo che “per gli insediamenti residenziali, i rapporti massimi di cui all’art. 17 - penultimo comma - della legge n. 765, sono fissati in misura tale da assicurare per ogni abitante - insediato o da insediare - la dotazione minima, inderogabile, di mq. 18 per spazi pubblici o riservati alle attività collettive, a verde pubblico o a parcheggio, con esclusione degli spazi destinati alle sedi varie” (art. 3, comma 1)⁴⁹. La traduzione normativa degli *standard* individuati ha comportato non pochi problemi interpretativi e l’ordinamento nazionale nel tempo ha subito e continua subire progressive evoluzioni.

La giurisprudenza ha precisato che la ripartizione del territorio comunale in zone omogenee è stata voluta dalla “legge ponte”⁵⁰ in funzione dell’applicazione di *standard* urbanistici, e non come limite all’attività pianificatoria del Comune. L’Amministrazione comunale ha la libertà di imprimere alle varie parti del suo territorio la destinazione urbanistica che ritiene più confacente ai bisogni della collettività (art. 7, legge urbanistica⁵¹). A supporto di tale assunto l’art. 2 del D.M. 1444, il quale richiama la nozione di “zona territoriale omogenea” e ne definisce gli elementi di classificazione “ai sensi e per gli effetti dell’art. 17, legge 6 agosto 1967, n. 765”, cioè ai soli fini dell’applicazione, per ciascuna zona, degli *standard* che conseguono alla sua classificazione⁵².

Nell’ambito della conservazione della natura e della tutela della biodiversità, ad esempio, gli obiettivi fondamentali, indicati in numerosi documenti, protocolli di intesa o accordi internazionali, consentono di individuare i precisi impegni e norme vincolanti per gli

49 Decreto ministeriale 2 aprile 1968 n. 1444, “Limiti inderogabili di densità edilizia, di altezza, di distanza fra i fabbricati e rapporti massimi tra spazi destinati agli insediamenti residenziali e produttivi e spazi pubblici o riservati alle attività collettive, al verde pubblico o a parcheggi da osservare ai fini della formazione dei nuovi strumenti urbanistici o della revisione di quelli esistenti, ai sensi dell’art. 17 della legge 6 agosto 1967, n. 765”, pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 97 del 16 aprile 1968.

50 Legge 6 agosto 1967 n. 765. Tale legge costituisce l’unica vera e importante (anche se parziale e incompleta) riforma della legge urbanistica del 1942 che si è avuta sino ad oggi.

51 I commi 2, 3 e 4 sono stati dichiarati incostituzionali con sentenza della Corte Costituzionale n. 179 del 20 maggio 1999, nella parte in cui si consente all’amministrazione di reiterare i vincoli urbanistici scaduti, preordinati all’espropriazione o che comportino l’inedificabilità, senza la previsione di indennizzo secondo le modalità legislativamente previste ed in conformità ai principi.

52 Cons. Stato IV, 31 gennaio 1989 n. 71; IV 15 aprile 1986 n. 268, in *Foro Amm.*, 1989, I, 73; 1986, I, 656.

Stati sottoscrittori (si pensi alla Convenzione di Ramsar del 1971, alla Convenzione di Rio de Janeiro del 1992, alla Direttiva 79/409/CEE “Uccelli”, alla Direttiva 92/43/CEE “Habitat”). A livello nazionale, alcuni importanti atti legislativi o normativi, a cui si fa riferimento, sono: la legge 394/1991, riguardante le aree protette; la legge 157/1992, inerente la protezione della fauna selvatica omeoterma; la delibera del CIPE del 16 marzo 1994 sull’“Approvazione delle linee strategiche per l’attuazione della Convenzione di Rio de Janeiro e per la redazione del Piano nazionale sulla biodiversità”; il DPR 357/1997 di attuazione della Direttiva 92/43/CEE riguardante gli *habitat*; il d. lgs. 42/2004, “Codice dei beni culturali e del paesaggio, ai sensi dell’articolo 10 della Legge 6 luglio 2002, n. 137”. Prima di arrivare al Codice suddetto, la disciplina dei beni culturali e ambientali ha subito una certa evoluzione: il primo intervento legislativo è la legge 29 giugno 1939 n. 1497 e il relativo regolamento di attuazione emanato con R.D. 3 giugno 1941 n. 1357; il secondo intervento fondamentale arriva nel 1985 con la legge Galasso; si arriva così al decreto legislativo 29 ottobre 1999 n. 490 (in cui confluiscono la legge 1497/1939 e la legge 431/1985) che viene, poi, abrogato dal Codice dei beni culturali e del paesaggio⁵³; e, infine, si arriva al d. lgs. 157/2006. Ma l’analisi dei riferimenti normativi deve necessariamente avere un comune denominatore rappresentato dalle linee programmatiche dettate dall’Unione Europea in materia ambientale: il sesto Programma di azione per l’ambiente⁵⁴ e la Strategia tematica di riferimento per le politiche sull’ambiente urbano⁵⁵.

Il sesto Programma d’azione (2000-2010) ha definito le nuove priorità in materia ambientale, anche alla luce di un’Europa allargata. Il Programma contiene, essenzialmente, cinque priorità che vanno dal miglioramento delle politiche ambientali al tener conto delle logiche del mercato e della competitività nei confronti degli altri sistemi economici. Nell’ambito di questo nuovo Programma è presente, altresì, la necessità di rafforzare il ruolo dei cittadini nelle politiche comunitarie per una “gestione verde” del

53 L’art. 184, comma 1, decimo trattino, ha abrogato il Decreto legislativo 29 ottobre 1999 n. 490, “Testo unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali, a norma dell’art. 1 della legge 8 ottobre 1997, n. 352”, pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 302 del 27 dicembre 1999.

54 COM (2001) 31, *Ambiente 2010: il nostro futuro, la nostra scelta – Sesto programma di azione per l’ambiente*.

55 COM (2005) 718, *Strategia tematica sull’ambiente urbano*.

territorio. Sono presenti quattro nuovi temi ambientali che, all'orizzonte del 2010, dovranno essere sviluppati: i cambiamenti climatici; la natura e la biodiversità; l'ambiente e la salute; i rifiuti e le risorse naturali.

Il sesto Programma di azione per l'ambiente propone un quadro sintetico delle politiche ambientali in atto e programmate dall'Unione europea; focalizza l'attenzione sul ruolo della pianificazione, soprattutto quella di scala locale o regionale, nel determinare il carattere e l'intensità dell'uso del territorio e nel regolare attività che spesso hanno un notevole impatto sulle condizioni ambientali. Ciò è valido anche per la problematica del verde urbano che risente anche delle scelte operate su scala urbana attraverso gli strumenti di pianificazione urbanistica. E per valutare preventivamente e controllare le ricadute ambientali degli strumenti di pianificazione è stata istituita la Valutazione ambientale strategica⁵⁶. In base alla Direttiva 2001/42/CE⁵⁷ la VAS si applica a tutti i piani e programmi che possano avere effetti significativi sull'ambiente, ma è nella competenza degli Stati membri decidere a quali piani previsti dalle legislazioni nazionali si applichi tale procedura. In Italia alcune regioni hanno stabilito di applicare la VAS anche ai piani urbanistici⁵⁸. La tutela dell'ambiente urbano prevede, quindi, diversi obiettivi di pianificazione territoriale sostenibile, in stretta connessione con la "proliferazione urbana" e la promozione della biodiversità. Tali previsioni sono importanti anche sotto il profilo delle misure finanziarie che la Commissione stanziava a supporto delle politiche pubbliche ambientali.

Ai sensi dell'art. 117 Cost. ital., il governo del territorio è materia di legislazione concorrente tra Stato e regioni; questo significa che la normativa nazionale detta le linee generali di indirizzo della pianificazione territoriale e urbanistica e le regioni fanno il resto. Le scelte legate al tema del verde urbano sono contenute nella normativa nazionale ma con fondamentale rinvio agli atti legislativi e pianificatori emanati a livello locale. Per questo un'analisi della normativa deve muoversi in particolare tra il livello regionale e quello comunale, attraverso l'analisi di misure specifiche presenti negli strumenti di pianificazione urbanistica e ambientale.

⁵⁶ In Italia la VAS è attualmente disciplinata dal d. lgs. 3 aprile 2006 n. 152.

⁵⁷ Direttiva 2001/42/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 giugno 2001 concernente la valutazione degli effetti di determinati piani e programmi sull'ambiente.

⁵⁸ L.r. Lombardia 12/2005, art. 4; l.r. Veneto 11/2004, art. 4; l.r. Campania 16/2004, art. 47; l.r. Friuli Venezia Giulia 11/2005, art. 3; l.r. Emilia Romagna 20/2000, art. 5.

4. Strumenti amministrativi per la gestione del verde urbano

Alle Amministrazioni pubbliche si chiede di gestire il verde urbano in modo tale da renderlo elemento rilevante negli indirizzi di governo e nella pianificazione territoriale. Il futuro del verde pubblico e privato e la sostenibilità delle nostre città sono, quindi, assegnate all'operatività delle Amministrazioni pubbliche, sia nella gestione che nell'implementazione di strumenti amministrativi idonei per il conseguimento degli obiettivi preposti nelle linee programmatiche di governo.

Il d. lgs. 267/2000⁵⁹ contiene i principi e le disposizioni in materia di ordinamento degli enti locali; in particolare, l'art. 19 elenca, al comma 1, i settori di amministrazione della Provincia, "vaste zone intercomunali o sull'intero territorio provinciale", e afferma, al comma 2, che "la Provincia, in collaborazione con i comuni e sulla base di programmi da essa proposti, promuove e coordina attività nonché realizza opere di rilevante interesse provinciale sia nel settore economico, produttivo, commerciale e turistico, sia in quello sociale, culturale e sportivo". L'art. 20, poi, specifica i compiti di programmazione della Provincia, tra cui la realizzazione di piani territoriali di coordinamento⁶⁰. In merito ai

59 Decreto legislativo 18 agosto 2000 n. 267, "Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali", pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 227 del 28 settembre 2000.

60 Art. 20. Compiti di programmazione "La provincia: a) raccoglie e coordina le proposte avanzate dai comuni, ai fini della programmazione economica, territoriale ed ambientale della regione; b) concorre alla determinazione del programma regionale di sviluppo e degli altri programmi e piani regionali secondo norme dettate dalla legge regionale; c) formula e adotta, con riferimento alle previsioni e agli obiettivi del programma regionale di sviluppo, propri programmi pluriennali sia di carattere generale che settoriale e promuove il coordinamento dell'attività programmatica dei comuni.

La provincia, inoltre, ferme restando le competenze dei comuni ed in attuazione della legislazione e dei programmi regionali, predispone ed adotta il piano territoriale di coordinamento che determina gli indirizzi generali di assetto del territorio e, in particolare, indica: a) le diverse destinazioni del territorio in relazione alla prevalente vocazione delle sue parti; b) la localizzazione di massima delle maggiori infrastrutture e delle principali linee di comunicazione; c) le linee di intervento per la sistemazione idrica, idrogeologica ed idraulico-forestale ed in genere per il consolidamento del suolo e la regimazione delle acque; d) le aree nelle quali sia opportuno istituire parchi o riserve naturali.

I programmi pluriennali e il piano territoriale di coordinamento sono trasmessi alla regione ai fini di accertarne la conformità agli indirizzi regionali della programmazione socio-economica e territoriale.

La legge regionale detta le procedure di approvazione nonché norme che assicurino il concorso dei comuni alla formazione dei programmi pluriennali e dei piani territoriali di coordinamento.

5. Ai fini del coordinamento e dell'approvazione degli strumenti di pianificazione territoriale predisposti dai comuni, la provincia esercita le funzioni ad essa attribuite dalla regione ed ha, in ogni caso, il compito di accertare la compatibilità di detti strumenti con le previsioni del piano territoriale di coordinamento.

regolamenti, l'art. 7 conferisce alla Provincia, ma anche al Comune, la potestà regolamentare "nelle materie di propria competenza ed in particolare per l'organizzazione e il funzionamento delle istituzioni e degli organismi di partecipazione, per il funzionamento degli organi e degli uffici e per l'esercizio delle funzioni".

Al Comune "spettano...tutte le funzioni amministrative che riguardano la popolazione ed il territorio comunale, precipuamente nei settori organici dei servizi alla persona e alla comunità, dell'assetto ed utilizzazione del territorio e dello sviluppo economico, salvo quanto non sia espressamente attribuito ad altri soggetti dalla legge statale o regionale, secondo le rispettive competenze. Il Comune, per l'esercizio delle funzioni in ambiti territoriali adeguati, attua forme sia di decentramento sia di cooperazione con altri comuni e con la Provincia" (art. 13, d. lgs. 267/2000). L'art. 78 del DPR n. 616/77⁶¹ attribuisce, inoltre, ai Comuni, così come, ai sensi dell'art. 118, comma 1, Cost. ital., le funzioni amministrative in materia di interventi per la protezione della natura, con la collaborazione della Regione. Così i comuni concorrono alla realizzazione delle attività a tutela del verde urbano, insieme allo Stato, alle regioni a statuto speciale ed ordinario, alle province autonome di Trento e di Bolzano, alle province, alle comunità montane e ai consorzi di bonifica e di irrigazione (art. 53, comma 2, d. lgs. 152/2006).

Le attività di tutela ambientale comprendono una razionale pianificazione di interventi. Nella maggior parte dei Comuni (e non solo in quelli di maggiori dimensioni) si auspica l'affiancamento, al Piano urbanistico comunale (PUC), di una regolamentazione *ad hoc* e di un Piano del verde urbano⁶². Nella fattispecie, il Regolamento del verde urbano costituisce uno degli strumenti di pianificazione comunale utili al fine di ottenere un'organica gestione del verde cittadino e, generalmente, si collega direttamente agli altri documenti integrativi

6. Gli enti e le amministrazioni pubbliche, nell'esercizio delle rispettive competenze, si conformano ai piani territoriali di coordinamento delle province e tengono conto dei loro programmi pluriennali. ”.

61 Decreto Presidente Repubblica 24 luglio 1977 n. 616, "Attuazione della delega di cui all'art. 1 della L. 22 luglio 1975, n. 382", pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 234 del 29 agosto 1977.

62 Le disposizioni contenute nei regolamenti comunali disciplinano in genere: le modalità di impianto, di manutenzione e di difesa di aree verdi pubbliche e private esistenti; i criteri di progettazione e di realizzazione di nuove aree verdi; la tutela di parchi e giardini pubblici, di aree di pregio ambientale-storico-paesaggistico, quali le aree forestali e quelle aree agricole non interessate dalle coltivazioni, nonché canali, fossi e aree golenali.

del Piano regolatore generale (PRG) come: il Piano del verde⁶³, il Piano manutentivo, il Censimento delle aree verdi, il Piano territoriale di coordinamento paesistico ed i vincoli paesaggistici⁶⁴.

Assumendo il verde urbano, sia privato sia pubblico, come “valore paesaggistico” da tutelare, e considerando che le trasformazioni urbane e l’antropizzazione del territorio periurbano riducono gli spazi naturali, il regolamento si pone come strumento di indirizzo per la progettazione, la gestione e la manutenzione degli spazi verdi, nel rispetto della vegetazione e delle condizioni ambientali in cui essa si sviluppa.

Per avere maggiore consapevolezza sull’impostazione dei regolamenti comunali è opportuno analizzare la struttura delle disposizioni che disciplinano il verde urbano. Nella maggior parte dei comuni con un’elevata densità di popolazione la fase di *start-up* per disporre di un regolamento che interessa il verde urbano è spesso affiancato dal coinvolgimento dei c.d. *stakeholder* (portatori di interesse). L’informazione ambientale rappresenta così il cuore del processo regolamentare, con palese necessità di rendere consapevoli i cittadini sull’importanza della vegetazione nell’ambiente urbano, considerandola altresì patrimonio del tessuto cittadino.

4.1 *La regolamentazione del verde nei comuni italiani*

Secondo una prima indagine condotta sull’84% circa dei comuni capoluogo di provincia⁶⁵ risultano frequenti e diverse le norme che riguardano la gestione del verde urbano: regolamenti di settore,

63 Si tratta di un documento progettuale che si occupa dell’organizzazione e della pianificazione del verde urbano e che in molte città è conosciuto come piano di *urban forestry*.

64 La riforma del Testo unico degli enti locali, pur affidando esplicitamente ai Comuni la “gestione urbanistica” dei propri territori, mantiene alla Provincia il compito di predisporre il Piano territoriale di coordinamento, determinando gli indirizzi generali di assetto del territorio. Previsione normativa presente già nella legge 8 giugno 1990 n. 142, sull’“Ordinamento delle autonomie locali” (art. 15, comma 2).

Riprendendo la definizione della legge urbanistica nazionale del 1942 n. 1142, viene definito così il Piano di coordinamento e si identificano le finalità dello stesso nel compito di determinare gli indirizzi generali di assetto del territorio facendo “particolare” riferimento ai specifici ambiti tematici indicati nella normativa.

65 Cfr. Relazione di SENESI G., *Stato dell’arte della regolamentazione del verde urbano in Italia. Prima indagine sui comuni capoluogo di provincia*, Convegno sulla regolamentazione del verde urbano, Bari, 2001.

ordinanze sindacali, deliberazioni comunali, norme di carattere edilizio ed urbanistico. Nel 2001 la diffusione di regolamenti risulta ancora essere inferiore al 20%; quasi i $\frac{3}{4}$ delle amministrazioni censite hanno norme di carattere specifico che riguardano prevalentemente le specie da utilizzare, la salvaguardia delle piante esistenti, il modo di fruire i parchi ed i giardini. Oggi lo stato dell'arte della regolamentazione del verde urbano in Italia mostra un incremento nella produzione di regolamenti comunali del verde urbano. Anche se, a livello territoriale, si presenta una situazione molto articolata: da un lato, maggiore interesse è riscontrato nelle regioni del centro nord e, dall'altro, quasi il 60% dei comuni manifesta la volontà di dotarsi di un regolamento del verde urbano. Si manifesta così la necessità di favorire l'elaborazione di linee guida per la stesura e la valutazione delle norme, ma anche l'importanza della definizione di un quadro pianificatorio gestionale delle risorse urbane all'interno del quale il regolamento rappresenti uno dei capisaldi. Da qui l'interesse di definire e di implementare una "pianificazione" del verde urbano.

4.1.1 *Il verde pubblico e privato del Comune di Palermo*

In tale cornice rientra il percorso regolamentare del Comune di Palermo. Di recente, nell'ambito di un *forum* tematico promosso dall'Assessorato comunale all'ambiente e dall'unità operativa di Agenda XXI locale⁶⁶, è stata illustrata la bozza del Regolamento sul verde pubblico e privato del Comune di Palermo.

Il documento si apre con una premessa storica sul "verde e le sue trame nel disegno della città" (con un interessante ideogramma topografico di Palermo e dintorni con la dislocazione dei sistemi a verde, delle ville e delle emergenze monumentali) e, per facilitarne la consultazione, è suddiviso in nove titoli e sei allegati⁶⁷, per un totale di sessanta articoli. Le previsioni normative prendono in esame, sotto

⁶⁶ Forum "Verde pubblico e privato", 7 marzo 2007, Cantieri culturali della Zisa "Spazio Ducrot", Palermo.

⁶⁷ Allegato A, linee guida nella scelta delle specie vegetali da impiegare negli interventi di riqualificazione ambientale; allegato B, linee guida per la progettazione dei giardini pubblici a Palermo; allegato C, manomissioni e ripristini delle aree verdi e alberate della città; allegato D, carta dei giardini storici detta "Carta di Firenze"; allegato E, normativa nazionale concernente le principali misure di lotta obbligatoria; allegato F, schede per la tutela degli alberi.

diversi aspetti, la tutela del verde nella realtà urbana comunale, nonché l'uso e la fruizione degli spazi verdi in cui sono presenti le tipologie vegetazionali indicate. Il Titolo I, sulle "Disposizioni introduttive", definisce le finalità, le motivazioni e l'oggetto della disciplina del verde pubblico e privato (artt. 1-2), i principi ed i criteri di riferimento, facendo dapprima delle considerazioni generali sulle finalità e sulle connotazioni delle aree verdi, per poi occuparsi della rilevanza della comunità internazionale, della progettazione e pianificazione territoriale e paesaggistica e della vegetazione (art. 3). Il Titolo II identifica le diverse funzioni, tipologie ed ambiti di applicazione del verde urbano (artt. 4-5). Il Titolo III è dedicato alle "Norme di esclusione ed i divieti" (artt. 6-7). Il Titolo IV, invece, riguarda le "Disposizioni generali sul verde pubblico e privato", e stabilisce la fruizione, l'uso e la gestione degli spazi verdi, la sensibilizzazione e la promozione della cultura del verde, la tutela di pregio e monumentali (artt. 8-12).

Sotto il profilo organizzativo, si rileva la novità introdotta nel Titolo V in cui si dispone la costituzione dell'Ufficio per il verde e della Commissione coordinamento aree verdi (C.C.A.V.). La competenza dell'unità organizzativa per il verde riguarda la progettazione di nuove aree verdi, modifica o riqualificazione delle aree esistenti, pubbliche e private in cessione alla città. L'ufficio, inoltre, svolge una funzione di raccordo tra Amministrazione comunale, cittadinanza e tutte le realtà a vario titolo impegnate a migliorare la qualità del verde e dell'ambiente urbano (art. 13). In seguito viene regolamentata la procedura per la realizzazione di nuove opere destinate a verde pubblico, il progetto di sistemazione a verde ed elaborati progettuali, l'iter autorizzatorio per la realizzazione dei lavori, il collaudo e l'assunzione in carico...

I restanti titoli sono dedicati rispettivamente alle: "Disposizioni particolari sul verde pubblico" (Titolo VI, artt. 29-40), "Disposizioni particolari sul verde privato" (Titolo VII, artt. 41-44), "Disposizioni per gli utenti del verde pubblico" (Titolo VIII, artt. 45-53), "Disposizioni finali" (Titolo IX, artt. 54-60). Sono presenti anche sei allegati esplicativi per agevolare ed aiutare la comprensione del Regolamento stesso. L'allegato B, ad esempio, riguarda le linee guida per la progettazione dei giardini pubblici a Palermo, tipologia che rientra nella progettazione di aree verdi di piccole e medie dimensioni. Posto che qualsiasi intervento

di progettazione sul territorio comunale, a partire dalla pianificazione delle Amministrazioni pubbliche che stabilisce l'uso del territorio alla più semplice progettazione di un giardino, presuppone uno studio accurato preliminare ricercando dati in ordine all'ambiente e agli insediamenti circostanti, in relazione dello scopo dell'intervento esistono diverse scale di progettazione e, in ordine crescente, sono: la progettazione di aree verdi di piccole e medie dimensioni, la progettazione paesaggistica e la pianificazione territoriale. Infatti, la pianificazione territoriale consiste sostanzialmente nella scelta delle destinazioni più adatte da attribuire ad un determinato territorio in base alle vocazioni naturali dello stesso.

5. Il verde urbano e le pianificazioni

L'attività di pianificazione per la tutela ambientale si estrinseca in una pluralità di piani, ciascuno dei quali corrisponde ad una specifica tematica: paesaggio, parchi, acque, rifiuti, energia, etc.. E il confronto tra tali piani e, nello specifico, tra i piani urbanistici e quelli territoriali avviene secondo un approccio di integrazione ambientale, con una prevalenza dei primi rispetto ai secondi⁶⁸.

Nel corso degli anni si andata affermando l'esigenza di coordinare "urbanistica" con "ambiente" e "paesaggio", tenendo conto altresì della loro ontologica distinzione. La giustizia amministrativa, infatti, in relazione all'assoluta primarietà costituzionale della tutela del paesaggio e dell'ambiente⁶⁹, auspica un principio collaborativo sulla

68 Per maggiori chiarimenti cfr. SCIULLO G., *Pianificazioni ambientali e pianificazioni territoriali nello Stato delle autonomie*, in BASSI F. - MAZZARELLI L., *Pianificazioni ambientali e tutela dell'ambiente*, Torino, 2000, 28; MAZZARELLI V., *Commento all'art. 57 d. lgs. 112/98*, in FALCON G., *Lo Stato autonomista*, Bologna, 1998.

69 Indicativa è la posizione assunta dalla Sez. IV del Consiglio di Stato (Cons. Stato, Sez. IV, 1 Febbraio 2001, n. 420) che ha consolidato un orientamento (e con essa i giudici) circa l'insindacabilità dell'atto per l'ampia discrezionalità di cui gode il Comune, sottolineando come la scelta urbanistica dichiaratamente destinata a tutelare l'ambiente (destinazione di un'area a zona agricola o parco privato o verde pubblico), non necessita di una motivazione particolarmente ampia, in virtù del preminente valore costituzionale della tutela dell'ambiente. "È inammissibile, in sede di giurisdizione di legittimità, la censura che investe la scelta di politica urbanistica sottesa alla destinazione a zona agricola in quanto essa investe il merito dell'azione amministrativa" (Cons. Stato, Sez. IV, 8 maggio 2000, n. 2639, Com. Roma c. Ciarrocca C.G. e altri, in *Foro amm.*, 2000, 1667).

base del principio di leale cooperazione⁷⁰. La dottrina maggioritaria dichiara una certa prevalenza dei piani territoriali paesistici sugli strumenti di pianificazione urbanistica⁷¹ poiché svolgono la funzione di dettare norme minime inderogabili dai piani urbanistici di qualsiasi livello⁷². La disciplina urbanistica assume una funzione meramente attuativa di tali regole, trovando il proprio limite in detta normazione di livello sovraordinato⁷³. La pianificazione urbanistica comunale è tenuta ad adeguarsi ai piani paesistici⁷⁴. Da qui si osserva l'importanza assunta dalla pianificazione paesistica accanto ai diversi strumenti amministrativi di gestione ed uso del territorio.

Una parte della dottrina contesta tale ricostruzione in quanto sostiene che l'attuale regime di autonomia reciproca tra strumenti di tutela paesistica, da un lato, e piani urbanistici, dall'altro, non implica che per questi ultimi si debba presumere il conforme adeguamento ai primi. Si riflette così sull'implicazione del principio di leale cooperazione che non potrebbe implicare una generica sovraordinazione del piano paesistico al PRG comunale⁷⁵. Si rileva altresì come neppure il principio di prevalenza costituzionale dell'interesse ambientale giustificerebbe la sovraordinazione degli strumenti pianificatori qualora si pensi che determinati interventi edilizi, se consentiti da un piano paesistico, ben potrebbero essere legittimamente vietati dal piano regolatore. Ad ogni modo prevarrà la normativa più restrittiva, anche se prevista dal piano urbanistico⁷⁶.

70 T.A.R. Napoli Campania, 10 Settembre 1998, n. 2853 sez. I.

71 Si evince una certa sovraordinazione degli interessi alla salvaguardia dell'ambiente e del paesaggio. In materia cfr. ASSINI N., MANTINI P., *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 1997, 209; CUTRERA A., *Piani paesistici, territorio e legge Galasso*, in *Riv. giur. ambiente*, 1986, 37; ONIDA V., *Tutela del paesaggio e pianificazione territoriale*, ivi, 1989, 749; CIVITARESE MATTEUCCI S., *Riflessioni sulla pianificazione ambientale: l'attuazione della legge Galasso in Abruzzo*, ivi, 1992, 87; FUZIO R., *I nuovi beni paesistici*, Rimini, 1990, 212; ALIBRANDI T., FERRI P., *I beni culturali e ambientali*, Milano, 1995, 574; CIVITARESE MATTEUCCI S., *Paesaggio e beni ambientali*, in NESPOR S., DE CESARIS A.L., *Codice dell'ambiente*, Milano, 1999, 1087.

72 T.A.R. Lazio, Sez. I, 20 settembre 1989, n. 1270, in *Foro amm.*, I, 1990, 1559.

73 T.A.R. Lazio, Sez. I, 30 novembre 1989, n. 1729, in *T.A.R.*, 1989, I, 4204.

74 T.A.R. Liguria, Sez. I, 27 ottobre 1992, n. 389, in *Foro amm.*, 1993, I, 769.

75 D'ANGELO G., *Piani paesistici e legge Galasso: l'osservanza della legge è un optional?*, cit. La medesima tesi è stata ribadita dallo stesso Autore anche in *Piano paesistico e piano urbanistico: contenuti, funzioni e loro attualità*, in *Riv. giur. edilizia*, 1996, II, 163; nonché in *Legislazione urbanistica*, Padova, 1998, 214 ss.

76 In tal senso si esprime la giurisprudenza amministrativa sin da Cons. Stato, Sez. IV, 22 ottobre 1974, n. 668, in *Foro amm.*, 1974, I, 2, 1072. Da ultimo si veda T.A.R. Lazio, Sez. I, 12 dicembre 1994, n. 1943, in *Foro amm.*, 1995, I, 679.

Infine, alcune pronunce del Consiglio di Stato sembrano condurre verso ulteriori riflessioni. Il Consiglio, in sede consultiva, si è espresso per l'annullamento di ben sette piani territoriali paesistici approvati dalla Regione autonoma della Sardegna in ragione del *deficit* di tutela sotto diversi profili da cui gli stessi risultavano affetti e, in primo luogo, poiché venivano consentiti usi del territorio in contrasto con l'esigenza di salvaguardia del paesaggio cui mira l'art. 1-*bis* della legge 431/1985 e in violazione dei limiti stabiliti dalla normativa urbanistica⁷⁷. Si può dedurre così che la prevalenza del piano paesistico, precedentemente affermata, si fonda, dunque, sulla primarietà dell'interesse ambientale e l'eventuale previsione pianificatoria di quest'ultimo che dovesse prevedere una tutela dell'interesse paesaggistico inferiore a quella assicurata dagli strumenti urbanistico-territoriali verrebbe meno alla propria funzione e si rivelerebbe, quindi, illegittima sotto il profilo dell'eccesso di potere per sviamento dalla causa tipica assegnata dal modello legislativo. Tale situazione porterebbe all'annullamento di dette previsioni pianificatorie ovvero, se non tempestivamente impugnate, alla disapplicazione dal parte del giudice amministrativo.

A partire dai primi anni Novanta si è manifestata un'attenzione crescente da parte della pianificazione urbanistica verso le problematiche dello sviluppo sostenibile e, più in generale, verso le problematiche ambientali ed ecologiche. Tale interesse si è concretizzato in alcune esperienze significative di piani urbanistici comunali⁷⁸. Esperienze che in molti casi hanno chiarito la necessità di integrare urbanistica ed ecologia, in particolare relativamente ai due strumenti operativi delle due discipline, il PRG e la valutazione di impatto ambientale (VIA). Un'analoga attenzione si è successivamente registrata, verso la metà del decennio, nei diversi programmi sperimentali promossi dalla Dicoter⁷⁹, relativi alla riqualificazione urbana (Programmi di riqualificazione urbana, Programmi di recupero urbano, Programmi Urban, Contratti di

77 Cons. Stato, Sez. II consultiva, 13 maggio 1998, nn. 472, 473, 474 e 475; *Idem*, 20 maggio 1998, nn. 548, 549 e 550, *Riv. giur. ambiente*, 1999, 338, con nota di DELIPERI S.. Il Consiglio di Stato indica le caratteristiche della pianificazione territoriale paesistica.

78 OLIVA F., *Piani regolatori sostenibili*, in *Urbanistica*, 1999.

79 Acronimo di Direzione del coordinamento territoriale dell'allora Ministero dei lavori pubblici. Cfr. *Le azioni promosse dal MIITT- DICOTER: documento per la conferenza informale dei Ministri sulla coesione territoriale e le politiche urbane* (Rapporto di sintesi, conclusioni – Rotterdam 29, 30/11/2004).

quartiere) ed a quella territoriale (Programmi di riqualificazione urbana per lo sviluppo sostenibile del territorio), così come nei programmi ordinari promossi da alcune Regioni (Programmi integrati d'intervento).

L'interesse dell'urbanistica verso l'ecologia non si è tuttavia mai tramutata in un processo di integrazione e, tra i motivi che hanno rallentato la necessaria integrazione: una debolezza disciplinare del mondo dell'urbanistica, che non ha voluto generalizzare le sperimentazioni più fertili dell'integrazione tra urbanistica ed ecologia, facendo riferimento a formulazioni tanto generali quanto poco operative nelle leggi regionali⁸⁰; la ritardata coordinazione culturale e disciplinare da parte sia dell'urbanistica che dell'ecologia⁸¹. Ciò posto, l'integrazione tra urbanistica ed ecologia, tra i contenuti e gli strumenti fondamentali delle due discipline, appare necessaria per risolvere realmente le patologie ecologiche ed ambientali delle città e del territorio, garantendo un effettivo sviluppo sostenibile senza rinunciare all'indispensabile crescita economica.

Il verde urbano, "capitale" ambientale del territorio nazionale, costituisce (insieme alla rete ecologica) un sistema attraverso cui la naturalità pervade il territorio antropizzato ed esplica la sua funzione connettiva e di *buffer*. La tutela e la gestione di questo sistema hanno un ruolo fondamentale anche nel disegno del paesaggio del territorio e del paesaggio urbano, costituendo, al tempo stesso, obiettivo primario dell'amministrazione comunale, come si evidenzia anche dai vari piani strutturali comunali.

6. Osservazioni conclusive

La visione sistemica dell'ambiente, gli scenari ambientali e l'interpretazione dei dati rappresentano il principale indirizzo per focalizzare i molteplici aspetti di pianificazione e governo sostenibile

80 Sovente la dichiarazione di sostenibilità come principio fondante, però la cui necessaria declinazione operativa non viene mai fornita, sia nei piani, formalmente troppo spesso "sostenibili", ma non nell'effettiva strategia e nell'organizzazione normativa; è, infatti, importante dichiarare che il "governo del territorio" si deve basare operativamente sul principio di sostenibilità declinandosi nei piani ai vari livelli.

81 Basti pensare ad alcuni casi del processo partecipativo di Agenda XXI locale e relativi Piani di azione ambientale esplicitamente contrapposti al piano urbanistico di riferimento.

del territorio. Da questa complessità generale promanano fondamentali interconnessioni tra economia, ambiente e diritto.

Nel 2005 il tema selezionato per il *World environment day*⁸² è stato proprio “Green Cities” con lo slogan “Plan for the Planet!”. Questo consente di comprendere ulteriormente l’interesse, presente nell’agenda ambientale mondiale, verso la sostenibilità ambientale su tutti i fronti: *give a human face to environmental issues; empower people to become active agents of sustainable and equitable development; promote an understanding that communities are pivotal to changing attitudes towards environmental issues; and advocate partnership which will ensure all nations and peoples enjoy a safer and more prosperous future.*

La lettura integrata dei temi e la coniugazione di ricerca consentono anche di raccogliere un ampio ventaglio di *best practice* a supporto alle Amministrazioni pubbliche, favorendo, da un lato, la diffusione delle conoscenze in materia di governo sostenibile del territorio e di gestione amministrativa del verde urbano (richiamando all’attenzione, altresì, l’esperienza del Comune di Palermo) e, dall’altro, una lettura critica degli strumenti metodologici innovativi di pianificazione.

Riconoscendo l’importanza della tutela ambientale nella gestione del verde urbano, gli enti locali provvedono a regolamentarne la salvaguardia e tutela, l’uso, il mantenimento, il ripristino. Tale impostazione trova riferimento in molte recenti esperienze innovative in materia di pianificazione: “volendo estrapolare i principali contenuti innovativi rispetto all’approccio urbanistico tradizionale si può evidenziare quanto segue: 1. Il verde non è più concepito come elemento episodico di decoro o fruizione sociale, ma, prioritariamente, come parte di un complesso sistema di spazi aperti, ove clima, vegetazione, suolo, sottosuolo, acque superficiali, acque sotterranee, vengono studiati con metodi infradisciplinari in funzione del riequilibrio e della rigenerazione ambientale della città. 2. A questi fini, nell’approccio analitico diagnostico, non c’è contrapposizione tra verde urbano (con funzioni igieniche, di decoro, fruizione) ed extraurbano (con funzioni agricole e

⁸² Il *World Environment Day*, celebrato ogni anno il 5 giugno in più di cento paesi sparsi per il mondo, è considerato uno dei più importanti eventi sul “calendario ambientale”. Tale manifestazione rappresenta per le Nazioni Unite uno dei principali veicoli attraverso cui stimolare l’attenzione mondiale ai temi ambientali: “worldwide awareness of the environment and enhances political attention and action”.

forestali), né tra verde pubblico (oggetto degli *standard*) e verde privato (mai sufficientemente indagato nell'urbanistica tradizionale); c'è invece una considerazione globale e sistemica di questi spazi tesa a verificarne le capacità di protezione delle risorse naturali fondamentali e di compensazione nei confronti del crescente artificio prodotto dalla città.

3. Il verde non si caratterizza più come una mera componente urbana che dipende da quantità e ubicazione degli insediamenti e, pertanto, viene definita a valle del processo di pianificazione, bensì innanzitutto come una componente di fondamentale importanza per la rigenerazione ecologico ambientale della città e come tale destinata ad essere trattata "a monte" del processo pianificatorio, allorché l'indagine analitico-diagnostica consente di definire gli indirizzi normativi e progettuali per il superamento delle patologie ambientali. È così che, definite le azioni occorrenti per il risanamento e la ricostruzione del sistema ambientale, vengono individuati i ruoli che a questo fine possono svolgere le aree verdi (urbane ed extraurbane, pubbliche e private), in armonia con i caratteri storico-culturali dei luoghi, i relativi requisiti tipologici e formali. Solo a questo punto vengono selezionate le funzioni urbanistiche compatibili e le modalità di fruizione del verde, mentre le trasformazioni territoriali sulle altre aree vengono indirizzate e disciplinate in modo da non contraddire i presupposti di risanamento ambientale già delineati"⁸³.

In riferimento ai modelli culturali della sostenibilità delle aree urbane e al ruolo del verde dentro le città, significativa è la riscoperta, ad esempio, dell'importanza degli orti urbani, che sono oggetto di un movimento di una ritrovata agricoltura *self-made* (c.d. *urban agriculture*), pienamente in linea con gli obiettivi di Agenda XXI.

Nell'ambito di una coscienza emergente e di fronte agli attuali squilibri ambientali delle città contemporanee, avanza l'idea di una *green city*: una rinaturalizzazione della città attraverso iniziative di integrazione strutturale del verde con l'ambiente costruito (creazione di orti urbani ed aree boschive, di *habitat* per la fauna selvatica, di stagni e zone umide e di corridoi vegetali naturali ed artificiali, là dove lo spazio orizzontale non consente l'inserimento di ulteriori ed opportuni spazi verdi).

Un'efficiente gestione ambientale delle città non può trascurare il patrimonio rappresentato dal verde urbano e, soprattutto, non può

83 PIAZZA L., *La pianificazione del verde: dagli standards urbanistici all'ecologia della città*, in AA. VV. "La pianificazione del paesaggio e l'ecologia della città", Firenze, 1996, 253.

prescindere dalla sua natura di ecosistema, cioè di entità vivente, costituita di parti interdipendenti, di cui la città ha bisogno per assicurare ai suoi abitanti uno *standard* di vita salubre⁸⁴.

84 SOCCO C., CAVALIERE A., GUARINI S. M., MONTRUCCHIO M., *op. cit.*, Franco Angeli, Milano, 2005.

IL FENOMENO MIGRATORIO NELL'ERA DELLA GLOBALIZZAZIONE

Riassunto - in Italia, la presenza degli immigrati, che lasciano alle loro spalle persecuzioni, guerre, miseria o disastri ambientali, ha sostituito la forza lavoro locale, ma ha fatto aumentare la criminalità. L'analisi condotta cerca di mettere in evidenza che l'immigrazione clandestina è diventata un "business" per la criminalità organizzata. Gli stranieri che cadono nella rete delle organizzazioni criminali sono costretti a commettere: furti, rapine, spaccio di droga, prostituzione, sotto la minaccia di abusi, violenze e ritorsioni nei confronti dei loro familiari.

Dall'indagine risulta che un fenomeno rilevante è la tratta delle donne a scopo sessuale e la vendita dei neonati.

A conclusione di questo lavoro emerge l'ambivalenza dello straniero, che aspira ad integrarsi nella società ospitante, ma nello stesso tempo vuole affermare se stesso ed acquisire i diritti di cittadinanza.

Abstract - this abstract aims at examining the phenomenon of migrations.

In the past few years, globalization and the admission of Romania and Bulgaria into the EU have caused significant increase in foreign population.

In Italy the presence of immigrants escaping persecutions, wars, misery or environmental disasters has replaced local labourforce, but criminality has raised a lot.

This analysis tries to point out that illegal immigration has become a real "business" for organized crime. The foreigners falling into the trap of criminal organizations are forced to commit: thefts, robbery, drugs peddling, prostitution, under threat from abuse, violence, as well as forms of reprisal against their relatives. The research shows that a remarkable phenomenon is women sex trade and children sale.

As a conclusion it comes out the ambivalence of the foreigner aiming at integrating into the host society, at the same time establishing himself in order to obtain the right of citizenship.

* Docente di Sociologia (Ricercatore confermato) - Università degli Studi di Palermo

1. Introduzione

Negli ultimi decenni, le immigrazioni come la globalizzazione sono due fenomeni che hanno portato un significativo cambiamento socio-culturale nella società moderna e contemporanea.

La globalizzazione e la crescente integrazione interculturale sono due eventi che hanno come conseguenza, da un lato, la conoscenza dello straniero ma dall'altro lato una recrudescenza della criminalità e dei conflitti etnici.

Secondo Simmel¹ l'età moderna è caratterizzata dalla dicotomia tra l'aspirazione a fare parte di un gruppo ma, nello stesso tempo, dal desiderio di affermare la propria individualità.

Inoltre, lo straniero, anche se nella società ospitante svolge lavori rifiutati da tutti e la sua presenza promuove un cambiamento socio-culturale, spesso è causa di angoscia e di episodi di xenofobia. Pertanto, a livello collettivo, lo stereotipo ed il pregiudizio nei confronti degli immigrati sono determinati dall'allarme sociale, dall'insicurezza e dalla paura suscitata dai fatti di particolare rilevanza criminale, acuiti dall'esplosione dei dibattiti sul fenomeno migratorio e dalle molte manifestazioni di razzismo.

Il presente lavoro si propone di esaminare il fenomeno della questione etnica, considerando i flussi migratori come variabili dipendenti e le cause come variabili indipendenti.

La ricerca cercherà di dare una risposta alle cause che portano le popolazioni verso i conflitti etnici e non alla cooperazione ed alla pace. Inoltre si sottolineerà uno dei tanti paradossi della globalizzazione relativo alla criminalità ed alla tratta delle donne a scopo sessuale.

2. Storia delle migrazioni

Il fenomeno delle migrazioni nell'epoca della globalizzazione si presenta come un problema di difficile soluzione, perché coinvolge non solo le storie di vita dei singoli migranti, ma soprattutto l'intera società.

Se studiamo le varie epoche storiche, rileviamo che il fenomeno

¹ Simmel G., *Sociologia*, Duncker & Humblat, Berlin (trad. it. *Sociologia*, a cura di A. Cavalli, Comunità, Milano, 1989).

affonda le sue radici sin dalla preistoria e che in ogni epoca ci sono stati flussi di popolazioni che si sono spostati da uno Stato all'altro².

Nel Medioevo vi era l'usanza per cui i maestri artigiani mandavano gli allievi apprendisti in un altro paese per perfezionarsi.

All'inizio del Cinquecento, dopo le scoperte geografiche cominciarono le migrazioni degli europei verso le Terre d'oltre oceano.

Le migrazioni possono essere suddivise in diverse fasi:

- *Prima fase*, agli inizi del 1700, in seguito alla *Rivoluzione Agraria* dovuta ad un batterio che colpì la patata, irlandesi ed inglesi emigrarono negli Stati Uniti; anche molti schiavi africani e molti malavitosi vennero deportati in America per popolare la nuova Terra. Verso la fine del 1700 si potevano distinguere sette aree destinate alle migrazioni in cui ogni anno si spostavano circa 300.000 persone: l'Est dell'Inghilterra, Parigi, Madrid, la Castiglia, la Catalogna, la Provenza, la Pianura Padana, l'Italia Centrale e le coste del Mare del Nord.
- *Seconda fase*, nel 1800 tedeschi e scandinavi cominciarono ad emigrare, spinti dal desiderio di conquista di nuove terre. Tra il 1880 e la Grande Guerra si verificò una prima grande migrazione degli ebrei, che dalla Russia si diressero nei Paesi Europei; questo esodo verso la fine del 1800 venne fermato dall'esplosione dell'antisemitismo.
- *Terza fase*, tra la fine del 1800 e l'inizio del 1900, cominciò un intenso flusso migratorio proveniente dall'Italia, dai Balcani e dall'Impero Austro-Ungarico verso i Paesi d'oltreoceano, causato dall'aumento demografico e dalla povertà.

Dal 1876 al 1976, circa dodicimilioni d'italiani emigrarono verso i Paesi Europei e circa undicimilioni partirono verso le Americhe, di cui seimilioni nell'America del Nord. In Italia, la popolazione del Nord si trasferì solo temporaneamente nel Nord Europa, mentre la popolazione del Sud si trasferì verso le Americhe stabilmente.

Le regioni del Veneto e della Sicilia ebbero livelli di emigrazione molto alti. Verso la fine degli anni Venti, l'esodo transoceanico si attenuò, sia a causa dei regimi totalitari, sia per il blocco dei Paesi recettivi (come USA ed Australia), sia per la crisi del 1929.

2 Bevilacqua P., De Clemente A., Franzina A., Storia dell'emigrazione Italiana. Partenze, Donzelli Ed., Roma, 2001

Pertanto, iniziarono le migrazioni all'interno dei Paesi Europei.

Nel Secondo Dopoguerra, a causa dei cambiamenti dei confini e dei regimi politici, nell'Europa Centrale più di dodicimilioni di profughi si trasferirono da Est verso Ovest.

- Nella *Quarta fase*, a partire dal 1945, l'Italia è diventata terra d'immigrazione clandestina, infatti sono cominciati i primi arrivi sulle coste siciliane e calabresi. I paesi di provenienza sono: Turchia, Siria, Libano, Africa, Jugoslavia, Romania ed Albania. Negli ultimi anni, le coste della Sicilia e della Calabria sono diventate le mete preferite dei migranti, che ospitati nei "centri di prima accoglienza" chiedono asilo politico, oppure si disperdono in tutto il territorio italiano o si recano nei Paesi Europei.

Diversi sono stati gli atteggiamenti nei confronti degli immigrati: di tipo assimilazionista, come in Francia; di tipo temporaneo, come in Germania (*lavoratore ospite*); di tipo multiculturalista, come in Inghilterra.

Attualmente le migrazioni si distinguono in:

- Nuove terre di destinazione (Italia, Spagna e Grecia);
- Nuove terre di provenienza (Est Europeo e Nord Africa);
- Aumento della popolazione straniera, a causa del ricongiungimento familiare;
- Nuove politiche d'integrazione europea;
- Politiche sullo stato sociale (cittadinanza).

Possiamo distinguere due modelli di migrazione: il *Primo* riguarda le migrazioni delle società industriali, in cui cittadini stranieri lavorano nei settori industrializzati, nel settore delle costruzioni, nelle miniere ed hanno un inquadramento regolare; il *Secondo* riguarda le migrazioni nelle società post-fordiste, in cui la popolazione straniera lavora nel settore del terziario e nelle piccole imprese, con un inquadramento spesso irregolare e senza diritti civili.

All'inizio degli anni Novanta, in tutta l'UE si è avuto un aumento dei flussi migratori, nonostante le politiche restrittive che hanno avuto come conseguenza le migrazioni clandestine.

Possiamo distinguere tre momenti diversi nei recenti flussi migra-

tori in Europa: dagli anni Cinquanta fino agli anni Settanta, periodo in cui durante la ricostruzione post bellica, ci sono stati immigrati provenienti dalle ex colonie; negli anni Settanta l'aumento è causato dal ricongiungimento familiare; verso la fine della Guerra Fredda si verifica un consistente numero di rifugiati e di soggetti con una posizione illegale.

I cittadini stranieri in Italia al primo gennaio 2008 sono 3.432.651; rispetto al primo gennaio 2007 sono aumentati di 493.729 (più del 16,8%). Si tratta dell'incremento più elevato mai registrato nel corso della storia dell'immigrazione nel nostro Paese, causato dal forte aumento degli immigrati di cittadinanza rumena, che sono cresciuti nell'ultimo anno di 283.078 unità (più del 82,7%)³.

3. Globalizzazione e Società Multiculturali

Nell'era globale gli scambi socio-culturali sono facilitati dalle tecnologie, dai mass-media e dai mezzi di trasporto. Secondo Robertson⁴, il concetto di globalizzazione si identifica con un sistema nel quale tutte le unità interagiscono producendo effetti una sull'altra e tutte insieme su ciascuna di esse. Pertanto, gli attori sociali, nel contesto globale, si formano e diventano ciò che sono grazie alla struttura a cui appartengono. Molti studiosi pensano che la Globalizzazione ha come conseguenza: o la formazione di un mondo culturale omogeneo, oppure l'affermazione dell'eterogeneità. Una terza teoria, rappresentata da Pieterse⁵, analizza la globalizzazione come una forma di ibridazione tra varie culture, in quanto alcune forme di cultura si allontanano da quelle già esistenti per unirsi e formarne di nuove.

Nel fenomeno migratorio di secondo generazione, possiamo rilevare una forma di ibridazione dovuta a modelli culturali misti, che si sono formati dalla separazione e dalla mescolanza della cultura originaria con quella ospitante.

Attualmente, nella società globale, si può riscontrare una cultura

³ Fonte: ISTAT, Fondazione Ismu, XIII rapporto sulle migrazioni 2007. Franco Angeli Ed., 2008.

⁴ Robertson R., *Globalization*, Sage, London, 1992.

⁵ Pieterse J. N., *Globalization as Hybridization*, in Featherstone M., Lash S., Robertson R. (a cura di), 1995.

multiculturale, dovuta alla coabitazione di diversi gruppi religiosi, etnici e linguistici, che si trovano nello stesso territorio.

Si può affermare che ogni società è multiculturale perché vi si possono riscontrare elementi provenienti da popoli e luoghi diversi e la presenza degli immigrati rende in maniera visibile il multiculturalismo perché aggiunge altre differenze a quelle già esistenti.

Le trasformazioni sociali richiedono, da parte delle politiche sociali, un intervento ed un progetto interculturale, che contribuisca alla loro emancipazione. Infatti gli immigrati subiscono una crisi d'identità, perché devono combinare il nuovo contesto sociale con quello d'origine.

Gli immigrati provengono da zone disagiate e conflittuali, pertanto desiderano emanciparsi; abbandonano la propria patria non solo per avere condizioni di vita migliori ma soprattutto per avere nella società ospitante una partecipazione democratica, in modo da acquisire i diritti di cittadinanza. Questo processo interculturale deve essere aiutato dalla mediazione socio-culturale con la finalità di ricostruire nuove reti sociali, in modo che il cittadino immigrato acquisti l'autostima e superi le barriere di tipo linguistico, di genere, di istruzione e di provenienza sociale.

4. Immigrazione e Tratta delle donne

L'immigrazione clandestina, ultimamente, è diventata un "business" per la criminalità organizzata. L'Italia è diventata per gli stranieri una destinazione in cui cercare lavoro.

Gli stranieri in Italia sono aumentati del 5,8% ogni 100 abitanti e provengono da territori in cui la povertà, guerra, i conflitti e la precarietà li spingono a fuggire sulle "carrette della speranza", per cercare migliori condizioni di vita.

Purtroppo, spesso, cadono nella rete di organizzazioni criminali, che approfittando della loro condizione disperata, li inseriscono nei settori delle "economie sporche", come: prostituzione, produzione manifatturiera illegale e malavita organizzata.

Le organizzazioni criminali, per convincere i clandestini a commettere furti, rapine, estorsioni e spaccio di droga, li sottopongono ad abusi

e violenze. Nell'ultimo decennio, un fenomeno rilevante è la *vendita dei neonati*⁶. Il fenomeno è intrecciato con gli eventi epocali, con i processi di globalizzazione dell'economia, con l'aumento dei livelli di povertà e con gli effetti della caduta dei regimi comunisti nei paesi dell'Est Europa.

Lo squilibrio economico tra i paesi occidentali e quelli in via di sviluppo e le nuove misure più aspre delle politiche migratorie fanno aumentare i traffici delle organizzazioni criminali.

Un fenomeno consistente risulta quello delle giovani donne dell'Est, che si affidano ad "imprenditori illegali", i quali approfittando della loro vulnerabilità, con l'inganno, le introducono nel mercato della prostituzione.

In Italia si stima che nella prostituzione straniera sono inserite circa 25.000 donne, di cui un decimo vittima della tratta delle donne straniere. Il fenomeno ha portato lo Stato ad intervenire sia con misure legislative, sia con strategie per tutelare le "vittime".

Particolare rilevanza assume l'art. 18 del d. lgs. 286/98 (*soggiorno per motivi di protezione sociale*), che sostiene ed aiuta le persone oggetto di tratta.

La norma è molto innovativa, in quanto concede uno speciale permesso di soggiorno, non solo alle persone che contribuiscono, tramite la denuncia, alla repressione della rete criminale, ma anche a coloro che vogliono sottrarsi allo sfruttamento.

In una società sempre più globalizzata, la criminalità si avvale di strategie sempre più efficienti, in grado di arginare le norme giuridiche, di adattarsi alla domanda di mercato ed alle congiunture economiche dei diversi paesi.

I fattori di rischio che favoriscono l'inserimento nel traffico sessuale sono: le condizioni economiche precarie, nessuna prospettiva di lavoro, conflittualità familiare, mantenimento dei figli ed abuso sessuale.

I fattori che contribuiscono ad abbandonare il paese d'origine sono: lo stile di vita occidentale, il desiderio di raggiungere il benessere economico, i modelli culturali occidentali, la domanda di sesso.

Poche sono le donne che riescono ad uscire dalla rete del traffico sessuale e si affidano o alla polizia oppure alle associazioni di volontariato, che le inseriscono nelle strutture di accoglienza.

6 Baldoni E., *Racconti di Trafficking*, Franco Angeli Ed., 2008.

Queste strutture di protezione delle donne, spesso, hanno un'impronta religiosa, pertanto condannano a priori la prostituzione ed i comportamenti violenti, rischiando la tendenza all'autostigmatizzazione.

La sempre più elevata presenza degli immigrati nei paesi dell'UE deve favorire una reale integrazione sociale ed economica delle donne straniere, in modo che possano realizzare un nuovo progetto di vita ed avere una concezione equilibrata e serena della sessualità e del genere umano.

Occorre, quindi, non solo il sostegno materiale, ma anche quello di ricostruire una solida rete sociale per superare l'amara esperienza dello sfruttamento.

5. Aumento degli stranieri in Italia e Mercato del Lavoro

La popolazione straniera in Italia è aumentata del 5,8%, infatti gli stranieri residenti, al primo gennaio 2008, sono 493.729 in più rispetto all'anno precedente (+16,8%)⁷.

Nell'ultimo anno, nel nostro paese, l'immigrazione è cresciuta soprattutto per immigrati di cittadinanza rumena, aumentati dell'82,7%.

Il fenomeno è dovuto all'ingresso delle Romania e della Bulgaria nell'UE, la presenza dei cittadini rumeni nel territorio nazionale supera le seicentomila unità. L'incremento degli stranieri è simile al fenomeno avvenuto in Spagna, quasi la metà proviene dai paesi dell'Est Europeo (47%).

La popolazione straniera è più numerosa nel centro-nord (7,8%), mentre nel Mezzogiorno la quota degli stranieri residenti è del 2,1%.

La seconda generazione, circa 457.000 residenti di cittadinanza straniera, sono nati in Italia; la loro cittadinanza straniera è dovuta al fatto che i loro genitori sono stranieri.

Un altro dato significativo risulta quello degli stranieri diventati italiani o attraverso l'acquisizione della cittadinanza o per essersi uniti in matrimonio (si stima che sono circa 261.000).

L'acquisizione della cittadinanza ha contribuito ad aumentare la percentuale degli immigrati che lavorano in modo regolare e sono inseriti nel settore industriale del nord-est e nelle regioni centrali.

Al contrario, quelli inseriti nel Terziario si trovano in Lombardia

7 Fonte: ISTAT, la popolazione straniera in Italia, 2008.

e nel Lazio, dove cresce l'occupazione in edilizia, nell'industria manifatturiera e nei servizi urbani.

Gli immigrati che lavorano "in nero" sono diminuiti, ma rimane sempre alta la percentuale degli stranieri che hanno un'occupazione irregolare.

La presenza degli immigrati ha sostituito la forza lavoro locale, in quanto manca il ricambio generazionale; inoltre spesso sono disponibili a svolgere i lavori più umili consentendo ai lavoratori italiani di svolgere lavori più qualificati. Un dato significativo riguarda le donne immigrate, che nel mercato del lavoro regolare sono più sfavorite rispetto agli uomini e sono inserite, soprattutto, nel lavoro domestico e di assistenza.

Si evidenzia una progressiva femminilizzazione dell'utenza che si rivolge alla Caritas, inoltre il ricongiungimento dei nuclei familiari sta creando problemi di povertà relativa, per le difficoltà di vivere con un solo reddito.

Alcune indagini⁸ si occupano sia del lavoro degli immigrati, sia del loro livello d'istruzione. I lavoratori immigrati in possesso di un titolo di studio svolgono attività lavorative di basso livello, in quanto non è facile far riconoscere un titolo di studio ottenuto in un paese straniero; inoltre l'immigrato non svela mai di possedere una laurea o un diploma, perché tale rivelazione potrebbe ostacolare la sua assunzione.

6. Norme sulla condizione dello straniero

Il d. legs. 286 del 25 luglio 1998, riunisce e coordina le norme contenute nella legge di riforma n. 40 del 6 marzo 1998, Turco-Napolitano. Ma tale d. legs. è stato modificato, con forti polemiche delle forze politiche e dell'opinione pubblica, dalla legge n. 189 del 30 luglio 2002, *Legge Bossi-Fini*, che si propone di contrastare in maniera più efficace l'immigrazione clandestina, determinando un sistema più restrittivo dei flussi migratori.

Questa legge ha come finalità di tutelare e sostenere i cittadini immigrati e la loro famiglia; inoltre apporta modifiche alla legge 39/1990 sul diritto d'asilo.

8 Zanfrini L., *Sociologia della convivenza Interetnica*, Edizioni Laterza, 2004.

I flussi migratori in Italia, con tale legge, vengono regolarizzati in modo da prevenire la criminalità ed attivare il loro inserimento nel tessuto socio-economico.

Il Ministro Roberto Maroni afferma che la politica italiana per l'immigrazione è in linea con la politica comunitaria.

Con il d. legs. n. 241 del 14 settembre 2004 recante disposizioni urgenti in materia d'immigrazione si regolarizzano gli extracomunitari che hanno un rapporto di lavoro subordinato, in modo da evitare gli abusi ed di fare emergere tutti i lavoratori in nero.

I recenti episodi di stupri, avvenuti in Italia, hanno creato un allarme sociale e sottolineato il problema della sicurezza. Il Ministro Maroni ha proposto l'istituzione delle *ronde*, formate da cittadini volontari, non armati, che girano muniti di telefonino, svolgendo un importante ruolo di controllo del territorio urbano.

7. Conclusioni

L'anno europeo del dialogo interculturale 2008, ha sottolineato che l'immigrazione è un fenomeno tutt'altro che marginale e si configura come un aspetto innovativo e qualificante della società italiana, che si va costruendo sempre di più sull'equilibrio delle differenze.

Dalle statistiche si rileva il crescente aumento dei cittadini stranieri residenti in Italia ed anche l'aumento degli stranieri che hanno acquisito la cittadinanza.

Dall'analisi del fenomeno viene messo in luce che la tendenza dell'occupazione regolare degli immigrati di seconda generazione è quella di concentrarsi nelle aree economicamente più prospere, soprattutto dove c'è la possibilità di trovare un'occupazione.

Nel Meridione il lavoro si articola in due modelli:

- *Nelle grandi e medie città*, vi è una domanda di lavoro domestico da parte delle famiglie;
- *Nelle aree rurali*, la domanda di lavoro proviene dall'agricoltura stagionale di raccolta o delle serre, dalla pastorizia o dalla pesca.

Il lato negativo del fenomeno migratorio è dato dalla loro precarie-

tà, che rende gli immigrati disponibili a qualunque lavoro e facile preda della criminalità organizzata.

Il fenomeno migratorio deve essere uno stimolo a superare le nostre barriere interculturali, inoltre la visione dell'immigrato non deve suscitare solo sentimenti di razzismo, ma occorre privilegiare i sentimenti di accoglienza e di cooperazione.

La questione delle differenze etniche si può superare se s'intraprendono politiche basate sul riconoscimento delle differenze.

BIBLIOGRAFIA

- Baldoni E., *Racconti di Traffincking*, F. Angeli, 2008;
- Bevilacqua P., De Clemente A., Franzina A., *Storia dell'emigrazione italiana. Partenze*, Donzelli Ed., Roma, 2001;
- Colombo A., Sciortino G., *Stranieri in Italia. Assimilati ed Esclusi*, Bologna, Il Mulino, 2002;
- Cotesta V., *Lo straniero. Pluralismo culturale ed immagini dell'Altro nella società globale*, La Terza Ed., 2008;
- Fondazione Ismu. *XIII Rapporto sull'Immigrazione 2007*, F. Angeli Ed., 2008;
- ISTAT, *La popolazione straniera in Italia*, 2008;
- Pieterse J. N., *Globalization as Hybridization*, in Featherstone M., Lash S., Robertson R., (a cura di), 1995;
- Reyneri E., *Education, migratory projects and occupational paths of new migrant in Italy*, 1999;
- Robertson R., *Globalization*, Sage, London, 1992;
- Sayd A., *La doppia assenza, dalle illusioni dell'emigrato alle sofferenze dell'emigrato*, Raffaello Cortina, Milano, 2002;
- Simmel G., *Sociologie*, Duncker & Humblat, Berlin (trad. it. *Sociologia*, a cura di Cavalli A., Comunità, Milano, 1989);
- Taguieff P. A., *La force du préjugé*, Gallimard, Paris (trad. it. *La forza del pregiudizio*, Il Mulino, Bologna, 1994);
- Villosio C., Eventurini A., *La competizione occupazionale tra lavoratori italiani e stranieri in Italia*, Torino, R. g. P., Luglio, 2000;
- Zanfrini L., *Sociologia della convivenza interetnica*, Laterza Ed., 2004;
- Zincone G., *Secondo rapporto sull'integrazione degli immigrati in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2001.

LA INTERPRETAZIONE E LE INTERPRETAZIONI¹

Riassunto - Il presente scritto è il terzo, ultimo e conclusivo capitolo di uno più ampio lavoro dal titolo *Profili dell'interpretazione giuridica*, i primi due: *L'età della codificazione e la funzione dell'interpretazione e gli istituti giuridici e la funzione economica nella tecnica dell'interpretazione* sono stati pubblicati negli *Annali della Facoltà di Economia, area giuridica*, Palermo 2006, 107 ss. Lo scritto è stato realizzato nell'ambito di una più ampia ricerca *I nuovi danni e le funzioni della responsabilità civile. I nuovi profili della interpretazione giuridica*.

Questo terzo capitolo: *La interpretazione e le interpretazioni* richiama un celebre scritto di Salvatore Pugliatti degli anni '50. *La proprietà e le proprietà*.

Vengono messe in luce la interdisciplinarietà e la osmosi delle problematiche relative alla interpretazione del diritto, della musica e della poesia, e come i criteri interpretativi sono simili e si intersecano tra di loro anche se sono differenti le finalità.

Abstract - This is the third and last chapter of a wider study whose title is "*Profili dell'interpretazione giuridica*" (Outlines of legal interpretation); the first two chapters titled "*L'età della codificazione e la funzione dell'interpretazione e gli istituti giuridici e la funzione economica nella tecnica dell'interpretazione*" (The age of codification and the function of interpretation and the legal institutions and the economic function in the interpretation technique) were published in the *Annali della Facoltà di Economia*, (Annals of

* Università degli Studi di Palermo

1 Questo terzo capitolo: *La interpretazione e le interpretazioni* richiama un celebre scritto di Salvatore Pugliatti degli anni '50. *La proprietà e le proprietà*; di questo saggio ha parlato, parla, e continuerà a parlare la scienza giuridica. Nicolò scriveva che il saggio "ha costituito una direttiva di fondo per molti studi futuri".

Il presente capitolo vuole essere un omaggio, al Maestro un ricordo dello stesso e della struttura interdisciplinare della Sua produzione scientifica.

Gli scritti di Pugliatti danno la misura del Suo valore incomparabile.

Talchè, ammirazione e rimpianto grande ci dominano in questo momento: e sono sentimenti che le parole sciuperebbero. Meglio tacere, leggere i Suoi scritti, ed ascoltare la voce del Maestro: una voce che torna, viva, ad insegnare e a consolare.

the Faculty of Economics), legal section, Palermo 2006, 107 ff.

The third chapter is part of a wider research on “*I nuovi danni e le funzioni della responsabilità civile. I nuovi profili della interpretazione giuridica*” (New damages and function of civil liability. The new outlines of legal interpretation).

The third chapter under the title of “*La interpretazione e le interpretazioni*” (Interpretation and interpretations) recalls a famous article written by Salvatore Pugliatti in the ‘50s titled “*La proprietà e le proprietà*” (Property and properties).

The third chapter highlights the interdisciplinary research and osmosis concerning the problems in interpreting: law, music and poetry. Though the interpreting criteria are similar and intersect each other, their aims are totally different.

Sommario: 1. La interpretazione e la giurisprudenza. 2. I tradizionali campi dell’ermeneutica: giuridico, teologico, letterario e musicale. 3. Pugliatti e l’interpretazione: l’interpretazione giuridica. 4. l’espressione musicale come opera creativa dell’ingegno tutelata dalla legge. 5. Profili dell’interpretazione musicale: considerazioni preliminari. 6. L’interpretazione musicale nel tempo. La musica greca. La scrittura musicale. 7. Pugliatti e l’interpretazione musicale: il metodo. 8. L’interpretazione del compositore e dell’esecutore. I termini consueti del linguaggio musicale: la melodia, l’armonia, il ritmo. 9. L’apporto personale dell’interprete. Il direttore d’orchestra. 10.0 La interpretazione del silenzio nel diritto. 10.1 Nella musica. 10.2 Nella poesia. 10.3 Nelle Scritture. 11. Pugliatti e l’interpretazione della poesia. 12. Appendice: elenco (quasi completo) delle opere di Salvatore Pugliatti nei campi a) della musica, b) della poesia e c) delle arti figurative.

1. La interpretazione e la giurisprudenza.

La interpretazione indica il metodo per comprendere “le scienze dello spirito”. Più in particolare, la interpretazione o ermeneutica di ogni creazione spirituale trova il proprio fondamento nelle salde relazioni strutturali che si presentano regolarmente in tutte le manifestazione dell’attività spirituale.²

L’interpretazione riguarda tutti i processi spirituali e, come dice Heidegger, è *l’appropriazione del compreso*.³

² VATTIMO, *Introduzione a Schleiermacher filosofo dell’interpretazione*, Milano, 1967; GADAMER, *Il problema della coscienza storica*, Napoli, 1969, 49.

³ HEIDDEGER, *Essere e tempo*, a cura di CHIODI, Torino, 1994; VATTIMO, *Essere, storia e linguaggio in Heidegger*, Torino, 1963; ID., *Schleiermacher filosofo dell’interpretazione*, Milano, 1968.

La interpretazione può essere definita come tipica forma del conoscere personale, cioè come una conoscenza di forma da parte di persone.

In linea generale, infinite possono essere le interpretazioni di una forma (p. esempio: un'opera d'arte, un brano musicale), sia perchè sono infinite le personalità di possibili interpreti, sia perchè infinita è la forma che si rileva in ognuno dei suoi molteplici aspetti.

Sotto questo profilo l'interpretazione è la forma suprema del conoscere personale.

Come sopra esposto, l'interpretazione, sotto il profilo giuridico, consiste in un processo logico diretto a determinare a quali soggetti la volontà legislativa si riferisca, quali ipotesi di fatto essa comprenda, che cosa disponga per tali soggetti e per tali fatti. La volontà di cui si tratta è quella della legge, cioè una volontà obiettivata, parte dell'ordinamento giuridico.

La interpretazione del diritto non rispetta le possibili "varianti" in ordine alle personalità degli interpreti, ed alla infinità delle forme, perchè la stessa è regolata da norme inderogabili che disciplinano il metodo interpretativo (art. 12 disp. prel. interpretazione della legge; art. 1362 - 1367 cod. civ. interpretazione del contratto; art. 1324 cod. civ. interpretazione degli atti unilaterali; art. 587 cod. civ., interpretazione del testamento; art. 2909 cod. civ., interpretazione del giudicato).

Le disposizioni "interpretative" si applicano anche per interpretare le stesse, e la dogmatica giuridica serve da orientamento al giurista nell'interpretazione della legge.

Il metodo interpretativo è costituito da quell'insieme di attività conoscitive e valutative esplicate dall'operatore del diritto nel momento c.d. dell'applicazione del diritto. La interpretazione precede il momento del giudizio giuridico inteso come quello della qualificazione giuridica della fattispecie, ed è mirato ad ottenere la decisione giuridica che si materializza nella sentenza.

Tornando al c.d. "giudizio giuridico", esso comprende e si articola in tre momenti strettamente collegati.

Una prima fase propedeutica ed antecedente è quella della interpretazione della norma e della verifica del suo adattamento alla fattispecie in esame, nonchè ai documenti ed ai fatti introdotti nel giudizio. Una seconda fase è costituita dalla qualificazione giuridica degli stessi fatti operata prima dalle parti e poi dal giudice. Infine, la

terza fase è rappresentata da un sillogismo aristotelico che si realizza nella qualificazione giuridica del fatto, costituita dalla sintesi concreta di tutti questi atti e giudizi presupposti e nell'attribuzione ad essi degli effetti giuridici con la forza della sentenza.

Ogni sentenza è il prodotto, il risultato di un'attività interpretativa ed il complesso delle regole giuridiche così emergenti dalle attività giudiziarie costituisce la giurisprudenza in senso tecnico.

Nei Paesi con ordinamenti codificati ed ispirati al principio di legalità, la giurisprudenza svolge funzione meramente tecnica e riproduttiva del diritto; di contro, nei paesi di *common law*, essa svolge una funzione creativa del diritto, garantendo in tal modo uniformità delle decisioni in fattispecie analoghe, a tutto vantaggio della certezza del diritto, in attuazione del principio *vis rerum similiter indicatarum*.

Il *common law* ha il valore di norma primaria e generale che è potenzialmente idonea a coprire ogni vuoto, mentre il giudice sente di non avere alcuna remora d'ordine psicologico e tecnico, nell'impiegare le sue sentenze per attualizzarlo.⁴

Di contro, negli ordinamenti "codificati" la libertà dei giudici nel valutare i principi affermati agevola quei mutamenti di interpretazione resi necessari dalle nuove e differenti esigenze sociali ed economiche, o da diversa sensibilità della società.⁵

Il principale compito della giurisprudenza è quello della interpretazione delle leggi e della loro applicazione alla fattispecie.⁶

Nei Paesi di *common law* è indubbio che dalla costante giurisprudenza degli organi giudiziari derivi una norma di condotta che,

4 Così CRISCUOLI, *Introduzione allo studio del diritto inglese, Le fonti*, Milano 1981, 465, e così prosegue: "se il *common law* non avesse questa virtù espansiva – dice il Visconte Simonds – noi non dovremmo più riverirlo; ma è vero il contrario, perché il suo braccio ha ancora questa potenza che già Lord Mansfield ebbe occasione di sottolineare".

5 PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, in *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, 101 e ss.: "La giurisprudenza, dunque, non è solo una "tecnica per la risoluzione di casi particolari", e il suo compito non si riduce alla *applicazione* del diritto, restando essa estranea alla produzione dello stesso. E proprio su questo punto si viene a gettare altra luce, quando si afferma che per mezzo dei principi elaborati dalla dogmatica giuridica, si assicura la "realizzazione dell'ordine e della giustizia" (pag. 138); CALAMANDREI, *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1955, 252 ss.

6 La definizione classica della giurisprudenza, anche se ricca di enfasi, è quella di ULPIANO (fr 10, par. 2, Dig., *de iust. Et iure*, I, 1): *Iurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iustiatque iniusti scientia*, che contrasta con quella che CELSO ha dato del diritto e che si caratterizza per la sua semplicità: *ius est ars boni et aequi*.

consacrata dalla lunga osservanza, diventa obbligatoria.

Nei Paesi “codificati”, la giurisprudenza ha meriti particolari, perchè nei diversi periodi storici ha cercato di interpretare i bisogni e le esigenze primarie dei soggetti e le spinte economiche della società, svolgendo la funzione di preparare la futura norma correggendo, talvolta, quella in vigore e soccorrendo, per quanto possibile, alle carenze, alle lacune legislative (art. 12 disp. prel. cod. civ.).

Tuttavia non mancano le censure per lo spirito formalistico che la giurisprudenza ha manifestato in alcuni periodi, per l'eccessivo attaccamento alla lettera della legge, per il rifiuto di essere sensibile ai segni dei tempi e alle correnti spirituali del momento storico e per le sue fluttuazioni (i c.d. indirizzi giurisprudenziali) che hanno reso incerta l'applicazione della legge interpretata diversamente dallo stesso Supremo Collegio, da luogo a luogo, e da uno ad altro giorno anche dallo stesso organo giudicante.⁷

Produzione tipica e principale della giurisprudenza è la sentenza.

Il sistema giuridico mira alla certezza del diritto, che deve realizzarsi con la maggiore rapidità di attuazione; ne consegue che tanto più rapidamente e sicuramente potrà attuarla, tanto più incisiva ed efficace risulterà la norma.

Tra i fini primari del diritto vi è quello di regolare i rapporti esistenti per non perdere il contatto con la realtà sociale e con le spinte economiche. Per raggiungere tale obiettivo il diritto deve usare il mezzo o strumento tecnico. Il diritto è una scienza pratica, non ha finalità nè ricognitive, nè speculative e tende a regolare al meglio la convivenza sociale, risolvendo i contrasti inevitabili nella vita associativa.⁸

Nel contrasto tra la realtà sociale e l'ordinamento giuridico questo deve riadattarsi alla sua funzione primaria: questo è il divenire perpetuo, il fieri, lo stato di mutamento.⁹ In questo dualismo si svolge la vita del

7 Un caso “clamoroso” è quello di Cass. SS.UU. 16 luglio 2008 n. 19514 e 18 giugno 2008 n. 16528 (in Foro it., 2008, I, 2427, con nota di BARONE): due collegi, a distanza di meno di un mese, hanno formulato antitetiche affermazioni in materia di rinuncia al ricorso per cassazione ed i collegi erano composti per 5/9 dagli stessi magistrati. L'accentramento della giurisprudenza nelle mani dell'imperatore favoriva la uniforme applicazione del diritto e Giustiniano, geloso della sua opera di codificazione, poté decretare: *leges interpretari solum dignum imperio esse oportet* (cod., I, 14, *de legibus*, 12,3).

8 SCHLESINGER, *L'interpretazione della legge per casi “dubbi” od “omessi”*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, II, 491.

9 “La storia per la quale l'atto (discontinuo) si integra nel processo (continuo), prati-

diritto.

Tenendo alla propria perfezione, la scienza giuridica tende a staccarsi dal diritto costituito, al quale, viceversa, deve servire.¹⁰ In tal modo si avrà una crisi del sistema, che sarà fisiologica finchè la giurisprudenza, assolvendo alla sua funzione primaria, cercherà una sintesi tra queste spinte, operando una mediazione nella interpretazione della legge.

La fase patologica si realizzerà nel momento in cui la giurisprudenza tenderà a realizzare la propria perfezione formale: “l’ordinamento giuridico si attuerà in disordinata ed episodica immediatezza; la scienza giuridica si baloccherà in costruzioni di vuoti schemi formali”.¹¹

Uno dei problemi metodologici della scienza giuridica, con riferimento anche alla molteplicità delle cose che il soggetto percepisce come diverse da sè e che si distinguono sia dal soggetto che dall’atto, è l’elaborazione di una teoria generale dell’interpretazione che è in relazione all’esperienza giuridica e che rientra nella teoria generale dell’interpretazione.

camente senza fine, garantisce la tendenza al limite, che rappresenta la vittoria della verità e della certezza”, PUGLIATTI, *Conoscenza e Diritto*, Milano, 1961, VII.

10 PUGLIATTI, *Crisi della scienza giuridica*, in *Diritto civile. Metodo-teoria-pratica*, Milano, 1951, 694.

11 PUGLIATTI, *op. e loc. ult. cit.*, il quale così prosegue: “tipiche manifestazioni di questa scissura, che si è detta crisi in senso patologico, si hanno quando il giurista perde la fede nei principi di giustizia sui quali l’ordinamento giuridico poggia” (pag. 694-5): considerazioni profetiche e di grande attualità.

BOBBIO, *Teoria della scienza giuridica*, Torino, 1950, intende la giurisprudenza come un sistema di regole chiuso o di proposizioni normative (pag. 162), contenenti meri enunciati sui fatti (pag. 160) ognuno dei quali esprime, secondo determinati schemi, un determinato essere (pag. 171) e cioè di proposizioni prescrittive e non descrittive. Si tratterebbe di un sistema chiuso costituito “da quel linguaggio più rigoroso del linguaggio comune che si suole chiamare appunto linguaggio scientifico” (pag. 215).

MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Saggi, Milano 1996.

2. I tradizionali campi dell'ermeneutica: giuridico, teologico, letterario e musicale

Tralasciamo le canoniche ed istituzionali categorie relative alla interpretazione: ¹²dichiarativa, letterale, estensiva, evolutiva, secondo buona fede, autentica, giudiziale, dottrinale, nonché i criteri: logico, storico, sistematico, sociologico, equitativo.

La interpretazione è il prodotto di una complessa attività del soggetto, che va dall'approccio alla applicazione, al *dictum*.¹³ Si tratta di un complesso processo di conoscenza diretto a procurare un sapere.

L'interpretazione nel campo del diritto ha per oggetto non soltanto l'apparato normativo e le singole disposizioni legislative, ma anche altri paradigmi che sono il prodotto, il risultato di manifestazioni dell'attività dell'uomo (sia come singolo che come soggetto di istituzioni) giuridicamente rilevanti: la sentenza e gli atti giurisdizionali, gli atti amministrativi, gli atti di autonomia privata: il contratto, l'atto unilaterale, il testamento.

La interpretazione porta alla conoscenza intesa in senso platonico e cioè come: "opinione vera accompagnata da ragione".

Scrivono Schlesinger: attività tra loro diversissime - una esecuzione musicale, la rappresentazione di un personaggio in un film, una meditazione su un sogno, il commento ad un testo sacro - vengono etichettate tutte come attività di "*interpretazione*".¹⁴

Altro insigne studioso, l'Ascarelli, parla di interpretazione "di un'opera musicale o di un'opera d'arte (e i francesi parlano, appunto, di "*creation*"), o in altro campo, e più vicino al diritto, di un dogma religioso, o, in altro campo ancora, sul rapporto di chi parla o scrive

¹² SCHESINGER, *Interpretazione della legge civile e prassi delle corti*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 532 ss. che, a proposito dell'attuale interpretazione dottrinale, così afferma: "nonostante che la produzione giuridica sia spesso illeggibile, incomprensibile, irritante, o anche semplicemente, del tutto palesemente inutile rimanga, nella sua essenzialità, la benvenuta".

¹³ Di primato dell'interprete parla BENEDETTI, *Nell'interpretazione si "incarna" il diritto (Riflessioni sulla prima lezione di Paolo Grossi)*, in *Riv. dir. e proc. civ.*, 2006, 656.

¹⁴ *L'interpretazione della legge per i casi "dubbi" od "omessi"*, *Riv. dir. civ.*, 2001, II, 489, che così prosegue: "interpreta il pianista che dà un concerto, l'attore che calca le scene, lo psicanalista che discute con il paziente e così pure interpreta il giurista che cerca di risolvere un caso pratico difficile". Per l'A. ciò che unifica tali attività così differenti e tuttavia consente di denominarle in modo omogeneo è "il riconoscimento che per un verso ci si accosta ad un avvenimento *passato*, e per un altro verso se ne dà una lettura *attuale*, spesso orientata ad influenzare comportamenti *futuri*".

una lingua con le regole di grammatica che applica e insieme sviluppa e costituisce".¹⁵

In ogni materia, giuridica, artistica, musicale, poetica, scientifica ed in generale in ogni settore del sapere è necessario il processo interpretativo, che avrà regole proprie a seconda del campo di applicazione, della metodologia adottata, e dei risultati ai quali (si) perviene.

Ogni studioso ha indirizzato le proprie ricerche sull'ermeneutica nell'alveo della propria disciplina. Tradizionalmente l'ermeneutica riguardava tre discipline di riferimento: la teologia, il diritto, la letteratura, e costituiva "l'arte di lettura dei testi sacri, giuridici, letterari"¹⁶, e, più tecnicamente, la scienza delle norme che permettono di scoprire e interpretano il senso autentico di un testo¹⁷.

Dal punto di vista pragmatico, la interpretazione giuridica si risolve in una *confirmatio legis ac voluntatis legislatoris*. L'interprete deve mediare tra il dato normativo e la fattispecie sottoposta allo stesso¹⁸.

Il problema appare semplice. La legge è il prodotto del tecnico del diritto per antonomasia: atteso che il legislatore deve rendersi intelligibile dalla collettività e dai soggetti.¹⁹

Ne consegue che dovrebbe sempre applicarsi il principio *in claris non fit interpretatio*, e quindi l'attività dell'interprete diverrebbe meramente sussidiaria e quasi pleonastica, una interpretazione dichiarativa, qualora la lettera della legge non è

15 *Funzioni economiche e istituti giuridici*, in *Saggi giuridici*, Milano, 1949, pag. 88, nt. 9.

16 BENEDETTI, *Nell'interpretazione si "incarna" il diritto*, cit., 661, l'A. intende la interpretazione filosofica come novità radicale: accesso a una diversa dimensione teoretica, consistente nell'imporsi dell'interpretazione come questione fondamentale della filosofia.

"Ermeneutica filosofica non vuol significare interpretazione dei testi filosofici, ma ha significato che il problema ermeneutico si sposta dal piano puramente epistemologico a quello ontologico: esistere è interpretare".

Nella filosofia contemporanea, prima nello storicismo e, successivamente, nella fenomenologia (da ultimo HEIDDEGER, *Essere e tempo*, a cura di CHIODI, Torino, 1994) l'ermeneutica è intesa come il metodo del comprendere proprio della filosofia, con l'istituzione di continue correlazioni tra il sé e l'essere in un processo che va dalla totalità delle manifestazioni umane alle sue parti e viceversa.

17 FAGGIN, voce *Ermeneutica*, in *Enc. Fil.*, II, Firenze, 1967, 926.

18 BENEDETTI, *Nell'interpretazione*, cit. pag. 659: "il giurista diviene mediatore tra testo e società"; PARESCE, voce *Interpretazione (filosofia)*, in *Enc. del Dir.*, vol. XXII, Milano, 1972, 189.

19 Per Cino da Pistoia, giurista e poeta, il legislatore è pari all'artista nella sua opera: FUMAGALLI BEONIO BROCCIERI, *L'estetica musicale*, il Mulino, Bologna 2002, 72.

oscura. Il principio è teorico, atteso che, per quanto chiara sia una norma giuridica, un atto amministrativo, un contratto, la sua applicazione al caso concreto può sempre generare controversie: ecco il ricorso al giudice, alla cui funzione è demandata la interpretazione della norma giuridica.

Il diritto assume vita nel processo ermeneutico, attraverso l'opera dell'interprete il quale si stacca, si differenzia dal legislatore e dalla norma astratta e generale, divenendo egli stesso un creatore di diritto per il caso particolare. Con l'interpretazione il diritto non è più quello voluto dal legislatore, ma assume una nuova, differente evoluzione applicativa.

Ogni forma interpretativa ha proprie ragioni, propri fini specifici e, di conseguenza, le metodologie e le ottiche sono differenti; tuttavia, se le premesse ed il metodo sono corretti, il risultato dovrà essere, necessariamente, il medesimo.

Si pensi, ad esempio, alla interpretazione dottrinale ed a quella giurisprudenziale: la prima, prescindendo dalla fattispecie concreta, ha come scopo quello di costruire uno strumento metodologico per la formazione del sistema giuridico. La dottrina studia la fattispecie astratta offerta dalla norma, di contro la seconda (quella giurisprudenziale) si realizza nell'applicazione del diritto alla fattispecie concreta. *Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat*, la norma della giurisprudenza romana rimane attuale: la *regula* è la regola dottrinale formulata dall'interprete e lo *ius* è la norma giuridica. I concetti sono astratti e devono servire concretamente al diritto nel suo essere e nel suo divenire, perché il diritto è vita.²⁰

L'applicazione del diritto, in caso di contenzioso, diventa oggetto di *iurisdictio*, perché il magistrato svolge attività e funzione giurisdizionale; sulla base del sistema normativo egli giudica, *ius dicit*, la fattispecie sottoposta al suo esame, applicando le regole legali dell'interpretazione della legge art. 12, 1° c. disp. prel. al cod. civ. che si articolano in tre momenti: a) il significato proprio delle parole; b) la connessione logica; c) l'intenzione del legislatore.

20 LIPARI, colloca, fra le fonti del diritto, la giurisprudenza, il cui ruolo è fortemente discusso e la dottrina il cui ruolo è sempre ignorato. Per l'A. la stessa individuazione delle fonti è il risultato di un più generale percorso interpretativo, atteso che *l'interpretazione è il momento costitutivo dell'esperienza giuridica*, (*Le fonti del diritto*, Milano 2008).

L'interprete non può e non deve fermarsi al significato letterale del dato normativo, atteso che, allo stesso, occorre attribuire il significato che risulta dal valore semantico delle sue parole e dalla "intenzione del legislatore", che non deve essere riferita alla volontà di coloro che hanno emanato la legge, bensì all'intento obiettivo della norma. L'interpretazione della norma è un processo logico che precede l'applicazione al caso concreto da decidere. Per la interpretazione del contratto si applicheranno le regole degli artt. 1362-1367; per quella dell'atto unilaterale l'art. 1324 cod. civ.; per il testamento l'art. 587 cod. civ.; per la interpretazione integrativa gli artt. 1340, 1374, 1474, 1° c.²¹

Caratteristica comune della interpretazione dottrinale e di quella giudiziale è che entrambe non sono vincolanti per l'interprete successivo, per il principio della libertà dell'interpretazione. Ad avviso di Tarello²², il contrasto tra la interpretazione dottrinale e quelle (ufficiali e/o) giudiziali è raro, atteso che la prima si manifesta sotto forma di ragionevoli e motivati progetti di interpretazioni giudiziali e la pubblica amministrazione ne recepisce i suggerimenti, ed ancora il "distacco interpretativo" tra l'interpretazione dottrinale e quella dei giudici è relativo a brevi periodi e, se l'indirizzo dottrinale non viene recepito, la interpretazione dottrinale tende ad adeguarsi a quella giudiziale; infine, mentre le interpretazioni degli organi giudiziari ed amministrativi tendono alla omogeneità, gli studiosi, di contro, si dividono e in caso di contrasto interpretativo una delle interpretazioni dottrinali "si associa alla interpretazione giudiziale e/o ufficiale"²³.

Le ragioni della convergenza delle interpretazioni vanno ricercate, secondo Tarello, nel fatto che gli autori non sono più portatori di propri interessi di ceto, come si verificava in tempi storici più antichi: si pensi alla interpretazione autentica del sovrano legislatore e a quella degli organi dello Stato stesso in conflitto con la Corona per estendere e rafforzare

21 RODOTA', *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004; SCOGNAMIGLIO C., *L'integrazione*, in *I Contratti in generale*, a cura di E. GABRIELLI, 2, Torino, 2006, 1149 e ss. e da recente sull'utilizzo delle regole interpretative: IORIO, *Clausole di stile, volontà delle parti e regole interpretative. Profili generati*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 1, 657 ss.

22 *L'interpretazione della legge*, in *Trattato CICU-MESSINEO*, continuato da MENGONI, Milano, 1980, 57.

23 *Op. e loc. ult. cit.*

le proprie prerogative. Nell'età contemporanea le contrapposizioni si sono notevolmente e progressivamente affievolite, e di conseguenza si è ridotta a livello teorico-dottrinale la contrapposizione tra "le interpretazioni soggettivamente tipiche".²⁴

È vero che le spinte determinate dagli interessi sono notevolmente affievolite per l'assetto ormai consolidato della divisione dei poteri: tuttavia, persistono le differenziazioni tra la interpretazione giudiziale e quella autentica per le diversità di presupposti e di finalità. Le stesse corrono su piani paralleli ed ognuna tiene (o dovrebbe) tenere conto dell'altra; ne consegue che, se sono stati correttamente applicati i canoni ermeneutici, le interpretazioni dovranno essere, necessariamente, corrispondenti. Allo stesso modo, per verificare la correttezza del metodo e dei risultati, la interpretazione letterale e quella sistematica devono arrivare allo stesso risultato.

Anche se gli effetti dell'interpretazione giudiziale sono limitati ad una singola fattispecie, essa deve essere effettuata in modo da valere per tutti i casi uguali; diversamente verrebbero violato il principio di trattare in modo eguale casi simili e quello della certezza del diritto, che diventa obiettività nella quale la coscienza etica si estrinseca e si realizza.²⁵

Il problema della interpretazione teologica è tra i principali della filosofia contemporanea e della teologia. Per la teologia è di fondamentale importanza il problema del rapporto tra verità e storia: la verità deve essere unica ed universale, la complessità della interpretazione deve rendere comprensibili i testi.

La problematica attiene soprattutto alla interpretazione del "dogma" quale verità rilevata, trasmessa nella tradizione (*paradosis*) della Chiesa. La verità è universale e sempre valida: per la teologia cattolica è fondamentale la funzione del Magistero, cui è stata affidata l'interpretazione autentica della Parola di Dio.²⁶

24 TARELLO, *Op. e loc. ult. cit.*

25 LOPES DE ONATE, *La certezza del diritto*, Roma, 1950, 123. Per l'A. il motivo dominante della crisi moderna del diritto sta nella *incertezza* del diritto medesimo (pag. 68). "

Una situazione di crisi accentuata... pare caratterizzi in questo nostro tempo travagliato il diritto, le discipline che si occupano del diritto (filosofia, storia, scienza) e persino le attività che presiedono all'applicazione pratica di esso (tecnica, arte forense, attività giurisdizionale)", così scriveva PUGLIATI nella *Giurisprudenza come scienza pratica*, in *Grammatica e diritto*, Milano 1978, 103 e s.

26 "Onde siccome la musica crede i principî trasmessile dal matematico, così la dottrina sacra crede i principî rilevati da Dio", come scrive S. Tommaso *Summ theol.*, I, q. 1.

Per gli ebrei la *Torah* (il Pentateuco) espone e trasmette una visione del mondo, e ci sono quattro livelli interpretativi che possono svelarne il senso: *pshat* (letterale), *remez* (allusiva), *drash* (filosofica), *sod* (segreta).

All'interpretazione del dogma contribuiscono: lo studio storico delle fonti, il lavoro teologico, il contributo delle scienze umane, l'ermeneutica (nel senso originario di *ermeneuin*: rendere comprensibile, arte e scienza della interpretazione dei testi), la linguistica e la filosofia.²⁷

Sul punto, ovviamente, non può andarsi oltre sia perché l'argomento esula dal tema trattato e sia per la necessaria preparazione specifica occorrente.

Restano da esaminare le regole ermeneutiche del diritto, della letteratura e della musica, che meritano un approfondimento per i contributi apportati a queste discipline da un giurista: Salvatore Pugliatti.

3. PUGLIATTI E L'INTERPRETAZIONE. L'INTERPRETAZIONE GIURIDICA

Salvatore Pugliatti è stata una “singolarissima personalità”,²⁸ che indirizzò i suoi studi verso l'ermeneutica in discipline tra loro molto differenti: il diritto (il metodo, la teoria e la pratica), la musica, la poesia e le arti figurative.²⁹ La bibliografia è molteplice, varia, articolata ed abbraccia un periodo di quasi mezzo secolo (dal 1929 al 1976)³⁰.

27 COMMISSIONE TEOLOGICA INTERNAZIONALE, *L'interpretazione dei dogmi*, 1989.

28 L'espressione è di PARESCHE, *Presentazione di grammatica e diritto*, Milano, 1978, XVI.

29 PARESCHE, *op. ult. cit.*, XVII, di Pugliatti così scrive: “non bisogna, d'altra parte dimenticare, per quanto lontana possa sembrare dal nostro tema, la sua propensione alla musica, da lui appassionatamente studiata, nella sua struttura e nella sua storia, ed alla poesia ermetica: Ungaretti, Quasimodo, Montale, nei quali l'elemento astratto e musicale è prevalente”. Insigne giurista e raffinato musicista lo definisce: IUDICA, *Interpretazione giuridica e interpretazione musicale*, *Riv. dir. civ.* 2004, II, 468. Grande maestro messinese lo chiama BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 509 nt.2.

30 FERLAZZO NATOLI, *Letteratura & diritto, Scritti su Salvatore Pugliatti*, con prefazione di MILIGI, Milano 2002, riporta alcuni scritti su Pugliatti letterato e su Pugliatti giurista e la cronologia dei lavori del Maestro; ID, *Nel segno del destino, vita di Salvatore Pugliatti*, Rubettino, Catanzaro 2008, dove sono trattati, tra gli altri, i rapporti di Pugliatti con Quasimodo (27), La Pira (37), Vann' Antò (47), Giuffrè (55) e Satta (59), con i ricordi, particolarmente teneri delle figlie Teresa e Paola (125), e con completa bibliografia giuridica (143), letteraria e musicologica (149); recensito da: L. BARBERA, *Salvatore Pugliatti, il Magnifico Rettore*, in *Margine esterno*, Messina, luglio 2008, e da ZIINO, in *Dir. fam.*, 2008, pag. 2232 e ss.

Ma prima di cercare di ricostruire il pensiero di Pugliatti in ordine al sistema ermeneutico nel campo estetico ed in particolare in quello letterario e musicale, è opportuna una estrema sintesi del pensiero dell'A. sulla interpretazione giuridica, e ciò perché la "metodologia ermeneutica" è comune alle differenti discipline.

In ordine al problema dell'approccio al dato positivo, Pugliatti torna più volte a soffermarsi nell'evoluzione del proprio pensiero, sviluppando i temi delle prime opere.³¹ L'A. ritiene opportuna la elaborazione di una teoria dell'interpretazione per potere meglio valutare le regole di ermeneutica in rapporto alle comuni esigenze del processo interpretativo considerato nel suo schema unitario, e a quello particolare degli atti ai quali il processo deve essere applicato.

Per Pugliatti occorre premettere che la interpretazione è un'operazione generale e necessaria. Generale in quanto concerne ogni manifestazione di volontà produttiva di conseguenze giuridiche: dalla volontà del legislatore a quella del singolo soggetto giuridico; necessaria nel senso che non si può fare a meno di essa.³²

Scopo e funzione dell'interpretazione è ricercare, attraverso l'analisi della espressione nella quale è manifestata, la volontà che costituisce il contenuto della norma di legge o del negozio giudico.

L'orizzonte si allarga perché per Pugliatti la legge risulta costituita da gruppi di norme collegate da concreti riferimenti a questa o quella materia da disciplinare. Ogni singola norma deve essere posta in relazione con le altre norme del gruppo.

Ma ciascun gruppo di norme è, a sua volta, collegato ad altri gruppi del sistema, in modo che, oltre i rapporti più stretti esistenti tra le norme di un dato gruppo, sono anche da tenere presenti quelli esistenti tra i vari gruppi, e così tutto il sistema va considerato come l'armonica

31 In particolare: *Istituzioni di diritto civile*, I, II-III, Milano, 1933; *Istituzione di diritto privato. (Il soggetto del diritto)*, Milano, 1939; *Diritto civile. Metodo, teoria e pratica*, Milano, 1950; *Il trasferimento delle situazioni giuridiche*, Milano, 1964.

TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, 168, prende in esame le elaborazioni dottrinali, in tema di interpretazione, di tre insigni giuristi: GRASSETTI, PUGLIATTI e GORLA. In particolare quella di Pugliatti, che si svolge in un ampio arco di tempo che va dal 1930 al 1973, è trattata, con riferimento ai numerosi contributi dell'A., alle pag. 169 e ss.

Alcune delle opere di Pugliatti sull'ermeneutica giuridica sono citate nei primi due capitoli del presente lavoro: del quale questo costituisce la conclusione.

32 *Istituzioni di diritto civile*, III, cit., 232.

coesistenza di un esteso complesso di norme tra loro interdipendenti.³³

A questo punto è necessario un raffronto - che è ovviamente brevissimo, atteso che si tornerà in maniera più ampia sull'argomento - con la interpretazione musicale, trattata in maniera articolata e completa da Pugliatti nel lavoro monografico *L'interpretazione musicale*, rilevando alcuni tratti in comune ed una univocità ontologica³⁴.

Si legge in detta opera che l'interpretazione è processo generale dello spirito, che, trovando un oggetto come altro da sé, come negazione del soggetto, lo riconosce come tale, se ne impossessa in sé, lo risolve. L'oggetto è per l'interprete in senso stretto il testo.

La pagina musicale pone all'interprete dapprima un problema di ordine intellettuale, e ne sollecita l'impegno verso la piena intelligenza.³⁵ Per Pugliatti interpretare è dunque: a) anzitutto *intelligere*: questo momento sarà esaurito quando si sarà raggiunta la intelligenza o conoscenza piena; b) riesprimere l'idea già colta nella sua pienezza, quindi nuovamente esprimere perché l'idea poetica fa parte della esperienza dell'interprete.³⁶

Il pensiero di Pugliatti sulla interpretazione giuridica è stato puntualizzato con estrema felice sintesi dal Falzea laddove afferma che "l'interprete, per identificare la regola giuridica, è vincolato all'apparato formale dei fatti normativi, che costituisce un limite invalicabile di ogni processo interpretativo, ma deve nello stesso tempo attingere alla realtà della vita sociale per identificare i problemi di vita dei quali la società si è assunta il carico e la soluzione, ponendo in essere i fatti normativi".³⁷

Pugliatti non visse gli anni convulsi e confusi della c.d. legislazione di emergenza; tuttavia, da giurista sensibile, intuì che la tecnica legislativa cominciava a scricchiolare.

Dopo essersi accostato al problema nel 1929, nella recensione

33 TARELLO, *Op. ult. cit.*, 233.

34 *L'interpretazione musicale*, Messina, 1940, 20. Unità concettuale che ritroviamo pure in *Interpretare la poesia Solaria*, 1932, fasc. I, pagg. 46-52, ora pure in Salvatore Quasimodo, *Vento a Tindari*, Messina, 1960, 17 ss., ed in E. Montale, *Lettere a Pugliatti*, a cura di S. Palumbo, Milano, 1986, 41.

35 *L'interpretazione musicale*, cit., 26.

36 *Op. ult. cit.*, 139.

37 FALZEA, *Dalla scuola dell'apprendimento, alla scuola dell'insegnamento*, in *Scritti in onore dell'Istituto tecnico commerciale "Antonio M. Jaci" di Messina nel CXX anniversario della fondazione (1862-1982)*, Tomo primo, Messina, 1982, pag. 195.

a Cavarretta *Questioni di tecnica legislativa*,³⁸ Pugliatti ritorna specificatamente sull'argomento nel 1972, dopo oltre quaranta anni, con il breve, ma succoso articolo *Aspetti nuovissimi di tecnica legislativa*, apparso negli scritti in onore di Francesco Santoro Passarelli.³⁹

In detto lavoro l'A. riafferma l'importanza della tecnica legislativa, ricordando come chi deve applicare la legge si troverà a dovere affrontare problemi supplementari rispetto a quello della sua interpretazione, se disporrà di uno strumento tecnicamente imperfetto, e così lo studioso del diritto che ha il compito della costruzione del sistema nel quale le norme legislative vengono ad inquadrarsi. Ammoniva allora il Pugliatti come la prima esigenza tecnica attenesse proprio all'aspetto linguistico del testo legislativo.

Per Pugliatti è vano polemizzare sulle formule "interpretazione storico-evolutiva", "interpretazione teleologica", "uso alternativo del diritto". Il diritto e la realizzazione dei suoi valori vanno considerati nel complesso del loro ciclo vitale.⁴⁰

Le proposizioni normative non enunciano giudizi fine a sè stessi, ma hanno finalità di ordine pratico, sicchè le esigenze della tecnica si profilano in due direzioni: quella del rapporto tra il voluto e l'espresso, quindi l'adeguamento del mezzo espressivo, e quello della precisazione dell'espressione in sé considerata, cioè dell'esattezza dei termini verbali impiegati e nel rispetto delle regole grammaticali e sintattiche.⁴¹

Pugliatti auspicava che i compilatori dei testi legislativi si applicassero ad interpretare non soltanto le esigenze che la legge intende soddisfare, ma, una volta redatto il testo, "dovrebbero divenire interpreti di esso: quasi per effettuare una verifica, al fine di accertarsi se il problema tecnico linguistico è stato adeguatamente impostato e risolto".⁴²

38 Recensione a G. Cavarretta, *Questioni di tecnica legislativa*, in *Riv. intern. di filosofia del diritto*, fasc. IV-V, luglio-ottobre, 1928, 579 e ss.

39 *Aspetti nuovissimi di tecnica legislativa*, in *Studi in onore di F. Santoro Passarelli*, III, 857 e ss., Napoli, 1972.

40 PUGLIATTI, *Il diritto ieri, oggi, domani, ultima lezione* (19 dicembre 1973), Milano, 1993, 39. Giova riportare un "bisticcio" di Pugliatti: "se l'oggi non risolve i problemi ereditati da ieri non vi sarà per l'umanità un domani" *op. cit.*, 11.

41 *Aspetti nuovissimi di tecnica legislativa*, cit., 859.

42 *Op. ult. cit.*, 860; sul punto ZIINO, *In memoria di Salvatore Pugliatti nel decennale della morte*, in *Riv. dir. fam.*, 1987, 10 ss. ed ivi richiami bibliografici.

Pugliatti dubita non solo della legittimità, ma anche della opportunità di inserire nel testo legislativo le definizioni, rifacendosi alla tendenza contraria risalente al diritto romano: *omnis definitio in iure periculosa est*.⁴³

Esempi di vere e proprie definizioni sono nel codice civile, ad esempio, gli artt. 587 (testamento), 769 (donazione), 810 (beni), 1027 (servitù prediali), 1321 (contratto), nonché le “nozioni” relative ai contratti tipici come, ad esempio: gli artt. 1470 (vendita), 1548 (riporto), 1571 (locazione), 1655 (appalto), 1678 (trasporto), 1703 (mandato), 1731 (commissione), 1737 (spedizione), 1754 (mediazione), 1766 (deposito), 1803 (comodato), 1813 (mutuo), 1823 (conto corrente), 1842 (apertura di credito bancario), 1861 (rendita perpetua), 1882 (assicurazione), 1936 (fideiussione), 1960 (anticresi), 1965 (transazione), 1977 (cessione dei beni ai creditori).

Sempre nel codice civile altre definizioni si riscontrano: in materia di successioni per causa di morte negli artt. da 474 a 476, a proposito della distinzione tra l'accettazione espressa e quella tacita dell'eredità, all'art. 587, che definisce il testamento, agli artt. 601-605, che trattano delle varie forme dei testamenti ordinari, all'art. 588, sulla distinzione tra disposizioni a titolo universale e a titolo particolare. Ed ancora agli artt. 810 (nozione di beni), 832 (contenuto del diritto di proprietà anche se non viene definita la proprietà, ma il contenuto del diritto del proprietario), in tema di diritti reali: art. 981 (contenuto del diritto di usufrutto), 1021 (uso), 1022 (abitazione), 1027 (servitù prediali).⁴⁴

43 *Il trasferimento delle situazioni giuridiche soggettive*, Milano, 1964, 10 s; ID, *Spunti metodologici in Grammatica e diritto*, Milano, 1978, 235 e nt. 34. Il principio risale a Javalenus: *Omnis definitio in iure civili periculosa est: parum est enim, ut non subverti posset*, D. 50, 17, 202 (Jav. 11 *epist*); TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit, 153 e ss. dedica un intero capitolo (il IV) alle definizioni legislative ed all'interpretazione.

ALBANESE, *Definitio periculosa: un singolare caso di duplex interpretatio*, in *Scritti in onore di Gioacchino Scaduto*, III, Padova, 1970, 301. Per qualche riferimento ZIINO: *Diritti della persona e diritto al (pre)nome: riferimenti storico-letterari e considerazioni giuridiche*, *Giust. civ.*, 2004, 368 nt. 39.

44 Le definizioni risalgono al codice Napoleone e, attraverso il codice civile e quello di commercio abrogati, approdano al codice vigente.

Così – ad esempio – l'art. 1362 cod. civ. sulla intenzione dei contraenti, riproduce l'art. 1131 cod. civ. abrogato, che a sua volta riproduceva l'art. 1156 del codice Napoleone: “*On doit les conventions rechercher quelle a été la comune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes*” e, se si vuole andare ancora più indietro nel tempo, troviamo la regola di PAPIANIO, conservata da D. 20, 16, 219.

Per Pugliatti le disposizioni di carattere definitorio tendono a risolvere *imperativamente* ogni dubbio che può nascere dai significati diversi di taluni termini od espressioni, polisemia, come scrive l'A.⁴⁵

Specifico campo di indagine è quello delle c.d. definizioni legali, premessa metodologica a quello, più peculiare, della definizione della proprietà. Le disposizioni che si concretano in mere definizioni legali non creano vere e proprie norme giuridiche, ma soltanto norme che l'A. definisce "improprie". In tal caso le definizioni legali non trovano giustificazioni, al contrario risultano dannose e "offrono al giurista l'appiglio per polemizzare col legislatore", se cerca di ricavare un preciso profilo di un istituto dalle norme giuridiche.⁴⁶

Le definizioni legislative possono qualificarsi norme improprie, incomplete ed imprecise, sintesi verbali che "male riproducono il profilo concettuale degli istituti"⁴⁷; in tal caso le norme in questione realizzano una funzione pratica apprezzabile, resta la prudenza del legislatore che dovrà fare ricorso a siffatte definizioni legali soltanto quando è veramente necessario.⁴⁸

Infine, le definizioni legali rientrano tra le abbreviazioni convenzionali che servono ad evitare perifrasi o circonlocuzioni e possono contenere "un frammento di una norma giuridica vera e propria, nel senso che, di solito, stabiliscono alcuni presupposti per l'applicazione di una data regola giuridica"⁴⁹. In tal caso non si può discutere sulla legittimità delle definizioni legali, ma si può pretendere che la loro funzione risulti chiara e i contorni siano netti.⁵⁰

45 *Il trasferimento delle situazioni giuridiche soggettive*, cit., 11.

TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit. 237, rileva che l'impegno di definizione legislative è piuttosto frequente nel nostro sistema legislativo", la copia di enunciati definitivi adempie in alto grado allo scopo evidentemente perseguito da chi formula le leggi (compendiosamente: "il legislatore"), di ridurre i margini di discrezione interpretativa".

46 PUGLIATTI, *Definizione della proprietà nel nuovo codice civile*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, 124.

47 *La proprietà*, loc. ult. cit.

48 "La legge definisce dei termini mediante proposizioni normative, per evitare che l'interprete, che deve determinare il contenuto delle norme nelle quali sono adoperati, debba ricorrere a fonti di conoscenza estranee allo stesso complesso legislativo", *Spunti metodologici*, in *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, 244.

49 *La proprietà*, loc. ult. cit.

50 Pugliatti tuttavia, non contesta l'utilità delle definizioni delle quali la scienza giuridica non può fare a meno: *Spunti metodologici*, in *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, 235, 242.

Per l'A. *lex imperat non docet*, ed il legislatore è l'interprete delle esigenze e delle necessità dei soggetti, sicchè un sistema di leggi dovrebbe essere costituito da un complesso di norme", contenenti dei comandi e dei divieti diretti a governare e disciplinare la condotta dell'uomo".⁵¹

Le disposizioni di legge contenenti definizioni tendono a risolvere quei dubbi che possono nascere in relazione a taluni elementi linguistici di significato diverso di alcuni termini od espressioni (polisemia)⁵².

Le norme devono essere armonizzate con altre norme e possono avere più o meno stretti rapporti; sorge il problema della armonizzazione, sicchè può darsi che "questa necessità o quella più specifica di eliminare contraddizioni, costringa l'interprete ad attenuare il carattere imperativo delle norme definitorie, fino all'estremo limite della *interpretazione abrogante*".⁵³

Un gruppo di norme costituiscono un organismo e così siamo fuori dall'atomismo⁵⁴ che "rappresenta una concezione ristretta e inadeguata della metodologia giuridica"⁵⁵.

L'inquadramento sistematico del caso singolo comporta la enunciazione di un principio che trascende la singola fattispecie per giungere al concetto e, nel contempo, rivela i legami tra norma e norma, tra gruppi di norme, tra gli istituti e lascia intravedere i principi generali che costituiscono il fondamento del sistema giuridico.⁵⁶

Norme dettate per la interpretazione dei contratti contengono regole che possono trovare applicazione anche per la interpretazione della legge e che integrano e sono di ausilio al disposto dell'art. 12

51 *La proprietà cit.*, 125

52 PUGLIATTI, *Il trasferimento delle situazioni soggettive*, Milano, 1964, 11, ID., *Aspetti nuovissimi di tecnica legislativa*, cit., 875; TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, 170, secondo cui le definizioni devono essere armonizzate con le altre norme e, quindi, "non possono essere considerate come uno strumento idoneo ad eliminare l'incertezza nell'interpretazione della legge".

53 PUGLIATTI, *Il trasferimento cit.*, 11; ID., *Aspetti nuovissimi di tecnica legislativa*, cit., 875.

54 Poiché non si è mai data tanta ristretta esegesi che si limitasse, per spirito pratico e per metodo teorico, al tentativo di determinare il contenuto di una norma sola, gelosamente e irremissibilmente isolata e... poiché... una norma... non è una *disposizione* o proposizione, e, tanto meno, un *articolo*, PUGLIATTI, *La logica e i concetti giuridici*, in *Diritto civile, metodo-teoria-pratica*, Milano, 1951, 669.

55 PUGLIATTI, *La logica*, cit., 675.

56 PUGLIATTI, *La logica*, cit. 669.

disp. cod. civ.. Così l'art. 1369, per il quale le espressioni che possono avere più sensi devono essere intese nel senso più conveniente alla natura e all'oggetto del contratto; ed ancora l'art. 1363, per il quale le clausole (e le disposizioni di legge) si interpretano "le une per mezzo delle altre".⁵⁷

4. **L'espressione musicale come opera creativa dell'ingegno tutelata dalla legge.**

La musica costituisce una forma d'espressione creativa dotata di alcune peculiarità non riconducibili ad altre forme artistiche. Essa presenta una gamma molto vasta di forme e combinazione degli elementi sonori.⁵⁸ In via normale la funzione dell'interprete non è eliminabile.

L'interpretazione musicale fa vivere i segni del pentagramma: l'interpretazione non ha nulla di particolare rispetto ad ogni altra espressione, salvo che non appaia come peculiare il fatto che alla nuova espressione si perviene, senza soluzione di continuo, dalla presa di contatto e progressiva conquista, fino alla piena intelligenza di un'altra espressione.⁵⁹

L'opera dell'ingegno viene individuata come espressione e presenta lungo il cammino della storia molteplici strutture. In epoca recente l'espressione musicale ha subito diverse rivoluzioni tecnico-strutturali, i compositori si servono di metodi creativi che prescindono da qualsiasi tradizione scolastica e si avvalgono di pratiche più o meno sperimentali.⁶⁰

Genericamente, l'espressione è il modo di comunicare agli altri ciò che si sente, si pensa o si vuole, e quindi, la musica, come la parola, il gesto, la forma, rientra tra i mezzi di espressione: l'espressione come manifestazione esteriore.⁶¹

⁵⁷ PUGLIATTI, *La logica*, cit. 670. Sul problema della scelta tra interpretazioni possibili da applicare alla fattispecie: ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria della interpretazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, 358; su posizione diversa F. C (ARNELUTTI), *Postilla*, *ibidem*, 363 s.

⁵⁸ ZIINO, *Considerazioni giuridiche sul plagio della espressione musicale*, in *scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, vol. II, Milano, 1978, 1121 ss. ed anche in *Riv.dir. fam.* 1976, 857 ss.

⁵⁹ PUGLIATTI, *L'interpretazione musicale*, Messina, 1940, 139.

⁶⁰ CARAPEZZA, *Costituzione e notazione*, in *Symposium internazionale della problematica dell'attuale grafia musicale*, Roma, 1972, 9 dell'estratto.

⁶¹ "Exprimere aliquam rem dicitur illud in quo habentur habitudines quae habitudinibus

La musica ha un potere che va oltre le parole. Ha il potere di commuoverci e la forza del puro suono riecheggia in noi finchè dura la sua esistenza.⁶²

L'espressione come carattere presentato da una opera d'arte può evocare con forza sentimenti o una situazione morale, sia con la rappresentazione diretta dell'essere umano, sia con una corrispondenza insieme ad altre immagini.⁶³

Sotto altro profilo (quello estetico) l'espressione indica l'atto spirituale per cui un contenuto interiore assume una forma contemplabile, e, considerando l'arte e quindi la musica come espressione, si pone l'accento sul suo carattere di creazione originale.⁶⁴

L'espressione nel campo artistico è il linguaggio stesso dell'artista, secondo la dottrina particolarmente elaborata da Croce.⁶⁵

Il codice del 1865 trattava delle "produzioni dell'ingegno" all'art. 437, disponendo che le stesse appartengono al loro autore "secondo le norme stabilite da leggi speciali", ed il r.d.l. 7 nov. 1925 n. 1950, contenente disposizioni sul diritto di autore, stabiliva all'art. 1 la protezione "di tutte le opere dell'ingegno, scientifiche, letterarie, artistiche e didattiche" (art. 1 c. 1°) ed il successivo comma specificava il contenuto delle stesse.

Nel capo I della legge 22 aprile 1941 n. 633 si parla di "opere protette" e non di "oggetto del diritto" come nella legge n. 1950 del 1925. L'art. 1 della l.a., non definisce l'opera dell'ingegno come oggetto del diritto d'autore, ma la stessa viene presa in considerazione come oggetto della protezione, atteso che il legislatore non ha affrontato questioni dogmatiche in ordine alla natura del diritto d'autore.

Il concetto di "carattere creativo" è stato introdotto con il codice

rei exprimendae responderet", LEIBNIZ, *Quid sit idea*, Gerh VII, 263.

62 BARENBOIM, *La musica sveglia il tempo*, Feltrinelli, 3ª ediz., Milano, 2008, 109.

63 LALANDE, voce *Espressione*, in *Dizionario critico di filosofia*, ISEDI, Milano, 1971, pag. 268.

64 NOLET, voce *Espressione*, in *Enc. Filos.*, vol. II, 2ª ed., Firenze, 1967, pag. 1011.

65 Nella estetica di Croce, il concetto di espressione è identificato con quello di intuizione artistica e perciò anche con quello di linguaggio, considerato nella sua natura originaria, puramente espressiva e non ancora schematizzata per fini pratici, *Estetica*, Bari 11ª ed. 1965; ID. *Problemi di estetica*, Bari, 4ª ed., 1954; ID. *Nuovi saggi di estetica*, Bari, 4ª ed., 1958, pagg. 36-37, dove si legge "... noi non conosciamo altro che intuizioni espresse.... E quanto è inconcepibile un'immagine priva di espressione, altrettanto è concepibile, anzi logicamente necessaria, un'immagine che sia insieme espressione, che sia cioè realmente immagine". L'intuire è già atto creativo che non può realizzarsi se non come espressione.

civile del 1942 (art. 2575) e con l'art. 1 l. 22 aprile del 1941 n. 633. Per la protezione occorre, quindi, la produzione di un'opera, nuova nella sua forma, anche se attuata per mezzo di elementi preesistenti.

Il legislatore non definisce l'opera dell'ingegno, ma opera un rinvio al concetto ed al contenuto *dell'opera dell'ingegno di carattere creativo*, intendendosi per *carattere creativo* l'apporto personale dell'autore, che fa nascere l'opera dal nulla, che dà vita a qualcosa che prima non esisteva.

L'opera dell'ingegno deve rivestire il carattere della novità oggettiva, essere, cioè, qualcosa di diverso perché individuale ed originale, sicché il carattere oggettivo è ricompreso in quello della novità soggettiva.⁶⁶

Il prodotto dell'ingegno deve costituire un apporto del singolo al preesistente patrimonio intellettuale comune.⁶⁷ La creatività non si identifica né con la originalità, né con la novità. Sotto il profilo soggettivo la creatività costituisce la espressione della personalità dell'autore, il suo modo di esprimere un sentimento. La legge parla di carattere creativo avendo di mira piuttosto l'elemento oggettivo che quello soggettivo.⁶⁸

66 ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, 3^a ed., Milano, 1960, 705, secondo l'A. la novità in senso soggettivo ricomprende anche la novità oggettiva, ed ambedue “dovranno essere valutate in relazione a quell'espressione che caratterizza l'opera dell'ingegno, essendo però poi irrilevante l'importanza o il pregio estetico di questa” (*op. e loc. cit.*); AULETTA, *Del lavoro*, in *Comm. del cod. civ.*, a cura di SCIALOJA e BRANCA, Bologna – Roma, 1957, 196; Per GRECO-VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, in *Trattato UTET*, Torino, 1974, 48, la novità va intesa in senso relativo, mentre la creazione “non può essere che il risultato di un'attività dell'ingegno umano, nel senso che il *quid novi* non poteva essere prodotto altro che da un'attività psichica dell'uomo” (*op. cit.* 51).

67 Per ARE, *L'oggetto del diritto di autore*, Milano, 1963, 53, occorre procedere ad un giudizio di valore dell'apporto creativo, per escludere dalla tutela le opere che non presentino in misura sufficiente quella creatività cui il giudizio stesso è rivolto, le opere, cioè, che sono definite “creazioni fittizie” (*op. cit.*, 57).

68 DE SANCTIS, voce *Autore*, (*diritto di*), in *Enc. del dir.*, vol. IV, Milano, 1959, 383, per l'A. il requisito della creatività si differenzia dalle prestazioni di ordine tecnico-professionale degli artisti esecutori, atteso che queste, anche se appaiono di un valore artistico superiore all'opera interpretata, consistono nella realizzazione di una creazione di forma già completa nei suoi elementi immateriali. (*op. e loc. cit.*).

5. Profili dell'interpretazione musicale. considerazioni preliminari

La interpretazione ricerca la conoscenza di sapere una cosa com'è in se stessa, e quindi occorre vederla "come è" senza deformarla, con un processo di conoscenza scevro da vizi logici, da schemi preordinati o tesi da dimostrare *a priori*.

Tornando alla interpretazione della espressione musicale, punto di partenza è il testo musicale scritto, tuttavia l'interpretazione è il risultato di un atto di conoscenza complesso e soggettivo compiuto dall'esecutore (o da un insieme di esecutori, per lo più sotto la guida di un direttore), nei confronti dell'opera dell'autore.

L'interprete spiega, chiarisce e rivela i contenuti, gli intendimenti artistici dell'opera, facendosi mediatore tra l'autore e altri soggetti: il pubblico. Il momento soggettivo è l'interpretazione che costituisce la causa, il momento oggettivo è l'effetto, è la esecuzione, intesa come il momento della realizzazione degli intendimenti voluti dall'autore; i due momenti sono strettamente collegati e non è agevole poterne riscontrare la linea di confine.

Anche sotto altro profilo la nozione di interpretazione assume un duplice senso, come le due facce della stessa medaglia.

La prima è quella nella quale l'interprete in prima persona è il protagonista di una esecuzione, generalmente di fronte al pubblico ovvero in una sala di registrazione, ed è questa una attività che affonda le proprie radici anche prima della codificazione quando la musica non era scritta, ma era tramandata a memoria, come la poesia o le sagre epiche.

L'altra faccia della medaglia immanente ed intrinseca alla interpretazione è quella ermeneutica intesa come tecnica ed attività di far scaturire dallo scritto musicale (partitura) i significati che sono il frutto del rapporto personale dell'interprete con le intuizioni artistiche dell'autore. E qui l'interprete deve dosare ed equilibrare i due aspetti: quello relativo all'apporto personale e quello ermeneutico, aspetti, questi, che hanno contraddistinto i differenti momenti della storia della interpretazione musicale e costituiscono uno degli elementi, se non l'elemento determinante e caratterizzante, dell'approccio concettuale dei singoli interpreti nei confronti del testo musicale scritto, alla cui fedeltà occorre sempre fare riferimento.

Per questa attività soccorre la umiltà dello interprete, il quale non deve apportare alcuna novità al testo, ma deve eseguirlo il più fedelmente possibile immedesimandosi in quello che l'autore ha riportato nel testo.

I grandi autori del '700-800, Chopin, Liszt, Beethoven, Mozart, Paganini, Scarlatti giravano l'Europa ed eseguivano (quasi) esclusivamente le proprie composizioni, non suonavano opere di altri compositori: ma erano autori, esecutori e interpreti delle proprie.

Il ruolo dell'interprete assunse una compiuta configurazione nell'800 e si collegò al nascente repertorio della produzione contemporanea e del 700. Toccò, *in primis*, al direttore d'orchestra ed al solista essere i protagonisti di tale nuovo indirizzo con interpretazioni che giungevano, alle volte, anche alla manipolazione (*ad usum delphini*) e che dipendevano dal fatto che i più rinomati interpreti, oltre ad essere dotati di una notevole tecnica, erano anche compositori di elevato livello. Giova ricordare che l'800 è stato il secolo nel quale il melodramma raggiunse, in Europa, il suo vertice. Il riflettore venne spostato dall'autore all'esecutore e nacque, così, il mito romantico dell'interprete, il mito della spirituale identificazione di chi eseguiva la musica con il compositore: soltanto così, come ebbe a dire Hoffmann, "il messaggio viene recepito" in termini di partecipazione emotiva, di condivisa commozione e di entusiasmo. Ecco che al seicentesco "virtuoso", si sostituisce una nuova figura quella del "divo" (direttore d'orchestra o solista), che sembrava incarnare la sintesi tra l'opera e l'idea stessa dell'unità interpretativa raggiunta da una mente e da una volontà superiori alle singole volontà individuali degli orchestrali. Questo fenomeno era destinato ad estendersi ai cantanti d'opera, che assumevano la veste di protagonisti dentro e fuori la scena. Ed ancora ai "divi" erano concesse licenze interpretative di "adattamento" del testo alle proprie qualità tecniche, la cui esecuzione era svincolata dalla rigidità metronomica ed era tesa a sottolineare le peculiari caratteristiche strutturali di un passo o di un intero brano. Le scelte dell'interprete romantico erano soggettive anche perché l'epoca è quella dell'eroe e, quindi, del mito dell'interprete.

Nel Novecento prevale il tecnicismo e la fedeltà al testo: non sono più tollerati individualismi o adattamenti alle capacità dell'interprete.

Quanto poi alla musica antica si assiste ad una interpretazione filologica con il recupero degli strumenti e delle tecniche esecutive originali e l'interprete esecutore tende al recupero della oggettività del testo originale.

La scelta filologica si contrappone a quella soggettiva dell'eroico interprete romantico.

6. L'interpretazione musicale nel tempo. La musica greca. La scrittura musicale

Esula dal presente lavoro la ricostruzione storica della musica e della sua interpretazione; tuttavia appare utile un riferimento, sia pure semplicemente abbozzato, alla musica greca.

La musica (*mousiké-téchné*) intesa quale "arte delle muse" comprendeva quello che oggi è scisso nei tre ambiti di poesia, musica e danza.⁶⁹

Nella storia del popolo greco, nella vita privata e pubblica la musica occupava un posto di grande rilievo, nel senso che non vi era atto o avvenimento dell'esistenza urbana (funerali, matrimoni), rurale (vendemmie, mietiture) o religiosa (libazione, sacrifici, cortei, preghiere) che non fosse caratterizzato e solennizzato da varie forme di canti accompagnati da strumenti. Le cerimonie erano strettamente congiunte alle rappresentazioni drammatiche che da quelle ebbero origine.

I Greci considerarono la musica come la più emotiva e, al tempo stesso, la più astratta delle arti. Le origini della musica greca sono popolari e leggendarie: Orfeo, Museo, Lino, Anfione incarnano in miti luminosi il potere attribuito dal popolo al suono degli strumenti.

69 Unico è dunque ritmo: "ordine del movimento" (Platone) o più precisamente "ordine del tempo articolato dai ritmabili" (Aristosseno) sempre più sontuosamente in cerchi concentrici: parlato, cantato, danzato. Importante è la *scelta* degli elementi (fonemi, sillabe, vocaboli; intervalli, scale, modulazioni, passi, segni, figure) – ci insegna Aristosseno di Taranto (IV secolo a.C.), discepolo di Aristotele e massimo teorico della musica – ma assai più importante la loro *composizione*, con *variazione* e con *proprietà*, cioè in maniera adeguata al *carattere* dell'argomento trattato. Lo scopo è quello di realizzare in immagini sonore il senso più profondo del soggetto o materia di cui si tratta: con la qualità (melica e timbrica) e la quantità (ritmica e dinamica) dei segni verbali, delle figure melodiche, dei gesti e degli atteggiamenti del corpo nel produrli. Poesia, musica e danza così coincidono e costituiscono il teatro, CARAPEZZA, *Poetiche della musica nell'antichità e nel rinascimento*, in *Avidi Lumi*, n.0 Palermo giugno 1997, 21.

Nell'epoca classica dell'arte ellenica, poesia e musica andarono sempre congiunte e la loro scissione fu segno di decadenza. L'esametro dattilico, il verso di Omero e di Esiodo attestano che, nell'epoca in cui fu creata, la poesia epica formava i suoi periodi su melodie di una perfetta simmetria. Quella che oggi chiamiamo la cultura musicale veniva diffusa attraverso pubbliche esecuzioni, nelle quali non solo la parola, ma anche la melodia ed il gesto avevano una loro funzione sulla comunicazione del messaggio.

La musica aveva un ruolo preminente nella educazione dei giovani. I legislatori ed i filosofi videro in essa un potente mezzo di eccitazione dei sensi, che bisognava disciplinare rigorosamente ed indirizzare a finalità educative. I teorici ne fecero un oggetto di astratte speculazioni, nelle quali la musica venne analizzata e risolta in rapporti matematici.

Probabilmente è per questa ragione che la musica, fin dai tempi di Omero, è stata a volte considerata come un potenziale pericolo per la salute dell'intelletto e persino della volontà; la musica poteva qualsiasi cosa, poteva indurre lo stato di allucinazione dionisiaca, come sedurre Ulisse e tutti i suoi compagni, distogliendoli dal completamento del loro viaggio. Tuttavia l'orecchio educato affina la capacità di separare il contenuto della musica dai sentimenti che abbiamo imparato ad associarvi.⁷⁰

I poemi omerici ricordano differenti generi di canti, accompagnati dalla danza ed eseguiti al suono di strumenti: alcuni di natura popolare, canti nuziali e funebri, altri riservati al servizio del culto, inni, peani. L'aedo, il cantore di carmi epici ed il rapsodo, il cantore di composizioni poetiche popolesche scandivano il verso narrativo con una monotona recitazione modulata melodicamente dinnanzi all'uditorio composto anche dal re. Per esempio è un aedo Demodoco, e non Ulisse, che, nell'ottavo libro dell'Odissea, narra ad Alcino ed alla sua corte della fine di Troia. Il fatto non deve stupire perché Ulisse, nel ritorno ad Itaca, trova che il suo passato, le sue vicende sono conosciute e commemorate. Le sirene conoscono l'impresa troiana. L'aedo Demodoco, alla corte dei Feaci, canta della contesa tra Ulisse ed Achille senza sapere che la sta

⁷⁰ BARENBOIM, *La musica sveglia il tempo*, cit., 109, che così continua: tuttavia l'orecchio educato affina la capacità di separare il contenuto della musica dai sentimenti che abbiamo imparato ad associarvi.

cantando proprio davanti ad Ulisse.⁷¹ Gli aedi ed i rapsodi erano cantori di professione, simili a quelli che poi furono i trovieri, poeti in lingua *d'oil* ed i compositori di liriche d'amore: i trovatori medievali.

La parte strumentale relativa all'accompagnamento, eseguita sulla cetra, serviva ad intonare e sistemare il canto ed a concedere, mediante brevi interruzioni, qualche pausa al cantore.

La musica, come detto, era presente in quasi tutte le cerimonie pubbliche e private, civili e religiose dei Greci e rappresentò un elemento di grande rilievo nella loro vita individuale e sociale. Era un mezzo di trasmissione della cultura che, fino al IV sec. a.C., fu prevalentemente orale.⁷²

La conoscenza dei testi musicali greci è molto scarsa, di contro sono rilevanti le teorie acustiche e musicali come quelle di Pitagora (secc. VI-V a.C.).⁷³ Dalle origini e sino al IV secolo la musica greca appare divisa in due tendenze differenti per la provenienza, i contenuti e le forme. Un indirizzo è costituito dal modo dorico e da uno strumento che è la lira. È la musica della catarsi, dell'equilibrio interiore, della calma serena, della perfezione di bellezza e di grazia olimpica: la musica apollinea. L'altro orientamento è quello della musica esotica, di origine asiatica, che si vale di uno strumento preferito che è il flauto. È la musica dell'ebbrezza tumultuosa, dell'esaltazione passionale ed orgiastica: la musica dionisiaca.

Dalla prima nasce una composizione musicale e poetica di carattere austero: il *nomos*, citaristico se la composizione era accompagnata solo dalla cetra, citarastico se accompagnato da cetra e canto, nonché la lirica orale. Dall'altro orientamento nasce il *nomos* o composizione colta

71 Ascoltando l'aedo Demodoco, Ulisse piange: piange nel vedersi al tempo stesso così illustre e così lontano dalla sua meta, STAROBINSKI, *Le incantatrici*, Edizioni EDT, Torino 2007, XVIII, richiamo bibliografico segnalato da Sabrina Peron.

72 Gli studiosi di musica greca, sulla base dei testi dei grammatici, hanno avuto occasione di rilevare che la sillaba su cui cadeva l'accento tonico importava una intonazione di una quinta circa più acuta delle altre sillabe; se l'accento cadeva su l'ultima sillaba e questa era legata dal senso alle parole seguenti, l'intervallo era minore (forse una terza); le sillabe colpite dall'accento circonflesso richiedevano una doppia intonazione, a disegno discendente..... E chi non conosce le formule melodiche, specie cadenzali, svariatissime delle quali è fiorita la parlata del popolo delle varie regioni e province d'Italia?, così PUGLIATTI, *L'interpretazione musicale*, cit. 64. CARAPEZZA, *Poetiche della musica nell'antichità*, cit., 23; ed il saggio ancora attuale di VALGIMIGLI, *Poesia letta e poesia ascoltata in Poeti e filosofi di Grecia*, Bari, 1940, 295 ss.

73 Per SCHELLING, "La musica è una autonumerazione reale dell'anima". Pitagora aveva paragonato l'anima a un numero, ma per il fatto d'essere reale questa numerazione è inconscia, dimentica di sé stessa. Donde l'affermazione di Leibniz: *musica est raptus numerare se nescientis animae*, PAREYSON, *L'estetica musicale di Schelling*, in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, vol. V, Milano 1978, 743;

FERGUSON, *La musica di Pitagora. La nascita del pensiero scientifico*, Longanesi, Milano, 2009.

e raffinata ed il ditirambo tragico, canto corale in onore di Dionisio, nucleo germinale della tragedia, che può essere: *aulos* solo (*nòmos* auletico) o per *aulos* e canto (*nòmos* aulico). I filosofi come Platone ed Aristotele affermarono che le diverse tipologie della musica possono modificare in senso positivo o negativo il carattere dei giovani.

In Grecia si cominciò a scrivere la musica forse già nel sec. V a.C., certamente nel IV secolo, tuttavia entro i ristretti confini degli iniziati, senza alcuna rilevanza per la conservazione e trasmissione delle melodie, che rimase affidata in prevalenza all'ascolto ed alla memoria.

Per questa ragione il patrimonio musicale dei Greci scomparve negli anni.⁷⁴ I canti imparati "ad orecchio" venivano riproposti adattandoli alle occasioni ed ai luoghi: piazze, templi, scuole, simposi; subirono continue trasformazioni, infine furono dimenticati quando i gusti del pubblico mutarono, il clima culturale subì trasformazioni radicali nel tempo, e si perse la memoria dei canti.⁷⁵

Parallelamente allo sviluppo tecnico della musica, si svolse quello della teoria e dell'insegnamento. Ecco comparire la figura di Aristosseno di Taranto (circa 360 a.C.), allievo di Aristotele. Egli è il più grande teorico greco di ritmica e di musica, ed ha lasciato la definitiva codificazione del sistema musicale dei Greci, che, data la scarsità e confusione dei pochi passi di Aristotele⁷⁶, Platone⁷⁷, Plutarco⁷⁸, dov'è trattata la storia della pratica musicale dell'antichità, può considerarsi come l'autentico testamento della musica greca.

⁷⁴ Per i resti della musica greca giunti fino ai nostri giorni sono ancora attuali gli studi di ROMAGNOLI, *Musica d'oggi*, nov. 1922, Marzo 1923, dic. 1924, giugno 1926. Di Romagnoli si ricorda, anche, il sodalizio con il compositore siciliano Giuseppe Mulè, e la loro più che ventennale collaborazione per le rappresentazioni classiche di Siracusa, teatro da loro creato e fortemente voluto. Mulè è considerato il depositario dell'antica linfa del melos siciliano.

Il termine melos compare per la prima volta con Archiloco di Paro, nel settimo secolo a.C., e indica un canto corale. Successivamente, Platone definì il melos come la sintesi di parola, tonalità e ritmo, mentre la definizione che ne diede Aristotele si avvicina di più a quella che noi intendiamo per melodia: BARENBOIM, *La musica sveglia il tempo*, cit., 19.

Nell'antica Grecia poesia melica era quella destinata all'intonazione musicale, cantata sia dal singolo che dal coro, con accompagnamento di cetra o di aulòs.

⁷⁵ Tra tarda antichità e medioevo ha luogo una catastrofica rivoluzione fonematica; si perde anche nella lingua greca la qualità melica delle sillabe e, a causa dell'*ictus* percussivo che la eclissa, la loro differenza quantitativa CARAPEZZA, (*Poetiche della musica*, cit. 22). Per una analisi della struttura musicale ID: *La costituzione della musica*, Palermo, 1999.

⁷⁶ *Problemi musicali*, cfr. la magnifica edizione del GEVAERT e del VOLLGRAFF, Gand, 1903.

⁷⁷ *Dialoghi*, 5ª ediz., traduz. di F. Sartori, Bari, Laterza, 1946.

⁷⁸ *De Musica*, cfr. la bella edizione del WEIL e del PEINACH, Paris 1900; ed anche PLUTARQUE, *De La musique*, traduzione di François Lasserre, Olten Lausanne, Urs Graf. 1954.

Di Aristosseno sono pervenuti alcuni frammenti delle sue due opere principali: *Elementi di armonia*⁷⁹ (Ἀρμονικά στοιχεῖα), ed *Elementi ritmici*⁸⁰ (Ρυθμικά στοιχεῖα); in questa seconda opera egli studiò il ritmo come legge insieme della danza, della poesia e della musica.⁸¹ I suoi *elementi di armonia* eccellono per l'esattezza della ricerca e della elaborazione teoretica. Le opere sono condotte non in base agli astratti presupposti aritmetici dei pitagorici, ma in base all'osservanza diretta dei fenomeni del suono secondo il metodo aristotelico dell'osservazione empirica dei fatti, sapendo inquadrare la sua investigazione scientifica nella più vasta speculazione filosofica. Il primo sistema di notazione musicale veramente documentato ed interpretato è quello greco, che ha visto due fasi chiaramente distinguibili, il primo sistema è quello *strumentale*, il secondo, posteriore, è quello *vocale*.

La storia della musica scritta riguarda una zona geografica ed un periodo temporale che, misurati nel complesso dello spazio e del tempo, cioè nella intera storia dell'uomo, rappresentano soltanto una minima parte. La tradizione orale della musica è viva e presente, al giorno d'oggi, in tutto il mondo. La musica di tradizione scritta ha le sue radici in un sistema culturale la cui trasmissione era affidata all'oralità. Le prime notazioni musicali riguardavano trascrizioni di repertori originariamente tramandati per via orale ed affidati alla scrittura per scopi conservativi o normativi. La storia della musica scritta è permeata di citazioni di riferimento a soggetti sonori appartenenti al mondo dell'oralità. La musica per il monaco Simone Tunstede (XIV secolo) è

⁷⁹ *Elementa Harmonica* trad. it. di Rosetta Da Rios, Roma, Officina poligrafica dello Stato, 1954.

⁸⁰ *Rhythmica*, traduzione italiana di Giovan Battista Pigli, Bologna, Patron, 1959.

⁸¹ "Unico è dunque il ritmo, ordine del movimento" (Platone) o più precisamente "ordine del tempo articolato dai ritmabili (Aristosseno) sempre più sontuosamente in cerchi concentrici: parlato, cantato, danzato", CARAPEZZA, *Risorgono in Sicilia le antiche musiche elleniche*, in *Avidi lumi*, n° 7 Palermo, ottobre 1999, 65 ed anche in *Aulos, Studi e ricerche di archeologia musicale*, 1, 2005, 65-73.

TIBY, *Antichi musicisti siciliani studio storico-bibliografico dei grandi Maestri di musica classica*, Palermo, 1993 (ristampa), 37.

Già nell'antica Grecia nasce il "divismo", specie nel periodo ellenistico capitava che un auleta o citarrista o citaredo desse spettacolo compiacendosi "d'un virtuosismo espressivo, sì che la dimostrazione delle risorse tecniche, spinta all'ultimo limite, spesso sovrastava e talora annullava il fine estetico", DEL GRANDE, *Espressione musicale dei poeti greci*, Napoli 1932, 132, riportato da PUGLIATTI, *L'interpretazione musicale*, cit. 117 nt. 10.

Si legge in TIBY, *Antichi musicisti*, cit. 37 nt. 5, che Empedocle impedì un omicidio calmando l'ira di un giovane con un canto solenne e riposante.

nata prima della scienza della musica, come il linguaggio è nato prima della grammatica: gli uomini hanno sempre cantato, anche quando erano inesperti nell'arte, perché la musica fa parte della loro natura, tanto che "bambini, giovani e vecchi gioiscono insieme con naturale piacere per le melodie".⁸²

La notazione musicale nasce per fissare sul foglio repertori elaborati in sede orale; tuttavia ben presto la scrittura produce nuove forme di pensiero musicale, autonome e diverse.⁸³ La notazione musicale e la tradizione orale si distanziano sempre più l'una dall'altra, sia sotto il profilo dell'ambiente sociale di appartenenza, come su quello delle strutture musicali prodotte. La tradizione orale resta legata alle culture non europee ed in quella europea al mondo pastorale e folcloristico, nonché ai ceti subalterni urbani. La distanza tra l'oralità e la notazione è graduale e mai definitiva. Il sistema di notazione designa il modo di descrivere il fenomeno musicale.

Gli autori scrivono direttamente sul rigo e riportano sullo stesso (forma esterna) il risultato della propria creatività (forma interna).

Dalla dottrina giuridica tedesca è stata operata una distinzione nell'opera dell'ingegno tra forma interna e forma esterna. Per Ascarelli⁸⁴ la forma esterna è la estrinsecazione che assume la espressione, mentre la forma interna è la organizzazione, la forma ideale dell'espressione che trova la sua veste nella espressione esterna: senza l'estrinsecazione la forma interna non sarebbe percepibile. La problematica della forma interna e di quella esterna dell'opera musicale ha formato oggetto di

82 FUMAGALLI BEONIO BROCCIERI, *L'estetica medievale*, cit. 56. Nel medioevo la musica rientra nelle sette arti "liberali", di contro le arti figurative rientrano tra le sette arti illiberali o adulterine. Le arti "liberali" per l'uomo medievale liberano l'anima dalla materialità mentre gli antichi le chiamavano così perché degne dell'uomo libero (*op. ult. cit.*, 19).

83 La nota scritta è il significante e il suono il significato. "Il primo è una entità perfetta nella sua forma come pure il significato: essi sono correlati divenendo una cosa sola nella nota musicale. La nota è una figura quadrilatera significativa per convenzione (come il termine) del suono misurato nel tempo. Per cui come nel linguaggio non sono le parole a dipendere l'una dall'altra, né a determinare la costruzione del discorso ma il rapporto tra i loro modi di significare le cose, così tra figura e figura non sussiste alcuna relazione musicale ma è dalla relazione tra i suoni che ha origine la consonanza musicale" (*op. ult. cit.* 58).

84 *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano 1960, 699, continua l'A. affermando che la compenetrazione del contenuto ideologico e della forma esterna, in contrapposizione al mero argomento, è più pronunciata nelle opere artistiche, dato il loro contenuto fantastico nel quale già si esprime l'individualità dell'opera dell'ingegno (*op. cit.* 701).

Per lo JARACH, *Manuale del diritto d'autore*, Milano 1963, 306 in alcuni casi sarebbe impossibile scindere il contenuto di un'opera dalla forma in cui è presentata.

particolare attenzione da parte dell'Are.⁸⁵ Anche se esiste un sistema di notazione il più tecnico possibile ed ormai collaudato da circa un millennio, da quando, cioè, Guido D'Arezzo mise a punto il suo sistema di notazione musicale che introduceva il principio moderno del rigo (poi teorizzato nel *Prologus in Antiphonarium*), ed anche se l'autore cerca di essere il più preciso possibile dando le indicazioni più minuziose e pertinenti all'esecutore, tuttavia esiste sempre un margine che è lasciato all'interprete, il quale deve colmare ciò che l'autore non ha potuto descrivere compiutamente.

A quanto precede va aggiunto lo spessore professionale, la bravura, la tecnica e la sensibilità dell'esecutore. Ecco perchè abbiamo differenti esecuzioni della medesima espressione musicale.

7. PUGLIATTI E L'INTERPRETAZIONE MUSICALE: IL METODO

La legge richiede sempre la interpretazione come attività propedeutica per la applicazione al caso concreto. Lo stesso legislatore dà le regole di ermeneutica (art. 12 disp. prelim. cod. civ.) dichiarando che alla norma si deve attribuire il senso "fatto palese dal proprio significato delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore" ed "i tecnici sanno bene quale complicato lavoro di analisi è necessario, spesso, per determinare la vera portata del testo legislativo".⁸⁶

⁸⁵ *L'oggetto del diritto di autore*, Milano 1963, 377 ss. ed in part. 388 ss., ID. *Voce beni immateriali (diritto privato)*, in *Enc. del dir.*, vol. V, Milano 1959, 172.

La forma interna è il contenuto psichico ed ideologico dell'opera nella sua realizzazione completa, mentre la forma esterna è il mezzo di espressione usato, ZIINO, *Considerazioni giuridiche sul plagio dell'espressione musicale*, cit., 865.

⁸⁶ PUGLIATTI, *L'interpretazione musicale*, Messina, 1940, 20, opera di grande rilievo scientifico, della quale così scrive PETROCCHI: "ed ecco lo studio sull'*Interpretazione musicale*, pubblicata a Messina, nel 1940: qualche cosa di più e di diverso di un testo di estetica e di esegesi musicale: una vibrante variazione sul "sentir musica, che nasconde il distacco che Pugliatti ha ormai consumato interamente dentro di sé rispetto all'estetica crociana, la quale nei saggi musicali precedenti era visibile come lo era in tutta la cultura italiana dell'epoca, quale costante presenza o comunque dialogo all'interno del sistema dell'estetica crociana. Il distacco da Croce è evidentissimo nell'*Interpretazione musicale* che nel 1940 testimonia d'altronde uno dei più significativi distacchi nella cultura italiana, sia pure in un settore che Croce, trascurò, quello della musica". *L'impegno umanistico*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, 612 s., contributo letto in occasione della presentazione degli scritti in onore di Pugliatti il 23 maggio 1977. Pugliatti era morto a Ragusa il 22 maggio del 1976.

In senso generale, per Pugliatti l'interpretazione è processo generale dello spirito che, trovando un soggetto come altro da sé, come negazione del soggetto, lo riconosce come tale, se ne impossessa in sé, lo risolve. L'oggetto è, per l'interprete in senso ristretto, il testo.⁸⁷ Utilizzando la tecnica del progressivo "impossessamento" del testo, l'interprete mira a conseguire la piena intelligenza dell'opera d'arte: conseguendo un risultato meramente intellettuale.⁸⁸ Nel campo giuridico l'interprete mira, sempre, a conseguire la piena intelligenza del testo legislativo per applicarlo alla fattispecie; dell'opera d'arte musicale per eseguirla, della figurativa per un mero beneficio spirituale generato dalla intuizione.

Solo determinando il senso della legge sarà possibile l'applicazione al caso concreto. I criteri interpretativi della legge, della musica, della poesia e delle opere d'arte figurative sono simili e si intersecano tra loro; differenti sono le finalità.

Sotto il profilo metodologico una differenza è data dal fatto che il legislatore dà una regola generale ed astratta (art. 12 cit.) per determinare il senso del proprio *dictum*: l'autore offre gli strumenti per l'ermeneutica. Di contro, per l'opera d'arte in genere, per la musica e la poesia in particolare, gli autori dell'espressione non offrono regole interpretative delle loro opere.⁸⁹

Iudica pone la seguente questione: la interpretazione della *voluntas* del legislatore ha qualche analogia, oppure no, con la interpretazione della *voluntas* espressa in uno spartito dall'autore di una composizione musicale ed, in ogni caso sino a che punto il parallelismo resiste e la similitudine cede alla diversità.⁹⁰ Per l'A. esiste un parallelismo tra l'interpretazione musicale e l'interpretazione giuridica; tuttavia, al di

⁸⁷ *L'interpretazione*, cit. 20. Unità concettuale che troviamo anche in *Interpretare la poesia*, Solaria, 1932, I, 46-52, e in SALVATORE QUASIMODO, *Vento a Tindari*, Messina, 1960, 17 ss. ed in E. MONTALE, *Lettere a Pugliatti*, a cura di S. PALUMBO, Milano, 1986, 41, cfr. ZIINO, *In memoria di Salvatore Pugliatti nel decennale della morte*, *Riv. dir. fam.*, 1987, 9.

⁸⁸ PUGLIATTI, *L'interpretazione* cit., 21.

⁸⁹ IUDICA, *Interpretazione giuridica e interpretazione musicale*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 476. Per l'A. il legislatore regola l'interpretazione giuridica, fornendone i *criteri-guida*, lungo quattro versanti principali: a) l'art. 12, cod. civ.: *interpretazione della legge*; b) gli artt. 1362-1371 cod. civ.: *interpretazione del contratto*; c) 1324, 601 cod. civ.: *norme applicabili agli atti unilaterali*; d) gli artt. 112, 132 e 118 disp. att. cod. proc. civ.: *interpretazione della sentenza ed in genere degli atti giudiziari* (*op. cit.*, 468).

⁹⁰ *Interpretazione giuridica*, cit., 470.

là delle similitudini e delle analogie esistono due differenze: la prima è che l'interprete musicale ha lo "svantaggio" di non avere una norma come l'art. 12 delle preleggi che lo orienta nella interpretazione, di contro ha il "vantaggio", perché svincolato da criteri ermeneutici, con il solo limite della *compatibilità tecnica* della sua scelta *con il testo* da interpretare; la seconda differenza è che l'*iter* giuridico procede dalla norma e, attraverso l'interpretazione, si conclude con la sua applicazione, invece il percorso musicale così procede: il testo, la interpretazione, l'esecuzione dell'opera "ma si compie definitivamente... quando, con un ultimo slancio raggiunge la mente e il cuore dell'ascoltatore".⁹¹

Torniamo al pensiero di Pugliatti⁹²: egli parte dal principio secondo il quale l'atto interpretativo presuppone un momento puramente intellettuale, che si concreta nella piena intelligenza del testo.⁹³

La ricerca dell'idea che costituisce il nucleo dell'opera d'arte non consente alcun arbitrio, né allo storico, né al critico; e neppure all'interprete, "che è, in questo iniziale momento, storico e critico".⁹⁴

Tuttavia, ciò che può dirsi dell'interprete, in quanto storico e critico, non va detto dello interprete in quanto ricreatore, cioè in quanto creatore di una realtà artistica, che costituisce, in quanto tale, una nuova creazione, "è realtà dell'interprete e non può essere di altri; espressione del suo mondo, realizzazione della sua personalità".⁹⁵ Ed in questa realtà non soltanto l'eco della personalità del compositore, ma non quella

91 *Interpretazione giuridica*, cit., 478.

92 Nei giorni 9 e 10 febbraio 2004 ha avuto luogo a Messina, in occasione del centenario della nascita di Salvatore Pugliatti, un convegno di studi sul tema: *Salvatore Pugliatti e l'interpretazione musicale*. Dopo la presentazione di AGOSTINO ZIINO sono stati esposti i contributi di: CARAPEZZA, *La musica nell'antichità classica e nel Rinascimento*; LIPPMANN, *Bellini nella lettura di Salvatore Pugliatti*; VIOLANTE, *Salvatore Pugliatti: la critica come interpretazione*; IUDICA, *Interpretazione giuridica e interpretazione musicale*; FUBINI, *Dall'interpretazione creatrice all'improvvisazione: il pensiero di Salvatore Pugliatti in prospettiva*; COLLISANI, *Prima dell'interpretazione. Appunti per una definizione del testo musicale*; EDOARDO SANGUINETI, *Dell'interpretazione*; GIORGIO SANGUINETI, *Analisi musicale ed interpretazione: il finale della sonata op. 35 di Chopin*; RATTALINO, *La quarta stazione della filologia*; ALESSANDRINI, *Interpretare la musica antica*; RESTAGNO, *L'interpretazione nella musica contemporanea*; CHIODI, *Musica come ermeneutica del silenzio*.

Gli atti del convegno non sono stati ancora pubblicati, ad eccezione del contributo di IUDICA, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 467 ss. Del convegno parla A. CREA, *Salvatore Pugliatti musicologo*, in *Messenion d'oro*, fasc. 2/3, Messina, dicembre 2003, dove si legge una sintesi dell'attività di Pugliatti musicologo.

93 *L'interpretazione musicale*, cit., 44.

94 *L'interpretazione musicale*, cit., 46.

95 *Op. e loc. ult. cit.*

soltanto: “tutte le esperienze di vita, di cultura e d’arte saranno presenti, ma come voci indistinte, tutte disciolte e insieme plasmate nella forma nella quale il mondo dell’artista si è realizzato”.⁹⁶

Per Pugliatti il godimento estetico è, anzitutto, comprensione⁹⁷. La musica ha sempre bisogno del linguaggio per definire il suo significato, o, meglio, il suo senso.

Ciò che distingue radicalmente la musica dal linguaggio verbale è, forse, proprio il suo particolare rapporto con il mondo degli affetti. Con il linguaggio verbale si possono indicare tutti gli affetti possibili, mediante parole che non hanno nulla a che fare con gli affetti connotati; si tratta perciò di un rapporto del tutto convenzionale. “Nella musica, invece, la frase musicale assomiglia, ha una relazione intrinseca con l’affetto che denota, o che esprime, o a cui allude o, ancora, che suscita nell’ascoltatore. Potremmo avanzare l’ipotesi che vi sia una sorta di isoformismo tra l’espressione musicale e gli affetti”.

La interpretazione è creazione ed il punto di partenza è il testo.⁹⁸ Ecco, sotto il profilo filologico, che la interpretazione della musica e quella del diritto hanno il medesimo punto di partenza metodologico: il testo musicale e quello normativo.

Sia il giudizio (critico) che il processo interpretativo (creativo) sono preceduti da un lavoro filologico che si esercita sul testo, e tende a renderne possibile la piena intelligenza.⁹⁹

8. La interpretazione del compositore e dell’esecutore. I termini consueti del linguaggio musicale: la melodia, l’armonia, il ritmo

Pugliatti fa proprio il pensiero di Pizzetti ed i risultati ai quali perviene il maestro.¹⁰⁰

⁹⁶ *Op. e loc. ult. cit.*, 48.

⁹⁷ FUBINI, *La musica e il linguaggio degli affetti* in *Et facciam dolci canti, studi in onore di Agostino Ziino in occasione del 65° compleanno*, libreria Musicale Italiana, Perugia 2003, vol. II, 1474; in generale sull’estetica: ID *L’estetica musicale dal settecento ad oggi*, Torino, 1964, p. 169 ss.; ID *Musica e linguaggio nell’estetica contemporanea*, Torino, 1973, 103 ss. MILA, *L’espressione musicale e l’estetica*, Torino, 1950, 181 ss.

⁹⁸ PUGLIATTI, *L’interpretazione*, cit. 38.

⁹⁹ *L’interpretazione*, cit., 10.

¹⁰⁰ PIZZETTI, *Interpretare la musica*, in *Pegaso*, 1929, 697 ss., citato da PUGLIATTI, *L’interpretazione*, cit. pag. 19, nt. 4; 50 nt. 1; 53 nt. 3, 61 nt. 4, 5; 62 nt. 9; 63 nt. 11; 70 nt. 9; 103 nt. 10;

La premessa è che tutte le arti hanno bisogno dell'interprete e quindi anche la musica: "ecco, poniamoci dinanzi a una pagina di musica o di poesia, a pormi dinnanzi, con gli stessi propositi, a un'opera di pittura o di scultura o d'architettura non voglio azzardarmi: benché io creda che le cose le quali possono dirsi, essenziali e fondamentali, di un'arte possano essere riferite anche alle altre; cosa, questa, che più volte ho pensato osservando un foglietto sul quale Arrigo Boito in un momento - chi sa? - di sdegno o di sconforto, scrisse: "fortunate le arti che non hanno bisogno di interpreti"; come se l'osservatore sensibile di un quadro, o di una statua, o di un edificio non fosse anche lui un interprete, sia pure senza saperlo: e come se un pittore o uno scultore potessero essere sicuri che un loro quadro o una loro statua appariranno a chiunque la stessissima cosa".¹⁰¹

L'autore crea qualcosa che prima non esisteva ed organizza una realtà interna e quindi interpreta, organizzandola, quella realtà, creando ed esteriorizzandone una nuova; l'interprete esecutore manifesta, e cioè ri-crea per virtù sua propria un'espressione che senza la sua attività ricreatrice, rimarrebbe muta.¹⁰²

La notazione di un'opera musicale o poetica non è rigorosamente definita neanche per l'autore dell'opera; e neanche per lui essa è traducibile - cioè interpretabile - in modo rigorosamente esatto ed immutabile.¹⁰³ Si pensi ad alcune notazioni al rigo musicale operate dell'autore; *Pdolcis*, *poco allarg*, *p. espressivo*, *p.meno*, *lento a piacere*, *moderato*, *a piacere*, *cres e string* (gli esempi potrebbero proseguire), che sono meramente indicative e soggettivamente eseguibili dall'interprete, il quale la traduce in linguaggio vivente, la ri-crea non, però, a proprio arbitrio.

Tra il tempo reale della musica eseguita realizzata sonoramente e il tempo spazializzato indicato nella partitura non c'è parentela, c'è un salto qualitativo, salto che, per l'appunto, l'interprete è chiamato a colmare aiutato da tutte le indicazioni che gli può fornire l'autore, indicazioni verbali che non saranno mai altro che indicazioni approssimative.¹⁰⁴ La

101 PIZZETTI, *Interpretare* cit. 700; PUGLIATTI, *L'interpretazione*, cit., 103 ed anche 50 e ss.

102 PIZZETTI, *op. cit.*, 706; PUGLIATTI, *op. cit.*, 51.

103 Per far ciò ai musicisti "occorrono le orchestre, i teatri, gli impresari", OJETTI, *Lettera al maestro Alfredo Casella*, in *Pegaso*, vol. II, p. I, Firenze, 1930, 87.

104 Così FUBINI, *Musica e linguaggio nell'estetica musicale*, Torino 1973, 89, il quale così continua: il termine *rallentando* significa ben poco finché l'interprete non li inserisce nel contesto generale, rappresentato in quel momento dall'andamento melodico, da quel che precede e da quel che segue, dal timbro, dalla sonorità e infine dal ritmo generale a cui ha creduto di dovere seguire tutto il brano del suo complesso. Solo in questa rete di relazioni estremamente complessa il *rallentando* della partitura si trasformerà in un concreto e determinato andamento ritmico. Tutte

musica è un linguaggio che ha caratteristiche e proprietà tutte proprie, un linguaggio che l'artista adopera per esprimere emozioni, sentimenti, in altre parole se stesso, ed è un linguaggio, differente da qualsiasi altro, con il quale l'artista creatore esprime la infinità varietà di aspirazioni, di sentimenti, di passioni.¹⁰⁵

Per un interprete di opere altrui la maggiore difficoltà sta proprio nel ri-creare l'espressione dalla notazione, così come l'autore la ha immaginata e creata, dando ad ogni nota e accento scritti dal compositore e ad ogni momento del discorso musicale il significato voluto dallo stesso.¹⁰⁶

Tradizionalmente i termini consueti del linguaggio musicale sono: la melodia, l'armonia ed il ritmo, intendendosi per melodia la successione lineare di note organizzate ed avente senso musicale compiuto, che è determinato dal sistema musicale da cui la melodia è prodotta: per armonia, l'arte ed il risultato della combinazione simultanea di molteplici e differenti suoni,¹⁰⁷ per ritmo, in generale, si intende il ritorno periodico ad intervalli di tempo regolari di un dato fenomeno, per ritmo musicale, il modo ordinato dei suoni che si svolge sulla base di determinate unità di tempo.¹⁰⁸

I termini consueti del linguaggio musicale, melodia, armonia e ritmo, sono stati esaminati dai giuristi che hanno analizzato il fenomeno dell'opera musicale di carattere creativo.

Per l'Are¹⁰⁹ gli elementi fondamentali dell'opera musicale sono:

le indicazioni ritmiche, dinamiche, timbriche che troviamo in ogni partitura o che, anche nel caso in cui non siano espressamente indicate dal compositore, in realtà l'interprete sembra realizza nell'esecuzione o il revisore aggiunge nella partitura, stanno continuamente a ricordarci che la partitura con il ritmo indicato all'inizio della pagina e magari con la precisa indicazione del metronomo non è che uno schema astratto che deve essere concretizzato dall'esecutore. ID, *Estetica della musica*, Bologna, il Mulino, 1995.

105 L'autore trasferisce, tramite una composizione musicale, il suo stato d'animo, che d'altronde è la fonte ispiratrice della stessa composizione, ma che si manifesta nell'opera creata in una forma espressiva originale che va al di là dell'organizzazione delle singole figure musicali (forma interna) sino ad identificarsi nella veste sonora sensibilmente percettibile (forma esterna), così testualmente: CARUSO, *Temi di diritto industriale*, Milano, 2000, 134.

106 LABROCA, *Panorama della musica tedesca contemporanea*, in *Pegaso*, vol. II, p. I, Firenze, 1930, 705.

107 Quando i suoni si combinano simultaneamente, ha luogo l'*armonia*; invece quando si combinano in successione, ha luogo la *melodia*.

108 Il ritmo è tutto ciò che ha una durata fissa nel tempo. Il rapporto tra ritmo ed armonia è strettissimo e viene inquadrato nella complementarietà. Aristotele riconosce una parentela tra l'armonia ed il ritmo (*Pol.*, VIII, cc 5-6, 1340 b – 1342).

109 *L'oggetto del diritto di autore*, Milano 1963, 367 ss. ed in part. 388 ss.

la melodia, l'armonia ed il ritmo. In particolare la melodia si fonda su una qualificata successione di suoni: "un complesso di suoni, cioè, non disposti arbitrariamente, ma combinati secondo regole di composizione, indipendentemente dalla costruzione di *accordi* tra di essi secondo i principi dell'armonia".¹¹⁰ L'Are intende la melodia in senso restrittivo, cioè come un complesso ordinato e concluso di suoni disposti secondo le regole della composizione, o, comunque, rivolti, anche indipendentemente dalla osservanza delle regole, alla espressione o soddisfazione di sentimenti.¹¹¹ L'armonia si sviluppa come una "successione di *accordi* e cioè di suoni prodotti simultaneamente"¹¹²; essa costituisce il prodotto dell'attività creativa, dando luogo ad un *quid novi*, idoneo ad appagare interessi intellettuali concretamente apprezzabili.¹¹³

Il ritmo, sempre secondo l'Are, costituisce una relazione di durata relativa tra il tempo di un elemento e quello di altro differente.¹¹⁴ Il ritmo sottostà a regole generali e, più che un elemento, costituirebbe una regola di espressione, pertanto non tutelabile¹¹⁵; ma quando si ha una creazione di forma, cioè una continua e progressiva variazione nella durata relativa dei vari suoni e delle varie pause, o quando, "pur essendovi una iterazione di serie costanti di tempi, intervengono variazioni all'intermo o all'esterno degli elementi stessi", in tal caso si ha una creazione di forma tutelabile¹¹⁶.

Per Pugliatti alla parola ritmo si possono dare due significati differenti, ed è bene che siano chiariti; perché, se il termine ritmo s'intende in un senso, direi tecnico o ristretto, allora è uno degli elementi costitutivi della musica; quando, invece, lo si consideri come il prodotto di un discorso fatto di parole da un punto di vista artistico,

110 *Op. ult. cit.*, 377.

111 *Op. ult. cit.*, 382.

112 *Op. ult. cit.* 384.

113 *Op. ult. cit.* 385

114 *Op. ult. cit.*, 386; sovengono la modernità e la sinteticità della definizione che del ritmo dette Platone: τῆ τῆς κλυτῆσεως τάξει ρῦθμος ὄνομα εἶν: nell'ordine del movimento sia nome e ritmo.

Nella prima musica clavicembalistica il ritmo era l'elemento vitale: ciò era dovuto alla struttura stessa del clavicembalo; infatti il plettro pizzicava la corda e ne veniva un suono smorzato, né vi era la possibilità di colorare il suono o di prolungarlo; per la struttura della musica cfr. per tutti KAROLYJ, *La grammatica della musica*, Torino, 1969.

115 ARE, *L'oggetto del diritto di autore*, cit., 386.

116 *Op. e loco ult. cit.*

il ritmo non ha quel senso ristretto. Dunque, il quesito si propone in termini differenti: bisognerà individuare tutti gli elementi costitutivi della musica, del fatto musicale e, quindi, importa soprattutto il suono oltre che il ritmo.¹¹⁷

L'Are afferma la tutelabilità sia della forma esterna dell'opera musicale identificabile nella veste sonora sensibilmente percepibile, sia della forma interna, consistente nella organizzazione dei contenuti stessi in funzione dell'espressione¹¹⁸.

Anche Caruso tratta della melodia, dell'armonia e del ritmo come elementi dell'opera musicale¹¹⁹ e, dopo averne determinato i contenuti, afferma che non esiste armonia o ritmo senza melodia, che è l'elemento essenziale di una opera musicale, regola, questa, che trova applicazione sia ai brani strumentali che vocali.¹²⁰

Le considerazioni svolte dall'Are e dalla Caruso ed i risultati ai quali gli stessi sono pervenuti possono condividersi in parte. Il discorso è valido soltanto per il periodo, oggi storicamente ben determinato, nel quale gli elementi costitutivi dell'opera musicale sono stati anche la melodia, l'armonia ed il ritmo, periodo che arriva, grosso modo, alla fine del XIX secolo e che trova il suo momento risolutore nella *neue Music*.¹²¹

Uno degli elementi della musica tonale più di sovente trascurati oggigiorno è l'armonia. Le tensioni armoniche hanno un effetto decisivo su un'opera e sul modo in cui viene suonata. Dei tre elementi – armonia, ritmo e melodia - che influiscono in maniera così profonda sulla musica tonale, l'armonia è forse il più importante, perché è il più potente. Si può suonare il medesimo accordo con milioni di ritmi diversi. L'accordo li regge tutti senza bisogno di trasformarsi. Ma una melodia è priva di interessi se non procede armonicamente; quindi, l'impatto dell'armonia

117 *Il valore della musica, Quaderni di San Giorgio*, n° 21, Sansoni editore s.d.

118 *Op. ult. cit.*, 376. Per il metodo di ARE ed i risultati ai quali perviene l'A.: ZIINO, *Considerazioni giuridiche sul plagio dell'espressione musicale*, in *Riv. dir. fam.* 1976, 865 e s. ed in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, vol. II, Milano, 1978, 1121 e ss.

119 *Temi di diritto industriale*, cit., 134 s.

120 *Op. ult. cit.*, 135. ADLER: *Lo studio dell'orchestrazione*, a cura di LORENZO FERRERO, Edt, Torino 2008, a proposito degli archi e della complessità nel distribuire le altezze dei suoni parla della funzione determinante dei tre fattori: registro, melodia, spaziatura.

121 Non si può immaginare lo sviluppo della nuova musica del secolo XX senza il concetto di radicalismo, STUCKENSCHMIDT, *La musica moderna*, Torino 1960, p. 3. "La via più radicale di una sistematica soppressione della tonalità era stata precorsa... dal viennese Arnold Schöenberg", *op. cit.*, 17. Gli accordi sono liberati da ogni accordo tonale, sono evitate perfino le ripetizioni di ritmi; ciò che è stato detto una volta non si ripete neppure in forma variata, *op. cit.*, 18.

dev'essere assai più grande di quello del ritmo e della melodia, ed è presente in ogni opera tonale. Vi sono migliaia di differenze fra Bach, Wagner, Cajkovskij e Debussy, ma essi hanno tutti una cosa in comune: la forza d'urto dell'armonia.¹²²

L'armonia, intesa come carattere estetico della sensazione prodotta dalla audizione simultanea di molteplici suoni musicali, o come scienza dell'uso degli accordi, riguarda un periodo (anche se temporaneamente esteso) della storia della espressione musicale, quel periodo che può definirsi tonale¹²³, e che entra in crisi già prima delle innovazioni della scuola musicale di Vienna.¹²⁴

9. L'apporto personale dell'interprete. Il direttore d'orchestra

Per Pugliatti lo spartito non sarebbe, perciò, che il pretesto per una nuova creazione.¹²⁵ La interpretazione è una operazione necessaria per far rivivere la pagina musicale; non si può, quindi, negare la creatività dell'interpretazione musicale.

Per arrivare alla piena intelligenza dell'idea che ispirò il compositore occorre prendere le mosse dal testo musicale, che merita un rispetto religioso.¹²⁶ Tutto il processo filologico e creativo, dell'interprete, è compreso tra i due poli del segno tracciato nella pagina

122 Così BARENBOIM, *La musica sveglia il tempo*, cit., 130 s. Non ci sono elementi indipendenti, il ritmo non è indipendente dalla melodia, la melodia non è indipendente dall'armonia, e neanche il tempo lo è, *op. cit.*, 17.

123 Si legge in PUGLIATTI, *Chopin e Bellini*, Messina 1952, 81 s.: "le scoperte armoniche di Chopin, intanto, non meno delle invenzioni di Wagner, se pure in modo manifesto, hanno contribuito al superamento del sistema tonale: esse conducono oltre le rive dell'impressionismo".

Bellini non tenta di opporre alla forza estintiva del suo straordinario temperamento il proposito di superare ed evitare le soluzioni che venivano offerte dal *gran Opéra* parigino, ma nel *gran Opéra* di Parigi, Bellini incide profondamente con *i Puritani* e quindi crea una opera che non bordeggia le funzioni del *gran Opéra*, ma ne fa un prodotto suo personale; quindi in quel momento, rispetto ad Auber, rispetto ad Halévy, a Meyerbeer, Bellini diventa anche il centro della cultura musicale francese come lo era stata di quella scaligera. Questo è molto ben disegnato nel libro di Pugliatti, come scrive PETROCCHI, *L'impegno umanistico* cit. 607.

124 ZIINO, *Considerazioni giuridiche sul palgio dell'espressione musicale*, cit., 869 ed ivi considerazioni sull'esigenza viva dei compositori che hanno ricercato e ricercano nuovi mezzi sonori, nuovi modi di articolare l'espressione musicale, nuovi risultati creativi con libertà di forma e di espressione.

125 Così testualmente FUBINI, *Musica e linguaggio nell'estetica contemporanea*, Torino, 1973, 10.

126 WALTER, *Musica e interpretazione*, Milano, 1958, 74.

e della realizzata espressione¹²⁷; la musica è una virtualità che attende sempre una nuova realizzazione.¹²⁸ Nella esecuzione trapela il gusto dello interprete; nella stessa maniera in cui traspare dalla composizione il gusto del compositore; “per cui egli si colloca nel suo tempo e la sua opera acquista carattere di storicità”.¹²⁹

Il gusto dell’interprete è l’insopprimibile antecedente di ogni singola interpretazione, nonché le relazioni alle quali dà luogo in presenza delle varie composizioni da interpretare.¹³⁰

Il mito romantico dell’esperienza musicale si rivolse sull’interprete, come l’autore di una spirituale identificazione tra chi eseguiva la musica ed il compositore, in questo modo, come scriveva Hoffmann, “il messaggio viene recepito” in termini di commozione e di entusiasmo.¹³¹ Questa figura di interprete si è protratta sino al perpetrarsi del repertorio classico romantico.

Un famoso direttore di orchestra, Sergiu Celibidache, disse che la musica non diventa qualcosa, bensì che qualcosa può diventare musica, intendendo dire che tra il semplice suono o una serie di suoni e la semplice musica sta il fatto che quando si fa musica tutti gli elementi vanno integrati in un insieme organico.¹³²

Nel secolo scorso è stata messa in discussione la figura stessa dell’interprete, per esempio da Strawinskij,¹³³ il quale, con il suo modernismo estremo, ha negato la stessa utilità dell’interprete, atteso che basterebbe, a suo giudizio, un esecutore che segua scrupolosamente le intenzioni dell’autore; coerentemente egli usò negli Anni ’20 la pianola a schede perforate.¹³⁴

127 PUGLIATTI, *L’interpretazione musicale*, cit., 59.

128 FUBINI, *Musica e linguaggio*, cit. 103; ID. *La musica e il linguaggio degli affetti*, in *Et facciam dolci canti*, in *Studi in onore di Agostino Ziino, in occasione del suo 65° compleanno*, Tomo 2, Libreria Musicale Italiana, Perugia, 2003, pag. 1467.

129 PUGLIATTI, *L’interpretazione musicale*, cit. 88.

130 *Op. ult.* cit. 89.

131 “Dal cuore ai cuori” è stato detto, pare che sia stato Beethoven, dal cuore del compositore al cuore di chi ascolta in mezzo l’interprete, l’esecutore che fa rivivere le note scritte sulla carta.

132 BAREMBOIM, *La musica sveglia il tempo*, cit. 17.

133 Egli sostiene che l’interprete deve limitarsi ad eseguire ciò che è scritto nella partitura: SRAVINKIJ, *Poétique musicale*, 1942, traduzione italiana a cura di Mirella Guerra, studio Tesi, Pordenone 1984, 86: sintesi della lezione tenuta dall’A. nel 1939 alla Harvard University.

134 Per Stravinskij, così come per Wagner e Schönberg (puri formalisti) la musica non esprime altro che sé stessa e il mondo dei suoni, di contro per i contenutisti la musica ha la virtù di esprimere stati d’animo, emozioni o comunque può riferirsi ad un mondo che non si riduce ai suoni, FUBINI, *Musica e linguaggio*, cit. 32. *Exercitum arithmaeticae occultum nescientis se numerare animi* definiva Leibniz la musica: PUGLIATTI, *Chopin e Bellini*, Messina, 1952, 75.

Il concreto atto interpretativo rileva le specifiche qualità del gusto dell'interprete e, nello stesso tempo, proietta la sua personalità nella esecuzione: l'esecutore è un interprete. Interprete di un'opera musicale è colui che traduce in linguaggio vivo, attivo, l'espressione dell'artista creatore; e l'interprete è, in un certo senso, creatore.¹³⁵

Per Pugliatti l'interprete svolge una funzione creativa, anzi ricreativa: svolge, cioè, una *ricreazione* che è nuova creazione.¹³⁶ La esecuzione musicale non si esaurisce nell'attività critica, anche se è necessario che il testo venga compreso nel suo valore storico; tuttavia l'attività che qualifica l'esecuzione musicale "è attività creativa, e il risultato una nuova opera d'arte".¹³⁷

Iudica opera un raffronto tra l'interprete musicale ed il giurista perché entrambi si troveranno ad affrontare scelte delicate per giungere alla interpretazione. Così come l'interpretazione di una norma giuridica mira ad individuare il significato precettivo, ad individuarne, cioè, la *regula iuris*, vale a dire "la regola di condotta espressa dalla norma considerata, così parallelamente l'interpretazione di un dato testo musicale mira ad individuarne il *significato musicale*. Tale significato ha natura, struttura e contenuto esclusivamente musicali".¹³⁸

Particolare attenzione Pugliatti dedica alla attività interpretativa

135 E se l'interprete è insieme traduttore e, in un certo senso, creatore: l'artista creatore sarebbe dunque anch'egli un interprete? "Or voi rapsòdi non interpretate i poeti? Voi dunque siete interpreti di interpreti", dice Socrate nel *Jone* di Platone, al rapsòdo di Efeso.

Interpreti dunque entrambi, l'artista creatore e l'esecutore dell'opera da quello creato. Ma quale la differenza fra l'uno e l'altro? PIZZETTI, *Interpretare la musica*, Pegaso, vol. I, parte I, Firenze 1929, 705.

136 PUGLIATTI, *L'interpretazione*, cit. 91. FURTWÄNGLER, *Dialoghi sulla musica*, Milano, 1950, 86, afferma che l'interprete svolge una funzione quasi sacra ed il maestro mise in atto tale principio atteso che le sue esecuzioni hanno qualcosa di mistico, tuttavia non disdegnò la esecuzione di partiture quanto meno originali come, ad esempio, l'incantevole ouverture con il ritmico ticchettio delle macchine da scrivere dell'opera *Neues von Tage* (Novità del giorno) di Hindemith, gioiello che lo stesso, Furtwängler non mancò di offrire agli abbonati dei suoi concerti sinfonici, STUCKENSCHMIDT, *La musica moderna*, Torino, 1960, 239 s. Per un profilo del direttore Wilhelm Furtwängler: Barenboim, *La musica sveglia il tempo*, cit. 143 ss., dove si legge che i tormenti di Furtwängler erano interiori e nel suo lavoro esprimeva questo: il filosofo guidava le prove, il poeta dirigeva la sera. L'uno non avrebbe potuto esistere senza l'altro. Furtwängler era convinto che tutto fosse collegato, concepiva la musica come un insieme organico. Per lui non esistevano fenomeni indipendenti l'uno dall'altro. Ed ancora: "in Furtwängler rimane sempre e solo la meraviglia dell'enigma... molti musicisti fanno musica nello stesso modo in cui vivono. Furtwängler ha cercato di vivere nello stesso modo in cui faceva musica" (*op. cit.* 148).

137 PUGLIATTI, *L'interpretazione*, cit., 110.

138 *Interpretazione giuridica e interpretazione musicale*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 477.

del direttore d'orchestra ed all'arte di dirigere l'orchestra.¹³⁹

Preliminarmente l'A. prende le mosse da uno spunto “non privo di interesse” di Alfredo Casella relativamente alla analogia tra le attività interpretative del direttore d'orchestra e del regista sotto il profilo estetico.¹⁴⁰ Per Pugliatti le analogie sul piano empirico non appagano, e ciò perché il direttore d'orchestra è interprete e creatore come il solista, così come il regista è anche attore, interprete e creatore, quindi la identificazione tra direttore d'orchestra e regista si realizza sul piano estetico. Tutti gli esecutori *ex diversis motibus animi* – ma ognuno esprime il proprio *motus* – in *unum conveniunt*, il direttore realizza l'*unum* e il *consensum* in una superiore sintesi che è il suo atto creativo, che non annulla, ma supera e unifica gli atti creativi degli esecutori. Lo stesso è dei registri e degli attori. La prima attività del direttore d'orchestra è quella della concertazione. E' una attività didascalica e prescrittiva di messa a punto degli aspetti più specificatamente tecnici dell'esecuzione. A questa attività segue quella della interpretazione e qui il direttore rende percepibile il disegno formale ed i contenuti espressivi con l'apporto della propria tecnica e della propria personalità.¹⁴¹ La attività del regista e quella del direttore d'orchestra non si differenziano sotto il profilo della creazione artistica, non essendovi differenza qualitativa. Si tratta sempre della medesima attività spirituale che si presenta in atteggiamenti che soltanto esteriormente sembrano differenti e si estrinseca con mezzi diversi di comunicazione, ma non muta natura.¹⁴²

In sintesi, per Pugliatti interpretare è innanzitutto: *intelligere*, cioè raggiungere l'intelligenza o conoscenza piena¹⁴³.

139 *L'interpretazione*, cit., 111-122.

140 *Interpretazioni e celebri interpreti*, in “Il libro della musica” Firenze, Sansoni, 1940, 162-163.

141 *Op. ult. cit.*, 112. Sull'attività interpretativa del direttore d'orchestra si rinvia alle limpide riflessioni di: WALTER, *Musica e Interpretazione*, cit., 74 e di FURTWÄNGLER, *Dialoghi sulla musica*, cit., 86.

BERLIOZ (*Mémoires*, 2 voll., 1860) e WAGNER (i numerosi lavori tra gli altri *Opera e dramma* – 19850-51-, *Musica dell'avvenire* – 1860) dedicarono all'arte della direzione importanti trattati.

142 Il rispetto del testo è in ogni modo cosa diversa dalla sua interpretazione, WALTER, *Musica e interpretazione*, cit. 74.

Per un direttore d'orchestra è importante la profonda conoscenza della musica. “Restituire la verità della partitura, questo fa grande un'orchestra... conta di più la “simpatia” con la musica. Per questo per me è impossibile dirigere qualcosa che non amo”. Jeffrey Tate, intervista rilasciata a Carla Moreni, in *Il sole 24 ore, domenicale*, n° 268, 30 settembre 2007, 44.

143 PUGLIATTI, *L'interpretazione*, cit., 118.

Successivamente riesprimere l'idea già colta nella sua pienezza, e quindi nuovamente esprimere l'opera nella sua pienezza ideale. Ne consegue che l'interpretazione non ha nulla di particolare rispetto ad ogni altra espressione, "salvo che non appaia come peculiare il fatto che alla nuova espressione si perviene, senza soluzione di continuo, dalla presa di contatto e progressiva conquista fino alla piena intelligenza di un'altra espressione".¹⁴⁴

Johann Sebastian Bach ha lasciato, come pochi compositori nell'ambito della musica antica, utili suggerimenti per la soluzione di problematiche relative alla esecuzione. Nell'elogio funebre di J.S. Bach, redatto in buona parte dal figlio Carl Philipp Emanuel, e pubblicato nel 1784, viene sottolineato che "nel dirigere era molto accurato, e nella misura del tempo, che comunemente sceglieva piuttosto vivace, più che sicuro". Egli aveva straordinaria capacità come guida dell'esecuzione: la sua precisione e sicurezza nella scelta di tempo e nella sua vivace, ossia vitale ed espressiva interpretazione, indipendentemente dal fatto che si trattasse di brani lenti o veloci. Gli importava la resa *vivace*.

Come si legge nel citato elogio funebre, "il costante esercizio nell'elaborazione di brani contrappuntistici aveva conferito ai suoi occhi una tale abilità, che, sugli spartiti più difficili poteva, con un solo sguardo, riconoscere tutte le voci che risuonassero allo stesso tempo. Il suo udito era talmente fine, che era in grado di riconoscere anche il più piccolo errore nei brani più ricchi di voci. Peccato soltanto che egli abbia raramente avuto la fortuna di trovare esecutori della sua opera in grado di esimerlo da simili irritate osservazioni".

10.0 La interpretazione del silenzio: nel diritto

Occorre prendere le mosse dal Digesto: *qui tacet, non utique fatetur: sed tamen verum est eum non negare*, chi tace non sempre confessa, tuttavia è pur vero che non nega.¹⁴⁵ Il silenzio deve essere valutato con prudenza, pur accettando l'idea - secondo taluni - che sia

¹⁴⁴ *Op. ult. cit.*, 139.

¹⁴⁵ *Digesta*, L, 17, 142 da PAULUS libro quinquagesimo sexto ad edictum.

GORETTI, *Il problema giuridico del silenzio*, con prefazione di BISCARDI, Milano 1982, dedica uno studio all'esame delle fonti romanistiche, con un inquadramento filosofico della teoria giuridica della materia.

una parziale ammissione di responsabilità.

Certo è che il silenzio, in linea di massima, non vale come dichiarazione di volontà, essendo falso, per il diritto volgare, *qui tacet consentire videtur*, (c. 43, in VI, 5, 12)¹⁴⁶, principio, questo, diffuso nell'antichità, e talmente accettato che nel Digesto compare la norma (L. 17, 142), sopra riportata per confutarlo.¹⁴⁷

Il silenzio, per sé, è un *contegno equivoco e neutro*.¹⁴⁸

Occorre distinguere la dichiarazione tacita dal silenzio, che non è un fatto positivo concludente, ma negativo; vale a dire: omissione di qualsiasi comportamento.

In casi eccezionali, e in particolare circostanze, il silenzio ha rilevanza giuridica: per es., interpellazioni o messa in mora (art. 1399, 4° c. cod. civ. a proposito della ratifica: "il terzo contraente può invitare l'interessato a pronunziarsi sulla ratifica assegnandogli un termine, scaduto il quale, nel *silenzio*, la ratifica si intende negata"); ciò per evitare che il prolungato silenzio possa essere interpretato come assenso dai terzi in buona fede. Il soggetto ha l'onere di esprimere la propria volontà di segno diverso da quella che gli si può attribuire. E' un caso di silenzio giuridicamente rilevante. Non esiste una regola che attribuisca al silenzio, in genere, una portata che sia equivalente a quella della dichiarazione tacita, o espressa. Anche se in pratica non è sempre facile distinguere i casi di dichiarazione tacita da quelli di silenzio, sembrano di questo secondo tipo le fattispecie previste dagli artt. 329 cod. civ. (in tema di godimento dei beni dopo la cessazione dell'usufrutto legale), 650 cod. civ. (fissazione di un termine per la rinuncia), 1062 cod. civ. (destinazione del padre di famiglia), 1352, 3° co., c. c. (sul diritto di opzione), 1698 cod. civ. (estinzione dell'azione nei confronti del vettore), 1926, 5° co., c. c. (cambiamenti di professione dell'assicurato: il silenzio dell'assicurato vale come adesione alla

146 Rileva la certissima incongruenza del principio *qui tacet...*: CASTIGLIA, voce *Silenzio*, in *Enc. giur.*; Roma 1992, I, ma per l'A. "parimenti erronea si svela la regola quand'anche la si voglia integrare con la clausola *si loqui debuisset ac potuisset* (al contrario di quanto sostiene BETTI, E., *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. Vassalli*, seconda ed., rist. Torino 1952, 141).

147 LA TORRE, voce *Silenzio*, in *Enc. del dir.*, vol. XLII, Milano 1990, (ed ivi bibliografia) 546, nt. 17 il quale rileva che è sul filo di queste antinomie che la problematica del silenzio è andata faticosamente svolgendosi fino ai nostri giorni: fornendo più la testimonianza di un erudito dibattito, che il confronto di soluzioni appaganti e comunque utilizzabili per il diritto vigente.

148 MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, 9ª edizione, vol. 1°, Milano 1957, 482. GORETTI, *Il problema giuridico del silenzio*, Milano 1982, 46 ss.

proposta dell'assicuratore), 2601 cod. civ. (divieto di concorrenza del socio), 2565, 1° co., c. c. (trasferimento della ditta), art. 128, 2° co. legge fallimentare così modificato dal d. lgs. 9 gennaio 2006 n. 5 (approvazione del concordato fallimentare).

Rientra nei casi di silenzio l'acquiescenza ai provvedimenti del giudice (art. 157, 3° c.p.c. (rilevabilità e sanatoria della nullità), ed art. 329 c.p.c. (acquiescenza totale o parziale). In particolari circostanze il silenzio vale quale accettazione come nel secondo inciso del cpv. dell'art. 1333 cod. civ. (contratto con obbligazione del solo proponente).

Per la norma citata, affinché un contratto con obbligazioni a carico di una sola parte si perfezioni, è sufficiente che l'oblato non rifiuti la proposta, mantenendo quindi un contegno di natura puramente omissiva¹⁴⁹

Nelle fattispecie che precedono il silenzio vale come accettazione, atteso che la parte, se vuole evitare che il suo silenzio sia interpretato in un certo modo, ha l'onere di manifestare la propria volontà.

Altra fattispecie di silenzio giuridicamente rilevante è quello del cpv. dell'art. 1712 cod. civ., che statuisce l'approvazione dell'operato del mandatario, anche se questi si è discostato dalle istruzioni ricevute, ovvero ha ecceduto i limiti del mandato. Il ritardo del mandante, che ecceda quello richiesto dalla natura dell'affare o dagli usi, a rispondere dopo aver ricevuto la comunicazione dell'eseguito mandato, è un silenzio che produce effetti giuridici. In buona sostanza il silenzio del mandante, oltre i tempi richiesti dalla natura dell'affare o dagli usi, vale come accettazione della differente prestazione eseguita dal mandatario. Può discutersi se, nella fattispecie in esame, il silenzio del mandatario ha natura negoziale. In tal caso il mandante non ha il potere di esercitare *l'actio mandati directa*, ossia il potere di disconoscere e quindi di chiedere il risarcimento del danno per quanto il mandatario ha fatto, in difformità dall'incarico ricevuto, o per essersi discostato dalle istruzioni, ovvero, ancora, per avere ecceduto i limiti del mandato.

Il silenzio ha un contenuto omissivo che espone il soggetto ad autoreponsabilità, che incide sul patrimonio facendo perdere un diritto o

149 LENOCI, *Il silenzio nella conclusione e nell'esecuzione del contratto*, in *La rilevanza del silenzio nel diritto*, supplemento al vol. XL, luglio-agosto 2008, n° 7/8 di *Giur. Mer.*, pag. 16, per l'A.: "un simile allontanamento rispetto allo schema ordinario dello scambio di proposta ed accettazione trova la sua ragion d'essere nel carattere unidirezionale dell'assetto di interessi cui tendono le parti (anzi, cui tende il solo proponente)". *Op e loc. cit.*

impedendone l'acquisto o diminuendone il contenuto.¹⁵⁰ Il silenzio è un comportamento omissivo e, come tale, non è idoneo a perfezionare l'accordo che richiede l'incontro delle manifestazioni di volontà delle parti.

La problematica relativa al silenzio sta nel decidere se lo stesso possa valere come dichiarazione. Il problema va risolto nel senso che, se nel contesto delle circostanze che lo accompagnano, il silenzio assume un significato sincero della volontà del soggetto, nella fattispecie in cui lo stesso doveva e poteva parlare, in tal caso il silenzio produce effetti giuridici (p. es. artt. 1712, 2 co., 1832, 2301).

Non è, infatti, un supposto dovere di parlare a dar significato al contegno di chi tace; "tale significato discende dalle consuetudini del traffico, dalle relazioni precorse tra le varie parti, in una parola da tutte le circostanze della fattispecie concreta che impongono, secondo il comportamento dell'uomo normale, di intendere in quel senso il silenzio".¹⁵¹ Può avere, quindi, rilevanza il silenzio circostanziato nel senso di palesare l'intenzione delle parti quando è accompagnato da condizioni particolari da renderlo significativo come elemento rilevatore della volontà del soggetto.¹⁵² Il silenzio può valere come manifestazione quando, istaurato un rapporto tra le parti, il comune modo di agire impone l'onere o il dovere di manifestare la propria volontà, secondo anche il principio di buona fede e correttezza (artt. 1175, 1337, 1375, cod. civ.), cosichè il silenzio di una parte può essere inteso come adesione alla volontà espressa dall'altra.¹⁵³

150 LA TORRE, voce *Silenzio*, cit. 555, così inteso il silenzio è "il non parlare o il non (re) agire di colui il quale. si astiene dal comportamento linguisticamente e giuridicamente attivo che occorreva per evitarlo. Questo comportamento è indicato di volta in volta dalla norma, che, secondo le diverse fattispecie, prevede atti di varia natura, quali: dichiarazioni (di volontà o di scienza), comunicazioni, denunce, disdette", differenze fattispecie che vengono prese in esame dall'A. (*op. e loc. cit.*).

151 CASTIGLIA, voce *Silenzio*, cit., 2.

152 SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, VI^a ed., Napoli, 1959, 139. Sulla stessa lunghezza d'onda: BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, vol. I, VI^a ed., Torino, 1962, 358, per l'A. non sarà dal solo silenzio, atteggiamento puramente negativo, che si potrà dedurre il tenore di una manifestazione, ma, caso mai "dalle circostanze in cui il silenzio viene mantenuto, dalle circostanze che lo accompagnano e che, unite al silenzio, possono dare all'atteggiamento del soggetto il valore positivo di esprimere un intento".

Da recente sul silenzio circostanziato: LENOCI, *Il silenzio nella conclusione e nell'esecuzione del contratto*, cit., il quale ritiene che quando l'ordinamento "non pone preclusioni di forma e non impone al soggetto comportamenti tipicizzati, il silenzio può invece integrare una circostanza sintomatica di un comportamento concludente", pag. 8.

153 CASTIGLIA, voce *Silenzio*, cit., 2s, prende in esame le varie fattispecie: del silenzio e della conclusione del contratto, del silenzio del permesso e della rinuncia, del silenzio e della rappresentanza, e infine del silenzio e della confessione.

Nel silenzio circostanziato – cui, normalmente, è attribuito il significato di manifestazione di volontà negoziale - l'esternazione dell'intento negoziale si desume dal complessivo comportamento del soggetto.¹⁵⁴

Poche le pronunce giurisprudenziali intervenute: l'orientamento è nel senso di ritenere che il silenzio, in sé e per sé, non costituisce manifestazione di volontà idonea a perfezionare un negozio¹⁵⁵; e di recente è stato statuito che la proposta modificativa dei tempi e modi di un contratto preliminare, cui faccia seguito il mero silenzio dell'altra parte, non può comportare il mutamento delle originarie convenzioni, se il silenzio non è accompagnato da fatti o atti significativi e concludenti idonei a rilevarne l'accettazione;¹⁵⁶ ed ancora, se il creditore accetta un pagamento parziale, che il debitore esegue espressamente a titolo di saldo del maggior importo giudizialmente preteso, senza replicare alcunché, non per questo rinuncia al credito o rimette il debito.¹⁵⁷

In sintesi può affermarsi che, nel diritto civile, non manifestare la propria volontà, di regola, non ha alcuna rilevanza giuridica, e ciò contrariamente a quanto espresso nel detto che chi tace acconsente.

Fanno eccezione alcune fattispecie previste dalla legge, come, per es., l'accettazione tacita della eredità (art. 476 cod. civ.), anche se è più corretto parlare di comportamento concludente, che di accettazione tacita; l'approvazione tacita (art. 1712, 2° c. cod. civ.) dell'operato del mandatario, o la proroga di un contratto di locazione oltre la scadenza

154 TORRENTE – SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, XVII^o, Milano 2004, 165; FRANCESCHELLI, *Introduzione al diritto privato*, 2^a ed. Milano, 2000, 228, 626; TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, XLI, ediz. Padova, 2004, 12: il silenzio del chiamato all'eredità vale come accettazione quando è nel possesso dei beni ereditari e lascia trascorrere tre mesi dalla morte senza fare l'inventario dei beni, o senza rinunciare all'eredità (art. 485 cod. civ.); IUDICA ZATTI, *Linguaggio e regole del diritto privato*, 3^a ediz. Padova, 2002, 638; TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, 5^a ediz., Milano, 1981, 189 s.

Più specificatamente: BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in VASSALLI, *Trattato di diritto civile italiano*, Torino, 1960, 140 ss.; FERRI, *Il negozio giuridico*, Padova, 2004, 183; BIANCA, *Diritto civile*, vol. 3^o, *Il contratto*, Milano 1991, 214 ss.; SACCO, *La conclusione dell'accordo*, in *I contratti in generale*, a cura di GABRIELLI, in *Trattato dei contratti*, diretto da RESCIGNO, Torino, 1999, 78 ss.

155 Cass. 25 nov. 1997 n° 11811, (in *Guida al diritto*, 1998, fasc. 6 con nota di KRANA s.t.), ha ritenuto errato attribuire alla specifica violazione del dovere di comportarsi secondo buona fede nelle fasi delle trattative contrattuali e della formazione del contratto, ravvisato nel silenzio tenuto dalla parte.

156 Cass. 28 marzo 2006 n° 7273, in *Foro it.*, 2007, 1, 889; cfr. anche Cass. 10 gennaio 2007 n° 233, in *Mass. Foro it.*, 2007, 21.

157 Cass. 14 giugno 1997 n. 5363, in *Giur. it.*, 1998, 117, con nota di SCARDIGNO, *Il valore del silenzio all'interno del rapporto contrattuale*.

(art. 1597 cod. civ.), che postula la continuazione della detenzione della cosa da parte del conduttore e la mancanza di una manifestazione di volontà contraria del locatore.

10.1 Nella musica

Scrivono Pugliatti: “la lettura della pagina musicale e del testo poetico si nutre del silenzio e dell’atmosfera di questa, vive pienamente: quando si vuole passare alla esecuzione (e rispettivamente alla declamazione o recitazione), si affronta il rischio della adozione del tempo fisico come veicolo della espressione”.¹⁵⁸

La pausa è un momento di silenzio in una musica e può essere inteso sia come una reale percezione di ascolto, sia come una prescrizione esecutiva. Ora il silenzio voluto dall’autore deve essere ripetuto dall’esecutore, anche se, spesso, viene ridotto o, addirittura, tagliato.

Come scrive Careri: “i musicisti che ho consultato affermano che nel corso dei loro studi musicali di pausa non hanno mai sentito parlare e meno che meno delle sue valenze espressive. Del resto, è questione raramente trattata anche dai musicologi, soprattutto in Italia”.¹⁵⁹

Nelle partiture occorre individuare le pause espressive ed i loro diversi significati e riportare le rilevanti interruzioni del suono.¹⁶⁰ E’ indubbio che il silenzio ha valore e potenzialità espressiva perché crea un momento di attesa e di incertezza per il prosieguo. Tutto dipende dalla durata del momento di silenzio.

La musica è la più fisica delle arti fisiche, perché ha a che fare con il suono, che è una delle manifestazioni più primitive ed elementari della natura, ed è anche una realtà fisica che si può, e si deve, osservare obiettivamente.¹⁶¹ Il suono esprime la natura del suo stato più rudimentale e bruto, anteriore alla propria corporeità, ed è, di per sé, incorporeo, ma ciò non significa che esso appartiene al mondo spirituale, perché, anzi,

¹⁵⁸ *L’interpretazione musicale*, cit., 60.

¹⁵⁹ CARERI, *Sull’interpretazione musicale del silenzio*, in *Et facciam dolci canti*, Studi in onore di AGOSTINO ZIINO in occasione del suo 65° compleanno, Tomo II, Libreria Musicale Italiana, Perugia 2003, pag. 1090.

¹⁶⁰ CARERI, *Caratteri e funzioni della musica strumentale di Schubert in Studi Musicali XXXII*, 2003, pagg. 197-236, l’A. ha dedicato il saggio alla funzione della pausa nella musica tonale, con particolare riferimento alla musica strumentale di Schubert.

¹⁶¹ BARENBOIM, *La musica sveglia il tempo*, cit. 13.

il suono ha luogo solo in relazione ai corpi e, conseguentemente, appare condizionato dalla coesione: i corpi inorganici, come i metalli, hanno un suono e “la loro sonorità è in relazione immediata con la coesione”.¹⁶² L’interprete musicale, dopo avere svolto la attività filologica del testo, non potrà *ignorare i silenzi* che circondano o accompagnano le note.¹⁶³

Scrivendo Iudica¹⁶⁴ che l’interpretazione di una norma giuridica tende ad individuare la *regula iuris*: la regola di condotta espressa dalla norma considerata; parallelamente, l’interprete di un testo musicale tende ad individuare il *significato musicale*, che ha natura, struttura e contenuto esclusivamente musicali, che riguarda “ il peso sonoro, il colore, il tono, l’andamento da attribuire ai singoli segni musicali ed alle loro sequenze, riguarda i suoni, *i silenzi*, e i loro rapporti, riguarda la trama complessiva che li unisce e li divide, il tessuto contrappuntistico, i rapporti tra base armonica e linea melodica, i tempi e il ritmo, la chiarezza l’espressione del particolare e dell’insieme l’unità stilistica e così via”.

Il silenzio è come ogni nota: una cellula vivente dell’unica vita del tutto e così come si dà vita ad ogni nota, allo stesso modo occorre valutare ed “eseguire” il silenzio voluto dall’autore della composizione.¹⁶⁵

Il suono di per sé non è un fenomeno indipendente, ma è in costante e imprescindibile relazione col silenzio, la dissolvenza del suono in silenzio è la definizione stessa del suo limite spazio – temporale.¹⁶⁶

L’artista esecutore attinge dalla pagina musicale con una attività creativa diretta a interpretare, prima, ed eseguire, poi, le note nella loro sequenza con la intensità sonora voluta dall’autore, rispettando i legami tra le note e le interruzioni, per una durata più o meno lunga, della serie dei suoni vocali o strumentali, principali o secondari. La cessazione temporanea del suono può accadere in qualunque momento della composizione musicale e può avere diversa importanza a seconda della sua durata e della posizione che è da essa occupata nel discorso musicale. In particolare lo sviluppo di un canto non può essere concepito

162 PAREYSON, *L’estetica musicale di Schelling*, in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, vol. V, Milano, 1978, 741.

163 IUDICA, *Interpretazione giuridica e interpretazione musicale*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 476.

164 *Op. ult. cit.*, 477, l’A. cita in nota (n° 32) B. WALTER, *Musica e interpretazione*, Milano, 1958, 19 ss., e W. FURTWÄNGLER, *Dialoghi nella musica*, Milano, 1950, 86. Il corsivo nel testo è mio.

165 Spunti in PUGLIATTI, *L’interpretazione musicale*, cit., 52.

166 BARENBOIM, *La musica sveglia il tempo*, cit. 13 e 14.

senza che esso dia luogo ad una alternativa di suoni e di pause.¹⁶⁷

L'interprete esecutore ridà vita ad ogni nota, che si espande per comunicarsi a tutte le altre note; e "dall'una non trapassa all'altra, se non rimanendo pure nella prima, e così circolando in tutte, nella piena compresenza".¹⁶⁸ Di questo ordito fanno parte i silenzi sapientemente centellinati dall'autore, che vanno rispettati ed eseguiti, così come lui li ha voluti e trascritti per l'artista esecutore che – a sua volta – è un creatore.

Il concetto di interpretazione comprende i confini ideali nei quali deve rientrare l'esecutore e che lo stesso impone alla propria attività nel momento in cui trasmette la musica ai terzi. Il contenuto della esecuzione coinvolge la intima realizzazione di una volontà, chiaramente espressa, che si consuma del tutto nella realizzazione. Torna la dicotomia tra la interpretazione e le esecuzioni, che costituiscono le facce della stessa medaglia, e il conflitto tra queste due nozioni generali, su cui è costituito il sistema della interpretazione musicale, costituisce la causa, gli effetti sono gli equivoci che si interpongono fra quanto scritto dall'autore e chi ascolta e che possono alterare la corretta trasmissione della comunicazione.¹⁶⁹

Carreri¹⁷⁰ individua due concezioni antitetiche di interpretazione e decine di posizioni intermedie: 1. l'esecutore ricrea la composizione in piena libertà perché se ne considera coautore (è il caso di Glenn Gould)¹⁷¹; 2. l'interprete esegue ciò che è scritto in partitura, limitando

167 Scrive BARENBOIM (*La musica sveglia il tempo*, cit. 14) che se nasce dal silenzio assoluto, la musica lo interrompe o si sviluppa da esso e l'A. indica ad esempio della interruzione del silenzio l'attacco della *Sonata* op. 13 di Beethoven, "Patetica"; esempio di suono che si sviluppa dal silenzio è il preludio di *Tristan und Isolde*, nell'attacco la musica prende l'avvio dal niente, su un'unica nota (*op. cit.* 23); ed ancora nella *Sonata* per pianoforte opera 109 di Beethoven si ha l'impressione che la musica sia già cominciata (*op. cit.* 15).

168 PUGLIATTI, *op. ult. cit.*, 53.

169 Per alcune differenti ma perfettamente legittime interpretazioni di Debussy e Stravinsky: CARRERI, *Sull'interpretazione del silenzio*, cit., 1089.

170 *Op. e loc. ult. cit.*

171 È noto che Glenn Gould fu una personalità assai singolare ed ebbe intuizioni interpretative geniali, tali da rigenerare l'ascolto del brano e rilevare lati insospettiti in pagine ben conosciute. Per Gould il compositore ha l'enorme soddisfazione di lavorare su una forma musicale in cui la forma stessa diventa ancella di un'idea personalissima delle relazioni tematiche. Al di là di queste considerazioni, continua Gould, poi, vi è forse il fatto che la fuga suscita l'ancestrale curiosità di scoprire nel rapporto tra esposizione e risposta, tra sfida e reazione, tra richiamo ed eco, il segreto di quegli *spazi silenziosi e deserti* che contengono la chiave del destino umano, *ma che preesistono ad ogni ricordo della sua fantasia creatrice*, in *So you want to write a fugue?*, GLENN GOULD, *L'ala del turbine intelligente, scritti sulla musica*, Adelphi, Milano 1988, pag. 398 s. Per una critica a Gould: GOEFFREY PAYZANT, *Music and mind*, Van Nostrand, Reinhold, New York, 1978, in part. pag. 143. Diverso è il discorso, ad esempio, per Horowitz, del quale è stato scritto: "Horowitz can make the piano sing as no other pianist can"; ed ancora: "Horowitz had the magic, and that cannot be learned", HAROLD C. SCHONBERG, in *Horowitz's biographer*, London, 1964.

l'arbitrio a quanto la prassi esecutiva e lo stile dell'epoca consentivano. Il musicologo propende evidentemente per la seconda, altrimenti dovrebbe ammettere che gran parte del proprio lavoro è totalmente inutile. Certo è che l'interprete esecutore si trova e deve operare tra lo "Scilla" del testo ed il "Cariddi" dell'esecuzione, e può mantenere la rotta grazie alla corretta interpretazione¹⁷².

L'ultimo anello della interpretazione, che si esplicita in un giudizio, è quella di chi ascolta, il quale giudica l'esecuzione secondo la propria cultura, la propria tecnica, ed anche secondo lo stato d'animo e può anche raffrontare quanto ascolta con la conoscenza che ha di quel "pezzo", per averlo già sentito e, quindi, per averne conoscenza.

Questo campione rappresentativo è sempre più attuale, atteso che i sistemi di diffusione della musica sono cresciuti in maniera esponenziale rispetto all'epoca del grammofono a manovella con puntina d'acciaio e dei dischi a 78 giri.

Il brano viene sentito ripetutamente e l'ascoltatore poi opera un raffronto fra quanto fa parte del proprio patrimonio e l'esecuzione. Non è raro sentire: sì, è una buona esecuzione, ma io ho nelle orecchie per esempio, la Tosca quella di De Sabata, ovvero la settima di Beethoven, quella di Toscanini, o ancora il Tristano, quello di Furtwängler. Ma questo è un altro discorso.

Il destinatario dell'opera d'arte, sotto qualunque forma, musicale, figurativa o altro, può arrivare a sentire uno stato di forte, intensa emozione con manifestazioni di profondo turbamento psichico che sono l'effetto della visione ripetuta di opere d'arte: è la c.d. sindrome di Stendhal, che confessò di avere provato durante una visita alla chiesa di Santa Croce a Firenze.

È la sublimazione dell'interpretazione da parte del soggetto per il quale l'opera è stata creata e che porta alla comunione spirituale tra l'autore e chi si accosta alla sua opera. Si realizza in tal modo la empatia, vale a dire la immedesimazione con l'opera d'arte, attraverso cui si realizza la comprensione estetica¹⁷³.

172 In rapporto al suono, il coraggio corrisponde alla disponibilità e alla capacità di sfidare il previsto. Come disse Arnold Schönberg, "la via di mezzo è l'unica via che non porta a Roma", BAREMBOIM, *La musica sveglia il tempo*, cit. 22.

173 *Einfühlung* secondo la fenomenologia di Husserl, che si riferisce ad un particolare tipo di conoscenza che cerca di entrare dentro l'esperienza di un altro essere umano e conoscere e percepire il mondo allo stesso modo in cui lo conosce e percepisce lui, VANNI ROVIGHI, voce *Husserl*, in *Enc. fil.*, vol. 3°, Firenze, 1967, 647; VALORI, voce *Fenomenologia*, IBIDEM, vol. 2°, Firenze 1967, 1285. FORNI, *Il sogno finito. Saggio sulla storicità della fenomenologia*, Bologna, 1968.

10.2 Nella poesia

Nel XXIV libro dell'Iliade Priamo, pari agli dei (θεοειδής), si reca da Achille per riscattare il corpo di Ettore. La scena si svolge nel più completo silenzio. Achille aveva appena finito di mangiare e di bere ed era ancora apparecchiata la tavola. *Il grande Priamo entrò senz'essere visto, e si fece accanto ad Achille e gli prese i ginocchi, e gli baciò le mani terribili, sterminatrici che tanti figli gli avevano uccisi* (versi 477-479).¹⁷⁴ Priamo non parla, non piange, la scena è scolpita nel silenzio: *lo stupore prende i presenti, così stupì Achille e stupirono anche gli altri scambiandosi occhiate* (versi 484-487).

E successivamente un altro gruppo di silenzio: Achille e Priamo consumarono insieme un pasto, durante il quale Priamo ammira lo splendore del nemico e questi il nobile aspetto del vecchio re di Troia. In questo momento *il divenire dell'universo è sospeso, è un silenzio impalpabile, assoluto, che dura soltanto un istante e permane*.¹⁷⁵ Non è il perdono dell'offesa, ma l'oblio. Ecco una delle scene più alte che la poesia abbia creato, nella quale protagonista è il silenzio.¹⁷⁶

Altro esempio di poesia nel quale i protagonisti sono il silenzio ed il paesaggio è il famoso frammento di Saffo (fr. 168 b Voigt): *E' tramontata la luna con le Pleiadi / Notte alta, trascorre l'ora / ed io giaccio sola*. Atmosfera che ritroviamo nella poesia *Mattino: s'illumina il chiaro mattino/le pleiadi impallidiscono lentamente/la luna si perde nell'ascesa del sole*.¹⁷⁷

174 Nella traduzione di GUIDO PADUANO, Torino, 2004, 147.

175 Da ultimo: RACHEL BESPALOFF, *Dell'Iliade*, introduzione di MONIQUE JUTRIN, prefazione di JEAN WAHL, Città Aperta, Troina (EN), 2004, p. 66. Per un profilo particolare: CAVALLARO, PISCOPO, *Iliadi, Passi scelti da Omero in siciliano*, Palermo, 1997.

176 La JUTRIN così scrive: "Nella meditazione sulle nozioni di forza e di debolezza, Rachel Bepaloff si attarda notevolmente verso la fine *Dell'Iliade* quando parla Achille, dell'istante in cui "il prestigio della debolezza trionfa sul prestigio della forza". Prostrato ai piedi del vincitore, Priamo implora Achille di restituirgli il corpo di Ettore. Ma questa prostrazione non è una prostrazione, sottolinea Rachel Bepaloff, citando i *Suppliants* di Péguy. Perché si tratta di una "deroga eccezionale alle leggi del meccanismo della violenza": il supplicante ottiene l'effetto di aprire gli occhi al supplicato, invece di esasperarlo. Il vincitore si risveglia, tornando ad essere un uomo "carico di infanzia e di morte". E' qui, commenta Rachel Bepaloff, "il più bello dei silenzi *dell'Iliade*" (pag. 15). Quei silenzi assoluti dove si inabissano il fragore della guerra di Troia, il vociare degli uomini e degli dei, il brontolio del cosmo (Bepaloff, *Dell'Iliade*, cit. 66).

177 PUGLIATTI, *Canti di primitivi, all'insegna del pesce d'oro, Scheiwiller*, Milano, 1977, 17. Mentre in Saffo la poesia è intrisa della amara delusione della solitudine: la notte è strascorsa in attesa dell'amante, nel *Mattino* è la serenità nel nuovo giorno che nutre la speranza del poeta.

Federico Garcia Lorca nella poesia *Llanto por Ignacio Sánchez Mejías* per descrivere il dolore delle persone alla notizia di quanto avvenuto nell'arena, parla di gruppi di silenzio nelle strade: “*En las esquinas grupos de silencio / a las cinco de la tarda (negli angoli gruppi di silenzio / alle cinque della sera) ed un silenzio con hedores reposa (un silenzio putrido riposa)*).

Il silenzio può essere lo sfondo per sentire il vento perché solo così può essere ascoltato, come nell'*Infinito* di Leopardi. *Ma sedendo e mirando, interminati / spazi di là da quella, e sovrumani / Silenzi, e profondissima quiete / io nel pensier mi fingo*. Sono silenzi al di là di quelli percepibili dall'esperienza umana e che portano ad una quieta assoluta.

“*E come il vento odo stornir tra queste piante, io quello infinito silenzio a questa voce vo comparando*”. Il poeta paragona il silenzio infinito alla voce del vento e la sensazione acustica (lo stornire del vento) conduce alla meditazione ed al ricordo - *e mi sovviene* - sull'eterno, sull'infinito del tempo.¹⁷⁸

Quasimodo si rivolge vocativamente a Tindari, che il poeta già conosce: *Tindari ti so*, - ma la nuova visione è diversa da quella che vive nel suo ricordo - *mite ti so... oggi m'assali* - Tindari è ora aggressiva: trasformata dal vento (ripensare al titolo *Vento a Tindari*). Si annunzia così il tema del vento, che costituisce l'atmosfera nella quale si svolge la lirica¹⁷⁹: *salgo vertici aerei precipizi assorto al vento dei pini... E io fingo timore a chi non sa del vento che mi ha cercato l'anima*. E il poeta si abbandona al ricordo, e alla rievocazione, cede alla melodia del canto: *e paure d'ombre e di silenzi Irifuggi di dolcezza un tempo assiduo / e morte d'anima*.¹⁸⁰

178 Leopardi giudica necessario lo studio della poesia antica, poiché essa è opera di uomini che invece poterono conoscere e gustare le vere bellezze della natura, ZIBALDONE, 19: “La natura è grande la ragione è piccola”; 55: “La natura, come ho detto, è grande, la ragione è piccola e nemica di quelle grandi azioni che la natura ispira”: PETROCCHI, *Leopardi tra la “lettera” e il “discorso”*, in *Scritti in onore di Pugliatti*, vol. V, Milano 1978, 772.

179 PUGLIATTI, *Interpretare la poesia*, in *Vento a Tindari*, Messina, 1960, ed anche in E. Montale, *Lettere a Pugliatti*, a cura di S. Palumbo, Milano 1986, 41.

“La letteratura “si riflette”, la poesia “si fa” sottolinea Quasimodo nel suo *Discorso sulla poesia*”: GERBINO, *La terra impareggiabile*, Palermo, 1997, VII.

180 Al catalogo concertante appartengono le *tre liriche* di Quasimodo musicate da OTTAVIO ZIINO (1973) e che intonano rispettivamente le poesie: *Vento a Tindari*, *Strada di Agrigentum* e *Ed è subito sera*. In particolare *Vento a Tindari* è ispirato anche musicalmente ai celebri paesaggi ed ai silenzi evocati dai versi di Quasimodo, e presenta una rapsodica alternanza tra passaggi di larga arcata melodica e momenti in cui la musica si fa sostegno della declamazione.

*La brigata che lieve accompagna*¹⁸¹ il poeta era stata raccolta a Messina dal *soave amico*¹⁸², Salvatore Pugliatti¹⁸³, ed i componenti erano Vann'Antò, Glauco Natoli, e poi Giovanni Asciani e Lillo D'Andrea¹⁸⁴.

181 Pugliatti raccoglie un gruppo di amici fra cui, oltre Salvatore Quasimodo, Glauco Natoli, Raffaele Saggio, Enzo Misefari e Vann'Antò, insieme formano la "brigata", alla quale di tanto in tanto si unisce pure Giorgio La Pira, che già dal 1929 si era trasferito a Firenze: EUGENIO MONTALE, *Lettere a Pugliatti*, a cura di Sergio Palumbo, Scheiwiller, Milano, 1986, nella prefazione di Palumbo, *Montale e la critica nel carteggio con Salvatore Pugliatti*, pag. 13. Ma sentiamo la voce di Pugliatti: "cominciarono i pellegrinaggi domenicali del poeta (*Quasimodo*) da Reggio a Messina. Qui a poco a poco raccolsi un gruppetto di amici tra i quali ricordo Glauco Natoli e Vann'Antò. Qualche volta il gruppo passava a all'altra sponda. Quasi ogni domenica si aveva la sorpresa di nuove composizioni. Per un poco si stava in attesa, infine Quasimodo tirava fuori con cautela i suoi foglietti e cominciava il rito. Ne leggeva uno, poi un altro; si commentava a lungo. L'archivista (*Pugliatti*) alla fine della giornata raccoglieva- e conserva ancora- quei foglietti; ogni tanto con avara gioia contava e soppesava. La comitiva, intanto si estendeva: qualche volta si riusciva a pescare Giorgio La Pira, in breve e improvvisa escursione da Firenze", Pugliatti *Preistoria di un lungo colloquio*, nella *Fiera letteraria* del 17 luglio 1955, col titolo *Preistoria di un colloquio amicale*, l'aggettivo è redazionale, ed ora in *Parole per Quasimodo tredicesimo premio Vann'Antò*, Messina, 1974, pag. 31: ed ancora, "era stata raccolta la piccola "brigata" dal "soave amico"... nella primavera del 1929, ne facevano parte Giovanni Asciani e Lillo D'Andrea, di tanto in tanto si aggiungeva qualche altro compagno di scuola" come scrive lo stesso PUGLIATTI, in *Quasimodo Vento a Tindari*, Messina, 1960, pag. 7; "cenocolo di giovani messinesi o venuti a Messina", lo definisce PETROCCHI, *L'impegno umanistico*, cit. 603.

182 Pugliatti era il "soave amico" di *Vento a Tindari*: PALUMBO, *Montale e la critica nel carteggio con Salvatore Pugliatti* cit., pag. 14.

183 Sui rapporti di profonda, affettuosa amicizia tra Quasimodo e Pugliatti *ex pluribus*: PALADINO, *Il sodalizio Quasimodo - Pugliatti quasi una testimonianza*, in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, vol. V, Milano 1978, 707 ss.; FERLAZZO NATOLI, *Nel segno del destino*, cit., 27 ss., dedica un intero capitolo il terzo agli "anni della brigata". Le gite a Tindari ebbero luogo tra il 1929 ed il 1930, Pugliatti *op. ult. cit.*, 129. Per una analisi delle opere di Quasimodo: PUGLIATTI, *Parole per Quasimodo, tredicesimo premio VANN'ANTO*, cit. L'A. mette insieme alcuni "scritti (di tono e sviluppo diversi, secondo le contingenze e che li hanno provocati e con le inevitabili ripetizioni), per quello che possono valere. Importa il fine: rendere omaggio al poeta (pag. 189).

184 PUGLIATTI, *Vento a Tindari*, cit., 7. L'amicizia tra Pugliatti e Quasimodo ha radici antiche perché entrambi conseguirono il diploma all'istituto tecnico commerciale A.M. Jaci di Messina negli anni immediatamente successivi alla prima guerra mondiale tra il 1919 ed il 1920 unitamente ad altri due studenti: Antonino Giuffrè e Giorgio La Pira. I quattro erano destinati a lasciare segni profondi nella vita culturale: FALZEA, *Dalla scuola dell'apprendimento alla scuola dell'insegnamento*, in *Scritti in onore dell'Istituto tecnico commerciale "Antonio M. Jaci"* di Messina, nel *CXX anniversario della fondazione* (1862-1982), Tomo primo, Messina, 1982, 193 e l'A. rileva, a proposito dei soggetti che precedono, "una di quelle misteriose leggi che nei diversi settori della vita, e soprattutto nella scuola, governa gli eventi di concentrazione temporale delle intelligenze, ha trovato in quegli anni e per quella scuola una verifica senza precedenti". Sui rapporti tra La Pira e Pugliatti: LA PIRA, *Lettere a Salvatore Pugliatti* (1920-1939), con presentazione di Francesco Mercadante, Roma, 1980 dove si legge una scena familiare, domestica molto intima descritta da Paola e Teresa Pugliatti a pag. 9 nella prefazione *Ai lettori*: "l'apprezzamento dell'opera fervida e convinta di La Pira, il rispetto per la sua fede vivissima, e "attiva", furono sempre presenti nella nostra famiglia attraverso i discorsi di nostro padre sull'amico lontano, e costruirono anche per noi l'immagine di un uomo singolare: libero e imprevedibile, ma anche rigoroso e coerente. E' per questo che nostro padre comprese sempre e accettò episodi della vita pubblica di La Pira che suscitavano scalpore o addirittura disapprovazione, e ne intese il "disegno" e le ragioni. Scrive Teresa Pugliatti: "ricordo le visite di Giorgio La Pira, che quando andava via salutava noi bambine dicendo "addio ninna" (forse era un termine che aveva acquisito in Toscana). Papà, pur non essendo religioso, lo salutava dicendogli: "Giorgio, dammi la tua benedizione". Le sue visite avevano un potere rasserenante per tutta la famiglia, Salvatore Pugliatti nel ricordo delle figlie, in FERLAZZO NATOLI, *Nel segno del destino*, cit. 134. Ed ancora sui

Foscolo nei *Sepolcri* contrappone i silenzi al tumulto: “*e all’orror dè notturni /silenzi si spandea lungo né campi / di falangi un tumulto e un suon di tube, / e un incalzar di cavalli accorrenti / scalpitanti su gli elmi a’ moribondi, / e pianto, ed inni, e delle Parche il canto* (vv. 207-212). E quando il tempo distrugge le tombe e ne cancella anche le vestigia, soccorre la poesia, che eredita la funzione degli avelli e ridà vita al silenzio col suo canto che vince l’oblio di mille secoli: *e l’armonia /vince di mille secoli il silenzio* (vv. 233-234). Il silenzio delle tombe è riempito dall’armonia della poesia.

Francesca (*Inf.* V, 107), abbracciata a Paolo, rivela al Poeta la fine di chi la uccise:¹⁸⁵ *caina attende chi vita ci spense*, Giangiotto, cioè, finirà al cerchio nono, girone primo-caina traditore dei congiunti (canto XXXII).

Pia de’ Tolomei (*Purg.* V, 107) rivela a Dante nel marito il proprio uccisore, di contro Piccarda Donati (*Par.* III, 106), giunta ormai alla serenità ed alla gloria del Paradiso, avvolge nel silenzio i nomi degli uomini *a mal più che a ben usi che fuor la rapirono dalla dolce chiostra*.

Il silenzio come perdono, come oblio.

Il rarefatto silenzio delle *Notti Bianche* di Dostoevskij, *l’incipit* della notte prima e poi il silenzio delle notti successive: “così parlando, camminavamo tutti e due come avvolti in una nebbia, come se non sapessimo noi stessi quello che ci stava accadendo”.¹⁸⁶

Tutta l’opera di Samuel Beckett è avvolta, è intrisa di silenzio, inteso come il risultato della crisi del linguaggio con effetti nella coscienza dell’individuo. La crisi del linguaggio implica una crisi dell’uomo.

La crisi descritta da Beckett è una crisi radicale dell’identità

rapporti tra i due: MILIGI, *Gli anni messinesi di Giorgio La Pira*, con prefazione di Amintore Fanfani, All’insegna del pesce d’oro, Scheiwiller, Milano, 1980; FERLAZZO NATOLI, *Nel segno del destino*, cit., 37 ss. “Pugliatti ricordava più di una volta che la presenza di La Pira, come forza trainante di quel piccolo circolo messinese, fosse anche allora notevole”; PETROCCHI, *L’impegno umanistico*, 603 Sui rapporti tra Pugliatti e La Pira da recente: M. T. GIUFFRÈ, “*Un confluire di docili parole*”: *i versi radicati di Maria Celeste Celi*, in *Spada a doppio taglio. Domande radicali nella letteratura italiana del novecento*, a cura di MASSIMO NARO, Sciascia editore, Caltanissetta-Roma, 2009, pag. 134.

¹⁸⁵ Nella vicenda di Paolo e Francesca il nome dell’uomo non è indicato da Dante, ma dai commentatori. Nell’episodio troviamo il bacio più famoso della letteratura italiana espresso con la potenza fatale della poesia nella sua più alta espressione, dove *trema* Francesca, ma *trema* anche l’Aligheri, all’udire Francesca ancora presa in quel bacio, al quale è dedicato un recente studio di LORENZO RENZI, *Le conseguenze di un bacio*, Il Mulino, Bologna 2007.

¹⁸⁶ *Le notti bianche*, traduzione di Elsa Mastroicco, Bompiani, 1988, 67.

dell'uomo occidentale, una crisi che mina alla base la sua capacità di realizzarsi in qualsiasi forma, una crisi che si risolve in una disperata ricerca dell'essenza del sé, del sé purificato da tutte le forme alienanti, imposte dalla società. La sua ricerca dell'autenticità si risolve, attraverso il fallimento del linguaggio, con la perdita dell'identità, con l'astrazione delle percezioni, nella scoperta del nulla.¹⁸⁷

Per Carducci il silenzio è bucolico: *il divino del pian silenzio verde*.

Poesie intrise di silenzio: *calma pace silenzio / ragnatela infinita / nel sepolcro nell'ombra*¹⁸⁸, o nelle quali al silenzio della morte fa riscontro il canto della vita: *ho cantato sino all'amaro pianto/.... sono già una povera larva / io che vi cantai tante canzoni*.¹⁸⁹

Scriva Pirandello: in certi momenti di silenzio interiore, in cui l'anima nostra si spoglia di tutte le finzioni abituali, e gli occhi nostri diventano più acuti e più penetranti, noi vediamo noi stessi nella vita, e in sé stessa la vita, quasi una nudità arida, inquietante.¹⁹⁰

Nel quaderno delle citazioni di Giuseppe Tomasi di Lampedusa si legge una frase di Thomas Carlyle: la nostra vita è delimitata da due silenzi: il silenzio delle stelle e quello dei sepolcri.¹⁹¹

A proposito di Stendhal Tommasi di Lampedusa parla di un miracolo di concisione, atteso che poteva riassumere la conquista di Clelia da parte di Fabrizio in cinque parole (*Aucune résistance ne fut opposée*), o la notte d'amore di Julien Sorel in un punto e virgola (*La vertu de Julien fut égale à son bonheur; il faut que je descende par l'échelle, dit-il à Mathilde, quand il vit l'aube du jour paraître*).¹⁹²

187 REID, *Samuel Beckett ed il cammino del silenzio*, in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, vol. V, Milano, 1978, 879. I personaggi di *Aspettando Godot*, Estragon e Vladimir interrogano l'eco, il deserto sordo che li circonda. Irrisorie, le loro voci si perdono.

188 VANN'ANTO', *Nel sepolcro dell'ombra*, in VANN'ANTO', *Il fante alto da terra*, introduzione di Salvatore Pugliatti, Milano, 1975, 234.

189 *Presentimento di morte*, in SALVATORE PUGLIATTI, *Canti di primitivi*, All'insegna del pesce d'oro, Scheiwiller, Milano 1977, 45.

190 *L'Umorismo*, 1908, citazione riportata da: *Tra chiaro e scuro, domande radicali nella letteratura italiana del novecento*, a cura di MASSIMO NARO, Sciascia editore, Caltanissetta-Roma, 2008, 141.

191 GILMOUR, *L'ultimo Gattopardo. Vita di Giuseppe Tomasi di Lampedusa*, Milano, 2003, pag. 11.

192 GILMOUR, *L'ultimo Gattopardo*, cit. 134. L'opera di Stendhal, secondo Lampedusa era scritta su due colonne, composta cioè in egual misura di sensazioni espresse e trasmesse e di una seconda serie di sensazioni trasmesse soltanto mediante un accentuato silenzio destinato a far drizzare le orecchie al lettore attento *op. e loc. cit.*, altri spunti a pag. 120. Il principe fu autore di un lavoro monografico: GIUSEPPE TOMASI di LAMPEDUSA, *Lezioni su Stendhal*, Palermo, Sellerio, 1977.

A proposito del silenzio, e per concludere, sovviene una favola di Lessing: da un bel pezzo l'usignolo aveva smesso di cantare, e un pastore lo esortò a far sentire la sua voce. "Ahimè – rispose lui lamentoso – non le senti le rane? Non le senti come gracidano? Si son fatte tanto chiassose che perdo ogni voglia di cantare". "Le sento eccome", replicò il pastore. "Ma è proprio il tuo silenzio che mi condanna a sentirle".¹⁹³

10.3 Nelle Scritture

Sull'argomento siano consentiti soltanto brevissimi spunti, ed alcuni riferimenti biblici, solo a titolo esemplificativo.

Il punto di partenza è la *Genesi*, che è anche il fondamento della rivelazione.

Dopo che la creazione è un'opera compiuta, e sappiamo cosa è accaduto nei primi sei giorni, il settimo è un lungo silenzio sublime, che non può esprimersi. La bibbia dice soltanto che nel settimo giorno: "Egli si riposò da ogni opera intrapresa", e poi ne proclamò la santità: "Benedì il settimo giorno e lo rese sacro" (Gn. 2,3). Il riposo divino è modello del riposo umano che ha un significato religioso (Es. 20,11; 31, 17). Una teofania avviene sul monte Oreb alla presenza di Elia (1 Re 19, 11-13).¹⁹⁴ Generalmente il vento impetuoso, il terremoto, ed il fuoco sono gli elementi protagonisti delle teofanie riferite nel corso della Bibbia. A titolo di esempio basti ricordare la teofania del Sinai (Es. 19) e quella della Pentecoste (At. 2). Uragano, terremoto, lampi che manifestano

Nel *Giulio Cesare* Shakespeare, fa dire ad Antonio che le ferite di Cesare sono: povere povere mute bocche (*poor poor dumb mounths*), e chiede loro di parlare in vece sua (*and bid them speak for me*) Sull'autore del Gattopardo la bibliografia è ampia da ultimo *ex pluribus*: F. ORLANDO, *Ricordo di Lampedusa seguito da Da distanze diverse*, Milano 1996; ed a proposito della interpretazione il paradosso favorito di Lampedusa era "la peggiore delle interpretazioni possibili di un fatto è sempre la vera" (pag. 65) e l'altro più cinico "bisogna sempre lasciare gli altri nei loro errori" (*loc. cit.*). JAQUELINE RISSET, *Nel silenzio delle sirene. Percorsi di scrittura del novecento francese*, Donzelli, Roma, 2006, percorre gli autori della c.d. *Mistica negativa*: Valéry, Butaille, Blanchot, Artaud, Céline, fino a Bonnefory. Da ultimo in particolare: *Autobiografia del signor me stesso*, una raccolta dei *marginalia* (appunti sulle pagine dei libri) a cura di Giuseppe Marcenaro, il Melangolo, Genova, 2007.

193 GOTTHOLD EPHRAIM LESSING, *Opere filosofiche*, a cura di Guido Ghia, Torino, s.d., 608.

194 Ecco, il Signore passò. Ci fu un vento impetuoso e gagliardo da spaccare i monti e spezzare le rocce davanti al Signore, ma il Signore non era nel vento. Dopo il vento ci fu un terremoto, ma il Signore non era nel terremoto. Dopo il terremoto ci fu un fuoco, ma il Signore non era nel fuoco. Dopo il fuoco ci fu il mormorio di un vento leggero. Come l'udì, Elia si coprì il volto con il mantello, uscì e si fermò all'ingresso della caverna. Ed ecco sentì una voce che gli diceva: "che fai qui Elia?"

la presenza di Jahve, sono solo i segni precursori del suo passaggio, il mormorio di un vento tranquillo simbolizza la silenziosa intimità della sua conversazione con i profeti, ma non la dolcezza della sua azione.

Il significato del silenzio dell'Oreb, del leggero venticello, in opposizione al vento impetuoso, al terremoto, al fuoco indica la soavità con cui Jahve dirige il corso degli avvenimenti della storia.

Non è la teofania rumorosa e spettacolare della presenza divina (Sal 18,12, 68,8: Gdc, 5, 4-5: Ab 3,3).

Il popolo e le sue guide chiedevano a Dio che manifestasse in modo eclatante e spettacolare la Sua presenza ed il Suo potere. Esternandosi con il sussurro del leggero venticello, Dio manifesta una differente pedagogia, vuole dire che Egli guida la storia con tutta la forza di un vento impetuoso, ma che la Sua provvidenza si rileva con soavità: un leggero venticello e poi il Silenzio di Dio (Lam. 3, 17-26).¹⁹⁵

È un lamento poetico pieno di fede e di speranza e, come ogni lamento, inizia con la realistica descrizione della propria situazione di totale abbandono. Geremia si trova in un vicolo cieco: se guarda in alto, è scomparsa la mia gloria, la speranza che mi veniva da Yahve, se contempla la propria miseria, la povertà della sua vita errante prova una amarezza maggiore a quella dell'assenzio e veleno.

È lo status del profeta che sente il Silenzio di Dio e il vociare degli uomini, la carenza di sicurezza del visibile e il bisogno di quello che è duraturo, quello che altri (Santa Teresa di Gesù) ha chiamato "notte oscura".

È l'angustia del vivere quando, nel vivere della fede, sfugge il senso realistico della esistenza. Geremia ha fede e, per mezzo di essa, spera.

La elegia esprime la profonda desolazione per le sciagure abbattutesi sul popolo di Dio e vibra di sentimenti di penitenza e di fiducia in Dio, che non smentisce le promesse, qualunque cosa accada.

Silenzio e grido li troviamo nell'episodio di Susanna e i perfidi anziani (Dn., 13). Umiliata, calunniata, condannata a morte, a Susanna

¹⁹⁵ Son rimasto lontano dalla pace, / ho dimenticato il benessere. / E dico: "E' scomparsa la mia gloria, / la speranza che mi veniva dal Signore". Il ricordo della mia miseria e del mio/vagare/ è come assenzio e veleno. / Ben se ne ricorda e si accascia/ dentro di me la mia anima. / Questo intendo richiamare alla mia mente, / e per questo voglio riprendere speranza. / Le misericordie del Signore non sono finite, / non è esaurita la sua compassione; / esse son rinnovate ogni mattina, / grande è la sua fedeltà. / "Mia parte è il Signore – io esclamo –/ per questo in lui voglio sperare."/ Buono è il Signore con chi spera in lui, / con l'anima che lo cerca. / E' bene aspettare in silenzio la salvezza del Signore.

non viene data la parola, la possibilità di difendersi, e lei non si lagna.¹⁹⁶ Non aggiunge parola al vergognoso e falso discorso degli anziani, ma si appella al cielo: non agli uomini che non vogliono ascoltare la verità, ma direttamente a Dio, lei grida la propria innocenza.¹⁹⁷ Da una storia tutta terrena di attentato alla fedeltà attraverso il silenzio di una donna, si scopre che la speranza estrema si fonda su una fiducia che trascende quella umana.

Anche nel libro di Giobbe si avverte il silenzio: quello di Dio e quello dello stesso Giobbe che lotta disperatamente per ritrovare Dio, che si nasconde e che egli continua a credere buono: *magari avessi chi mi ascoltasse! Ecco qui la mia firma! Mi risponda l'Onnipotente* (Gb, 31,35).

E quando Dio interviene lo fa per rilevare la trascendenza del Suo essere e dei Suoi disegni e per ridurre Giobbe al silenzio.¹⁹⁸

Il Dio che tace è il Dio presente. Sta solo ascoltando silenziosamente, attende che l'uomo smarrito taccia, per potere riprendere la parola, quella parola che all'uomo sembra solo un silenzio mortale. Il silenzio di Dio può essere scambiato per assenza o per morte di Dio, se si pensa che solo la parola sia indice di cura e di esistenza, ma nel caso di Dio quel silenzio non è inesistenza o incomunicabilità, bensì parola senza parola.¹⁹⁹

La soluzione finale data al problema del dolore è questa: l'umile e rassegnato silenzio di fronte a Dio in spirito di adorazione.²⁰⁰

¹⁹⁶ Dio eterno che conosci i segreti, che conosci le cose prima che accadano, Tu lo sai che hanno deposto il falso contro di me! Io muoio innocente di quanto essi iniquamente hanno tramato contro di me (Dn. 13, 42-43)

¹⁹⁷ Essa, piangendo, alzò gli occhi al cielo, con il cuore pieno di fiducia nel Signore (Dn. 13,35).

¹⁹⁸ Allora Giobbe rispose al Signore e disse: / Comprendo che puoi tutto, / e che nessuna cosa è impossibile per te. / Chi è colui che, / senza aver scienza può oscurare il tuo consiglio? / Ho esposto dunque senza discernimento / cose troppo superiori a me, che io non comprendo / "Ascoltami e io parlerò, / io ti interrogherò e tu istruiscimi". / Io ti conoscevo per sentito dire, / ma ora i miei occhi ti vedono. / Perciò mi ricredo / e ne provo pentimento sopra polvere e cenere. / (Gb 42, 1-6).

¹⁹⁹ MILENA MARIANI, *Credo perché prego. Ritratto inedito di Kore Rahner*, Ancora, Milano, 2005, 70.

Sul tema del "Dio che tace": AA.VV. *Silenzio di Dio, silenzio dell'uomo*, a cura di MASSIMO CASARO, Ancora, Milano, 2005.

²⁰⁰ Atteggiamento questo basato sulla convinzione che la sofferenza misteriosa ed incomprensibile all'uomo è inserita in un piano divino: la comunione con Dio, nel quale si risolvono tutti i paradossi della vita umana, è il bene supremo dell'uomo, tutto il resto, anche il dolore, è secondario, *Giobbe*, introduzione, versione e note di STEFANO VIRGULIN, Cinisello Balsamo, 1989, IV^a ediz., 32.; PIERI, *Giobbe e il suo Dio. L'incontro-scontro con il semplicemente altro*, Ancora, Milano, 2005; RAVASI, *Giobbe*, Roma, 1984; BORGONOVO, *La notte e il suo sole: Luce e tenebre nel libro di Giobbe*, Roma, 1995; TREVI-LUZZATTO, *Il libro di Giobbe*, Milano 1991. Meritevole di interesse è la rivisitazione di Giobbe operata da JOSEPH ROTH, *Giobbe. Romanzo di un uomo semplice (Hiob. Roman eines einfachen Mannes)*, trad. di L. TERRENI, Milano 1977: Mendel Singer è un rabbì ebreo devoto e povero che una serie di terribilisventure trasforma in una moderna incarnazione del Giobbe biblico. Umile e pieno di fede egli accetta ogni sventura come una prova divina

Dio è impassibile (35, 1-8), allora si grida, ma Dio non risponde a causa dell'arroganza dei malvagi (35-32) ed Elin difende Dio accusato di osservare il silenzio davanti ai soprusi sociali. Nel suo stolto delirio Giobbe bestemmia Dio.²⁰¹

Nell'ultimo libro dell'Antico Testamento, quello della Sapienza, il silenzio è un momento di attesa dell'uditorio, prodromico, all'attenzione, per la parola per portare l'uditorio a segni di profondo rispetto.²⁰²

Il silenzio può essere un atteggiamento (Prv 30,12; Sir 5,12), o legato allo stupore alla confusione (Mic 7,76; Gb 21,5; 40,4), ovvero anche all'ammirazione (Gb 26,9).

Altri momenti di silenzio si trovano nel Nuovo Testamento. Quando Gesù è davanti a Pilato: "Ma Gesù non gli rispose neanche una parola con grande meraviglia del governatore" (Mt 27,14), "Lo interrogò con molte domande ma Gesù non gli rispose nulla" (Lc 23,9), e quando Pilato gli chiede "che cosa è la verità, Gesù non risponde" (Gv 18, 38).

Durante le nozze di Cana alla irriguardosa risposta di Gesù: "Che ho da fare con Te, o donna? Non è ancora giunta la mia ora" (Lc 2,4) la Madonna non risponde, forse lancia uno sguardo di rimprovero al figlio, ma questo l'evangelista non lo dice, certo è che non parla con il figlio, invece opera, agisce, in altre parole intercede, si rivolge ai servi e dice "fate quello che vi dirà".

Ed infine quando Pilato, intimorito, chiede a Gesù "Di dove sei? Gesù non gli diede risposta" (Gv 19,8).

Quante splendide pagine sono state scritte sul silenzio e sulla sua assoluta necessità per ogni vita interiore che si rispetti! La Sacra Scrittura, i santi Padri, i dottori della Chiesa, i monaci, gli eremiti, tanti asceti di ogni tempo e luogo ci insegnano che senza lasciarsi avvolgere al silenzio non è possibile progredire in unione con lo Spirito che santifica.²⁰³

Per concludere ci sono momenti di silenzio anche nelle arti figurative, come il silenzio del "compianto sul Cristo morto" di Giotto: in

201 Giobbe non è interessato alla consolazione: *Istruitemi e starò in silenzio, e fatemi conoscere in che cosa ho sbagliato* (6,24).

202 Se tacerò resteranno in attesa, / se parlerò, mi presteranno attenzione; / se prolungherò il discorso, / si porteranno la mano alla bocca (Sap. 8,12).

203 V. NOTO, *Santa Rosalia*, edizione Paoline, Milano, 2008, 103 s.

Il poeta mistico per eccellenza San Giovanni della Croce nei versi folgoranti del suo Canto, parla di "la música callada, la soledad sonora"; "la musica taciuta, la solitudine sonora".

questo *unicum* tutti gli elementi che costituiscono la scena, convergono verso il punto fondamentale espressivo dell'evento, che si manifesta con forza, nel muto dialogo tra la madre ed il figlio, e quindi tra la vita ed il mistero della morte dell'uomo-Dio.

Il grande dolore della madre è rappresentato nella umana e protettiva tenerezza dell'abbraccio, è un dolore contenuto nel gesto e che si manifesta con la vicinanza dei volti e nell'intima silenziosa intensità dello sguardo.

Ed infine il silenzio del *Grido* di Munch, la drammaticità è determinata dal fatto che si hanno vari silenzi: quello del soggetto rappresentato, perché il suo grido di aiuto non viene raccolto, ovvero è lui che porta le mani alle orecchie, perché è lui che non vuole ascoltare il grido esterno del mondo che bussa alla porta della sua vita, ovvero è il grido interiore della propria coscienza. Ed ancora, il silenzio di chi osserva il quadro perché non sente l'urlo. Paradossalmente è il silenzio dell'urlo.

11. Pugliatti e L'interpretazione della poesia

L'essenza della poesia è nella lirica in cui il mondo è rappresentato, è sempre il mondo che è visto con certi occhi e con una certa commozione dal poeta, e la poesia o la prosa, sono l'espressione della vibrazione e del sentimento del suo animo. Partendo dal concetto dell'universalità della poesia ne deriva la conferma del carattere puramente formale della stessa; la cui poeticità non è costituita dalla materia astratta, bensì dalla forma dalla quale la materia è investita attraverso l'elaborazione poetica, che è una vera e propria *attività creatrice*,²⁰⁴ che non presuppone nulla e *crea*, ad un tratto, il suo mondo.

La astratta materia passando al concreto diventa o non diventa poesia secondo l'energia del soggetto che la tratta, secondo quello che egli riesce a mettere di sé nella vita data col suo pensiero, a quella materia.

Il poeta tragico *Ione* (celebre rapsodo che era il più valente

²⁰⁴ Per tale ragione la poesia gode di tutela giuridica: l'art. 2575 cod. civ. così recita: "formano oggetto del diritto di autore le opere dell'ingegno di *carattere creativo* che appartengono alle scienze, alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, all'architettura, al teatro e alla cinematografia, qualunque ne sia il modo o la forma di espressione" (contenuto ripetuto nell'art. 1 L. 22 aprile 1941 n. 633, sulla *protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio*).

interprete di Omero) rispecchia il punto di vista di Platone sulla poesia, che non è sapienza dato che il poeta è “cosa lieve ed alata”.

Egli canta quando è invaso dal dio ed ha perso il senno. La poesia non è figlia della ragione, perché la parola scorre fluida per potere divino e, attraverso il poeta ed il rapsodo che la interpreta, l'incanto giunge allo spettatore che rivive i sentimenti: gioie e sofferenze, che la poesia canta.

Nell'*Ione* l'estro poetico cade fuori dalla ragione e dall'umanità, come dono divino.

Nella *Repubblica*, invece, Platone aveva condannato l'arte in quanto somiglianza delle cose sensibili alle idee (mimesi, cioè imitazione) e prende una posizione di contrasto con la poesia perché i poeti con la tragedia e la commedia eccitano passioni violente e gesti scomposti, lacrime e riso che trascende i limiti. Per Platone la poesia deve essere bandita dalla Repubblica eccetto che per gli inni agli dei ed agli eroi, perché, anche se procura grande piacere, è cosa moralmente riprovevole tradire per essa la verità e la giustizia. Posizioni di Platone rispetto all'arte, ed alla poesia in particolare, fra loro assai contrastanti.

Per il teatro e per la poesia è proprio nei secoli medievali che avvengono profondi cambiamenti.²⁰⁵

Si è scritto *supra* che Pugliatti affrontò le problematiche relative alla interpretazione del diritto, della musica e della poesia, ed adottò gli stessi criteri di metodo per le tre discipline così apparentemente differenti.

Il modo della ricerca, il procedimento, le operazioni da compiere e gli errori da evitare per raggiungere il risultato sono i medesimi nelle tre discipline. In buona sostanza, sono la stessa ragionata previsione della via da percorrere, la stessa direzione seguita nell'operazione intellettuale.

Pur con le differenze insite nelle discipline, medesima è la via per la quale Pugliatti procede alla ricerca intesa come l'insieme di principi, regole e operazioni pratiche, prescelte per condurre l'indagine, risolvere i problemi, raggiungere lo scopo.

La differenza ontologica di partenza tra le tre discipline è che il legislatore ha fornito al giurista i criteri per interpretare il diritto, di contro per la musica e la poesia non è dato alcun criterio rispetto allo

205 FUMAGALLI BEONIO BROCCIERI, *L'estetica musicale*, cit., 55.

studioso del diritto positivo. Per il giurista i criteri idonei sono già stati elaborati dal legislatore²⁰⁶ con l'art. 12 delle disp. prel.²⁰⁷, l'art. 587, gli artt. 1362-1371, 1324 cod. civ.

Altra differenza nelle tre discipline è che, mentre l'interpretazione della musica e della poesia è orientate verso il giudizio (attività critica) e non verso la contemplazione (attività estetica)²⁰⁸, di contro la interpretazione della norma è diretta alla conoscenza della stessa ed alla sua applicazione alla fattispecie.

Per Pugliatti non sussiste differenza tra pagina poetica e pagina musicale²⁰⁹ ed il poema o la composizione (senza alcuna differenza) sono per l'interprete un testo; l'interprete ha una funzione essenziale, creativa.²¹⁰ La poesia *Vento a Tindari* va interpretata come una partitura musicale.²¹¹

La conferma della omogeneità tra le tre differenti discipline emerge dagli scritti di Pugliatti e trova puntuale conferma nel fatto che nei lavori scientifici che hanno per tema la interpretazione della poesia e la interpretazione musicale, i riferimenti ed i richiami alla interpretazione della legge sono espliciti e frequenti.

Abbiamo visto come la legge richiede, e sempre, una interpretazione (cfr. *supra* par. 3) e nella interpretazione della poesia Pugliatti spiega il significato.²¹²

La interpretazione della poesia consta di due momenti in successione: l'analisi e la intuizione, perché ogni poesia, così come ogni composizione,

206 IUDICA, *Interpretazione giuridica e interpretazione musicale*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 468.

207 Il *Code Napolèon*, non prevedeva regole sulla interpretazione della legge, che vennero introdotte dall'art. 3 del codice civile del 1865, e che sono riportate nell'art. 12 disp. prelim. del vigente codice civile: ZIINO, *Profili dell'interpretazione giuridica*, in *Ann. Fac. Economia dell'Università di Palermo*, 2004, 116 ss.

208 PUGLIATTI, *L'interpretazione musicale*, cit. 67.

209 *Op. ult. cit.*, 68.

210 PUGLIATTI, *Interpretare la poesia*, cit., 32 ed ancora: L'opera dell'interprete musicale è di ravvicinare a quella del poeta che ritrova dentro di sé una sua antica poesia, pag. 27.

211 "Questa poesia (*Vento a Tindari*) va interpretata come una partitura musicale: già in qualche punto abbiamo messo in luce alcuni *richiami*. Ma bisogna andare più in fondo, isolando i motivi che costituiscono la trama armonica del componimento.

FERA, ha felicemente messo in luce, che l'analisi del testo "*Vento a Tindari*" si riporta alla terminologia musicale: tema, melodia, cadenze, pause, etc. Ed ancora con acuta analisi, in ordine ai rapporti personali tra Pugliatti e Quasimodo, osserva che quest'ultimo, all'inizio degli Anni 30, una volta consolidata la sua fama, mal tollerasse le critiche dell'amico alle sue composizioni (VINCENZO FERA, Presentazione del volume di L. FERLAZZO NATOLI, *Nel segno del destino*, Messina, Aula Magna dell'Università, 6 giugno 2008; ZIINO, *Recensione*, in *dir. fam.*, 2008, pag. 22340

212 *Interpretare la poesia* cit., 19.

va interpretata e la interpretazione si compie attraverso i due momenti dell'analisi e della intuizione creativa; tuttavia per Pugliatti queste semplici verità sono sfuggite a molti critici, mentre, di contro, sono state intuite ed espresse dai giuristi²¹³, i quali considerano la interpretazione come un processo ricostruttivo e ricreativo di tutte le norme giuridiche, alle volte faticoso e pieno di difficoltà, altre volte, invece, così semplice da sembrare superfluo, (*in claris non fit interpretatio*), tuttavia sempre necessario; i giuristi mettono anche in luce il momento materiale e quello spirituale dell'interpretazione, quando affermano che alla legge non si può attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse (analisi) e della intenzione del legislatore (ricerca della c.d. *ratio legis*) (art. 12 disp. prel. cod. civ.).²¹⁴

Occorre, quindi, procedere alla decomposizione del testo poetico nelle sue parti, sia quella materiale che quella ideale.

Alla composizione segue lo studio del testo e, quindi, la ricomposizione e poi ancora la "intuizione creativa" del testo poetico purificato da ogni scoria, e cioè liberato dagli scarti del narrativo, del descrittivo, del panegirico. Solo dopo il percorso che precede si arriva al "giudizio estetico".²¹⁵

Concetto, questo, sintetizzato dallo stesso Pugliatti quando scrive che il giudizio estetico suppone un processo completo d'interpretazione: dalla analisi all'intuizione, che richiede, non solo il dono di una sensibilità poetica, ma, in atto, come una specie di polarizzazione di questa sensibilità verso la ricreazione di una data composizione²¹⁶; ma il discorso continua perché per Pugliatti la poesia è armonia e come tale si confonde, diviene musica, perché a torto si ritiene che la poesia stia nel senso pratico delle parole, e non nella profonda vibrazione musicale che dà un senso nuovo tutto spirituale, vibratile, ad ogni parola e a tutte le parole, *che si sciolgono l'una nell'altra, nella unità incorporea e trasparente del canto, in cui non vi sono contorni ma ritmo.*²¹⁷

213 *Op. ult. cit.*, 21.

214 PUGLIATTI, *L'interpretazione musicale*, cit. pag. 21 e pag. 52.

215 G. MILIGI, *Il versante creativo dell'umanista, saggio introduttivo*, in PUGLIATTI *SYMBOLA*, Intilla, Messina, 2001; XXII, PUGLIATTI; *Interpretare la poesia*, cit. 19.

216 *Op. ult. cit.*, 18.

217 *Op. ult. cit.*, 19. Anche nella introduzione ai *Canti di primitivi* (Scheiwiller, Milano 1977, 10) Pugliatti si pone il problema del canto e rileva come i musicisti che sono più accorti degli altri studiosi, hanno tentato di carpirne il segreto, e più si affannano e s'industriano, quanto più cresce la difficoltà di scolpirne i caratteri e di definirne le leggi. *Ma il canto ha un suo testo: e non viene il sospetto che già in esso possa realizzarsi quella espressione di sentimento che è, e non può non essere poesia?* Ecco realizzate l'osmosi, l'influenza del canto nella poesia e di questa nel canto.

La poesia diventa musica e vale anche il contrario: la musica è poesia e quindi uguale è il criterio ermeneutico nel rispetto delle differenze del modo di espressione da parte dell'autore: la parola per il poeta, la nota musicale per il musicista. È proprio sui valori della parola è fondato l'umanesimo di Pugliatti – anzi, *sulla fede nella parola*. Che consente di operare *nel tempo e sul tempo* (di interpretare le ragioni della storia, di intenderne le attese e di condizionarne gli esiti); ma anche di *trascendere il tempo*: di sottrarre al suo dominio (all'oblio, al foscoliano “di mille secoli il silenzio”) l'opera (la vita dell'uomo)²¹⁸.

Le cellule viventi della poesia sono le parole, quelle della musica le note, quelle del diritto le norme, ma non sono monadi isolate, prive di rapporti di comunicazioni le une con le altre, bensì cellule viventi dell'unica vita del tutto. Ogni cellula si espande per comunicarsi a tutte le altre “e dall'una non trapassa all'altra, se non rimanendo pure nella prima e così circolano tutte, nella piena compresenza”²¹⁹.

In ordine ai rapporti tra diritto e poesia la differenza fondamentale è che la lingua va posta nella categoria dei *fatti* umani ed il diritto in quella dei (fatti) - *valori*, così viene precisata la natura dell'oggetto della linguistica e della giurisprudenza²²⁰.

Nel saggio *Interpretare la poesia* il tema specifico ha prima riferimenti e poi si fonde, fino a confondersi con i temi dell'interpretazione della musica e del diritto, lo stesso vale per il saggio sull'*Interpretazione musicale*: e la unificazione delle tematiche non avviene in un momento, in un tempo preciso ed identificabile, bensì lentamente sino alla convergenza ed alla confusione.

Astraendo il concetto che precede si può affermare che in Pugliatti lo studioso del diritto ha sostenuto ed è stato sostenuto dallo studioso della musica, e lo stesso vale per l'umanista: tre personalità in continua osmosi.

Profilo, questo, puntualizzato da Petrocchi laddove scrive che la

218 G. MILIGI, *Il versante creativo dell'umanesimo*, cit. LIII.

219 PUGLIATTI, *L'interpretazione musicale*, cit., 52 s. Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole *secondo la connessione di esse*, e dalla intenzione del legislatore (art. 12 disp. di att.) e le norme si interpretano le une per mezzo delle altre.

220 PUGLIATTI, *Sistema grammaticale e sistema giuridico*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1973, 184: per PETROCCHI, questo studio è veramente il punto di congiunzione, il momento in cui il Pugliatti giurista ed il Pugliatti letterario e amante delle arti e della musica sono saldati insieme, *L'opera di Salvatore Pugliatti*, in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, vol. V, Milano 1978, 609. Un codice giuridico e un codice grammaticale (“codice” termine adoperato in un senso diverso da quello giuridico) che coincidono, “sono lo stesso un codice unificato, giuridico-grammaticale” *op. e loc. ult. cit.*

formazione giuridica e scientifica di Pugliatti è stata un continuo sostegno, come una colonna portante della sua attività letteraria ed artistica, e, al tempo medesimo, “come numerose istanze, che nascevano in lui da una così ampia verifica e lettura di opere del mondo antico, del mondo moderno e di quello contemporaneo, abbiano aggiunto una spinta di modernità, un afflato di nuovi nutrimenti all’opera del giurista; e, al tempo medesimo, lo abbiano indirizzato (affrettando quel che avrebbe guidato l’itinerario dello scienziato) proprio verso i problemi della realtà contemporanea”²²¹.

Il legame tra letteratura e diritto in generale e in Pugliatti, in particolare, è messo in luce da Ferlazzo Natoli, che ricorda come vi è una tradizione che vede gli studiosi del diritto impegnati nel campo letterario: per tutti, Satta e Carnelutti.

La spiegazione di questo legame riguarda, innanzi tutto, gli studiosi in generale che sono scrittori *lato sensu*; e per Ferlazzo Natoli “scrivere di Scienza vuol dire sempre e comunque scrivere, e cioè fare Letteratura. Il legame diviene, poi, più stretto... tra letteratura e diritto, perché il giurista è un costruttore di trame, o se volete, congetture, sulla base di un testo normativo da interpretare: e l’interpretazione di un testo è elemento essenziale della Letteratura”²²².

Nello scritto *Avventura*²²³ Pugliatti presagisce la Sua morte solitaria:²²⁴ “Non posso patire in solitudine, senza che nulla sappia del mio patire chi mi ama... Liberami, Signore, da questo incubo, donami ancora il sorriso delle mie creature”.

Nelle parole sopra riportate, ritroviamo la stessa atmosfera, lo stesso sentimento, lo stesso senso dell’aldilà nella ineluttabilità, e la tristezza dell’abbandono della poesia *Presentimento di morte*²²⁵: in quel

221 *L’impegno umanistico*, cit., 603.

222 FERLAZZO NATOLI, *Lo scrittore Salvatore Pugliatti, Postfazione in Symbola*, Intilla Messina, 2001, pag. 53 s., il quale prende in esame la qualità intrinseca degli scritti pugliattiani per concludere così: “Pugliatti con “Symbola”, una volta ancora dimostra che la sua vocazione primaria era quella di “scrittore”, prima che quella di “giurista” e, quindi, di “letterato” non solo *lato sensu* ma anche *stricto sensu*” pag.57).

223 *Symbola*, cit., 23.

224 FERLAZZO NATOLI, *Lo scrittore Salvatore Pugliatti*, cit., 55.

225 *Ho cantato fino all’amaro pianto/quando sarà giunta l’ora della morte/ il battelliere trarrà la barca a riva./M’attacherò alla terra con le mani/ ma la barca lascerà presto l’approdo./ Sono già una povera larva/ io che vi cantai tante canzoni./An Canti di primitivi*, cit., 45, opera ripubblicata da Scheiwiller nel primo anniversario della morte di Pugliatti. Tutti i *Symbola* pugliattiani rievocano il sentimento della precarietà del vissuto quotidiano e, quindi, si pongono per così dire all’ombra della *Morte*, sentita non come evento terrifico, ma come evento ineluttabile: FERLAZZO NATOLI, *Lo scrittore Salvatore Pugliatti*, cit., 55.

momento “quelli che mi amano: uno quà, uno là, tutti ignari, immersi nel sonno. E le creature mie: forse saranno inquiete nel loro lettuccio”²²⁶.

12. **Appendice: elenco (quasi completo) delle opere di Salvatore Pugliatti nei campi della musica, della poesia e delle arti figurative.**

Sembra opportuno operare una distinzione tra i lavori relativi: a) alla musica da quelli relativi b) alla poesia, c) alle arti figurative ed alle loro interpretazioni.

a) *Musica e architettura*, in *Gazzetta di Messina*, 29 giugno 1929; *Gluck, Piccinni e Calzabigi*, in *Pattuglia*, 12 agosto 1931; *Abusi del Jazz*, IBIDEM, 10 agosto 1931; *Scuole musicali ed educazione artistica*, IBIDEM, 18 aprile 1931; *Musica e enfant prodige*, IBIDEM, 6 giugno 1932; *Critica musicale e altre cose in Tauromenium*, febbraio 1933; *Il '700 Musicale Italiano*, 3 aprile 1938; *Il settecento*, IBIDEM, 23 aprile 1938; *Musicisti messinesi*, in *Secolo nostro* 1936, V, VI; *L'interpretazione musicale*, Messina, 1940; *Per la storia della musica italiana*, in *La Gazzetta di Messina*, 31 gennaio 1940; *Ancora a proposito della storia della musica italiana* in *La Gazzetta di Messina*, 31 gennaio 1940; Risposta ad una lettera di Luca Pignato (*su la questione dell'interpretazione*, in *Secolo nostro*, nov. dic. 1940; *Musica programmatica e poema sinfonico*, in *La rassegna musicale*, dicembre, 1940; *Espressioni musicali francescane. La predica degli uccelli di Liszt*, in *La rassegna musicale*, 1941; *Il dramma musicale nella poetica di Pizzetti*, in *La rassegna musicale*, 1941; *Cicerone e la musica*, IBIDEM, dicembre 1942; *La musica nell'opera di Dicearco da Messina e di Cicerone*, in “*Atti dell'Accademia Peloritana dei Pericolanti*”, (a.a. 1943-44); *Problemi della critica belliniana*, IBIDEM, 1945, nn. 7-8; *Carattere dell'arte di Vincenzo Bellini*, in *Presenza*, 1946, 71, *Parole e suoni*, (recensione dell'opera omonima di Gianandrea Gavazzeni, nella *Rassegna d'Italia*; *Preludio al Fauno nella plaquette di Vann'antò*, *L'après-midi d'un Faune di Stefano Mallarmé*, Messina 1947 pp. 55 e ss.; *Essenza musicale della parola*, in *La rassegna d'Italia*, settembre

²²⁶ *Avventura*, cit., 24.

1946; *Funzione pratica del linguaggio musicale*, IBIDEM, 1947; *Nuovi spunti sull'interpretazione musicale*, in *Presenza*, 1947, 420; S. Agostino e l'estetica musicale dei greci, in *Teoresi*, 1947; *A proposito dei madrigalisti siciliani*, in *Terra del Sole*, agosto 1947; *Contenuto del linguaggio musicale*, in *La Rassegna musicale*, aprile 1948; *Semanticità patetica della musica*, in *Atti dell'Accademia peloritana*, 1948; *Impressionismo pittorico, simbolismo, impressionismo musicale*, in *Maestrale*, 1948, 29 e s.; *Regards sur la musique, contemporaine*, di R.A. Mooser, in *Ricerche filosofiche*, dicembre 1948; *Memoria di suoni*, in *La rassegna musicale*, luglio 1949; *Modernità di Chopin* (rielaborazione di una lezione tenuta per incarico della sezione siciliana dell'Istituto internazionale Chopin il 24 giugno 1950), negli *Atti dell'Accademia Peloritana* di Messina, classe lettere, vol. XLVII (1951) pp. 607 e ss.; *Chopin e Bellini*, *La editrice musicale*, Messina, 1952; *Discorso comune e discorso musicale*, in *Quaderni di S. Giorgio*, Firenze 1955; *Carteggio con Pizzetti*, (in tre puntate) in *Gazzetta del Sud*; 27 febbraio 1968; 5 marzo 1968; 12 marzo 1968; *Le Musicae traditiones di Francesco Maurolico*, Messina, 1968; *Beethoven duecento anni dopo la nascita*, *Homo nuova scienza*, aprile 1970; *Per la cultura musicale*, in *Gazzetta del Sud*, aprile 1976 riedizione de *L'interpretazione musicale*, Messina, 1991, a cura di Alba Crea e con la presentazione di Enrico Fubini.

Il 9 e 10 febbraio 2004 si è svolto a Messina un convegno di studi nel centenario della nascita: “*Salvatore Pugliatti e l'interpretazione musicale*” che ha avuto quali relatori: Paolo Emilio Carapezza, Friederich Lippmann, Pietro Violante, Agostino Ziino, Giovanni Iudica, Enrico Fubini, Amalia Collisani, Edoardo Sanguineti, Giorgio Sanguinetti, Pietro Rattalino, Rinaldo Alessandrini, Enzo Restagno, Giulio Chiodi, che hanno esaminato i contributi dell'A. rilevando la attualità e per certi versi la profeticità in particolare: Fubini, *Dall'interpretazione creatrice all'improvvisazione: il pensiero di Salvatore Pugliatti in prospettiva*;

b) *Pirandello novelliere: In vetrina*, aprile-maggio 1928; *Jack London*, in *La Gazzetta-Eco della Sicilia e della Calabria*, 14 febbraio 1929; *M. Al granati: versi*, recensione IBIDEM, 20 aprile 1929; *E. Cozzani, Il poema del mare* (recensione), IBIDEM 28 maggio 1929; *Sapori in capo al mondo*, (recensione), IBIDEM, 14 maggio 1929; *La*

poesia italiana in Francia IBIDEM, 14 maggio 1929; *S. Quasimodo: Acque e terre* (recensione), in *La Gazzetta di Messina*, 22 giugno 1930; *Odio dantesco* IBIDEM, 4 settembre 1930; *Traduzione e interpretazione*, IBIDEM, 5 marzo 1931; *Lettere e poesie d'amore di E. Allan Poe*, in *Pattuglia*, 17 agosto 1931; *Ossi di seppia di Montale*, in *Solaria*, 1931, IX-X; *Qualità stilistiche (su la Madonna dei filosofi, di C.E. Gadda)*, in *Lunario Siciliano*, maggio 1931; *Prosa viva (su Sandro Contini: l'intimo decreto)*, IBIDEM, giugno 1931; *Interpetrare la poesia in Solaria*, 1932, I, 46 (con il commento alla poesia *Vento a Tindari*, di *Quasimodo*, nella quale Pugliatti è "il soave amico", che desta il poeta dal suo sonno. Questo commento susciterà l'ammirazione di E. Montale e l'inizio di un epistolario che è durato molti anni: E. Montale, *Lettere a Pugliatti, Montale e la critica nel carteggio con Salvatore e tre lettere di Elio Vittorini*, a cura di Sergio Palumbo, con prefazione di Carlo Bo, Scheiwiller, Milano, 1986;

Per i rapporti epistolari con Quasimodo: *Salvatore Quasimodo, Salvatore Pugliatti, Carteggio (1929-1966)*, a cura di Giuseppe Miligi, *All'insegna del pesce d'oro, Scheiwiller*, Milano, MCMLXXXVIII; *Riecheggiamenti poetici*, in *Circoli*, 1932, IV, 75; *Il fante alto da terra di Vann'Antò*, IBIDEM, 1932, IV, 75, *Mondo poetico di Vann'Antò*, pubblicato in occasione del terzo premio di poesia Vann'Antò, Messina, 1963; per la rilettura del *Fante* dopo oltre quarant'anni, *Il fante alto da terra, All'insegna del pesce d'oro, Scheiwiller*, Milano MCMLXXXV; *Oboe sommerso di S. Quasimodo*, in *Circoli*, 1932, V, 71; *Quasimodo e il quasimodismo*, in *Tauromenium*, agosto 1932; *Poesia del paesaggio in G. Marletta*, IBIDEM, agosto 1932; *Passeggiata fino al fiume*, in *vita nostra*, 31 gennaio 1935; *Serenità della critica*, in *volontà*, 23 marzo 1935; *Unità maggiore e unità minore nell'opera poetica*, in *Secolo nostro*, novembre-dicembre 1939; *Poesia di Sandro Penna*, in *Secolo nostro*, dicembre 1939; *Poesia, critica, ermetismo*, IBIDEM, gennaio 1940; *Nota minima su Prévost, Maupassant, e Mérimée*, IBIDEM, luglio-agosto 1940; *Il lungo pranzo di Natale (Maugham)* IBIDEM, novembre-dicembre 1940; *Profili di T. Wilder*, in *La Gazzetta di Messina*, 1940; *Meli in lingua italiana*, in *Secolo nostro*, maggio 1941; *La piccola città di Thornton Wilder nel volume Teatro sperimentale di Messina*, 1941; *Asterischi sulla poesia popolare*, in *Atti dell'Accademia*

Peloritana dei Pericolanti, 1945 nn. 7-8; *Essenza musicale della parola*, in *La Rassegna d'Italia*, settembre 1946; *Salvatore Quasimodo giorno dopo giorno*, in *Presenza* febbraio 1947, 309 e s.; *Pirandello oggi*, IBIDEM, febbraio 1947; *Manara Valgimigli. Il mantello di Cebete* (recensione), in *Presenza*, dicembre 1947; *Preistoria dell'infinito leopardiano nella conferenza di F. Flora*, in *Notiziario di Messina*, 1 maggio 1950; *Enzo Parlavecchio* IBIDEM, 1950; *Prefazione al volume Maschere di raso*, di G. Calabrò, Messina, 1951; *Responsabilità delle lettere*, in *La Tribuna del Mezzogiorno*, 18 dicembre 1953; *Parole per Quasimodo*, IBIDEM, 23 dicembre 1953; *Itinerario della poesia di S. Quasimodo*, IBIDEM, 27 ottobre 1959; *Parole a Vann'Antò*, nella plaquette "Vann'Antò" (giugno 1960); *Ricordo di Vann'Antò in il nuovo Belli dei dialetti italiani*, 1960, n° 3; *Atto coerente (Sartre e il Nobel)*, in *Gazzetta del Sudi*, 27 ottobre 1964; *Esilio e ritorno nella poesia di Quasimodo*, in *L'Ora*, 23 ottobre 1965; *Un poeta in Sicilia*, in *La Tribuna del Mezzogiorno*, 23 ottobre 1965; *Il Cosacco Sciokolov*, in *Gazzetta del Sud*, 26 ottobre 1965; *Salvatore Quasimodo, Dare e avere*, IBIDEM, 2 agosto 1966; *Senza titolo (per S. Quasimodo)*, in *Tribuna del mezzogiorno*, 18 giugno 1968; *Due "tu" nella poesia di S. Quasimodo*, in *Questioni di letteratura*, gennaio-febbraio 1971; *Saggio introduttivo al poemetto inedito il fanciullo canuto di S. Quasimodo*, in *L'osservatorio politico e letterario*, febbraio 1971; *Sistema grammaticale e sistema giuridico*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1973, 183; *Prefazione al vol. Solaria e la narrativa italiana intorno al 1930*, di Lia Fava Guzzetta, Ravenna 1973; *Parole per Quasimodo*, Messina 1974; *Rileggere il fante*, Milano, Scheiwiller, 1975; *Symbola, raccolta di brevi prose poetiche*, Spallaci editore Urbino, 1977, ripubblicato da Intilla Messina, 2002, a cura di G. Miligi e L. Ferlazzo Natoli; *Grammatica e Diritto*, Giuffrè, Milano 1978; *Introduzione ai Canti di primitivi*, all'insegna del pesce d'oro, Scheiwiller, Milano, MCMLXXVII;

c) *Alla ricerca di uno stile moderno in architettura*, in *Rassegna tecnica del Sindacato, Ingegneri*, luglio 1927; *La mostra pattese*, in *La Gazzetta di Messina*, 30 maggio 1931; *Valorizzazioni retrospettive dopo la I Mostra d'arte del GUF*, in *La voce dei giovani*, 29 giugno 1931; *Aneddoti giotteschi*, in *Il secolo nostro*, dicembre 1931; *Impressionismo pittorico, simbolismo, impressionismo musicale*, in *Maestrale*, 1948, p.

29 ss.; *Mostra dei siciliani contemporanei*, in *Notiziario di Messina*, 21 agosto 1949; *Le mostre d'arte al Fondaco*, in *Notiziario di Messina* 12 dicembre 1950; *Mostra d'arte popolare americana*, in *Il notiziario*, 19 aprile 1952; *A proposito della mostra antonelliana*, IBIDEM, 4 settembre 1952; *Presentazione del Catalogo della mostra di Antonello da Messina*, 1953; *Preistoria di un colloquio amicale*, in *La fiera letteraria*, 17 luglio 1955; *Conversare con Luca*, in *Gazzetta del Centro* 14 dicembre 1955; *Sei artisti messinesi presentati da Salvatore Pugliatti in Catalogo della Mostra Pittori messinesi*, Napoli 1957; *Invito alla personale di Salvatore Castagna*, in *Catalogo*, novembre 1958; *Carmelo Cappello, presentazione catalogo*, maggio 1959; *Parliamo della biennale*, in *La Tribuna del Mezzogiorno*, 15 luglio 1966; *Presentazione sul catalogo della mostra di Filippo Juvara*, ottobre 1966; *Presentazione al catalogo, Mostra per xilografia internazionale*, Messina, dicembre 1974²²⁷.

227 La cronologia delle opere di Salvatore Pugliatti può leggersi in: FERLAZZO NATOLI, *Letteratura & Diritto, Scritti su Salvatore Pugliatti*, Milano, 2002, pagg. 123-141, e da ultimo, in maniera completa, la bibliografia giuridica e quella letteraria e musicologia sono riportate in FERLAZZO NATOLI, *Nel segno del destino, vita di Salvatore Pugliatti*, Rubettino, Catanzaro, 2008, pagg. 143 ss. e 149 ss.

Finito di stampare
nel mese di luglio 2009
presso la tipografia Seristampa
Palermo