

2/2023

INDICE DEGLI ARGOMENTI

DIRITTO CIVILE

- A. LA DIFFERENZA TRA PROMESSA DI PAGAMENTO ED ALTRI ISTITUTI
- B. LA PRIVACY NELLA GIUSTIZIA COMUNITARIA

DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

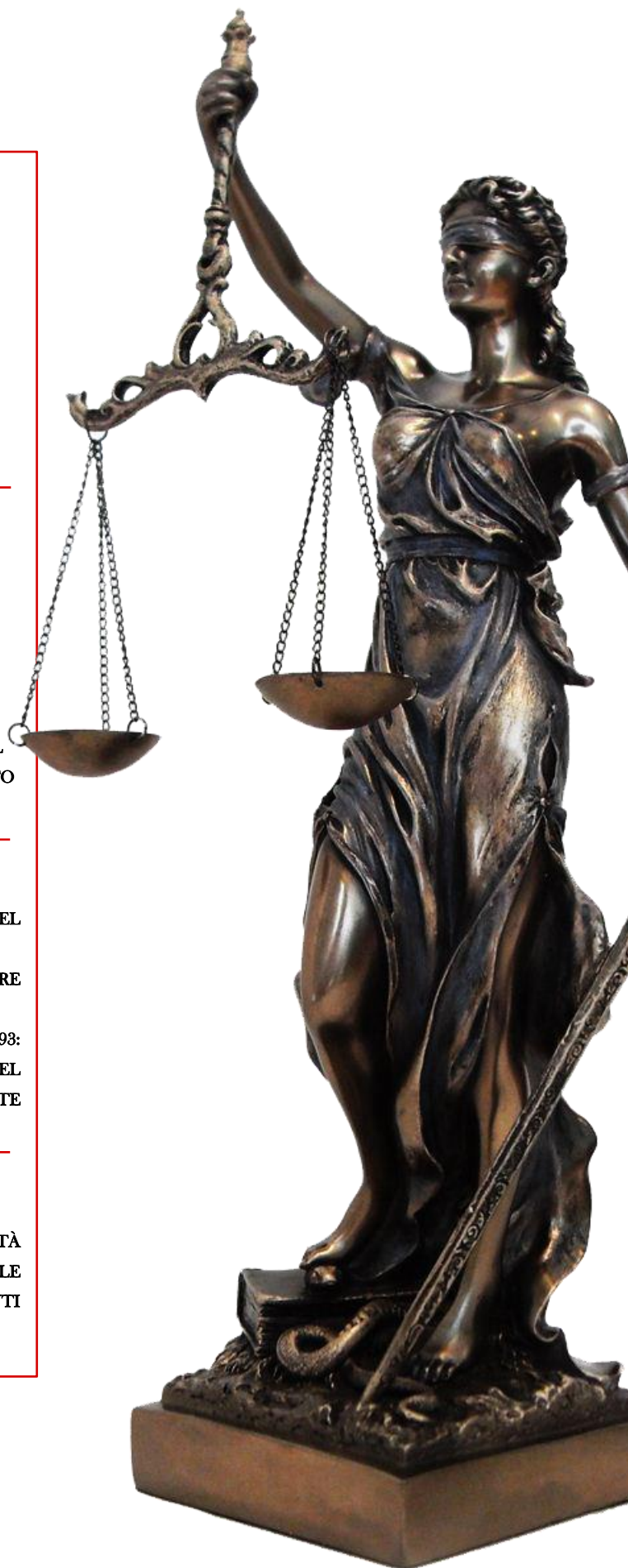
- C. TRA IL PRIMATO DEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA E LA CLAUSOLA DI SUPREMAZIA NEL DIRITTO COSTITUZIONALE DEGLI STATI UNITI: UN'ANALISI COMPARATIVA ALLA LUCE DEI PIÙ RECENTI SVILUPPI
- D. NATURA GIURIDICA DELLA COMPENSAZIONE PECUNIARIA E PROFILI DI DIVERSIFICAZIONE CON IL RISARCIMENTO DEL DANNO ALLA LUCE DEL DIRITTO DELLA NAVIGAZIONE

DIRITTO PENALE

- E. PROCEDURE CONCORSUALI E RISCHIO PENALE DEL PROFESSIONISTA
- F. DE CORDIUM SOLITUDINE, OVVERO SULL'AMORE COME PENA ACCESSORIA
- G. NOTA A CASS.PEN. SEZ.V DEL 11/02/2023 N. 693: L'INTERPRETAZIONE DEL "FINE DI PROFITTO" NEL REATO DI FURTO RIMESSA ALLE SEZIONI UNITE DELLA CORTE DI CASSAZIONE

DIRITTO PUBBLICO

- H. LA QUESTIONE DELL'AUTONOMA APPELLABILITÀ DELL'ORDINANZA CONCLUSIVA DEL RITO SPECIALE INCIDENTALI SULL'ACCESSO AI DOCUMENTI AMMINISTRATIVI





DE IUSTITIA

Rivista Scientifica

Anno 2023

Nr. progressivo: 02

EDITORE:

Ludovica Marano

REDAZIONE:

Via Chiatamone 23,
80121 - Napoli (Na)

Testata giornalistica registrata presso il **Tribunale di Napoli** con decreto nr. 2683 del 11.2.2015

Pubblicazione periodica

DIRETTORE RESPONSABILE:

Amerigo D'Amelia

DIRETTORE SCIENTIFICO:

Ludovica Marano

COMITATO SCIENTIFICO: Pres. Luigi Maruotti, Cons. Serafino Ruscica, Dott. Marco Fratini, Prof. Mauro Paladini, Prof. Roberto Calvo, Dott. Antonio Lepre, Dott.ssa Fabiana Iorio, Avv. Carlo Giordano, Prof. Gaetano Di Martino, Prof. Luca Mario Masera, Prof. Giuseppe Finocchiaro, Prof. Antonio Saccoccio, Prof. Gianluca Gentile, Prof.ssa Roberta Metafora, Avv. Enrico Chiusolo, Dott. Simone Petralia, Prof. Amedeo Arena, Prof. Giuseppe Amarelli, Dott. Luigi Lalla, Dott. Angelo Rubano, Avv. Francesco Boccia, Avv. Pasquale Guida, Dott. Alessandro Auletta, Prof.ssa Avv. Gabriella De Maio, Avv. Gaspare Juan Sicignano, Prof. Adrian Bedford, Prof. Avv. Silvestro Specchia, Dott. Marco Pugliese, Dott. Luca Della Ragione, Dott. Antonio De Lucia, Prof. Adelmo Manna.

COMITATO DI VALUTAZINE: Dott. Giuseppe Pavich, Avv. Patrizia Brambilla, Prof.ssa Andreana Esposito, Dott. Giuseppe di Vetta, Avv. Michele Mastro Martino, Prof. Andrea Sardini.

CONSIGLIO DIRETTIVO: Avv. Fabio Santalucia, Avv. Roberta Rossi, Avv. Lucrezia Francesca Pulcini, Avv. Orso Maria Siporso, Dott. Angelo D'Onofrio, Dott.ssa Carlotta Marano, Dott.ssa Vincenza Scherillo, Dott. Luigi Mandolini, Dott. Luca Santalucia.

La riproduzione dei contenuti, totale o parziale è espressamente vietata. L'editore è a disposizione degli aventi diritto con i quali non sia stato possibile comunicare, nonché per eventuali omissioni o inesattezze nella citazione delle fonti. Nessuna parte di questo volume può essere riprodotta, memorizzata o trasmessa in alcuna forma e con alcun mezzo elettronico, meccanico o in fotocopia in disco o in altro modo, compresi cinema, radio, televisione, senza autorizzazione scritta dall'editore.

**DIRITTO CIVILE*****LA DIFFERENZA TRA PROMESSA DI PAGAMENTO ED ALTRI ISTITUTI..... 5*****ABSTRACT..... 5**

1. LA PROMESSA DI PAGAMENTO: NATURA GIURIDICA E AMBITO DI APPLICAZIONE5
2. L'AFFINE ISTITUTO DELLA RICOGNIZIONE DI DEBITO7
3. LE ANALOGIE CON LA CONFESIONE10
4. PROFILI COMUNI: NEGOZIO DI ACCERTAMENTO E TRANSAZIONE11

LA PRIVACY NELLA GIUSTIZIA COMUNITARIA..... 14**ABSTRACT..... 14**

1. PREMESA14
2. IL DIRITTO ALLA PRIVACY NELLA GIURISPRUDENZA UE, GLI INIZI14
3. PRIVACY CGUE: LE PERSONE HANNO IL DIRITTO DI SAPERE A CHI SONO STATI COMUNICATI I LORO DATI²³
4. TRASPARENZA P.A. E PRIVACY: LE INDICAZIONI DELLA CGUE ALLA LUCE DEL GDPR.....24

DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA***TRA IL PRIMATO DEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA E LA CLAUSOLA DI SUPREMAZIA NEL DIRITTO COSTITUZIONALE DEGLI STATI UNITI: UN'ANALISI COMPARATIVA ALLA LUCE DEI PIÙ RECENTI SVILUPPI.. 27*****ABSTRACT..... 27**

1. IL PRINCIPIO DEL PRIMATO NELL'ORDINAMENTO SUI GENERIS DELL'UNIONE EUROPEA27
2. IL PRINCIPIO DI FEDERAL SUPREMACY NELL'ESPERIENZA FEDERALE DEGLI STATI UNITI30
3. GLI ESITI DELL'ANALISI COMPARATIVA ALLA LUCE DEI PIÙ RECENTI SVILUPPI34

NATURA GIURIDICA DELLA COMPENSAZIONE PECUNIARIA E PROFILI DI DIVERSIFICAZIONE CON IL RISARCIMENTO DEL DANNO ALLA LUCE DEL DIRITTO DELLA NAVIGAZIONE..... 39**ABSTRACT..... 39**

1. AMBITO DI APPLICAZIONE DEL REGOLAMENTO CE N. 261/200439
2. DEFINIZIONE E NATURA DI COMPENSAZIONE PECUNIARIA39
3. LA PROVA LIBERATORIA40
4. RISARCIMENTO DEL DANNO ULTERIORE42
5. CONCLUSIONI42

DIRITTO PENALE***PROCEDURE CONCORSALE E RISCHIO PENALE DEL PROFESSIONISTA 44*****ABSTRACT..... 44**

1. IL RISCHIO PENALE DEL PROFESSIONISTA PER I REATI COMUNI LEGATI ALL'IMPRESA44
2. I REATI CONCORSALE LEGATI ALL'ATTIVITÀ PROFESSIONALE45
3. CONSIGLIO TECNICO E CONCORSO DI PERSONE NEL REATO.....48

DE CORDIUM SOLITUDINE, OVVERO SULL'AMORE COME PENA ACCESSORIA 51**ABSTRACT..... 51**

1. CENNI INTRODUTTIVI E PROFILI DEFINITORI.....51
2. SESSUALITÀ E DIRITTO: LO STATO DELL'ARTE54



3. PROFILI GIURISPRUDENZIALI NAZIONALI E SOVRANAZIONALI	56
4. POSSIBILISMO NORMATIVO: ESPERIENZE ESTERE A CONFRONTO	58
5. CRITICITÀ E CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE	60

NOTA A CASS.PEN. SEZ.V DEL 11/02/2023 N. 693: L'INTERPRETAZIONE DEL "FINE DI PROFITTO" NEL REATO DI FURTO RIMESSA ALLE SEZIONI UNITE DELLA CORTE DI CASSAZIONE..... 64

ABSTRACT	64
1. MASSIMA	64
2. IL CASO DI SPECIE.....	64
3. L' ORIENTAMENTO CHE ESTENDE LA NOZIONE DI PROFITTO NEL DELITTO DI FURTO	64
4. L' ORIENTAMENTO RESTRITTIVO DELLA NOZIONE DI PROFITTO NEL DELITTO DI FURTO	65
5. CONCLUSIONI	65

DIRITTO PUBBLICO

LA QUESTIONE DELL'AUTONOMA APPELLABILITÀ DELL'ORDINANZA CONCLUSIVA DEL RITO SPECIALE INCIDENTALI SULL'ACCESSO AI DOCUMENTI AMMINISTRATIVI..... 67

ABSTRACT	67
1. I TERMINI DEL PROBLEMA	68
2. L'EVOLUZIONE NORMATIVA.....	68
3. I TRE ORIENTAMENTI SULLA QUESTIONE IN ESAME.	70
4. LE PRINCIPALI ARGOMENTAZIONI DELL'ORIENTAMENTO GIURISPRUDENZIALE CONTRARIO ALL'AUTONOMA APPELLABILITÀ. LA CENTRALITÀ DELLE ESIGENZE DI ECONOMIA PROCESSUALE.....	72
5. LO SCARSO ACCOGLIMENTO DOTTRINALE DELLA TESI DELLA NATURA ISTRUTTORIA.....	76
6. LE PRINCIPALI ARGOMENTAZIONI DELL'ORIENTAMENTO GIURISPRUDENZIALE FAVOREVOLE ALL'AUTONOMA APPELLABILITÀ. LA CENTRALITÀ DELLE ESIGENZE DI TUTELA GIURISDIZIONALE.	80
7. IL DECISO FAVOR DELLA DOTTRINA PER LA TESI DELLA NATURA DECISORIA.....	84
8. L'ORIENTAMENTO CHE DISTINGUE TRA LE ORDINANZE CHE ACCOLGONO O RESPINGONO L'ISTANZA INCIDENTALI DI ACCESSO SULLA SOLA BASE DELLA PRESENZA O ASSENZA DEI PRESUPPOSTI INERENTI ALL'ACCESSO, E LE ORDINANZE CHE RESPINGONO L'ISTANZA SULLA BASE DELL'IRRILEVANZA DEI DOCUMENTI RICHIESTI AI FINI DEL GIUDIZIO DI PRINCIPALE. L'ASSENZA DI AUTONOMIA ARGOMENTATIVA.	87
9. CONSIDERAZIONI CRITICHE. LA CONDIVISIBILITÀ DELL'ORIENTAMENTO FAVOREVOLE ALL'AUTONOMA APPELLABILITÀ, ACCOLTO DALLA SENTENZA DELL'ADUNANZA PLENARIA DEL CONSIGLIO DI STATO N. 4 DEL 2023.	90



LA DIFFERENZA TRA PROMESSA DI PAGAMENTO ED ALTRI ISTITUTI

di Enrico FALCON*

ABSTRACT

Con il presente contributo si propone una riflessione sistematica intorno all'istituto della Promessa di Pagamento, focalizzando l'attenzione sugli spazi di applicazione pratica e sulle differenze con le altre dichiarazioni unilaterali.

Nell'ambito dei rapporti commerciali in essere al momento dell'insorgere della nota emergenza epidemiologica si è registrato un notevole incremento di tali dichiarazioni, spesso formalizzate dalle parti nella speranza di comporre bonariamente posizioni di rilievo e scongiurare ogni criticità a fronte di situazioni non disciplinate convenzionalmente.

Parimenti, si sono moltiplicati gli sforzi interpretativi e definitivi degli operatori del diritto.

Più che mai rispetto al passato, quindi, ha assunto centralità il dibattito scientifico sulla Promessa di Pagamento e sui relativi collegamenti, paralleli e differenze con istituti affini.

SOMMARIO

1. La promessa di pagamento: natura giuridica ed ambito di applicazione
2. L'affine istituto della ricognizione di debito
3. Le analogie con la confessione
4. Profili comuni: negozio di accertamento e transazione

1. LA PROMESSA DI PAGAMENTO: NATURA GIURIDICA E AMBITO DI APPLICAZIONE

Nel panorama normativo e sociale moderno tutte le attività dei soggetti che operano nell'odierna contingenza socio-economica, le determinazioni di questi ultimi, così come la esteriorizzazione delle stesse sono idonee, di per sé stesse, a generare una moltitudine di effetti, distinti per natura ed intensità.

Questa consapevolezza ha portato l'interprete giuridico ad arricchire la propria analisi di

sensibilità ulteriori, ulteriori rispetto al mero dato normativo e convenzionale.

Da qui l'esigenza di analizzare attentamente ogni dichiarazione giuridicamente rilevante e, più in generale, qualsiasi attestazione di una circostanza di fatto che attribuisca al dichiarante particolari diritti o doveri.

Allorché una dichiarazione si sostanzia quale dichiarazione unilaterale dell'intenzione di procedere al pagamento di una certa obbligazione pecuniaria, ecco che quest'ultima potrà essere qualificata quale Promessa di pagamento, oggetto della nostra indagine.

La dichiarazione di volontà intesa a impegnare il promittente, *sic et simpliciter*, all'adempimento della prestazione oggetto della promessa potrà avere rilevanza, alla stregua dell'art. 1987 c.c. e, secondo il risalente insegnamento della Suprema Corte, solo nei casi ammessi dalla legge, ovvero quando possa essere inquadrata in uno specifico schema giuridico nel settore delle obbligazioni.¹

Ed invero, l'istituto trova casa nell'art. 1988 c.c., insieme all'affine costrutto della ricognizione di debito, atteso che la norma recita "*La promessa di pagamento o la ricognizione di un debito dispensa colui a favore del quale è fatta dell'onere di provare il rapporto fondamentale*".

La scelta sistematica è eloquente: entrambe sono dichiarazioni unilaterali recettizie² che la norma vuole rendere produttive di effetti obbligatori, in netta contrapposizione con le altre promesse unilaterali atipiche, improduttive di effetti.

A partire dalle coordinate codicistiche della promessa di pagamento, per oltre mezzo secolo gli studiosi del diritto si sono interrogati su dove dover inserire la promessa di pagamento nella tassonomia delle fonti del diritto.

* Avvocato del Foro di Venezia.

¹ Cass. civ., Sez. I, 15 luglio 1964, n. 1912

² Cass. civ., Sez. III, 14 febbraio 2012, n. 2104



In primo luogo, ci si è chiesti se l'istituto potesse avere natura di negozio giuridico ovvero se dovesse essere qualificato quale mero comportamento che l'ordinamento assume come presupposto per farne derivare determinati effetti.

Di poi, le corti di merito e di legittimità si sono affaticate nel comprendere se la promessa di pagamento debba essere considerata una fonte autonoma di obbligazione o se piuttosto debba intendersi che dalla dichiarazione scaturisca solamente la conferma di un preesistente rapporto fondamentale.

La natura negoziale dei due costrutti di cui all'art. 1988 c.c. è oggi pacificamente affermata dalla giurisprudenza della Suprema Corte, maggioritaria, sin dagli anni novanta, nel ritenere che *“la promessa di pagamento o la ricognizione di debito sono atti giuridici unilaterali aventi contenuto patrimoniale rivolti ad un soggetto determinato ed hanno, quindi, effetto negoziale quando sono indirizzate alla persona del creditore”*.³

Diretta conseguenza della natura di negozio unilaterale ricettizio della Promessa di pagamento ne è che *“la sua efficacia è subordinata al fatto che essa esca volontariamente dalla sfera del suo autore e si renda accessibile al terzo”*.⁴

Invero, non mancano pronunce di segno contrario, anche nella giurisprudenza di legittimità, che identificano la Promessa di Pagamento alla stregua un atto giuridico in senso stretto, la cui identificazione non implica l'applicazione di specifiche norme di diritto, ma, più semplicemente, la ricostruzione di un accadimento, di un mero fatto umano.⁵

Tale ultima impostazione si pone sulla scorta dalla considerazione che l'atto di riconoscimento di un diritto altrui non debba necessariamente essere compiuto con una specifica intenzione riconoscitiva, mentre è sufficiente che esso rechi, anche implicitamente, la manifestazione della consapevolezza dell'esistenza del debito e riveli i caratteri della volontarietà.

Neppure in dottrina può dirsi sopito il risalente agone tra le tesi negoziale - in quanto dichiarazione di volontà con effetti negoziali sostanziali - e non negoziale - mera dichiarazione di scienza rilevante solamente a fini processuali -, pur essendo ampiamente maggioritaria la prima⁶.

Invero, la consolidata giurisprudenza Suprema Corte ha affermato la natura di negozio giuridico dell'istituto, partendo proprio dall'effetto attribuito dal testo della norma alle dichiarazioni di cui all'art. 1988 c.c., ovvero quello di sollevare il destinatario della dichiarazione o dell'atto ricognitivo dall'onere di provare l'esistenza del rapporto fondamentale, che si presume fino a prova contraria e deve quindi essere, oltre che esistente, valido.⁷

Ebbene, verificata la natura negoziale della dichiarazione di pagamento, ed avendo ben chiaro l'effetto vantaggioso della dispensa dall'onere della prova, la nomofilachia della Suprema Corte si è concentrata sui rapporti obbligatori sottesi alla dichiarazione, partorendo il principio secondo cui l'istituto non costituirebbe una autonoma fonte di obbligazione, ma ha soltanto effetto confermativo di un preesistente rapporto fondamentale, venendo ad operarsi, in forza dell'art. 1988 c.c., un'astrazione meramente processuale della *causa debendi*, comportante una semplice *relevatio ab onere probandi* per la quale il solo destinatario della ricognizione è dispensato dall'onere di provare l'esistenza del rapporto fondamentale.

Come autorevolmente sostenuto, infatti, l'effetto della mera dichiarazione unilaterale non può spingersi sino a costituire un nuovo rapporto sostanziale, ma solo quello di dispensare *ab onere probandi*, restando fonte di obbligazioni solo il rapporto fondamentale e potendo, pertanto, attribuirsi solo all'incontro delle volontà il fatto costitutivo di un eventuale nuovo rapporto obbligatorio⁸.

³ L. TRAMONTANO, *Lineamenti di diritto Civile*, 2006, p. 494

⁴ Cass. civ. sez. III, 03 novembre 2020, n.24451

⁵ G. MUSOLINO, *Appalto. Riconoscimento Operoso dei vizi e diligenza dell'appaltatore, Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc.4, 2013, pag. 1207.

³ Cass. civ. sez. III, 22 maggio 1997, n.4564

⁴ Cass. civ. sez. I, 03 luglio 2013, n. 16621

⁵ Cass. civ. sez. II, 12 aprile 2018, n.9097



Tale - presunto - rapporto fondamentale, osservano gli Ermellini, potrebbe idealmente nascere contemporaneamente alla dichiarazione o trovarsi in itinere al momento di questa, ma l'esistenza e la validità dello stesso non potrebbe mai, sotto il profilo sostanziale, reggersi sulla sola dichiarazione di promessa "con il conseguente venir meno di ogni effetto vincolante della ricognizione stessa ove rimanga giudizialmente provato che il rapporto fondamentale non è mai sorto, o è invalido, o si è estinto".⁹

La giurisprudenza di legittimità ha quindi definitivamente precisato - a riprova sia della natura negoziale che dell'effetto meramente confermativo dell'istituto in epigrafe - che ove il debitore deduca e dimostri in giudizio la nullità o l'inesistenza del rapporto obbligatorio, e quindi la promessa di pagamento venga considerata priva di giustificazione causale espressa, la dichiarazione sarà considerata improduttiva di effetti giuridici.¹⁰

Sul piano pratico, quindi, può dirsi che l'astrazione processuale della causa sia l'unico effetto ascrivibile dell'istituto *de qua* atteso che, ai sensi dell'art. 1988 c.c., il destinatario della promessa sarà dispensato - in espressa deroga al principio enunciato all'art. 2697 c.c. - dall'onere di provare l'esistenza del rapporto fondamentale, che si dovrà presumere sino a prova contraria.

Ciò detto, in dottrina si è osservato che la prova contraria richiesta al promittente sarà tanto più ardua quanto meno sia preciso il riferimento al rapporto fondamentale, con la diretta conseguenza che "un riconoscimento di debito o una promessa di pagamento non titolati (o titolati in modo generico) esporrebbero il debitore a una vera e propria *probatio diabolica*".¹¹

Inoltre, giova osservare che la presunzione di esistenza della *causa debendi* conseguente ad una dichiarazione di pagamento non sottrae il rapporto sostanziale sotteso dalla disciplina cui patiscono si sono convenzionalmente obbligati, con la conseguenza che l'autore della ricognizione non

avrà alcun limite nel fornire la prova contraria, che potrà riguardare tanto l'esistenza del rapporto fondamentale quanto lo specifico contenuto di questo e, infine, le modalità e le ragioni della eventuale cessazione della vigenza del rapporto.

La situazione di vantaggio accordata dalla norma al destinatario della promessa può essere, in ogni caso, oggetto di rinuncia da parte del promissario stesso, non solo esplicita ma anche implicita: con la diretta conseguenza che, in tali ipotesi, troveranno applicazione i normali principi dell'onere della prova.¹²

A valle delle considerazioni svolte sopra, può concludersi che la sensibilità giuridica moderna induca il sismografo interno di chi si avvicina all'istituto a registrare la promessa di pagamento quale dichiarazione unilaterale recettizia, avente natura negoziale ed effetti obbligatori e che l'oggetto della stessa coincida con il diritto che si affermi spettante al destinatario della dichiarazione e, quindi, con il rapporto fondamentale sotteso dalla dichiarazione.

2. L'AFFINE ISTITUTO DELLA RICOGNIZIONE DI DEBITO

All'interno dell'art. 1988 c.c. trova casa anche l'istituto della ricognizione di debito, un'altra dichiarazione unilaterale recettizia cui il legislatore connette i medesimi effetti della promessa di pagamento, ovvero la *relevatio ab onere probandi*.

Sul piano pratico, le due dichiarazioni sono facilmente riconoscibili: mentre l'istituto testé trattato si sostanzia nella promessa di effettuare una certa prestazione, la ricognizione di debito, invece, consiste nel riconoscere che si ha un debito nei confronti di un altro soggetto.

Ebbene, se è pur vero che le assonanze tra i due costrutti sono evidenti - già da una prima lettura della norma - non può sottacersi quanto la dottrina si sia affaticata nell'evidenziarne le differenze, sia sul piano degli effetti che su quello ontologico.

⁹ Cass. Civ. sez. I, 25 gennaio 2022, n.2091

¹⁰ Cass. civ., sez. III, 16 settembre 2013, n.21098

¹¹ M. MARTINO, *Vincolo e astrazione nella teoria del negozio di accertamento*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, fasc.2, 2019, pag. 523

¹² F. BORDIGA, *Emissione di assegni a favore di società azionaria in pendenza di aumento di capitale*, in *Banca borsa titoli credito*, fasc.4, 2008, pag. 520



Entrambe le dichiarazioni, anzitutto, non possono che provenire dal soggetto legittimato, dal punto di vista sostanziale a disporre del patrimonio su cui incide l'asserito rapporto obbligatorio; sul punto, la Suprema Corte è costante nel senso che *“una promessa unilaterale proveniente da soggetto non munito dei relativi poteri rappresentativi è nè più e nè meno una contraddizione in termini”*.¹³

A fortiori, nell'ambito delle persone giuridiche e degli enti collettivi, tali dichiarazioni dovranno necessariamente provenire da un soggetto munito dei relativi poteri rappresentativi.

Le figure in esame inoltre, secondo lo storico sforzo classificatorio,¹⁴ possono essere distinte in *“pure”* allorché il soggetto legittimato riconosca un debito o prometta un pagamento senza nulla aggiungere, e *“titolate”* se, al contrario, il soggetto che si riconosce debitore fa riferimento al rapporto fondamentale da cui il debito sarebbe sorto (il ché, ad esempio, equivarrebbe a chiosare: *“riconosco che ti devo 50 euro a titolo di mutuo”*).

Sul punto, la giurisprudenza ha avuto modo di precisare che la distinzione non è priva di effetti: ed infatti, nel caso di promessa titolata, ove si menziona la *causa debendi* della prestazione promessa, l'oggetto della prova contraria sarà circoscritto alla inesistenza, inefficacia o estinzione proprio del solo rapporto indicato¹⁵.

Ed ancora, la Suprema Corte ha precisato come l'onere probatorio, in riferimento ad una promessa titolata, incide sulle parti in maniera diversa a seconda che il rapporto sotteso risulti già svoltosi nel momento in cui la promessa viene formalizzata o se viceversa sia ancora in *“fieri”*. Nel primo caso spetterà al promittente provare il fatto modificativo, estintivo o impeditivo del rapporto stesso, mentre nel secondo caso, allorché il

promittente neghi che il rapporto sia stato eseguito, spetterà al promissario dare la prova dell'avvenuta esecuzione, fornita la quale spetterà al promittente, ai sensi dell'art. 2697 c.c., provare la intervenuta modificazione o estinzione del rapporto.¹⁶

Circa la natura dell'istituto della ricognizione di debito, seppure l'orientamento maggioritario - come per la promessa di pagamento - propenda per la tesi negoziale a discapito della teorica dell'atto giuridico in senso stretto, non può sottacersi come abbia trovato spazio nella dottrina anche una teoria che distingue tra le due figure: secondo tale concezione, la promessa di pagamento avrebbe natura negoziale, mentre la ricognizione di debito avrebbe natura di atto giuridico in senso stretto.¹⁷

I sostenitori di tale impostazione partono dall'assunto che con la promessa di pagamento il promittente dispone di una situazione giuridica e quindi la dichiarazione avrebbe l'effetto obbligatorio voluto dal promittente di *“obbligarsi a pagare.”*

Al contrario, secondo tale concezione, nella ricognizione di debito gli effetti sarebbero ascrivibili a quelli di una confessione e, conseguentemente, non vi potrebbe essere alcuna modifica nella sfera giuridica di chi pone in essere la dichiarazione atteso che, ai sensi dell'art 2730 c.c., tale soggetto si limiterebbe a confessare un fatto a sé sfavorevole.

*“Mutatis mutandis, l'atto di riconoscimento di debito, inteso quale atto giuridico in senso stretto, non dovrebbe necessariamente esprimere una specifica intenzione ricognitiva, essendo sufficiente “che esso contenga, anche implicitamente, la manifestazione della consapevolezza dell'esistenza del debito e riveli i caratteri della volontarietà”*¹⁸.

Malgrado tali elucubrazioni dottrinali non s'appalesino completamente prive di fondamento, l'attuale orientamento maggioritario della Suprema Corte è fermo nell'attribuire natura di negozio giuridico anche alla dichiarazione di debito, pur

¹³ Cass. Civ., Sez. II, 24 aprile 2012, n.6473

¹⁴ Invero alcuni autori hanno osservato come nella disciplina delle promesse unilaterali non vi sarebbe traccia di un riferimento alla *“mancata dichiarazione del titolo”*: ed infatti osserva D'angelo che *“quanto al principio di tipicità delle promesse unilaterali di una prestazione, di cui all'art. 1987 c.c., la dottrina è lontana dall'aver adottato come criterio ermeneutico costante quello della giustificazione causale e ancor più della sua enunciazione”*.

D'ANGELO, *Le promesse unilaterali*, sub art. 1987 c.c., pp 112 ss., 122 ss., 258 ss.

¹⁵ Cass. civ. Sez. III, 08 maggio 1984, n.2800

¹⁶ Cass. civ., Sez. III, 17 marzo 1993, n.3173

¹⁷ C. DITONNO, *La Prescrizione*, Milano, Key editore, 2018, p.120

¹⁸ G. MOLFESE, *Prescrizione e Decadenza*, 2009, p. 365



con la precisazione che l'effetto negoziale si verifica soltanto se detta dichiarazione è indirizzata alla persona del creditore¹⁹.

Sul piano degli effetti, sia la promessa di pagamento che la ricognizione di debito possono essere ritenute fonti di obbligazione solo in senso lato: ed infatti, ai sensi dell'art. 1988 c.c., la loro rilevanza si manifesta solo sul piano processuale.

Il nostro ordinamento, cioè, presume esistente e valido fino a prova contraria, il rapporto fondamentale sotteso a una dichiarazione ex art. 1988 c.c., con la conseguenza che il destinatario - beneficiario della astrazione della *causa debendi* avrà solo l'onere di provare la ricorrenza della promessa e della ricognizione di debito, e non anche la esistenza del rapporto da cui essa trae origine, mentre incomberà sul dichiarante l'onere di provare la inesistenza del rapporto fondamentale.

A questo riguardo, con riferimento alla dichiarazione di ricognizione di debito "pura", la giurisprudenza di legittimità ha precisato che non è bastevole la prova dell'esistenza di un pregresso rapporto tra le parti e che questi si sia estinto, ma è necessario altresì che sia dimostrato "*che esista coincidenza - concreta tra tale rapporto (di cui è data la prova) e quello "presunto" per effetto della ricognizione di debito e non una mera "compatibilità" astratta tra i due titoli*".²⁰

Allo stesso modo, è stato precisato che allorché il debitore fornisca la prova dell'inesistenza o dell'estinzione del debito relativo al rapporto fondamentale indicato dal creditore - ovvero dallo stesso debitore, essendone il creditore esentato e non essendo la promessa titolata -, spetterà a chi si afferma creditore l'indicazione di un diverso rapporto processuale che giustifichi il credito: e ciò in quanto il principio dell'astrazione processuale della causa, posto dall'art. 1998 c.c., "*non può intendersi nel senso che al debitore compete l'impossibile prova dell'assenza di qualsiasi altra ipotetica ragione di debito, ulteriore*

rispetto a quella di cui abbia dimostrato l'insussistenza"²¹.

Quanto all'oggetto dell'istituto in parola, si evidenziano alcune peculiarità proprie della sola dichiarazione di ricognizione di debito.

Anzitutto si è osservato che, attesa l'identità tra le parti del rapporto obbligatorio, la disciplina della ricognizione di debito sarebbe applicabile anche all'inverso caso di dichiarazione di inesistenza del credito formalizzata dal creditore, che sarebbe idonea di produrre gli stessi effetti di astrazione processuale della ricognizione del debitore.²²

Sempre con riferimento alla ricognizione di debito, in dottrina ci si è chiesti se possa ammettersi il riconoscimento di un diritto soggettivo diverso da quello di credito e, precisamente, una dichiarazione ricognitiva di rapporti giuridici reali.

Sebbene alcuni autori si siano spinti ad ammettere che possa esistere un atto ricognitivo di un diritto reale²³, la giurisprudenza ha più volte precisato che l'effetto della presunzione di esistenza di cui all'art. 1988 c.c. non può essere estesa sino a presumere l'esistenza di un diritto di proprietà o di altri diritti reali limitati.

La Suprema Corte ha infatti statuito che l'atto ricognitivo unilaterale, ad esempio, di un diritto di servitù - previsto con efficacia costitutiva dalla precedente versione dell'634 c.c., non contemplata nel codice vigente -, non potrebbe mai trovare giustificazione causale nell'art. 1988 c.c.²⁴ e, quindi, non potrà applicarsi il relativo effetto di astrazione processuale.

¹⁹ Tribunale Teramo Sez. I, 15/2023, n.131; Cass. civ., Sez. lav., 07/2016, n.17713

²⁰ C. F. MASSIDA, *Promesse unilaterali, gestione d'affari, ripetizione dell'indebito, soluti retentio, arricchimento senza causa*, Unione tipografico-editrice torinese, 1968, p. 83; Cass. civ. sez. III, 25 marzo 1999, n.2819

²¹ G. MANZINI, *Il negozio di accertamento: inquadramento sistematico e profili di rilevanza notarile*, Riv. notariato, fasc.6, 1996, p. 1427

²² "*né lo stesso potrebbe configurare un atto di ricognizione con gli effetti di cui all'art. 2720 c.c. in ipotesi di preteso acquisto della servitù per usucapione o in alternativa per destinazione del padre di famiglia, giacché in tali casi fa difetto il titolo costituito dal documento precedente di cui si prova l'esistenza ed il contenuto mediante il riconoscimento*" Cass. civ. Sez. II, 02/05/2013, n.10238

¹⁹ Cass. civ. Sez. III, 11 dicembre 2000, n.15575

²⁰ Cass. civ., sez. III, 15 maggio 2018, n.11766



Tutto ciò premesso, partendo dall'assunto della natura di atti negoziali della promessa di pagamento e della ricognizione di debito, rimane ora da affrontare il tema dell'accertamento, *rectius* interpretazione, di tali atti.

Sul punto si è osservato che la ricognizione di debito, a differenza della promessa di pagamento, può risultare anche da un comportamento tacito purché, tuttavia, lo stesso sia inequivoco, “*tale essendo il contegno che nessuno terrebbe se non al fine di riconoscersi debitore, e senza altro scopo se non quest'ultimo*”²⁵ e sempreché la legge non imponga la forma scritta *ad substantiam*, come ad esempio nel caso degli atti provenienti da una pubblica amministrazione.

Quando invece la promessa o la ricognizione del debito siano formulate per iscritto, tali scritti dovranno essere valutati in via ermeneutica al fine di ricomporre la volontà delle parti secondo quanto previsto dall'art.1362 c.c. e, sul punto, la giurisprudenza intervenuta in tema dichiarazione unilaterale di ricognizione del debito ha specificato che la volontà oggetto di interpretazione è “*esclusivamente quella del dichiarante, non certamente quella - peraltro ipotetica - del destinatario di quelle dichiarazioni*”.²⁶

L'indagine sul contenuto e sul significato delle dichiarazioni del promittente è oggi riservata al giudice di merito, la cui decisione è incensurabile in sede di legittimità se sorretta da idonea motivazione: spetta, quindi, alle corti di merito l'onere di valutare se tali dichiarazioni abbiano o meno un effetto confermativo di un preesistente rapporto fondamentale.²⁷

3. LE ANALOGIE CON LA CONFESSIONE

In dottrina è dibattuto se, allorché la promessa di un pagamento sia titolata fino al punto di far circostanziata menzione del fatto costitutivo

del debito, la dichiarazione debba essere qualificata alla stregua di confessione del fatto costitutivo del credito.²⁸

Sulla scorta di questa impostazione, alcune pronunce della Suprema Corte sono arrivate a statuire che, allorché la promessa coesista con l'indicazione del fatto costitutivo del debito, tale indicazione avrebbe natura di confessione, la quale, “*avendo valore di prova legale, può essere vinta soltanto a mezzo revoca della stessa, provando, secondo quanto previsto dall'art. 2732 c.c., l'errore di fatto o la violenza che ha determinato la dichiarazione*”.²⁹

Per fare un esempio pratico, una promessa titolata del seguente tenore “*prometto di pagarti 50 euro quale residuo prezzo della compravendita conclusa in data 10 febbraio 2023*”, sarebbe equiparabile ad una confessione sul fatto costitutivo del debito “*in data 10 febbraio 2023 ho sottoscritto una compravendita con Tizio*”.

Gli effetti, sul piano sostanziale, sono di non poco conto: se nel caso della promessa l'effetto dell'astrazione processuale è quello della *relevatio ab onere probandi* per il promissario, qualificare la medesima dichiarazione alla stregua di una confessione porterebbe a cristallizzare il rapporto fondamentale, forte di una prova legale che potrà essere vinta solo mediante la revoca.

Nello sforzo di marcare il *limes* tra le due figure, la Suprema Corte ha evidenziato una differenza ontologica tra la promessa di pagamento titolata e la confessione. Ed infatti, mentre la promessa consisterebbe in una dichiarazione di volontà, precipuamente diretta ad impegnare il promittente all'adempimento della prestazione, la confessione consiste in una mera dichiarazione di scienza, ovvero una dichiarazione di fatti sfavorevoli al dichiarante e favorevoli al destinatario.³⁰

Epperò, il medesimo filone giurisprudenziale ha ritenuto possibile che, nell'ambito di una medesima dichiarazione - *rectius* nello stesso

²⁵ Tribunale Spoleto, 16 ottobre 2019, n.784

²⁶ è stato pertanto valutato come inconferente che in un primo momento (prima dell'accertamento del reale contenuto della dichiarazione) il destinatario della dichiarazione abbia avuto una inesatta conoscenza di questa.

Cass. civ., Sez. III, 01 agosto 2002, n.11433

²⁷ Cass. civ. Sez. VI, 29 luglio 2019, n.20422

²⁸ M. MARTINO, op. cit., in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, fasc.2, 2019, pag. 523

²⁹ Cass. civ., Sez. II, 20 aprile 2018, n.988

³⁰ Cass. civ. Sez. II, 05 ottobre 2017, n.23246



documento -, in uno con la manifestazione di volontà riferita alla promessa possa coesistere una confessione di fatti pertinenti al rapporto fondamentale la quale, avendo valore di prova legale, precluderebbe la prova contraria ex art. 1988 c.c., di fatto rendendo ultroneo - in mancanza di revoca causalmente giustificata da errore di fatto o da violenza ex art. 2732 c.c. - ogni sforzo processuale diretto a dimostrare l'inesistenza o l'estinzione del rapporto fondamentale.

In questi termini, quindi, può affermarsi che se unitamente ad una promessa di pagamento vengano specificamente indicate anche le ragioni e i fatti da cui deriva il relativo debito - nel senso della coesistenza degli elementi propri di due distinte dichiarazioni -, allora la dichiarazione assumerà natura di confessione: natura che dovrà essere confermata dal Giudice del merito, che nella pratica giudiziaria spesso si trova a dover sbrogliare dei documenti dal significato cangiante.³¹

Secondo una recente impostazione, nell'ambito di dichiarazioni di tal segno "*prometto di pagarti 50 euro quale residuo prezzo della compravendita conclusa in data 10 febbraio 2023*" la menzione del fatto generatore dell'obbligazione non sarebbe l'oggetto di una vera e propria confessione stragiudiziale, ma sarebbe funzionalmente connessa alla esteriorizzazione della volontà del debitore, mosso dal fine di avvantaggiare il proprio creditore.

Ciò che mancherebbe al dichiarante, in breve, sarebbe l'elemento soggettivo identificabile con il c.d. *animus confitendi* il quale, si è autorevolmente precisato, non si risolve nella mera intenzione di fornire una prova alla controparte, ma si identifica "*nella certezza e volontà di ammettere e/o riconoscere la verità di un fatto a sé sfavorevole e vantaggioso all'altra parte, indipendentemente dalla consapevolezza delle conseguenze giuridiche che possano derivare*".³²

Nel dichiarante mancherebbe - a differenza di chi rende la confessione - l'esigenza di eliminare incertezze pregresse, essendo preminente invece quella di rafforzare la posizione creditoria e di fornire al promissario uno strumento privilegiato per azionare la pretesa in giudizio.

Letta in questi termini, la menzione del rapporto fondamentale non aggraverebbe la posizione del debitore ma, al contrario, lo avvantaggerebbe, "*dandogli modo di dimostrare più agevolmente l'inesistenza del rapporto fondamentale, ed evitando il rischio di dover dar prova di una prova indeterminata negativa «non ti sono debitore»*"³³.

Senza una minima indagine dell'elemento soggettivo del dichiarante ci troveremmo infatti nella situazione di dover applicare analogicamente la disciplina di cui all'art. 1988 c.c. alla sola promessa di pagamento pura, mentre alla promessa titolata *tout court* si dovrebbe applicare la disciplina della confessione di cui all'art. 2730 c.c.

Di contro, sul piano oggettivo, sembra meritevole di accoglimento l'impostazione della Suprema Corte che, confermando l'orientamento citato poco sopra, individua l'oggetto della promessa di pagamento, quale negozio di accertamento, nei rapporti obbligatori sottesi, mentre la confessione, quale dichiarazione di scienza, avrebbe ad oggetto meri fatti³⁴.

Malgrado ciò, nella odierna pratica forense si sprecano le occasioni di potenziale sovrapposizione tra la promessa di pagamento e confessione, che si riflettono, sul piano processuale, sulla qualificazione giuridica da conferire ad una eventuale revoca (*contrarius actus* o impugnazione).

4. PROFILI COMUNI: NEGOZIO DI ACCERTAMENTO E TRANSAZIONE

La promessa di pagamento, come sopra esposta, può definirsi quale dichiarazione unilaterale recettizia avente natura negoziale, con la

³¹ A. PAGANIN, *Se la promessa di pagamento contiene l'indicazione dei fatti su cui si fonda il debito ha natura di confessione* in Diritto & Giustizia, fasc. 74, 2018, p. 4

³² P. DIVIZIA, *Riflessioni in tema di confessione ed interrogatorio libero nel processo*, in Foro amm. TAR, fasc.7-8, 2002, pag. 2729

³³ M. MARTINO, op. cit., in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, fasc.2, 2019, pag. 523

³⁴ Cass. civ. Sez. I, 15 luglio 2016, n.14533



quale il promittente si obbliga all'adempimento di una certa prestazione verso il promissario; conferendo così maggiore certezza, sul piano probatorio, al sotteso rapporto negoziale.

Ebbene è stato ampiamente osservato come l'effetto di accertamento ontologicamente proprio di questo istituto ben possa realizzarsi anche con il consueto incontro della volontà delle parti e, cioè, con la stipula di un negozio di accertamento, con il quale le parti vogliono accertare convenzionalmente un certo rapporto giuridico in essere tra le stesse.

Sul punto, la dottrina ha avuto modo di precisare che, mediante la stipula di un negozio di accertamento, *“le parti prendono posizione rispetto a una certa situazione giuridica, determinando le conseguenze prodotte da un certo fatto”*³⁵.

Di fatto, la linea di confine tra i due negozi giuridici è stata fissata dalla Suprema Corte, la quale è storicamente orientata a qualificare la promessa di pagamento quale dichiarazione di natura negoziale volta a garantire al promissario l'adempimento di una certa prestazione, che produce l'effetto della inversione dell'onere della prova in ordine all'esistenza del sottostante rapporto debitorio.³⁶

Di contro, il contratto di accertamento costituisce è stato configurato quale negozio a struttura bilaterale o unilaterale³⁷, causalmente giustificato dalla volontà delle parti di superare una situazione di incertezza soggettiva in cui si venga occasionalmente a trovare un determinato rapporto giuridico.

Ebbene, in netto contrasto con gli effetti negoziali tipici della promessa di pagamento, nel negozio di accertamento in cui, *mutatis mutandis*, le parti manifestano liberamente la propria volontà, che assume una direzione univoca, diventa del tutto irrilevante *“ogni indagine in ordine all'effettiva esistenza, alla consistenza e alla natura del rapporto che le parti hanno fatto oggetto di accertamento, al fine di dimostrare che l'accertamento è erroneo o che esso ha consacrato una pretesa infondata”*.³⁸

Per i medesimi motivi, la promessa di pagamento si differenzia anche dalla transazione, sebbene anche l'istituto previsto all'art. 1965 c.c. possa essere certamente annoverato tra i negozi diretti a dirimere controversie.

A differenza del negozio di accertamento *testé* preso in esame, nel caso della transazione la *res dubbia* ha carattere meramente oggettivo, la struttura negoziale ha carattere necessariamente plurilaterale ed è essenzialmente a titolo oneroso, mentre la forma del negozio dovrà imprescindibilmente essere scritta, *ad substantiam*.

Per mezzo della transazione, inoltre, quale mezzo privilegiato di composizione extragiudiziale dei conflitti, non solo le parti riconoscono le opposte pretese nell'intento di prevenire una lite o di comporre una posizione già pendente, ma si spesso si spingono a costituire nuovi rapporti (transazione novativa).

In ogni caso, gli effetti della transazione sono ben più intensi di quelli di una dichiarazione qualificabile alla stregua di una promessa di pagamento atteso che, come osserva Trabucchi, *“la transazione produce tra le parti lo stesso effetto di una sentenza passata in giudicato”*.³⁹

Proprio sul tema degli effetti, è stato osservato⁴⁰ come la differenza più fondativa tra transazione e promessa di pagamento non si ritrovi, *sic et simpliciter*, nel carattere oneroso della prima e gratuito della seconda, ma si fonda bensì sulla funzione della transazione, che si sostanzia in un

³⁵ M. ONORATO, L'accordo d'interpretazione, Giuffrè, Roma, 2009, p.28

³⁶ Cass. civ., Sez. lav., 11 giugno 1987, n.5106

³⁷ non sono mancate pronunce che hanno ammesso la configurabilità di un negozio di accertamento a formazione unilaterale, statuendo che *“una scrittura privata che non costituisca una transazione per difetto delle reciproche concessioni delle parti e per la mancanza di sottoscrizione dei due contraenti, può ben costituire un negozio unilaterale di accertamento ove sia sottoscritta da un soggetto e caratterizzata dalla violazione di costui di conferire certezza ad un preesistente rapporto giuridico, precisandone in modo definitivo e vincolante, l'essenza il contenuto e gli effetti”* Cass. civ. Sez. I, 06/11/1981, n.5857

³⁸ Cass. civ., Sez. II, 06 dicembre 1979, n.6332

³⁹ A. TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto Civile*, CEDAM, Padova, 2012, p. 955

⁴⁰ G. CIAN, A. TRABUCCHI, *Commentario Breve al Codice Civile*, 2014, CEDAM, Padova, p. 3492. - (78/2251, Giust. Civ. 78, I, 1423)



contratto che ha lo scopo precipuo di comporre un conflitto mediante reciproche concessioni.

Di contro, la promessa di pagamento non è preordinata alla risoluzione di alcun conflitto, ma è

un negozio unilaterale teleologicamente ed esclusivamente diretta a garantire al promissario l'adempimento di una certa prestazione.



LA PRIVACY NELLA GIUSTIZIA COMUNITARIA

di **Emmanuele M. PANZA***

ABSTRACT

A seguito dello sviluppo tecnologico che ha invaso la società odierna nell'ultimo decennio, risulta in continua espansione il fenomeno della ricerca spasmodica della privacy.

Il seguente trattato mira a delineare un prospetto generale sugli orientamenti della giustizia comunitaria, anche in tema di portabilità e trasparenza.

SOMMARIO

1. **Premessa.**
 2. **Il diritto alla privacy nella giurisprudenza UE, gli inizi**
 3. **Privacy CGUE: le persone hanno il diritto di sapere a chi sono stati comunicati i loro dati**
 4. **Trasparenza P.A. e privacy: le indicazioni della CGYE alla luce del GDPR**
-

1. PREMESSA

Il testo del Regolamento Europeo 2016/679 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, è stato pubblicato nella sua versione definitiva sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea il 4 maggio 2016. La data stabilita per l'entrata in vigore del Regolamento Europeo era il 25 maggio 2016 con l'obiettivo di applicarla a tutti gli Stati Membri a partire dal 25 maggio 2018, termine entro il quale le aziende dovranno adeguarsi alla nuova legge sulla privacy.

Il primo aspetto da considerare rispetto alla Direttiva 95/46 è che il nuovo testo europeo in tema di trattamento dei dati personali è un Regolamento, dunque per sua ragion d'essere ha la necessità di assicurare una maggiore completezza e chiarezza nei suoi contenuti normativi. Le sue disposizioni, infatti, devono essere

immediatamente applicate senza una necessaria intermediazione legislativa nazionale.

Alcuni dubbi sorgono sulla portata del nuovo Regolamento in quanto alcune norme, specialmente tra quelle contenenti principi generali, appaiono troppo limitative se paragonate a quelle della precedente Direttiva; si pensi ad esempio alle espressioni usate per identificare lo scopo del nuovo regolamento contenuto nei due paragrafi dell'articolo 1 dove non si capisce in cosa si distinguano, avendo entrambe ad oggetto la protezione dei dati personali. In realtà basta tenere a mente ciò che stabilisce il paragrafo 1 dell'articolo 1 della Direttiva 95/46 per rendersi conto che il secondo paragrafo dell'articolo 1 del Regolamento non è che la sua ripetizione, mentre il vero oggetto del nuovo Regolamento è proprio quello definito nel primo paragrafo: "This Regulation protects lays down rules relating to the protection of individuals with regard to the processing data and rules relating to the free movement of personal data".

Da questo esempio possiamo desumere che da un lato, il nuovo Regolamento tende più della Direttiva a restringere il campo della sua applicazione. Dall'altro lato, invece, risente in modo molto forte della Direttiva 95/46, fino ad esserne in alcune norme quasi la ripetizione integrale e in altre, invece, quasi il rovesciamento¹.

Alla luce di quanto espresso, lo scrivente ha voluto dare una panoramica generale della normativa europea, in modo da poter ora porre l'accento su quanto seguirà.

2. IL DIRITTO ALLA PRIVACY NELLA GIURISPRUDENZA UE, GLI INIZI

¹ * Studio legale Panza.

¹ Art. 1 paragrafo 3 del Regolamento in relazione all'art. 1 paragrafo 2 della Direttiva.



Uno dei problemi principali per la privacy nella società moderna dell'informazione è la diffusione volontaria di dati che lo riguardano e successivamente l'impossibilità di rimuoverne dalla rete questi stessi dati². Sovente s'insinua un dubbio legato al rapporto che si stabilisce tra le persone e il sistema dei media. In una società in cui ciò che conta è il solo apparire e la sola corsa ad una presenza pubblica, chi scrive si interroga se ha ancora senso preoccuparsi di una difesa della privacy che sembra essere rifiutata dai comportamenti sociali.

Il bisogno di privacy non è cancellato dalla voglia di apparire ma le due realtà convivono: modificando i contesti, alcune persone che si esibiscono senza inibizioni davanti ad altri individui scoprono, di colpo, un'esigenza di riservatezza. Siamo in presenza di un'esigenza di godere dei benefici della pubblicità e delle garanzie della riservatezza³. Possiamo affermare che la società attuale sia basata sull'indifferenza del cittadino riguardo la privacy, a causa sia dell'utilizzo di applicazioni per gestire i dati personali (ad esempio la geolocalizzazione o la memorizzazione delle credenziali e delle carte di credito nel browser.), sia di una mancanza di percezione del valore della protezione del dato. Insieme all'iniziale fase di diffusione del dato, si deve tenere conto della mancata comprensione della possibile durata dei dati o della scarsa consapevolezza di quanto tempo i dati possano essere conservati dai servizi usati più frequentemente.

Il diritto all'oblio introduce l'interrogativo di individuare se esiste un diritto di conoscere informazioni risalenti a diversi anni prima o un diritto a far sì che la verità scemi non rimanendo addossata all'uomo in modo da non condizionarlo nella propria vita. Un dato digitalizzato potrà in ogni momento riemergere e tornare conoscibile, anche grazie all'azione molto potente dei motori di ricerca che spingono verso l'alto le informazioni più discusse. Tale tema interessa non solo chi è

stato oggetto di fatti di cronaca, chi è stato condannato e poi riabilitato, ma anche chi ha inserito determinate frasi o documenti in rete e poi se ne è pentito o semplicemente chi non desidera che determinati fatti rimangano per sempre in un ambiente dove, come alcuni sostengono, "il tempo non esiste"⁴. Una caratteristica delle nuove tecnologie è stata introdurre un grande archivio in cui sono ricordati tutti i dati: questo ha portato al problema della permanenza di un dato e ad una sorta di diritto all'oblio, ossia un diritto di essere dimenticati, riservato a particolari notizie, ovvero quelle che il soggetto capisce essere dannose per la sua immagine e per le sue relazioni nella vita.

La persistenza del dato, da un punto di vista tecnico, è stata garantita dalla riduzione dei costi dei supporti sui quali vengono memorizzati i dati stessi e da una standardizzazione dei metodi di memorizzazione, per cui oggi i dati sono tutti memorizzati indicativamente nello stesso modo e negli stessi formati. Con l'avvento del cloud⁵ i dati degli utenti comuni sono stati portati sulla rete stessa; a ciò si è aggiunta la capacità d'indicizzazione⁶ dei motori di ricerca. I sistemi di archiviazione, l'elaborazione e l'uso dei dati su computer remoti sono stati rivoluzionati dall'arrivo del cloud. L'espressione 'diritto all'oblio' viene utilizzata in due differenti accezioni.

Una prima accezione è quella più lontana nel tempo, elaborata dalla dottrina civilistica e dalla giurisprudenza, in epoca antecedente all'avvento della Rete. Con il diritto all'oblio⁷ si è fatto tradizionalmente riferimento al diritto di un soggetto di non vedere pubblicate notizie relative a vicende già legittimamente accadute molto tempo

4 G. TONELLI, Il diritto all'oblio. Quando la memoria deve cedere alla cronaca. Il nodo internet e il diritto ad essere dimenticati, in *Problemi dell'informazione*, XXXI, 1, 2006, da p. 101 a p. 104.

⁵ Con il termine cloud si indica un paradigma di erogazione di risorse informatiche, come l'archiviazione, l'elaborazione o la trasmissione di dati, caratterizzato dalla disponibilità on demand attraverso Internet a partire da un insieme di risorse preesistenti e configurabili.

⁶ Indicizzare un sito vuol dire farlo conoscere ai motori di ricerca.

⁷ G. TONELLI, Il diritto all'Oblio. Quando la memoria deve cedere alla cronaca. Il nodo internet e il diritto ad essere dimenticati, in *problemi dell'informazione*, XXXI, 1, 2006, pp. 127 e ss.

² G. ZICCARDI, *Internet, controllo e libertà* Trasparenza, sorveglianza e segreto nell'era tecnologica, Raffaello Cortina editore, 2015, p. 147.

³ Garante per la protezione dei dati personali, *relazione 2004*, 9 febbraio 2005, p. 8.



prima. Il diritto all'oblio, in questa accezione, riguarda vicende che hanno interessato fatti di cronaca o comunque in relazione alle quali la pubblicizzazione, cioè la fuoriuscita dalla sfera della riservatezza degli interessati, era da considerarsi lecita. Il problema è "se la persona o le vicende legittimamente pubblicizzate possano sempre costituire oggetto di nuova pubblicizzazione o se, invece, il trascorrere del tempo e il cambiamento delle situazioni non la rendano illecita"⁸. Il diritto all'oblio, come magistralmente è stato scritto, appartiene "alle ragioni e 'alle regioni' del diritto alla riservatezza"⁹. Il tempo ha un ruolo molto importante nel momento in cui non si stiano considerando fatti di cronaca, ma eventi in relazione dei quali sia trascorso un tempo significativo ma che manchino di elementi di contestualizzazione nel tempo. In questi casi, la giurisprudenza ha ravvisato la violazione del diritto all'identità personale.

Il diritto all'oblio è mutato con l'utilizzo di Internet e delle reti telematiche, a causa delle modalità proprie di diffusione dell'informazione. Infatti, in Rete non è più necessario ripubblicare un dato perché esso rimane disponibile o meglio astrattamente disponibile. In altri termini, non si tratta solo o necessariamente di una ripubblicazione dell'informazione, ma piuttosto di una permanenza della stessa nella Rete. Cambia quindi il ruolo del tempo e cambia anche l'esigenza che vuole essere soddisfatta. Il tempo che deve essere considerato non è più quello trascorso tra la pubblicazione dell'informazione e la ripubblicazione, ma quello trascorso dal tempo della pubblicazione. Non si può considerare il tempo che è trascorso tra un evento e l'altro, ma l'importante è il tempo della permanenza sul web dell'informazione. Non è un evento che viene riproposto al pubblico, bensì un evento che potenzialmente non è mai uscito dall'attenzione del medesimo. Siamo di fronte ad un continuum temporale e non più a due eventi separati. Anche l'esigenza che vuole essere soddisfatta dal diritto in

questo caso è diversa. L'esigenza non è quella di non ripubblicare l'evento, ma quella di collocare la pubblicazione, avvenuta magari legittimamente molti anni addietro, nell'attuale presente. Il problema che ne risulta è quello di conferire un'importanza all'informazione, che su Internet appare appiattita, in modo da garantire la reale identità di un soggetto sulla Rete. L'obiettivo si può raggiungere contestualizzando l'informazione, come ha affermato la Corte di cassazione con la sentenza del 5 aprile 2012, n. 5525¹⁰. Non si tratta del diritto a dimenticare, ma del diritto a contestualizzare¹¹. L'esigenza, come detto prima, è quella di dare una certa importanza all'informazione in un ambito complessivo che pone al centro dell'attenzione l'identità dell'individuo. Si parla di 'diritto all'oblio', come Cass. 5525/2012 fa, in senso molto lato.

Una seconda accezione del diritto all'oblio è quella che si riferisce al diritto alla cancellazione, al blocco, al congelamento dei dati o all'opposizione al trattamento dei dati previsti dalla direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 ottobre 1995 "relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati". Le disposizioni della direttiva europea sopra citate sono state attuate nell'ordinamento giuridico italiano con il D.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, "Codice in materia di protezione dei dati personali" e in particolare con l'art. 7, comma 3, lett. b) il quale dispone che "la cancellazione, la trasformazione in forma anonima o il blocco dei dati trattati in violazione di legge, compresi quelli di cui non è necessaria la conservazione in relazione agli scopi per i quali i dati sono stati raccolti o successivamente trattati" e con l'art. 7, comma 4 il quale dispone che: "l'interessato ha diritto di opporsi, in tutto o in parte: a) per motivi legittimi al trattamento dei dati personali che lo riguardano, ancorché pertinenti allo scopo della raccolta". Dunque i due impianti normativi subordinano il

⁸ T. AULETTA, op. cit., p. 129

⁹ V. ZENO-ZENCOVICH, *Onore e reputazione nel sistema del diritto civile*, Napoli, 1985, p. 120.

¹⁰ Cass. Civ., 5 aprile 2012, n. 5525, in *Foro it.*, 2013, 1, 1, coll. 305.

¹¹ V. ZENO-ZENCOVICH, *Onore e reputazione nel sistema del diritto civile*, Napoli, 1985, p. 120.



diritto alla cancellazione dei dati e il diritto di opposizione al trattamento al ricorrere di precisi presupposti, cioè che il trattamento sia avvenuto in violazione di legge o che ricorrano motivi legittimi. Il quadro non cambia nella proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio “concernente la tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali e la libera circolazione di tali dati (regolamento generale sulla protezione dei dati)” del 25 gennaio 2012 dove all’art. 17 si disciplinano il diritto all’oblio e il diritto alla cancellazione dei dati, nonostante nei commenti la previsione concernente il diritto all’oblio sia stata molto evidenziata ed enfatizzata. I presupposti per richiedere la cancellazione dei dati, secondo il primo comma dell’art. 17 della proposta di regolamento, sono infatti i seguenti: “a) i dati non sono più necessari rispetto alle finalità per le quali sono stati raccolti o altrimenti trattati; b) l’interessato revoca il consenso su cui si fonda il trattamento, di cui all’articolo 6, paragrafo 1, lettera a), oppure il periodo di conservazione dei dati autorizzato è scaduto e non sussiste altro motivo legittimo per trattare i dati; c) l’interessato si oppone al trattamento di dati personali ai sensi dell’articolo 19; d) il trattamento dei dati non è conforme al presente regolamento per altri motivi”. L’innovazione si trova invece, a ben vedere, nel secondo comma dell’art. 17 dove viene configurata una nuova responsabilità del titolare del trattamento, prevedendo che il titolare del trattamento debba informare i terzi che stanno trattando i dati della richiesta dell’interessato di cancellare qualsiasi link, copia o riproduzione dei suoi dati personali e che, se il titolare ha autorizzato un terzo a pubblicare dati personali, è ritenuto responsabile di tale pubblicazione. Tuttavia bisogna ricordare che l’obbligo da parte del titolare di informare i terzi circa i dati personali era già presente nella legge italiana. Volendo meglio delineare i confini di termini dal significato limitrofo, quali cancellazione dei dati e oblio, si può indicare la cancellazione come un’operazione che porta all’esclusione di una nuova conservazione dei dati, mentre l’oblio sembra

essere definito come una finalità, che può essere raggiunto sia con la cancellazione che con il blocco.

La sentenza della Corte di Giustizia sul diritto all’oblio¹² nei motori di ricerca stimola l’attenzione dell’interprete su molteplici punti di riflessione, che - pur partendo dalla disciplina settoriale della tutela dei dati personali - inevitabilmente abbracciano altri settori dell’ordinamento. Osservata dallo studioso di responsabilità civile, la decisione della Corte di Giustizia dà origine a diversi interrogativi, nati dai silenzi della Corte stessa, che riconosce un diritto soggettivo in capo ai cittadini comunitari, ma non pone dei limiti agli obblighi a cui sono tenuti i motori di ricerca. Una conclusione che potrebbe non solo cambiare la relazione tra utenti e reti telematiche, disconoscendo la troppe volte preconizzata morte della privacy, ma, verosimilmente, potrebbe determinare un deciso ripensamento del principio della neutralità degli intermediari della rete.

Com’è noto, la responsabilità degli ISP (intermediary service provider) è disciplinata dalla Sezione 4 della direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico¹³. La normativa comunitaria è frutto di un processo di circolazione e di imitazione del modello statunitense della Section 512 del DMCA - ripreso talora pedissequamente nelle formule legislative della direttiva - e del TeledienstGesetz, la legge tedesca sulla responsabilità degli intermediari. Rispetto a tali modelli, tuttavia, la direttiva si differenzia per due importanti aspetti: prima di tutto, l’ambito di applicazione oggettiva riguarda sia gli illeciti civili sia quelli penali; in secondo luogo, sotto il profilo soggettivo, la disciplina comunitaria non include le attività dei motori di ricerca e il linkin¹⁴.

Allo stesso modo, e questo aspetto rappresenta probabilmente il maggior limite della Sezione 4 sulla responsabilità degli intermediari di internet, non sono previste forme di “notice and take-down” per determinare le modalità per i titolari dei diritti di indirizzare una richiesta di rimozione di

¹² Corte giust. UE, 13 maggio 2014, causa C-131/12.

¹³ Direttiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio dell’8 giugno 2000.

¹⁴ G. M. RICCIO, La responsabilità civile degli internet providers, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 2000 ss.



eventuali contenuti illeciti agli ISP e, dall'altro lato, non è determinato il momento in cui questi ultimi, informati della commissione di un illecito, possono essere tenuti, a determinate circostanze, a rimuovere detti contenuti. Su questo argomento possiamo affermare che dopo il verificarsi di una violazione del diritto d'autore commessa tramite la rete, l'Internet service provider possa essere ritenuto responsabile di detta violazione, pur non essendo esso l'autore materiale della stessa. È necessario coinvolgere gli Internet service provider nella lotta al fenomeno della pirateria online data la difficoltà di individuare il vero autore dell'illecito commesso mediante la rete¹⁵. Seppure oggi sia voce unanime non ritenere l'Internet service provider responsabile dei contenuti inseriti in internet da soggetti che tramite l'ISP stesso hanno avuto accesso alla rete, non essendo quest'ultimo tenuto ad un controllo preventivo del materiale caricato sul web, non sono mancate pronunce che hanno visto la condanna dei gestori di siti internet per illeciti compiuti da terzi.

Il Tribunale di Milano ha ritenuto non applicabile la limitazione di responsabilità prevista dall'art. 16 del D.lgs. n. 70 del 9 aprile 2003 (c.d. Codice del commercio elettronico), che ha dato attuazione alla direttiva europea sul commercio elettronico, in tema di diritto d'autore, anche per i soggetti che rientrano nel campo delle esenzioni di responsabilità stabilite in particolare dall'art. 16 e più in generale dall'art. 17 D.lgs. n. 70 del 2003, l'informazione sulla presenza del diritto di terzi determina l'insorgenza di obblighi per il prestatore dei servizi, ancor prima della ricezione da parte dell'autorità giudiziaria o amministrativa dell'ordine di rimozione del contenuto illecito. In questo caso specifico, l'inattività del prestatore di servizio di "hosting", nonostante le segnalazioni della presenza di numerosi contenuti audiovisivi in violazione dei diritti d'autore, lo rende colposamente responsabile. Ancora, nel caso YouTube¹⁶ il Tribunale capitolino ha ordinato la rimozione di

sequenze di immagini che si riferivano ad un noto programma televisivo, in quanto il fatto che YouTube svolga un'attività commerciale implica che debba conoscere ciò che viene caricato sul suo sito. Il tribunale di Roma ha affermato che l'Internet service provider, "una volta venuto a conoscenza del contenuto illecito di specifici siti, è in condizione di esercitare un controllo successivo ed impedirne l'indicazione e il collegamento". Nel caso in questione, l'ISP era stato condannato dal giudice cautelare a porre fine all'attività illecita attraverso la rimozione del proprio server dell'accesso ai files audiovisivi caricati illecitamente, nonché destinatario dell'inibitoria circa la prosecuzione e la ripetizione della violazione dei diritti di sfruttamento economico della ricorrente. Pertanto l'ISP, pur non essendo tenuto ad un obbligo generale di sorveglianza o di controllo ex ante delle informazioni trasmesse o memorizzate sul sito in quanto il gestore di un motore di ricerca non può svolgere un ruolo attivo nella fase di selezione e posizionamento delle informazioni e quindi non ha conoscenza dei contenuti dei siti cui è effettuato il link, è tuttavia tenuto ad effettuare un controllo ex post, successivo cioè alla violazione e alla segnalazione specifica dell'avvenuta violazione. È opportuno ricordare che, in sede di reclamo, la pronuncia del tribunale capitolino è stata riformata perché il ricorrente non aveva indicato il link preciso da cui si giungeva al materiale pirata. Il Tribunale di Roma ha infatti ricordato che il motore di ricerca, anche se non è tenuto ad esercitare un controllo preventivo, una volta che sia venuto a conoscenza del contenuto illecito di "specifici" siti è in condizione di esercitare una vigilanza successiva (alla segnalazione) ed impedire l'indicizzazione e il collegamento. Tuttavia il titolare dei diritti che chiede che un contenuto audiovisivo venga rimosso e l'inibitoria della prosecuzione dell'attività illecita, è tenuto ad indicare l'URL (Uniform Resource Locator) attraverso il quale il contenuto è accessibile, non potendo ritenersi idonea una generica denuncia della possibilità di rintracciare online soggetti che commettono violazioni, senza fornire alcuna indicazione dei siti web e dei links attraverso i quali viene commessa la violazione. Pertanto il

¹⁵ COLANGELO, Comunicazioni elettroniche, contenuti digitali e diritto d'autore: commento al regolamento Agcom in Merc., conc., reg., 2011, fasc. 3, p. 575 ss.

¹⁶ Trib. Roma, ord. 20-22 marzo 2011, PFA c. Yahoo in Danno e resp., 2011, 7, 753-764, con nota di G. M. RICCIO.



Tribunale di Roma, da un lato ha accolto la tesi secondo cui è sufficiente la diffida del titolare del diritto di proprietà intellettuale per imporre all'ISP la rimozione dei links ai siti che diffondono illegittimamente l'opera tutelata dal diritto d'autore; dall'altro ha aggiunto un elemento qualificante alla diffida in questione in quei punti dove viene richiesta l'espressa e puntuale individuazione dei contenuti lesivi ovvero degli URL¹⁷.

Per quanto attiene all'ambito di applicazione oggettiva, occorre poi ricordare che la direttiva sul commercio elettronico non trova applicazione, ex art. 1, par. 4, lett. b), alle "questioni relative ai servizi della società dell'informazione oggetto delle direttive 95/46/CE e 97/66/CE" e, quindi, a tutto il settore della tutela dei dati personali. Il regime speciale di responsabilità previsto, in generale, per gli ISP, non si estende, pertanto, anche all'attività di trattamento delle informazioni personali che, viceversa, è regolato dall'art. 23 della Direttiva 95/46/CE, così come recepito nei singoli ordinamenti nazionali.

Naturalmente, non ripercorreremo i dibattiti dottrinali e giurisprudenziali che hanno portato all'emanazione della direttiva sul commercio elettronico; ricorderemo solo i principi che hanno mosso l'operato del legislatore comunitario. Le due colonne portanti della direttiva sono, in estrema sintesi, il sopra citato principio della neutralità degli operatori, in virtù del quale gli ISP non sono responsabili se la loro attività si limita ad un ruolo tecnico e non selezionano né i contenuti, né i destinatari delle informazioni, e l'assenza di un obbligo generale di sorveglianza sui contenuti diffusi dai destinatari dei propri servizi. La direttiva, quindi, ha optato per un modello di responsabilità fondato sulla colpa degli operatori, considerati come meri carrier dei contenuti informativi, scartando le ipotesi di responsabilità oggettiva, come la responsabilità da rischio di impresa o editoriale. Una scelta apprezzata dalla dottrina, che ha consentito lo sviluppo economico dei nuovi operatori e ha scongiurato ogni rischio di

assegnazione di poteri 'censori' in capo agli ISP. A distanza di quasi quindici anni, lo scenario da cui muoveva la direttiva è però radicalmente mutato.

Come non ricordare la sentenza cardine della responsabilità ISP, *Google vs Vividown*¹⁸: i fatti all'origine della vicenda giudiziaria risalgono al 2006 quando l'associazione Vividown (Associazione italiana per la ricerca scientifica e per la tutela della persona Down, con sede a Milano) ha querelato Google per aver permesso la diffusione di un video in cui un ragazzino disabile veniva deriso dai compagni di classe. Nel 2010 i tre dirigenti di Google sono stati condannati dal giudice Oscar Magi a sei mesi di carcere per violazione della privacy del minorenne ripreso nel video. Secondo il giudice, l'azienda californiana era da ritenersi responsabile per via della vaghezza delle indicazioni in materia di privacy che Google Video presentava agli utenti che praticavano l'upload dei filmati, una vaghezza tanto più grave perché relativa ad un'attività svolta con finalità di lucro. Nel dicembre 2012 la Corte d'Appello del Tribunale di Milano, ribaltando la precedente decisione, ha assolto i tre manager individuando la responsabilità del trattamento dei dati nell'uploader del video e non nel provider di contenuti. Pertanto la violazione non sarebbe in capo a Google, ma ai responsabili della pubblicazione online del video (nello specifico, della studentessa).

La Terza sezione penale della Corte di Cassazione ha pubblicato le motivazioni della sentenza di assoluzione per i tre dirigenti di Google che erano stati condannati a sei mesi di carcere nel 2010, in seguito alla diffusione su Google video di un filmato in cui un minorenne disabile veniva umiliato a scuola.

Secondo la Suprema Corte, non è configurabile una responsabilità penale di un Internet host provider nel caso di violazione della privacy realizzata con un video diffuso sul web.

"I reati di cui all'articolo 167 del codice privacy, per i quali qui si procede, devono essere intesi come reati propri, trattandosi di condotte che

¹⁷ F. FERRARI, L. C. UBERTAZZI (a cura di), Il regolamento Agcom sul diritto d'autore, in *Quaderni di AIDA*, Giappichelli, Torino, p. 138 ss.

¹⁸ Cass. Pen., Sez. III, 17 dicembre 2013 (dep. 3 febbraio 2014), n. 5107.



si concretizzano in violazioni di obblighi dei quali è destinatario in modo specifico il solo titolare del trattamento e non ogni altro soggetto che si trovi ad avere a che fare con i dati oggetto di trattamento senza essere dotato dei relativi poteri decisionali”.

La Cassazione ha specificato che il gestore del servizio di hosting “non ha alcun controllo sui dati memorizzati né contribuisce in alcun modo alla loro scelta, alla loro ricerca o alla formazione del file che li contiene, essendo tali dati interamente ascrivibili all’utente destinatario del servizio che li carica sulla piattaforma messa a sua disposizione”.

La sentenza della Cassazione del 18 dicembre 2013 ha confermato il verdetto della Corte d’Appello. Nelle motivazioni pubblicate la Corte Suprema ha infatti rilevato che Google video esercitava l’attività di “mero Internet host provider, soggetto che si limita a fornire una piattaforma sulla quale gli utenti possono liberamente caricare i loro video”, del cui “contenuto restano gli esclusivi responsabili”. Pertanto, i tre dirigenti di Google imputati nel procedimento “non sono titolari di alcun trattamento”, mentre “gli unici titolari del trattamento dei dati sensibili eventualmente contenuti nei video caricati sul sito sono gli stessi utenti che li hanno caricati, ai quali soli possono essere applicate le sanzioni, amministrative e penali, previste per il titolare del trattamento del Codice Privacy”.

Altra pronuncia molto importante che cambia la concezione che si aveva fino ad ora del diritto all’oblio è il c.d. caso Google Spain n. C-131/12¹⁹ - oggetto della sentenza della Corte di Giustizia (Grande Sezione) del 13 maggio 2014 - che è stato oggetto non solo di una grande campagna mediatica, legata essenzialmente alla magica, quanto ambigua, espressione “diritto all’oblio” e alle suggestioni che essa evoca, ma anche di un importante dibattito scientifico che durerà certamente ancora a lungo. La Corte di Giustizia dell’Unione Europea ha stabilito che è un diritto dei cittadini europei richiedere ai motori di ricerca online di eliminare dalle loro pagine dei risultati

eventuali link che rimandino verso “contenuti non più rilevanti” che li riguardano. Questa decisione effettuata dalla Corte ha fatto e sta facendo molto discutere e non è stata accettata da Google, il motore di ricerca più usato, che è stato coinvolto nella decisione dei giudici a causa di un ricorso specifico presentato da un cittadino spagnolo contro la società.

Mario Costeja Gonzalez si era rivolto all’equivalente del nostro Garante per la Privacy in Spagna, sostenendo di avere il diritto di fare rimuovere i link che comparivano nella pagina di Google una volta che veniva cercava il suo nome. Alcuni di questi link riguardavano pagine di giornale in cui veniva trattata la messa all’asta della sua casa per motivi economici, asta avvenuta sedici anni prima. Per Costeja Gonzalez il contenuto violava la sua privacy e ora non era da considerarsi più un’informazione importante sui suoi problemi economici, che nel frattempo erano stati risolti.

I giudici della Corte hanno stabilito che i cittadini europei hanno il diritto di richiedere che alcune informazioni siano rimosse se queste sono “non adatte, irrilevanti o non più rilevanti”. La Corte ha deciso infatti che, se cercando qualcosa riguardo la propria persona su Internet si trova un’informazione che si ritiene essere irrilevante, si deve poter chiedere la “deindicizzazione” alla società che gestisce il motore di ricerca, indipendentemente dall’attuale esistenza del contenuto online. Non vi è dubbio, infatti, che la circostanza stessa che tutta la decisione sia formalmente basata sull’interpretazione e l’applicazione della Direttiva 95/46 del 24 ottobre 1995 “relativa alle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati” invoca il ruolo e la competenza delle Autorità di garanzia sia a livello nazionale (art. 28 direttiva) che riunite nel Working Party 29 (art. 29). Innanzitutto la decisione della Corte del Lussemburgo affida ad esse il compito di intervenire, in alternativa agli organi giurisdizionali degli Stati, in caso di ricorso dell’interessato non soddisfatto della risposta ricevuta dal motore di ricerca alla sua richiesta di cancellazione (deindicizzazione) dei suoi dati. In secondo luogo tocca ora proprio a queste Autorità dare anche in

¹⁹ Corte di giustizia dell’UE (CGUE), Causa C-131/12 - Google Spain SL, Google Inc./Agencia Espanola de Protección de Datos, Mario Costeja González.



modo proattivo, ai provider, agli interessati e agli utenti della rete (e in particolare dei motori di ricerca) le indicazioni e raccomandazioni necessarie per garantire un'attuazione per quanto possibile uniforme e condivisa della pronuncia della Corte di Giustizia. Si tratta, infatti, di una decisione che notevoli elementi di incertezza che potrebbero condurre, in assenza di idonee indicazioni, a interpretazioni e attuazioni tra loro diverse e persino contrapposte. Lo stesso dibattito scientifico che si è sviluppato in questi mesi già dimostra quanto questo pericolo sia reale e quanto diverse siano le letture di questa sentenza e dei suoi effetti che possono essere date. Non a caso del resto le Autorità garanti europee, che peraltro hanno già preso in esame per ben tre volte questa decisione, anche avviando una discussione per ora interna al WP29 e tenendo audizioni interlocutorie, hanno già annunciato per il prossimo autunno l'adozione di una decisione organica e strutturata, che probabilmente assumerà anche la forma di 'linee guida'.

La decisione giurisprudenziale è di sicura importanza e segna uno spartiacque nel digital right to privacy, perché impone ai motori di ricerca, a partire da Google, di applicare la normativa europea sulla protezione dei dati personali, valorizzando oltremodo il cd. diritto all'oblio. Certo, non c'è solo l'oblio nella sentenza; ci sono, piuttosto, numerosi spunti di riflessioni, che sono oggetto di commento nei contributi che appaiono in questo fascicolo. E quindi: a) l'applicazione delle norme europee nei confronti dei gestori dei motori di ricerca, che non hanno sede in Europa ma che abbiano una stabile organizzazione in un Paese della UE; b) l'attività tipica svolta da un motore di ricerca, che è da qualificarsi come "trattamento dei dati personali", e pertanto il gestore deve rispettare la normativa europea sulla protezione dei dati; c) nel rispetto della normativa europea, corre l'obbligo al gestore del motore di ricerca, in presenza di determinate condizioni, di rimuovere dall'elenco dei risultati di una ricerca sul nome di un soggetto quei link verso pagine web che contengono informazioni relative al soggetto stesso; d) il soggetto interessato, sulla base degli artt. 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali della UE, può

chiedere direttamente al motore di ricerca che l'informazione relativa alla sua persona non venga più messa a disposizione degli utenti della rete, ovvero venga cancellata, e così facendo esercita il suo diritto all'oblio; e) vengono infine individuati i criteri attraverso i quali svolgere il giudizio di bilanciamento tra gli interessi coinvolti. Sul punto, conviene citare un passo della sentenza: "i diritti fondamentali di cui sopra (quelli protetti dagli artt. 7 e 8 della Carta) prevalgono, in linea di principio, non soltanto sull'interesse economico del gestore del motore di ricerca, ma anche sull'interesse di tale pubblico ad accedere all'informazione suddetta in occasione di una ricerca concernente il nome di questa persona". Tuttavia, così non sarebbe qualora risultasse, per ragioni particolari, come il ruolo ricoperto da tale persona nella vita pubblica, che l'ingerenza nei suoi diritti fondamentali è giustificata dall'interesse preponderante del pubblico suddetto ad avere accesso, in virtù dell'inclusione summenzionata, all'informazione di cui trattasi. Il tutto si può sintetizzare nel riconoscimento del prevalere dei diritti fondamentali della persona rispetto al diritto all'informazione e ai diritti economici delle imprese. Quindi non c'è solo l'oblio nella sentenza, ma è senz'altro questo diritto che suscita la maggiore attrattività dell'esegesi giuridica. Nuovo diritto, che si declina come una sorta di diritto all'autodeterminazione informativa, ovvero il diritto del singolo a decidere in prima persona sulla cessione e sull'uso dei dati che lo riguardano. Si tratta dell'applicazione teorica della dottrina del diritto di libertà informatica, enunciata agli inizi degli anni Ottanta, nel suo duplice volto: negativa e positiva. La libertà informatica negativa, esprime il diritto di non rendere di dominio pubblico certe informazioni di carattere personale, privato, riservato; la libertà informatica positiva, invece, esprime la facoltà di esercitare un diritto di controllo sui dati concernenti la propria persona che sono fuoriusciti dalla cerchia della privacy per essere divenuti elementi di input di un programma elettronico. Ecco che così il diritto di libertà informatica assume una nuova forma: del tradizionale diritto di libertà personale, come



diritto di controllare le informazioni sulla propria persona, come diritto dello habeas data²⁰.

Riallacciandoci brevemente al diritto all'oblio, è opportuno sottolineare che trae la sua forza costituzionale dalla dignità umana, valore non negoziabile del costituzionalismo contemporaneo. Vale citare, a proposito, la giurisprudenza di legittimità italiana, che si è più volte pronunciata in tema di diritto all'oblio (tra cui Tribunale, Roma, sez. I, sentenza 3 dicembre 2015 n° 23771, Tribunale di Milano n. 5820/2013, pubblicata il 26 aprile 2013, da ultimo, Cassazione Civile, sez. III, sentenza 5 aprile 2012 n° 5525 e Cassazione Civile, sez. III, sentenza 26 giugno 2013 n° 16111) riconoscendogli una precisione nell'applicazione di questo diritto, specie nella parte in cui ha previsto non la cancellazione della notizia ma piuttosto la 'contestualizzazione', e quindi l'aggiornamento, da parte del titolare del sito, della notizia che riguarda direttamente il soggetto. Perché una notizia non aggiornata non è una notizia vera. È questo un aspetto molto significativo e sul quale occorre riflettere: la notizia apparsa sul web non dura, al pari delle notizie sulla carta stampata, ma piuttosto assume una forma incancellabile; chiunque la può leggere e rileggere, ovunque si trova nel mondo, e può "utilizzarla" come fonte di informazione. Ma la notizia non è un dato astratto disponibile a tutti, perché riguarda la persona e la sua immagine in un dato momento storico; i dati personali, vale la pena ricordarlo, costituiscono una parte dell'espressione della personalità dell'individuo. E allora, la persona deve, a tutela della sua identità, esercitare la propria libertà informatica, che consiste nel poter disporre dei propri dati, ovvero delle notizie che lo riguardano, e quindi chiedere per ottenere sia il diritto all'oblio su ciò che non è più parte della sua identità personale, sia il diritto alla contestualizzazione del dato, e quindi della notizia, perché "una verità non aggiornata non è una verità". Va comunque detto, che nel caso Google Spain la notizia non richiedeva un aggiornamento,

e unica ragione della sua illegittimità era quella di essere presente in rete da un tempo ragionevolmente troppo lungo, tenendo conto del diritto del soggetto coinvolto a non essere ricordato per qualcosa che non sarebbe più di nessuna rilevanza sociale.

C'è, inoltre, una questione che emerge nella vicenda Google Spain: è la conferma dell'attivismo giurisdizionale in tema di Internet e degli aspetti regolativi dello stesso. Sono i giudici, nazionali ed europei, che stanno mostrando attenzione e sensibilità allo sviluppo del diritto nella società tecnologica, atteggiandosi come in ambiente di common law. Prima della sentenza Google Spain, si può ricordare la sentenza della Corte EDU del 16 luglio 2013²¹ con la quale si è affermato che dalla CEDU non è possibile ricavare il diritto di un soggetto alla rimozione dal sito internet di un giornale di un articolo lesivo della propria reputazione, nemmeno dopo l'accertamento definitivo del carattere illecito dello stesso. E si può altresì citare anche una sorta di self restrain, laddove il giudice di Strasburgo scrive: "Non è compito dell'autorità giudiziaria riscrivere la storia, ordinando di far scomparire dal pubblico dominio tutte le tracce di una pubblicazione che pure è stata ritenuta, da sentenze definitive, costituire una ingiustificata violazione della reputazione di un individuo". Va qui dato atto a Google di avere intrapreso un'azione a rispetto della sentenza della CGUE, consistente, per ora, nel rendere disponibile una modulistica per la domanda di rimozione dei dati, che deve essere comunque sottoposta a valutazione da parte dell'azienda, per equilibrare i diritti sulla privacy del soggetto con il diritto di tutti di conoscere e distribuire le informazioni. Lascia perplessi questa funzione paracostituzionale attribuita a un'azienda privata, peraltro riconosciutagli dal giudice della Corte europea. Google ha anche nominato un comitato consultivo sul diritto all'oblio composto da personalità internazionali, che ha aperto una piattaforma online (www.google.com/advisorycouncil/) chiedendo

²⁰ Habeas data è uno strumento progettato per proteggere il diritto alla privacy e l'accuratezza delle informazioni personali di un cittadino che sono memorizzati in un registro di dati centrali.

²¹ CEDU, Chambre, Węgrzynowski and Smolczewski v. Polonia, o. 33846/07, 16 luglio 2013.



pareri su “come dovrebbe essere bilanciato il diritto all’oblio di una persona con il diritto del pubblico di sapere”, e convocando un primo meeting a Madrid e un secondo a Roma nel settembre 2014.

Possiamo concludere con la seguente considerazione di politica del diritto: nel Ventunesimo secolo l’antiliberalismo si misura su Internet. Infatti, è questo il luogo dove si manifestano le intolleranze e si esercitano le censure. Ci sono Paesi che hanno costruito barriere elettroniche per evitare l’accesso a parte della rete globale, e lo hanno fatto cancellando parole, nomi e frasi chiave dei motori di ricerca, oppure violando la privacy dei cittadini²².

3. PRIVACY CGUE: LE PERSONE HANNO IL DIRITTO DI SAPERE A CHI SONO STATI COMUNICATI I LORO DATI

Ogni persona ha il diritto di sapere a chi vengono comunicati i propri dati personali: questo è quanto affermato il 12 gennaio 2023 dalla Corte di giustizia dell’Ue che, con la sentenza nella Causa C-154/21, aggiunge che il titolare del trattamento può limitarsi a indicare le categorie di destinatari solo qualora sia impossibile identificare questi ultimi, o nel caso la richiesta sia manifestamente infondata o eccessiva.

Con una seconda decisione adottata sempre lo scorso 12 gennaio nella Causa C-132/21, i giudici della Corte UE hanno affermato che il ricorso amministrativo e il ricorso civile previsti dal GDPR possono essere esercitati in modo concorrente e indipendente. Spetta agli Stati membri garantire che l’esercizio parallelo di tali ricorsi non pregiudichi l’applicazione coerente e omogenea del Regolamento europeo sulla protezione dei dati personali.

Nel primo caso, un cittadino austriaco aveva chiesto a un ufficio postale locale, di conoscere a quale soggetto avesse trasmesso i suoi dati personali. Le poste austriache si erano limitate ad affermare che utilizzavano i dati personali nei limiti

consentiti dalla legge nell’ambito della propria attività di editore di elenchi telefonici, e che forniva tali dati ai partner commerciali a fini di marketing.

Con la sentenza nella Causa C-154/21, la Corte di Giustizia ha affermato che qualora i dati personali siano stati o saranno comunicati a dei destinatari, il titolare del trattamento è obbligato a fornire all’interessato, su sua richiesta, l’identità stessa di tali destinatari. Solo nel caso in cui il titolare dimostri che la richiesta è manifestamente infondata o eccessiva, o che non sia (ancora) possibile identificare tali destinatari, allora il titolare del trattamento può limitarsi a indicare unicamente le categorie di destinatari a cui vengono comunicate i dati. La Corte sottolinea che tale diritto di accesso è necessario per esercitare gli altri diritti riconosciuti dal Regolamento UE 2016/679, come il diritto di rettifica, il diritto alla cancellazione, il diritto di limitazione di trattamento, il diritto di opposizione al trattamento o, il diritto di agire in giudizio nel caso in cui subisca un danno.

Il secondo caso trattato dalla Corte UE riguarda il tema del rapporto tra il ricorso amministrativo e civile in tema di tutela dei dati personali, e parte dalla richiesta di accedere alla registrazione del proprio intervento, da parte di un azionista, ed alle relative risposte (che invece erano state negate) nel corso di una assemblea societaria. Il Tribunale di Budapest aveva pertanto chiesto alla Corte di giustizia UE se, nell’ambito dell’esame della legittimità della decisione dell’autorità nazionale di controllo, essa sia vincolata dalla sentenza passata in giudicato dei giudici civili relativa agli stessi fatti e alla stessa pretesa violazione del GDPR da parte della società interessata. Inoltre, poiché un esercizio parallelo di ricorsi amministrativi e civili può portare a decisioni contrastanti, il giudice ungherese voleva verificare se esistesse un’eventuale priorità di un ricorso rispetto all’altro.

La Corte dell’UE ricorda che il GDPR non prevede alcuna competenza prioritaria o esclusiva, né alcuna regola di prevalenza della valutazione effettuata dall’autorità di controllo o da un tribunale relativa all’esistenza di una violazione dei diritti in questione. Di conseguenza, il ricorso amministrativo e il ricorso civile previsti dal Regolamento europeo sulla protezione dei dati

²² G. RESTA-V. ZENO-ZENCOVICH, il diritto all’oblio su internet dopo la sentenza Google Spain, Roma, TrE-Press, 2015, p. 4.



personali possono essere esercitati in modo concorrente e indipendente.

Per quanto riguarda il rischio di decisioni contrastanti, la Corte UE sottolinea che spetta a ciascuno Stato membro assicurare che i ricorsi concorrenti e indipendenti previsti dal GDPR non pregiudichino né l'effetto utile e la tutela effettiva dei diritti garantiti dallo stesso Regolamento europeo, né l'applicazione coerente e omogenea delle sue disposizioni né, infine, il diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice.

4. TRASPARENZA P.A. E PRIVACY: LE INDICAZIONI DELLA CGUE ALLA LUCE DEL GDPR

Arrivati a questo punto, ci si chiede come conciliare il diritto alla riservatezza e le istanze di trasparenza e correttezza della normativa anticorruzione? Un'importante indicazione arriva dalle pronunce della Corte di Giustizia Europea del primo agosto 2022.

Nello specifico, la Legge n. VIII-371, agli articoli 6 e 10, prevede che i dirigenti del servizio pubblico debbano compilare un'autocertificazione contenente i nomi dei loro coniugi, conviventi, o partner.

Tale dichiarazione, inoltre, viene pubblicata sul sito dell'autorità pubblica di cui il dichiarante è dipendente. È prevista una multa anche per una compilazione solo parziale, un dirigente pubblico lituano ha proposto ricorso presso la Corte Amministrativa sopra citata, la quale ha a sua volta investito, nel 2020, la Corte Europea.

Si tratta, è lapalissiano, di un caso in cui gli interessi in gioco siano contrapposti e ben poco capaci di poter essere integrati tra loro. Da un lato si ha la sfera privata del dirigente pubblico, il quale svolge sì una funzione sociale di rilievo, ma che al tempo stesso rimane un privato cittadino; dall'altro la necessità di garantire la più ampia trasparenza in merito alle modalità di selezione delle cariche pubbliche apicali, arrivando fino al punto di garantire ai soggetti esterni la conoscibilità delle relazioni interpersonali dei soggetti dirigenziali.

Il Regolamento europeo 679/2016 (GDPR) prevede, come noto, all'articolo 6 par. 1 lettera e) e par. 3 che il trattamento dei dati della persona

fisica possa essere legittimato dalla sua necessità per lo svolgimento di una funzione o un servizio pubblico, purché lo stesso si basi sul diritto dell'Unione Europea o sul diritto vigente di uno Stato membro.

La tutela della privacy, anche alla luce del Considerando 51²³, non può prescindere da un'interpretazione estensiva sia del "dato" che della capacità del trattamento di entrare nella sfera personale del soggetto considerato. La menzione del partner, per esempio, è un indice indiretto dell'orientamento sessuale di una persona fisica (anzi, di entrambe).

Le direttrici del quesito posto dalla Corte Amministrativa lituana risultano in sostanza due:

- una prima, preliminare questione sulla possibilità che la normativa nazionale in parola possa essere considerata, nell'ambito dell'elencazione dei partner

²³ Considerando 51: Meritano una specifica protezione i dati personali che, per loro natura, sono particolarmente sensibili sotto il profilo dei diritti e delle libertà fondamentali, dal momento che il contesto del loro trattamento potrebbe creare rischi significativi per i diritti e le libertà fondamentali.

Tra tali dati personali dovrebbero essere compresi anche i dati personali che rivelano l'origine razziale o etnica, essendo inteso che l'utilizzo dei termini «origine razziale» nel presente regolamento non implica l'accettazione da parte dell'Unione di teorie che tentano di dimostrare l'esistenza di razze umane distinte.

Il trattamento di fotografie non dovrebbe costituire sistematicamente un trattamento di categorie particolari di dati personali, poiché esse rientrano nella definizione di dati biometrici soltanto quando saranno trattate attraverso un dispositivo tecnico specifico che consente l'identificazione univoca o l'autenticazione di una persona fisica.

Tali dati personali non dovrebbero essere oggetto di trattamento, a meno che il trattamento non sia consentito nei casi specifici di cui al presente regolamento, tenendo conto del fatto che il diritto degli Stati membri può stabilire disposizioni specifiche sulla protezione dei dati per adeguare l'applicazione delle norme del presente regolamento ai fini della conformità a un obbligo legale o dell'esecuzione di un compito di interesse pubblico o per l'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento.

Oltre ai requisiti specifici per tale trattamento, dovrebbero applicarsi i principi generali e altre norme del presente regolamento, in particolare per quanto riguarda le condizioni per il trattamento lecito.

È opportuno prevedere espressamente deroghe al divieto generale di trattare tali categorie particolari di dati personali, tra l'altro se l'interessato esprime un consenso esplicito o in relazione a esigenze specifiche, in particolare se il trattamento è eseguito nel corso di legittime attività di talune associazioni o fondazioni il cui scopo sia permettere l'esercizio delle libertà fondamentali.



dei dirigenti sul sito web, come legittima alla luce dell'art. 6 GDPR;

- una seconda ulteriore valutazione in merito alla natura dei dati trattati, i quali indirettamente ben potrebbero confluire nel caso dell'art. 9 GDPR ed in tal caso con che conseguenze.

La risposta della Corte di Giustizia Europea, arrivata ad agosto di quest'anno, ha rappresentato pertanto un ulteriore tassello al complicato ma fondamentale nel percorso di sinergia e bilanciamento che la tutela della riservatezza delle persone fisiche porta, soprattutto nel momento in cui questa salvaguardia si trovi in conflitto con esigenze storicamente considerate come imprescindibili ed invalicabili.

Sul primo punto la CGUE è chiara nel riconoscere alla disciplina antitrust della Lituania scopi e funzioni ampiamente condivisi dalle legislazioni degli Stati membri e della stessa UE.

Vero è che le posizioni apicali degli uffici pubblici o degli Enti e Società coinvolti in attività para-statali e con funzioni e compiti impattanti sul contesto sociale, siano da monitorare con particolare attenzione. Ancora nell'ottica teorica del cosiddetto "palazzo di vetro" della pubblica amministrazione, condividere più dati possibile con i cittadini, in maniera da poter da un lato esercitare un controllo effettivo sul filtro e sulla distribuzione delle cariche dirigenziali pubbliche, dall'altro permettere al privato cittadino di monitorare a sua volta, sincerandosi della bontà dei processi selettivi.

Anche se non direttamente coinvolto nell'iter di assegnazione delle cariche pubbliche, quindi, il trattamento che contempra il dato personale del funzionario, qualora inserito all'interno del più ampio concetto di trasparenza della PA, potrebbe trovare spazio anche nell'alveo dell'articolo 6 GDPR.

Nel caso che ci occupa, non si può prescindere dall'ulteriore elemento della doverosità del bilanciamento e della proporzione tra l'applicazione della normativa anticorruzione e la lesione della sfera privata del soggetto interessato.

In tal senso il ragionamento della Corte europea si allaccia alla maggiore tutela garantita dall'articolo 9 del GDPR, il quale inserisce ulteriori paletti all'apparentemente legittimo trattamento ex art. 6. Come sopra esposto, la CGUE ha evidenziato la necessità di interpretare l'articolo 9 in maniera ampia, inserendo nell'alveo protettivo anche quei trattamenti che indirettamente comportino divulgazione di dati particolari.

L'obbligo di dichiarazione del proprio partner, unito alla sua repentina divulgazione attraverso piattaforme web aperte alla visualizzazione di enormi bacini di utenza, quindi, rappresenta per la Corte europea un trattamento su larga scala di dati particolari, per la precisione quelli inerenti all'orientamento sessuale (sia del dirigente, che del partner stesso). A questo punto, l'elemento di risoluzione risiede nella valutazione e nel bilanciamento tra gli interessi contrapposti: la normativa di trasparenza e anticorruzione da un lato, la tutela della privacy del privato cittadino dall'altro.

La Corte Europea non lascia dubbi, valutando il rapporto tra le due istanze come profondamente sbilanciato, a sfavore della doverosa protezione della riservatezza del privato cittadino. Nel dettaglio, la CGUE considera gli sforzi della normativa lituana lodevoli, ma esageratamente invasivi della sfera privata, soprattutto perché non strettamente necessari a perseguire lo scopo prefisso di trasparenza e imparzialità del pubblico ufficiale, vista anche la sperequata platea di soggetti a cui il dato viene potenzialmente inoltrato.

In conclusione, quindi, secondo la Corte di Giustizia, la legge nazionale lituana opera, per quanto concerne il trattamento finora discusso, in assenza di un ponderato bilanciamento tra gli interessi in gioco, rappresentando una violazione della privacy degli interessati.

Risulta evidente l'importanza della sentenza della Corte, non tanto per il lavoro di interpretazione giuridica - certamente elevato come si addice all'organismo in questione - quanto per il concetto alla base dello stesso, ossia l'importanza della privacy e la sua natura di diritto fondamentale dell'Uomo.

Un diritto affermato dalle norme europee il quale, pur conoscendo come ogni altro diritto limitazioni e compressioni, impatta notevolmente anche su tutta una serie di istanze altrettanto fondamentali, ma che devono porsi come perfettamente bilanciate ed integrate all'interno dell'attuale sistema di garanzie e limiti a tutela dell'individuo.

BIBLIOGRAFIA E SITOGRAFIA

www.federprivacy.org

www.agendadigitale.eu

G. ZICCARDI, Internet, controllo e libertà Trasparenza, sorveglianza e segreto nell'era tecnologica, Raffaello cortina editore

G. TONELLI, Il diritto all'oblio. Quando la memoria deve cedere alla cronaca. Il nodo internet e il diritto ad essere dimenticati, in *Problemi dell'informazione*, XXXI, 1, 2006

IDEM, Il diritto all'Oblio. Quando la memoria deve cedere alla cronaca. Il nodo internet e il diritto ad essere dimenticati, in *problemi dell'informazione*, XXXI, 1, 2006

V. ZENO-ZENCOVICH, Onore e reputazione nel sistema del diritto civile, Napoli, 1985

G. M. RICCIO, La responsabilità civile degli internet providers, Torino, Giappichelli, 2002

COLANGELO, Comunicazioni elettroniche, contenuti digitali e diritto d'autore: commento al regolamento Agcom in *Merc., conc., reg.*, 2011, fasc. 3

F. FERRARI, L. C. UBERTAZZI (a cura di), Il regolamento Agcom sul diritto d'autore, in *Quaderni di AIDA*, Giappichelli, Torino

TRA IL PRIMATO DEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA E LA CLAUSOLA DI SUPREMAZIA NEL DIRITTO COSTITUZIONALE DEGLI STATI UNITI: UN'ANALISI COMPARATIVA ALLA LUCE DEI PIÙ RECENTI SVILUPPI

di Susanna PICARIELLO*

ABSTRACT

The aim of the paper is to assess the main differences and similarities between the principle of primacy of EU law and the principle of Federal Supremacy in the US federal system in light of the most recent developments.

In view of this comparison, the paper will then focus on two main issues: are the tools employed by the US federal system to ensure States' compliance with federal supremacy more efficient than the tools the Institutions of the European Union employ to ensure compliance with the principle of primacy of EU law? In conclusion, the paper offers an outlook on the necessity for the EU sui generis system to convert into a federal system to survive as a functioning legal order.

SOMMARIO

1. Il principio del primato nell'ordinamento sui generis dell'Unione europea
2. Il principio di Federal Supremacy nell'esperienza federale degli Stati Uniti
3. Gli esiti dell'analisi comparativa alla luce dei più recenti sviluppi

1. IL PRINCIPIO DEL PRIMATO NELL'ORDINAMENTO SUI GENERIS DELL'UNIONE EUROPEA

L'Unione europea non sarebbe quella che è oggi se la Corte di giustizia non avesse affermato il principio dell'effetto diretto ed il principio del primato, che hanno permesso all'Unione di evolversi da una comunità dal carattere

esclusivamente economico ad una comunità fondata sul diritto¹.

La presente analisi si concentrerà infatti, da un lato, sul principio del primato, come elemento fondamentale dell'architettura dell'Unione europea e dall'altro si richiamerà al corrispondente principio della supremazia nel sistema degli Stati Uniti, per cogliere analogie e differenze tra un sistema federale ed un sistema che, nonostante le aspirazioni iniziali e nonostante caratteristiche proto-federali, resta nell'alveo di un ordinamento "sui generis", nel mezzo tra le organizzazioni internazionali e le federazioni.

Il primato del diritto dell'Unione europea è uno dei principi fondativi su cui si basa il sistema dell'Unione. Fissato definitivamente dalla Corte di giustizia con la sentenza *Costa c. ENEL*², sancisce il valore superiore del diritto dell'Unione europea rispetto ai diritti nazionali degli Stati membri e dispone che, in caso di conflitto tra una norma nazionale e una norma dell'Unione, quest'ultima deve prevalere.

Tale principio risulta coerente con i progetti originari dei "padri fondatori" dell'Unione europea: si pensi alla dichiarazione Schumann del maggio 1950, in cui gli autori (Robert Schuman, il portavoce, ma anche gli altri coautori, tra cui Jean

* Perfezionanda in Diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II.

¹ Si veda, per tutti, R. LECOURT, *Qu'ent été le droit des Communautés sans les arrêts de 1963 et 1964?*, Mélanges en hommage à Jean Boulouis, L'Europe et le droit, Paris, Dalloz, 1991, pp. 349-361.

² Nonostante il riferimento alla sentenza *Costa c. ENEL*, il primato non è una *creazione ex nihilo* della Corte di giustizia, bensì è frutto di una emersione graduale del principio. Lo stesso principio si rinviene infatti, in una forma "grezza" in alcune pronunce anteriori alla sentenza *Costa c. ENEL*. Si veda sul punto A. ARENA, *Curia non facit saltus: origini ed evoluzione del principio del primato prima della sentenza Costa c. ENEL*, in E. TRIGGIANI et al. (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, Bari, 2017, p. 949 ss.

Monnet, Étienne Hirsch, Paul Reuter, Pierre Uri³) affermavano che la proposta di fusione della produzione di carbone e acciaio, con l'istituzione dell'Alta Autorità, ossia il progetto della CECA, rappresentava il primo nucleo concreto e la prima tappa verso una "Federazione europea"⁴. Ancora, si pensi ai progetti del leader dei federalisti europei, Altiero Spinelli, che, sin dagli albori della Comunità europea, aspirava all'affiancamento della CED (Comunità europea di difesa) alla CECA, dunque all'espansione del nucleo originario della Comunità verso un orizzonte politico e non puramente ed esclusivamente economico⁵.

Sebbene fossero queste le intenzioni originarie dei pionieri dell'Unione europea, con la bocciatura del progetto CED da parte dell'Assemblea nazionale francese nel 1954, il progetto comunitario si concentrò sul versante dell'integrazione economica con la transizione ad un approccio "funzionalista" all'integrazione europea, inaugurato da Jean Monnet, che lo riteneva una strada più pragmatica e concreta rispetto ai progetti di costituzioni presentati da "ardenti federalisti"⁶.

Tale "cambio di prospettiva" si riversò nel Trattato di Roma del 1957, da cui emerse la convergenza degli Stati membri verso un approccio internazionalista, piuttosto che federalista al sistema comunitario.

Eppure, fu proprio sullo sfondo di tale clima storico-politico che la Corte di giustizia nel 1964 pronunciò la sentenza *Costa c. ENEL*⁷, una sentenza che in parte si discostava dalle radici internazionalistiche su cui, in ragione di una maggiore viabilità politica, era ritenuto fondato il diritto comunitario in quegli anni di maggiore crisi dell'integrazione europea.

Con tale sentenza, infatti, la Corte di giustizia delineò il carattere *sui generis* di un ordinamento fondato su un Trattato, quello CEE, che si distingueva dagli altri Trattati di diritto internazionale, che costituiva una Comunità senza limiti di durata, dotata di propri organi, di personalità, di capacità giuridica, di capacità di rappresentanza sul piano internazionale, di poteri effettivi provenienti da una limitazione di competenza o da un trasferimento di attribuzioni degli Stati alla Comunità e da cui discendeva un diritto vincolante sia per gli Stati membri sia per gli stessi cittadini al loro interno⁸ (come anticipato già nella sentenza *Van Gend en Loos*⁹).

Su queste basi la Corte di giustizia affermò l'impossibilità per gli Stati di far prevalere, contro un ordinamento giuridico da essi accettato a condizione di reciprocità, un provvedimento unilaterale ulteriore, inopponibile all'ordine comune¹⁰.

Bisogna riconoscere però come, nonostante l'evoluzione del sistema comunitario ed un graduale passaggio ad un'integrazione sempre più stretta tra i popoli dell'Unione, gli Stati membri abbiano a più riprese rifiutato la transizione ad un sistema che portasse a compimento le intenzioni originarie dei "padri fondatori". Si pensi al fallimento del progetto di Costituzione europea del 1984 (progetto Spinelli), chiaramente improntato ad una concezione federalista e ripreso in molti dei suoi punti fondamentali nel Trattato sull'Unione europea (TUE). Si pensi, ancora, al successivo fallimento del "Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa", firmato a Roma nel 2004 e mai entrato in vigore in seguito agli esiti negativi dei referendum indetti in Francia ed Olanda¹¹.

³ Per una ricostruzione dell'elaborazione del piano Schuman, si veda J. MONNET, *Mémoires*, Fayard, Parigi, 1976, pp. 294 ss.

⁴ Dichiarazione Schuman, Maggio 1950.

⁵ A. SPINELLI, *Diario europeo 1948-1969*, Bologna.

⁶ J. MONNET, *Mémoires*, Fayard, Parigi, 1976, p. 1051

⁷ Corte di giustizia, sentenza del 15 luglio 1964, *Flaminio Costa c. E.N.E.L.*, causa 6/64, ECLI:EU:C:1964:66.

⁸ *Ivi*, p. 1144.

⁹ Corte di giustizia, sentenza del 5 febbraio 1963, *Van Gend en Loos*, causa 26/62, ECLI:EU:C:1963:1.

¹⁰ Corte di giustizia, sentenza *Flaminio Costa c. E.N.E.L.*, cit., p. 1144.

¹¹ Per una ricostruzione delle origini e dello sviluppo dell'integrazione europea si veda G. STROZZI, R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale*, Ottava edizione, Giappichelli Editore, Torino, 2019, pp. 1-66.

È per questo motivo che, nonostante parte della dottrina parli di “costituzionalizzazione del Trattato” di Roma¹² ad opera delle sentenze *Van Gend en Loos* e *Costa c. ENEL*, il sistema dell’Unione europea, con il primato del diritto dell’Unione come suo carattere distintivo, è rimasto pur sempre ingabbiato in una ricostruzione ontologica che, pur cogliendone le caratteristiche peculiari, non riesce a categorizzare l’Unione in altro modo se non come “sistema sui generis”, distinta tanto dalle organizzazioni di diritto internazionale, quanto dai sistemi federali *stricto sensu*.

D’altro lato, comunque, anche analizzando le successive sentenze della Corte di giustizia che approfondiscono l’affermazione iniziale relativa al primato del diritto dell’Unione sul diritto interno agli Stati membri¹³, emerge un principio del primato declinato dalla Corte di giustizia che deve necessariamente confrontarsi con l’azione degli Stati membri ed il loro ordinamento interno, espressione questa di un principio dalla natura bidimensionale¹⁴.

Nella sentenza *Simmenthal*¹⁵, infatti, la Corte di giustizia ha chiarito che qualsiasi giudice nazionale, adito nell’ambito della sua competenza, ha l’obbligo di applicare integralmente il diritto comunitario e di tutelare i diritti che questo attribuisce ai singoli, disapplicando le disposizioni eventualmente contrastanti della legge interna, sia anteriore sia successiva alla norma comunitaria¹⁶. Nella sentenza *Commissione c. Germania*

(*mercato vitivinicolo*)¹⁷, la Corte di giustizia ha aggiunto che i legislatori nazionali sono obbligati a non inserire nelle proprie leggi norme in contrasto con le disposizioni comunitarie, ma anche ad abolire dette norme immediatamente dopo la loro adozione, qualora venga rilevato tale contrasto dal giudice dell’Unione¹⁸.

La Corte di giustizia ha poi affermato che, al pari del ramo legislativo e giudiziario, anche le amministrazioni nazionali e le autorità amministrative indipendenti sono obbligate a “mettere da parte” la normativa nazionale che sia in contrasto con il diritto dell’Unione direttamente efficace¹⁹.

Permane, dunque, la necessità di “fare affidamento” sugli Stati membri e la loro cooperazione per garantire l’efficacia ed il continuo rispetto del principio del primato; condizione da cui deriva, in sede di ricezione del principio negli ordinamenti nazionali, la possibilità di ricostruzioni dello stesso in maniera anche non del tutto coincidente con la dimensione del primato così come delineata dalla Corte di giustizia²⁰, condizione che può evolversi in un elemento problematico nei momenti di maggiore crisi dell’integrazione europea. Ciò anche in considerazione del fatto che gli strumenti previsti dall’ordinamento dell’Unione per fronteggiare le violazioni del primato del diritto dell’Unione da parte degli Stati membri sono essi stessi il riflesso del rapporto intercorrente tra il centro ed i suoi componenti; ossia, dovendo l’Unione contemperare la sua autorità con quella

¹² Si veda G.F. MANCINI, *The Making of a Constitution for Europe*, *Common Market Law Review*, Vol. 26, 1989, pp. 595-596.

¹³ Per un’analisi dell’evoluzione della dottrina del primato dopo la sentenza *Costa c. ENEL*, si veda A. ARENA, *The Twin Doctrines of Primacy and Preemption* in R. SCHÜTZE, T. TRIDIMAS, *Oxford Principles of European Union Law: The European Union Legal Order*, Vol I, Oxford, 2018, pp. 305-307.

¹⁴ Si veda J. H. H. WEILER, *The Community System: The Dual Character of Supranationalism*, *Yearbook of European Law*, Vol.1, No.1, 1981, p. 275 ss.

¹⁵ Corte di giustizia, sentenza del 9 marzo 1978, *Amministrazione delle finanze dello Stato contro SpA Simmenthal*, causa 106/77, ECLI:EU:C:1978:49.

¹⁶ Ivi, Nel merito, para 21.

¹⁷ Corte di giustizia, sentenza del 26 aprile 1988, *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica federale di Germania*, causa 74/86, ECLI:EU:C:1988:198.

¹⁸ Ivi, para 11.

¹⁹ Corte di giustizia, sentenza del 22 giugno 1989, *Fratelli Costanzo SpA contro Comune di Milano*, causa 103/88, ECLI:EU:C:1989:256, para 31; Corte di giustizia, sentenza del 28 giugno 2001, *Gervais Larys c. INASTI*, causa C-118/00, ECLI:EU:C:2001:368, para 53

²⁰ J. H. H. WEILER, *The Dual Character of Supranationalism*, cit., p. 276 ss. Si pensi, ancor prima del profilarsi delle attuali sfide al primato provenienti dal *Bundesverfassungsgericht* nella saga *PSPP* e dai Tribunali costituzionali polacco, ungherese e rumeno, all’emersione, risalente nel tempo, della teoria dei controlimiti, adottata da plurime norme costituzionali che invocano i diritti fondamentali e inalienabili e i principi supremi degli ordinamenti nazionali come limiti all’operare del principio del primato.

degli Stati membri in un'ottica cooperativa, dal cui funzionamento dipende la tenuta del sistema, può adoperare degli strumenti ai fini dell'*enforcement* del diritto dell'Unione che sono a loro volta espressione di tale rapporto.

Si consideri, ad esempio, il meccanismo di rinvio pregiudiziale, strumento attraverso cui la Corte di giustizia, in dialogo con i giudici degli Stati membri, ha modo di fornire "l'interpretazione autentica" del diritto dell'Unione, guidando il giudice nazionale nell'interpretazione e nella giusta applicazione dello stesso e garantendo il rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento dell'Unione, tra cui lo stesso primato²¹ ed i principi costitutivi dello Stato di diritto²². In tale sede, infatti, la Corte di giustizia non può procedere all'annullamento degli atti normativi nazionali che vengono in questione nei casi specie, alla stregua di quanto avviene nei rapporti tra governo federale e Stati componenti della federazione negli Stati Uniti, bensì la stessa dovrà mantenersi negli spazi posti a sua disposizione dagli ordinamenti degli Stati membri stessi, a cui spetterà adeguare la legislazione interna al diritto dell'Unione.

Anche lo strumento della procedura di infrazione, uno dei mezzi, seppur di *extrema ratio*, attraverso cui garantire il rispetto del principio del primato del diritto dell'Unione europea, non consente alla Corte di giustizia, con la sentenza di chiusura della fase contenziosa, di annullare o dichiarare nulla una misura nazionale, bensì la stessa potrà soltanto dichiarare che, adottando o mantenendo in vigore una determinata disposizione, lo Stato membro ha violato il diritto

dell'Unione. Spetterà poi a quest'ultimo prendere tutti i provvedimenti volti ad eliminare l'infrazione nel più breve tempo possibile.

Giova, dunque, a questo punto, procedere ad un'analisi comparativa del principio di supremazia nell'ordinamento degli Stati Uniti, verificando in che modo agiscono gli strumenti posti a tutela del "principio gemello" del primato in un ordinamento federale e se gli stessi siano sinonimo di maggiore efficienza nel garantire il rispetto del diritto federale e la sua supremazia da parte dei singoli Stati.

2. IL PRINCIPIO DI FEDERAL SUPREMACY NELL'ESPERIENZA FEDERALE DEGLI STATI UNITI

L'esperienza dell'Unione europea, nonostante le aspirazioni iniziali alla costruzione di una Federazione europea, si è "arrestata" ad un sistema che, se da un lato si distingue dai canoni classici del diritto internazionale, dall'altro è ancora lontana dai sistemi federali "puri", tanto da portare la dottrina a coniare il termine di ordinamento "sui generis".

Quali sono dunque le differenze tra la comunità di diritto dell'Unione europea e la comunità di diritto tipica di un sistema federale compiuto? Nel presente paragrafo si cercherà di ricostruire le caratteristiche fondamentali del sistema federale degli Stati Uniti d'America, espressione tipica del federalismo contemporaneo, per ricercarne i punti di contatto e di maggiore divergenza con il sistema dell'Unione.

All'indomani dell'indipendenza dal controllo britannico, le tredici ex colonie - ormai Stati - si dotarono inizialmente di un sistema confederale, volto a preservare la sovranità dei singoli Stati componenti, per poi transitare, nella sede della Convenzione di Philadelphia del 1787, ad un sistema federale, in cui la sovranità fu trasferita ad un "governo centrale". La Costituzione degli Stati Uniti creata in tale sede fu il frutto di una serie di compromessi, raggiunti durante la suddetta *Constitutional convention*, tra le due fazioni di "federalisti" e "antifederalisti"; motivo per cui, come vedremo, i padri fondatori non poterono

²¹ Sin dalle stesse sentenze *Van Gend en Loos* e *Costa c. ENEL*, infatti, la Corte di giustizia ha modellato il rinvio pregiudiziale come primo strumento di *enforcement* del diritto dell'Unione negli Stati membri. Si veda sul punto M. RASMUSSEN, D. S. MARTINSEN, *EU constitutionalisation revisited: Redressing a central assumption in European studies*, *European Law Journal*, Vol. 25, 2019, p. 259.

²² Con la sentenza del 27 febbraio 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, causa C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117, para 32 ss, la Corte di giustizia ha infatti affermato la sua competenza a rilevare l'incompatibilità di una normativa nazionale con lo Stato di diritto dell'Unione europea nell'ambito di un rinvio pregiudiziale (oltre che nel corso di una procedura di infrazione).

spingersi fino al punto di prevedere esplicitamente, già in tale sede, il sistema rivoluzionario di *judicial review*²³.

I punti fondamentali fissati con il testo Costituzionale, ratificato nel 1788 ed entrato in vigore nel 1789, per quanto rileva ai fini della presente analisi, sono prima di tutto l'art. VI della Costituzione degli Stati Uniti, la cosiddetta "Supremacy Clause", secondo cui

«This Constitution, and the laws of the United States which shall be made in pursuance thereof, and all treaties made, or which shall be made, under the authority of the United States, shall be the supreme law of the land; and the judges in every State shall be bound thereby, anything in the Constitution or laws of any State to the contrary notwithstanding»²⁴.

In tal modo, veniva consacrata la superiorità della Costituzione rispetto alle leggi che gli Stati membri avrebbero posto in essere, per garantire la tenuta stessa della Federazione e la sua preminenza davanti a possibili violazioni provenienti dagli Stati²⁵.

Nondimeno, il punto fondamentale della modalità attraverso cui assicurare l'ottemperanza degli Stati componenti della Federazione e la supremazia della Costituzione e della legge federale sulle leggi statali non fu fissato esplicitamente in Costituzione. Pur disponendo durante la convenzione di Philadelphia l'istituzione di un potere giudiziario federale, al cui apice vi sarebbe stata la Corte Suprema, e prescrivendo che la stessa, insieme alle corti federali inferiori, si

sarebbe occupata di tutti i casi che si sarebbero presentati nel quadro della Costituzione, delle leggi degli Stati Uniti e dei Trattati da essi stipulati, assetto fissato nell'art. III della Costituzione; mancava una previsione esplicita in Costituzione delle modalità attraverso cui sarebbe stato assicurato il rispetto della *Supremacy Clause*, quello che poi sarà definito sistema di *judicial review*²⁶.

Il motivo di una tale decisione è stato ricostruito in dottrina lungo una duplice traiettoria: da un lato si afferma che i costituenti ne sentirono un bisogno relativo, in quanto il sistema giuridico britannico, da cui le colonie avevano conquistato l'indipendenza, aveva già dimestichezza con il concetto di "judicial control"²⁷; dunque, tale meccanismo risultava già un elemento implicito del sistema. D'altro lato, nel motivare una tale mancanza, la dottrina riconosce che i costituenti, già impegnati su una serie di punti oggetto di disaccordo, su cui era necessario raggiungere dei compromessi, avrebbero evitato volontariamente di incorrere in ulteriori insidie introducendo il punto esplicito della giustizia costituzionale²⁸.

²³ Si veda R. H. FALLON, *The dynamic Constitution: An introduction to American Constitutional law and practice*, Ed. 2, Cambridge University Press, 2013

²⁴ Costituzione degli Stati Uniti d' America, Art. VI; corsivo aggiunto.

²⁵ Per un'analisi delle dinamiche interne alla Convenzione di Philadelphia e alla nascita del testo costituzionale degli Stati Uniti si veda J. S. LIEBMAN, W. F. RYAN, *Some Effectual Power: The Quantity and Quality of Decision making Required of Article III Courts*, Columbia Law Review, Vol. 98, 1998, p. 696-887.

²⁶ Nonostante tale mancanza, il sistema di *judicial review* era indicato comunque come un elemento fondamentale del sistema già in sede di dibattito durante la *Constitutional Convention*. Si veda, ad esempio, il discorso del delegato George Mason, secondo cui "judicial review, conceived as a mechanism of federalism, was palpably and unequivocally a fundamental element of the original intention of the Constitution with the Supremacy Clause as its trumpet", riportato J.N. RAKOVE, *The Origins of Judicial Review: A Plea for New Contexts*, Stanford Law Review, Vol 49, 1997, p. 1046. Si pensi anche a quanto affermava Alexander Hamilton già in sede di ratifica della Costituzione, ossia che sarebbe spettato al ramo giudiziario, definito "the least dangerous branch", il compito di interpretare la Costituzione e gli atti del potere legislativo federale e di far prevalere gli stessi sulle leggi statali che erano in contrasto con essi, dichiarando le stesse invalide. In tal senso, si veda A. HAMILTON et al, *The Federalist Papers*, n. 78, *The Judiciary Department*, 1787-1788, pp. 491-494.

²⁷ Si veda sul punto J. GOEBEL, jr., *History of the Supreme Court of the United States. Antecedents and Beginnings to 1801*, Cambridge, Cambridge University Press, 1971, vol. I, p. 50-95; B. BARBISAN, *Thomas Jefferson, Marbury v. Madison e il countermajoritarian dilemma* in Rivista di Diritti Comparati, n. 1/2021, pp. 212-214, in particolare p. 212.

²⁸ Per una ricostruzione dei motivi che hanno spinto i costituenti a non inserire il principio di *judicial review* in Costituzione si veda B. BARBISAN, *Thomas Jefferson, Marbury v. Madison e il countermajoritarian dilemma*, cit., pp. 212-214.

Il principio di *judicial review* è stato poi esplicitato dalla Corte Suprema nella celebre sentenza *Marbury v. Madison*²⁹, in cui il *Chief Justice* John Marshall, federalista ormai circondato dalla schiera di Repubblicani guidati dal Neopresidente Thomas Jefferson, contrari al potere di *judicial review*, ha comunque ritagliato il ruolo fondamentale del ramo giudiziario federale nell'interpretazione della Costituzione, sancendo la nullità del *Judiciary Act 1789* per incompatibilità con l'Art. III della Costituzione.

La Corte Suprema, guidata da John Marshall, affermò che se una legge fosse stata in contrasto con la Costituzione e sia la suddetta legge che la Costituzione si sarebbero dovute applicare al caso di specie, spettava alla corte stabilire quale delle due disposizioni applicare³⁰, poiché spettava al ramo giudiziario decidere cosa fosse legge e cosa non lo fosse, essendo i giudici adibiti all'applicazione della legge ai casi di specie e dunque anche alla sua necessaria interpretazione³¹. Dunque, nelle parole della Corte Suprema, il principio insito in tutte le Costituzioni scritte, leggi fondamentali, così come intese dai costituenti, doveva essere che un atto legislativo che fosse in contrasto con la Costituzione sarebbe stato nullo³².

Il ruolo del ramo giudiziario all'interno di un sistema federale però non si arresta qui, poiché in un sistema federale il potere giudiziario diventa un mezzo vitale nelle mani del potere centrale per sopprimere le condotte indesiderate delle unità sub-nazionali, ossia gli Stati componenti della federazione³³. Di conseguenza, dopo le prime resistenze degli Stati al governo centrale³⁴, si assiste all'evoluzione del principio di *judicial review* in

judicial supremacy verticale³⁵, ossia l'idea che le pronunce della Corte Suprema abbiano un potere autoritativo sulle unità subnazionali (ossia gli Stati componenti della federazione in questo caso), in un sistema di tipo gerarchico e siano esse stesse ricoperte dal principio di supremazia.

Gli elementi che consentirono tale passaggio alla supremazia del potere giudiziario nell'assicurare l'ottemperanza degli Stati al potere federale furono prima di tutto il supporto da parte degli altri rami del governo federale alle pronunce della Corte Suprema, in particolare dei Presidenti degli Stati Uniti che si sentivano obbligati a sostenere le pronunce della Corte Suprema per consolidare la tenuta dell'autorità del governo centrale di fronte all'opposizione degli Stati. Un esempio in tal senso fu il supporto espresso dal Presidente Madison alla Corte Suprema nel 1809, di fronte al rifiuto dello Stato del Pennsylvania di dare esecuzione ad una sentenza del Giudice Supremo attraverso l'utilizzo della forza³⁶. In tal caso lo Stato aveva desistito dalle sue intenzioni in seguito all'affermazione di Madison secondo cui "l'esecutivo degli Stati Uniti [...] è espressamente incaricato, per legge, di dare esecuzione alla sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti"³⁷.

Nondimeno, l'espressione più chiara del supporto dimostrato dal potere esecutivo federale degli Stati Uniti alla Corte Suprema fu l'azione del Presidente Eisenhower che, pur andando contro il proprio orientamento politico in relazione al tema della desegregazione, inviò le truppe federali in Arkansas per dare esecuzione alla sentenza *Brown*³⁸ - con cui la Corte Suprema aveva già

²⁹ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 1 Cranch 137 137 (1803).

³⁰ Ivi, punto 178.

³¹ Ibid.

³² Ivi, punto 177.

³³ Si veda in tal senso B. FRIEDMAN, E. F. DELANEY, *Becoming Supreme: The Federal Foundation of Judicial Supremacy*, Columbia Law Review, Vol. 111, No. 6, 2011.

³⁴ Per una cronologia della resistenza degli Stati membri all'autorità federale si veda L. FRIEDMAN GOLDSTEIN, *Constituting Federal Sovereignty: The European Union in Comparative Context*, The Johns Hopkins University Press, 2001, pp. 22-33.

³⁵ Ci si riferisce, in tal caso, esclusivamente al concetto di *judicial supremacy* verticale, ossia al potere autoritativo delle pronunce giudiziarie sugli stati della federazione, senza soffermarsi sul - più dibattuto - principio di *judicial supremacy* orizzontale, secondo cui le pronunce della Corte Suprema vincolerebbero anche gli altri rami coordinati del governo federale.

³⁶ Il caso in oggetto era *United States v. Peters*, 9 U.S. (5 Cranch) 115 (1809), riportato in B. FRIEDMAN, E. F. DELANEY, *Becoming Supreme*, cit., p. 1154.

³⁷ Ibid. Così James Madison aveva risposto alla lettera ricevuta dal Governatore del Pennsylvania, Simon Snyder, che contava sull'appoggio del Presidente Madison.

³⁸ *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954). In particolare, con la sentenza *Brown*, la Corte Suprema aveva

sancito l'illegittimità della segregazione razziale nelle scuole pubbliche - e garantì in tal modo l'accesso degli studenti afroamericani alla scuola di Little Rocks, ostacolato dal Governatore dello Stato dell'Arkansas³⁹.

Tale episodio viene considerato come l'apice del procedimento di emersione del principio di *judicial supremacy* e ciò fu confermato dalla successiva sentenza *Cooper v. Aaron*⁴⁰ della Corte Suprema. Ripristinato l'ordine, infatti, il Giudice Supremo degli Stati Uniti ebbe modo di riaffermare con forza, attraverso tale sentenza, l'indispensabilità del rispetto delle sentenze del Giudice Supremo da parte di tutte le autorità all'interno degli Stati componenti della Federazione ai fini della preservazione del sistema di governo federale⁴¹. La Corte Suprema affermò, infatti, che le sue stesse sentenze rappresentavano "the supreme law of the land" ed erano vincolanti, sulla base della *Supremacy Clause*, per tutti gli Stati "anything in the Constitution or Laws of any State

riesaminato quattro controversie che erano state risolte a livello statale negando l'accesso a studenti afroamericani alle scuole pubbliche locali, in quanto le stesse erano frequentate da studenti caucasici. I giudici statali avevano deciso tali controversie applicando la regola "separati ma uguali", sancita precedentemente dalla Corte Suprema con la sentenza *Plessy v. Ferguson* (163 US 537, 1896), che legittimava a sua volta la segregazione razziale. Secondo la decisione della Corte Suprema nella sentenza *Brown*, la regola "separati ma uguali", applicata al campo dell'istruzione pubblica, avrebbe privato gli studenti afroamericani dell'accesso a pari opportunità, dunque, non aveva alcun posto nel campo dell'istruzione pubblica, in quanto la segregazione razziale costituiva una violazione del quattordicesimo emendamento della Costituzione degli Stati Uniti (*Equal Protection Clause*). In questo modo, la Corte Suprema aveva annullato tanto la previa sentenza *Plessy v. Ferguson* (*overturning*), quanto le leggi statali che perpetuavano la segregazione razziale nell'ambito dell'istruzione pubblica.

³⁹ Il Governatore dello Stato dell'Arkansas, Faubus, aveva fatto ricorso alla guardia statale (State Guard) per opporsi all'esecuzione dell'ordine di desegregazione delle scuole pubbliche disposto dalla suddetta sentenza *Brown*, impedendo l'accesso agli studenti afroamericani alla Central High School di Little Rocks. Il Presidente Eisenhower, in risposta a tale ribellione al potere federale, si appellò ad una legge federale, adottata dopo la guerra civile, che gli consentiva di ricorrere alle forze armate per assicurare l'esecuzione di ordini derivanti dal potere giudiziario federale, ossia la legge *10 US Code § 333 - Foreign security forces: authority to build capacity*.

⁴⁰ *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1 (1958).

⁴¹ *Cooper v. Aaron*, cit., para 1.

to the contrary notwithstanding"⁴². In tal modo la Corte Suprema riaffermava il principio di supremazia del diritto federale, ricomprendeva in esso anche la supremazia delle sentenze con cui la Corte Suprema interpretava il diritto federale e sosteneva, sulla base di tali presupposti teorici, anche la legittimità e doverosità dell'operato del Presidente Eisenhower in merito alla vicenda di Little Rocks⁴³.

Dal precedente *excursus* storico è dunque evidente che l'ordinamento federale degli Stati Uniti si è evoluto da un sistema in cui gli Stati si ribellavano sistematicamente al potere centrale ad un sistema federale consolidato, caratterizzato da un tendenziale equilibrio nel rapporto tra gli Stati ed il governo centrale. Tale evoluzione è stata possibile, in primo luogo, grazie al primo strumento di garanzia procedurale della *Federal Supremacy*, ossia il sistema di *judicial review*, attraverso cui la Corte Suprema ha la possibilità di annullare direttamente le leggi statali che risultino in contrasto con il diritto federale, estirpando alla radice l'elemento di contrasto nel rapporto tra "centro" e "periferie". In secondo luogo, tale consolidamento è risultato possibile anche grazie al supporto al ruolo della Corte Suprema ed al suo potere di *judicial review* proveniente dagli altri rami del governo federale, che hanno garantito essi stessi il rispetto delle sentenze della Corte Suprema da parte degli Stati e hanno contribuito all'evoluzione della *judicial review* in *judicial supremacy*.

Successivamente, l'ordinamento federale, consolidatosi, ha predisposto ulteriori strumenti a tutela - stavolta preventiva - del principio di *Federal Supremacy*. Tra questi figurano, in primo luogo, i *conditional spending programs*⁴⁴, attraverso cui il governo federale ha subordinato la concessione di fondi economici agli Stati componenti della federazione al rispetto, da parte

⁴² *Ibid*.

⁴³ *Ivi*, punto 18.

⁴⁴ Sul punto si veda M. TUSHNET, *Enforcement of National Law Against Subnational Units in the US*, in A. JAKAB, D. KOCHENOV (a cura di) *The Enforcement of EU Law and Values: Ensuring Member States' Compliance*, Oxford, 2017, p. 322.

degli stessi, di determinate condizioni disposte a livello federale.

In secondo luogo, si pensi al sistema di *conditional preemption*. Il concetto di *preemption* è stato impiegato per la prima volta per indicare gli effetti preclusivi prodotti dall'intervento federale sui poteri degli Stati componenti della Federazione⁴⁵. Sulla base della *Supremacy clause*, infatti, secondo cui il diritto federale prevale sul diritto statale, nelle materie di propria competenza la normativa federale può sostituirsi, anche completamente, a quella adottata dagli Stati, precludendo un ulteriore intervento di questi ultimi⁴⁶.

Il Congresso, però, può dare attuazione a tale principio in maniera "condizionata", prevedendo determinati "standard di regolamentazione" federali rispetto a determinate materie e consentendo agli Stati di regolamentare a livello statale le materie in oggetto in maniera ampiamente coerente con tali standard fissati a

livello federale – seppur le disposizioni legislative statali siano divergenti in qualche misura dagli standard federali stessi – procedendo altrimenti a soppiantare (*preempt*) la normativa statale qualora la stessa sia del tutto incoerente con tali standard federali⁴⁷.

Infine, un altro strumento di cui tenere conto in relazione alle modalità attraverso cui il sistema federale garantisce il rispetto del diritto federale da parte degli Stati è il sistema moderno delle corti federali, perfezionato con l'*Evarts Act*⁴⁸. Tali corti sono geograficamente collocate in ogni singolo Stato, ma istituzionalmente collocate all'interno del circuito federale e poste a presidio della legge federale e della Costituzione. Attraverso tali corti il governo federale è dotato di un potere di azione nei confronti dei singoli cittadini all'interno degli Stati, garantendo il rispetto, da parte di questi ultimi, del diritto federale ed evitando così qualsiasi possibilità di escalation del conflitto a livello statale che attenti alla tenuta del rapporto Stati-potere centrale.

3. GLI ESITI DELL'ANALISI COMPARATIVA ALLA LUCE DEI PIÙ RECENTI SVILUPPI

Alla luce della precedente analisi, è evidente che il sistema del diritto dell'Unione differisce ancora profondamente dai sistemi federali, di cui quello degli Stati Uniti è massima espressione.

Come si è anticipato, è stato affermato in dottrina che il principio dell'effetto diretto, fissato con la sentenza *Van Gend en Loos*, ed il principio del primato del diritto dell'Unione sul diritto interno agli Stati membri, fissato con la sentenza *Costa c. ENEL*, rappresentino una vera e propria

⁴⁵ Tale definizione è stata per la prima volta proposta dal Justice della Corte Suprema Brandeis nella sua opinione dissenziente rispetto alla sentenza *New York Central R. Co. v. Winfield*, 244 U.S. 147, 169 (1917). In tale opinione, Justice Brandeis aveva affermato: "The contention that Congress has, by legislating on one branch of a subject relative to interstate commerce, preempted the whole field has been made often in this Court; and, as the cases above cited show, has been repeatedly rejected in cases where the will of Congress to leave the balance of the field open to state action was far less clear than under the circumstances here considered". Sul punto si veda anche A. ARENA, *Il principio della preemption in diritto dell'Unione europea. Esercizio delle competenze e ricognizione delle antinomie tra diritto derivato e diritto nazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, p. 22.

⁴⁶ Per un'analisi del principio della dottrina federale della *preemption* nel diritto costituzionale statunitense si veda S. A. GARDBAUM, *The Nature of Pre-emption*, Cornell Law Review, vol. 79, 1994, p. 787 ss; J. F. ZIMMERMAN, *Federal Preemption: The Silent Revolution*, Iowa State University Press, 1991; R. A. EPSTEIN, M. S. GREVE, (a cura di) *Federal Preemption: States' Powers, National Interests*, American Enterprise Institute, Washington D.C., 2007. Si veda anche R.S. DAVIES, *Conditional Preemption, Commandeering, and the Values of Cooperative Federalism: An Analysis of Section 216 of EPAct*, Columbia Law Review, vol. 108, No. 2, 2008, p. 409, che ripropone degli esempi di sentenze della Corte Suprema relative a materie che sono state interessate dal sistema di *conditional preemption*: "*FERC v. Mississippi*, 456 U.S. 742, 758-69 (conditional preemption in context of utility regulation); *Hodel v. V Reclamation Ass'n*, 452 U.S. 264, 283-93 (1981) (discussing conditional preemption in the context of surface mining regulation)".

⁴⁷ Si veda M. TUSHNET, *Enforcement of National Law against Subnational Units in the US*, cit., p. 321 ss. Si veda anche R.S. DAVIES, *Conditional Preemption, Commandeering, and the Values of Cooperative Federalism*, cit., p. 409, che ripropone degli esempi di sentenze della Corte Suprema relative a materie che sono state interessate dal sistema di conditional preemption: "*FERC v. Mississippi*, 456 U.S. 742, 758-69 (conditional preemption in context of utility regulation); *Hodel v. V Reclamation Ass'n*, 452 U.S. 264, 283-93 (1981) (discussing conditional preemption in the context of surface mining regulation).

⁴⁸ 26 Stat. 826, cit.

costituzionalizzazione della struttura giuridica comunitaria⁴⁹.

Secondo tale ricostruzione, con la sentenza *Van Gend en loos*, la Corte di giustizia ha affermato che le disposizioni normative comunitarie che siano chiare precise ed incondizionate devono essere considerate come “the Supreme Law of the land” nella sfera di applicazione del diritto comunitario⁵⁰.

La Corte di giustizia, attraverso la sentenza *Costa c. ENEL*, ha poi fissato il principio che riflette il rapporto di gerarchia sussistente tra legge statale e legge federale nei sistemi federali⁵¹. Partendo da queste premesse, secondo tale ricostruzione, l'unico elemento che distinguerebbe il sistema dell'Unione europea da un sistema federale puro, ad esempio quello degli Stati Uniti d'America, sarebbe la mancanza di una “convalida” dell'architettura costituzionale da parte di un processo di adozione di un testo costituzionale ad opera di un unico *demos*⁵².

Nonostante tali rievocazioni, bisogna necessariamente evidenziare a questo punto le differenze che emergono con i corrispettivi di tali principi all'interno del sistema federale degli Stati Uniti. Per quanto riguarda la sentenza *Van Gend en Loos*, nonostante l'affermazione della Corte di giustizia, secondo cui le disposizioni normative dell'Unione che siano chiare, precise ed incondizionate sono dotate di effetto diretto, ossia comportano il sorgere di diritti e doveri in capo ai singoli cittadini e non solo in capo agli Stati membri, rievochi il concetto di *supreme law of the land* dei sistemi federali; è necessario evidenziare che il sistema degli Stati Uniti prevede una “rete” di corti federali, geograficamente collocate in ogni singolo Stato membro, ma istituzionalmente collocate all'interno del circuito federale, che agevolano l'azione diretta verso i singoli cittadini e

che sono poste a presidio della legge federale e della Costituzione, elemento che manca al sistema dell'Unione europea⁵³.

Per quanto riguarda l'accostamento del principio del primato alla *Federal Supremacy*, con quanto ne deriva in tema di *judicial review*, è evidente che la Corte di giustizia, in sede di *enforcement* del principio, non è dotata di un potere alla stregua di quello di *judicial review*, fissato invece nell'esperienza federale degli Stati Uniti sin dalla sentenza *Marbury v. Madison* (e secondo una parte della dottrina implicito nello stesso testo costituzionale⁵⁴). La Corte di giustizia non può annullare direttamente le disposizioni statali che siano in contrasto con il diritto dell'Unione, poiché, come è evidente dalla precedente analisi, la stessa deve ripiegare inevitabilmente sulla cooperazione continua degli Stati membri. La sentenza emessa dalla Corte di giustizia in sede di rinvio pregiudiziale, uno dei mezzi principali dell'*enforcement* del diritto dell'Unione, è comunque una sentenza dichiarativa, da cui deriva il dovere in capo agli Stati membri e alle loro autorità nazionali di procedere alla disapplicazione della normativa nazionale, risultata incompatibile con la normativa comunitaria.

Inoltre, la normativa nazionale, non potendo essere annullata dalla Corte di giustizia, bensì dovendo essere disapplicata dalle corti nazionali,

⁴⁹ J.H.H. WEILER, *The Transformation of Europe*, The Yale Law Journal, Vol. 100, No. 8, 1991, p. 2412 ss.

⁵⁰ J. H. H. WEILER, *The Transformation of Europe*, cit.

⁵¹ J. H. H. WEILER, *Federalism without Constitutionalism: Europe's Sonderweg* in K. NICOLAÏDIS, R. HOWSE (a cura di), *The Federal Vision: Legitimacy and Levels of Governance in the United States and the European Union*, Oxford University Press, 2003, p. 55.

⁵² Ibid.

⁵³ Così M. TUSHNET, *Enforcement of National Law against Subnational Units in the US*, in A. JAKAB, D. KOCHENOV (a cura di), *The Enforcement of EU Law and Values: Ensuring Member States' Compliance*, Oxford, 2017. Una parte della dottrina controbatte sul punto affermando che la sentenza *Simmenthal* ha sancito l'ulteriore natura del giudice nazionale come giudice comunitario che agisce all'interno dello Stato membro. Si veda, in tal senso H. HOFFMAN, *Conflicts and Integration: Revisiting Costa v ENEL and Simmenthal II*, in M. POIARES MADURO, L. AZOULAI (a cura di), *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Ed.1, Hart Publishing Ltd, 2010, p. 60 ss. Nondimeno, tale giudice nazionale farebbe comunque capo all'ordinamento nazionale, a differenza di quanto accade con le corti federali inferiori all'interno degli Stati componenti della federazione che fanno capo al governo federale.

⁵⁴ Si veda, ad esempio, J. N. RAKOVE, *The Origins of Judicial Review: A Plea for New Contexts*, Stanford Law Review, Vol. 49, No. 5, 1997; R. H. FALLON, *The dynamic Constitution: An introduction to American Constitutional law and practice*, Ed. 2, Cambridge University Press, 2013.

amministrazioni, autorità indipendenti nazionali, si “riespande” e continua ad essere valida ed applicabile al di fuori delle materie di competenza del diritto dell’Unione, ossia nelle situazioni puramente interne⁵⁵.

Per tali motivi il primato continua ad essere un principio “bidimensionale”, che vive della necessaria continua cooperazione degli Stati membri dell’Unione europea, elemento inconcepibile nell’ambito del rapporto tra Stati e potere federale. Secondo l’opinione di alcuni Autori⁵⁶, sarebbe proprio tale elemento a mettere in pericolo la sopravvivenza stessa dell’Unione e sarebbe dunque necessario abbandonare una tale ricostruzione della natura del primato, in senso necessariamente bidimensionale, e transitare ad una rielaborazione dello stesso in senso gerarchico. Soltanto attraverso tale tipo di operazione si impedirebbe, nell’attuale contesto di crisi del rispetto del diritto dell’Unione in alcuni Stati membri⁵⁷, qualsiasi possibilità di violazione del principio da parte degli Stati stessi⁵⁸, alla stregua di quanto avviene nei sistemi federali puri, come quello degli Stati Uniti d’America.

Qual è dunque, all’esito della precedente comparazione, quel *quid pluris* che contraddistingue un sistema federale puro, come quello degli Stati Uniti d’America, dal sistema *sui generis* dell’Unione europea?

Nel sistema degli Stati Uniti, giunto al consolidamento del rapporto tra centro e “sub-unità” statali – sebbene in maniera travagliata, all’esito di scontri anche armati⁵⁹ – emerge sicuramente un rapporto maggiormente stringente tra centro e sub-unità nazionali. In tale contesto attuale, l’inottemperanza di uno Stato rispetto al potere federale da un lato viene prevenuta attraverso una serie di incentivi – economici e non – agli Stati, che favoriscono il rispetto del principio di *Federal Supremacy*; dall’altro, anche qualora dovesse verificarsi il tentativo di uno Stato di negare la supremazia della legge federale o della Costituzione, la Corte Suprema interverrebbe immediatamente ponendo nel nulla il tentativo stesso, ossia annullando l’atto espressione della violazione attraverso lo strumento di *judicial review*. Difatti, è proprio nel contesto di un sistema federale che il meccanismo di *judicial review* ha avuto modo di evolversi in una vera e propria *judicial supremacy*, ossia la supremazia della Corte Suprema nell’interpretazione della Costituzione e della legge federale ed il potere autoritativo delle sue pronunce al cui rispetto sono vincolati gli Stati componenti della Federazione⁶⁰.

Nondimeno, allo stesso tempo, occorre evitare l’idealizzazione dell’assetto federale statunitense come modello indefettibile di declinazione del rapporto tra “centro” e “periferie”, soprattutto alla luce dei più recenti sviluppi del tema.

I capitoli più recenti della storia degli Stati Uniti hanno infatti dimostrato che gli strumenti di garanzia procedurale della *Federal Supremacy* non sono infallibili. In particolare, proprio lo strumento della *judicial review* e la sua evoluzione in *judicial supremacy*, come sopra analizzato, sono stati

⁵⁵ Si veda A. ARENA, *The Twin Doctrines of Primacy and Preemption*, cit. che cita a riguardo la sentenza della Corte di giustizia del 14 luglio 1988, *Glocken*, causa 407/85, ECLI:EU:C:1988:401, para 25.

⁵⁶ V. PERJU, *Against Bidimensional Supremacy in EU Constitutionalism*, German Law Journal, vol. 21, 2020, pp. 1006-1022.

⁵⁷ Si pensi alle recenti pronunce del Tribunale costituzionale polacco, che ha negato espressamente il primato del diritto dell’Unione, affermando la prevalenza della legge Suprema della Repubblica di Polonia sul TUE. Ancora, si pensi alla prassi della *Kúria*, Corte Suprema ungherese, preordinata alla neutralizzazione del primato, che ha assoggettato i rinvii pregiudiziali dei giudici nazionali alla Corte di giustizia ad un suo previo controllo. Sul punto si veda R. PALLADINO, A. FESTA, *Il primato del diritto dell’Unione europea nei dissoi logoi tra la Corte di giustizia e le Alte Corti ungherese, polacca e rumena*, in *Eurojus*, n. 2/2022.

⁵⁸ V. PERJU, *Against Bidimensional Supremacy in EU Constitutionalism*, cit.

⁵⁹ Per un’analisi degli scontri tra il potere federale ed il potere statale che hanno caratterizzato la storia della genesi ed evoluzione degli Stati Uniti d’America, si veda E. F. DELANEY, *Becoming Supreme: The Federal Foundation of Judicial Supremacy*, Columbia Law Review, vol. 111, No. 6, 2011; P. POHJANKOSKI, *Federal Coercion and National Constitutional Identity in the United States 1776-1861*, American Journal of Legal History, Vol. 56, 2016.

⁶⁰ Si veda B. FRIEDMAN, E. F. DELANEY, *Becoming Supreme*, cit., che analizza il ruolo vitale che svolge il sistema federale nell’emersione e nella tenuta di un’autorità giudiziaria suprema.

oggetto di dura critica, soprattutto negli ultimi anni, in cui, in assenza di limiti effettivi al potere della Corte Suprema, la stessa ha avuto modo di ritagliarsi degli spazi di intervento sempre maggiori a discapito del potere statale, del potere degli altri rami del potere federale e più in generale dei singoli cittadini, generando una diffidenza generale nel suo ruolo⁶¹.

È emersa, infatti, negli ultimi anni, una crisi sistemica originata dal *modus operandi* della Corte Suprema degli Stati Uniti che, nella sua attuale composizione, risulta fortemente politicizzata. La stessa, infatti, giunta all'apice del suo percorso di acquisizione di *judicial supremacy*, si è posta sempre più come una corte "imperiale"⁶², sottraendo poteri tanto agli Stati componenti della Federazione, quanto agli altri rami del potere federale, Presidente e Congresso, attraverso una serie di pronunce con cui sta riscrivendo la legislazione degli Stati Uniti secondo l'orientamento ideologico della (super)maggioranza dei suoi componenti⁶³.

In tal modo, la Corte Suprema ha generato l'insorgere di tesi che, da un lato, sollecitano gli altri rami del governo federale a porre dei limiti ad un tale abnorme potere⁶⁴ e, dall'altro, incitano gli stessi Stati a "sfidare" le sentenze della Corte

suprema⁶⁵. Sebbene tale situazione, nel breve periodo, rischi di spogliare gli altri rami del governo e gli Stati stessi del proprio potere, nel lungo periodo la stessa potrà provocare una perdita di credibilità della Corte Suprema, spingendo gli Stati stessi ad ignorare le sue pronunce, ritenute inaccettabili⁶⁶, conducendo, così, allo sgretolamento dello stesso ordinamento federale che, seppur dotato di una pluralità di strumenti per garantire la tenuta del sistema, non risulta infallibile.

Nonostante la sussistenza di un accordo, il *foedus*, alla base del sistema, frutto dell'"assent and ratification of the several States, derived from the supreme authority in each State, the authority of the people themselves"⁶⁷, sicuramente più stringente rispetto ai Trattati alla base del funzionamento dell'Unione europea e del sistema da essi discendente, lo stesso ordinamento degli Stati Uniti risulta oggi affetto da una crisi sistemica.

Qual è, dunque, la conclusione che può trarsi, in relazione all'ordinamento dell'Unione all'esito di una tale comparazione? Probabilmente, «in medio stat virtus», ossia, piuttosto che idealizzare l'assetto federale statunitense come necessario sviluppo per garantire il rispetto del primato del diritto dell'Unione europea e la tenuta stessa del sistema dell'Unione, sarà necessario ritrovare soluzioni originali che contemperino la natura "bifronte" dell'Unione, nel mezzo tra le organizzazioni internazionali e le federazioni, tuttora imprescindibile, con l'esigenza di reperire strumenti che forniscano maggiori garanzie di rispetto del principio del primato. Un esempio di tale tipo di soluzioni, sulla cui scia è necessario procedere, è stata proprio l'implementazione nell'ordinamento dell'Unione del meccanismo di condizionalità dello Stato di diritto⁶⁸, attraverso cui

⁶¹ Sul punto si veda M. A. LEMLEY, *The Imperial Supreme Court*, Harvard Law Review, Vol. 136, 2022.

⁶² L'espressione appartiene a M. A. LEMLEY, *The Imperial Supreme Court*, cit.

⁶³ Sul punto si veda R. HURLEY, A. CHUNG, *How the Conservative Supreme Court is Reshaping U.S. Law*, Reuters, 1 luglio 2022, <https://www.reuters.com/world/us/how-conservative-supreme-court-is-reshaping-us-law-2022-07-01/>.

⁶⁴ Per un'analisi dei suggerimenti avanzati in dottrina per porre dei limiti al potere abnorme della Corte Suprema si veda Ezra Klein interviews the legal scholar Larry Kramer on why the left's embrace of judicial supremacy was a mistake, The New York Times, 5 luglio 2022; <https://www.nytimes.com/2022/07/05/podcasts/transcript-ezra-klein-interviews-larry-kramer.html>; J. BOUIE, *How to Discipline a Rogue Supreme Court*, The New York Times, 25 giugno 2022, <https://www.nytimes.com/2022/06/25/opinion/supreme-court-constitution.html>; J. BOUIE, *The Supreme Court is the Final Word on Nothing*, New York Times, 1 luglio 2022, <https://www.nytimes.com/2022/07/01/opinion/dobbs-roe-supreme-court.html>; J. BOUIE, *This is how to put the Supreme Court in its Place*, New York Times, 14 ottobre 2022, <https://www.nytimes.com/2022/10/14/opinion/supreme-court-reform.html>.

⁶⁵ A riguardo si veda anche D. L. SLOSS, *The Right of State Governments to Defy the Supreme Court*, D. L. Sloss, *The Right of State Governments to Defy the Supreme Court*, Markulla Center for Applied Ethics at Santa Clara University, 2022.

⁶⁶ M. A. LEMLEY, *The Imperial Supreme Court*, cit., p. 117.

⁶⁷ J. MADISON, *The Federalist n. 39*, p. 184, corsivo aggiunto.

⁶⁸ Regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2020 relativo a un

la concessione di fondi europei ai singoli Stati membri viene ancorata all'effettivo rispetto del principio dello Stato di diritto da parte degli stessi. Tale meccanismo si richiama chiaramente al "conditional spending power" degli Stati rispetto al potere federale degli Stati Uniti e concilia, dunque, la natura *sui generis* dell'Unione con le garanzie connesse ai principi di supremazia degli ordinamenti federali.

regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione in GU L 433I del 22.12.2020, pp. 1-10.

NATURA GIURIDICA DELLA COMPENSAZIONE PECUNIARIA E PROFILI DI DIVERSIFICAZIONE CON IL RISARCIMENTO DEL DANNO ALLA LUCE DEL DIRITTO DELLA NAVIGAZIONE

di **Diletta ALIPRANDI**

ABSTRACT

Il presente articolo vuole approfondire l'ambito di applicazione del Regolamento CE n. 261/2004 e, in particolare, il diritto del passeggero a vedersi erogata, in determinate situazioni, la c.d. compensazione pecuniaria, ossia un eventuale indennizzo corrisposto dal vettore aereo a causa dei disagi subiti dal passeggero, quale parte del contratto di trasporto concluso con la compagnia aerea.

SOMMARIO

1. Ambito di applicazione del Regolamento CE N. 261/2004
2. Definizione e natura di compensazione pecuniaria
3. La prova liberatoria
4. Risarcimento del danno ulteriore
5. Conclusioni

1. AMBITO DI APPLICAZIONE DEL REGOLAMENTO CE N. 261/2004

Il Regolamento CE 261/04 è un regolamento nato con la finalità di garantire un maggiore livello di tutela ai passeggeri del traffico aereo. Infatti, all'interno del predetto regolamento sono previste una serie di norme che riconoscono i diritti invocabili dal passeggero in caso di disservizio nell'ambito del trasporto aereo.

Le situazioni che vengono tutelate all'interno del già menzionato regolamento sono, nello specifico, eventi quali il negato imbarco del passeggero sul volo, la cancellazione o il ritardo del volo.¹

In particolare, le situazioni giuridiche tutelate dalle norme del Regolamento sono:

- il diritto alla c.d. "riprotezione", ossia all'imbarco su un volo alternativo a quello cancellato;
- il diritto al rimborso del biglietto se non viene offerto un volo alternativo a quello cancellato;
- il diritto a una compensazione pecuniaria per la perdita di tempo patita a causa di uno dei predetti disservizi;
- il diritto a vitto e alloggio gratuiti qualora si rendano necessari;
- il diritto ad effettuare telefonate e messaggi in modo gratuito durante l'attesa in aeroporto;
- nonché, il diritto ad eventuali risarcimenti supplementari.

L'articolo 3 del Regolamento stabilisce che esso si applica ai passeggeri in partenza da un aeroporto situato nel territorio di uno degli Stati Membri nonché ai passeggeri in partenza da un aeroporto extra-UE a condizione che il volo sia destinato ad uno degli aeroporti degli Stati Membri dell'Unione Europea e sia operato da un vettore con sede legale in uno di tali Stati. Dunque, il Regolamento non si applica ai voli operati da una compagnia extra-Ue e in partenza da un territorio extra-UE, anche se destinati ad atterrare nei territori dell'Unione.

2. DEFINIZIONE E NATURA DI COMPENSAZIONE PECUNIARIA

Per compensazione pecuniaria si intende l'indennizzo che la compagnia aerea è tenuta a pagare al passeggero nel caso di cancellazione o ritardo prolungato del volo.

In merito a tale indennizzo, il Regolamento prevede che lo stesso venga corrisposto dal vettore aereo operativo, ossia dal vettore che opera il volo

*Avvocato

in forza del contratto di trasporto concluso con il passeggero direttamente o tramite un altro vettore da cui ha ricevuto l'incarico ad effettuare il volo.

Per cancellazione del volo si intende la mancata effettuazione di un volo originariamente previsto e sul quale sia stato prenotato almeno un posto. Tale nozione di cancellazione si applica anche al caso di un aeromobile decollato ma che, per qualsiasi ragione, è costretto a tornare all'aeroporto di partenza, dove i passeggeri dell'aeromobile in questione sono trasferiti su altri voli². Il fatto che il decollo sia avvenuto, ma l'aereo sia poi rientrato all'aeroporto di partenza senza aver raggiunto la destinazione indicata nell'itinerario significa, infatti, che il volo come inizialmente programmato non può essere considerato effettuato.

Il ritardo, invece, consiste nella partenza posticipata del volo rispetto all'orario iniziale.

Secondo la Corte di Giustizia Europea³, il ritardo del volo è rilevante se il passeggero giunge alla destinazione con un ritardo di almeno tre ore rispetto all'originario itinerario di viaggio previsto.

In questi casi, secondo quanto previsto dal Regolamento CE n. 261/2004, sussiste il diritto alla compensazione pecuniaria, che viene corrisposta dal vettore senza bisogno di una prova specifica del danno: sussiste, infatti, la presunzione che la cancellazione o il ritardo aereo abbiano causato dei disagi al passeggero, ragion per cui gli viene riconosciuto un adeguato indennizzo.

Per ragioni pratiche, il rimborso viene calcolato in maniera forfettaria nella seguente misura:

-€ 250,00 per tutte le tratte aeree (intracomunitarie e/o internazionali) pari od inferiori a km 1.500;

-€ 400,00 per tutte le tratte aeree intracomunitarie superiori a km 1.500 o internazionali comprese tra i km. 1.500 e 3.500;

-€ 600,00 per tutte le tratte aeree internazionali superiori a km 3.500.

Nel determinare la distanza si utilizza come base di calcolo l'ultima destinazione per la quale il passeggero subisce un ritardo all'arrivo rispetto all'orario previsto a causa del negato imbarco o della cancellazione del volo e per calcolare tale distanza tra la destinazione iniziale e quella finale, al fine di calcolare l'importo della compensazione pecuniaria, si usa il metodo della c.d. rotta ortodromica che consiste nel congiungere due punti sulla superficie terrestre percorrendo la distanza più breve tra loro.

Lo scopo della compensazione pecuniaria è quello, quindi, di ristorare il passeggero dei disagi subiti con una quantificazione forfettaria del danno.

3. LA PROVA LIBERATORIA

Il Regolamento CE n. 261/2004 (così come la Convenzione di Montreal del 28 maggio 2019), pur ponendo a carico dei vettori una presunzione di responsabilità circa i danni subiti dai passeggeri conseguenti alla cancellazione o ritardo dei voli, ammette la prova liberatoria da parte del vettore aereo.

Questi ultimi possono, infatti, dimostrare che l'evento, la cancellazione o il ritardo, è dipeso da una circostanza eccezionale non addebitabile *ab origine* allo stesso vettore e non altrimenti evitabile.

Tale principio è stabilito dall'art. 5 comma 3 del Reg. CE n. 261/2004, che dispone che *<il vettore aereo operativo non è tenuto a pagare la compensazione pecuniaria a norma dell'articolo 7, se può dimostrare che la cancellazione del volo è dovuta a circostanze eccezionali che non si sarebbero comunque potute evitare anche se fossero state adottate tutte le misure del caso>*.

La compagnia aerea, pertanto, non è responsabile se la cancellazione o il ritardo sono dovute ad una circostanza eccezionale e se la stessa ha adottato tutte le misure, secondo un criterio di ragionevolezza, per evitare l'evento cancellazione o ritardo.

Il Reg. CE n. 261/2004 non fornisce tuttavia la definizione di circostanza eccezionale limitandosi ad indicare, ai considerando n. 14 e n. 15, una

² Il fatto che il decollo sia avvenuto, ma l'aereo sia poi rientrato all'aeroporto di partenza senza aver raggiunto la destinazione indicata nell'itinerario significa infatti che il volo come inizialmente programmato non può essere considerato effettuato (cfr. Orientamenti interpretativi)

³ Corte di Giustizia UE, Sez. IV, 19.11.2009 C-402/07 e C-432/07.

serie di eventi che, sulla base di una valutazione da compiersi caso per caso, possono costituire circostanza eccezionale, tale da esonerare il vettore dall'obbligo della compensazione pecuniaria⁴.

È stato, quindi, necessario l'intervento della giurisprudenza, che ha indicato i presupposti necessari perché si possa ritenere integrata una "circostanza eccezionale".

La Corte di Giustizia, con la pronuncia *Wallentin-Hermann* nella causa C-549/07⁵, ha stabilito che per ritenere integrata una "circostanza eccezionale", per cui il vettore aereo operativo non è tenuto all'obbligo di pagare la compensazione pecuniaria, è necessaria la sussistenza di due condizioni tra di esse cumulative, ossia che si tratti di circostanza che per sua natura o origine non è inerente al normale esercizio dell'attività del vettore aereo e il fatto che tale circostanza sfugga all'effettivo controllo del vettore aereo.

In particolar modo, è la stessa Corte di Giustizia⁶ a precisare che sono circostanze eccezionali tutte quelle che <*sfuggono al controllo del vettore aereo, indipendentemente dalla loro natura o gravità*>.

Anche la Commissione Europea, alla luce della predetta giurisprudenza, ha elaborato, nell'aprile 2013, un elenco degli accadimenti ritenuti rientranti nella categoria delle "circostanze eccezionali", quali cause di esclusione della responsabilità del vettore.

A titolo di esempio si potrebbe prendere la categoria n. 10, che prende in considerazione, quale circostanza eccezionale, condizioni meteo <*incompatibili con la sicurezza del volo*> oppure la n. 28, in cui si prendono in considerazione gli <*scioperi che influenzano l'operatività di un vettore aereo. Per esempio, lo sciopero indetto dal controllo del traffico aereo*>.

⁴ <(…) Siffatte circostanze possono, in particolare, ricorrere in caso di instabilità politica, condizioni meteorologiche incompatibili con l'effettuazione del volo in questione, rischi per la sicurezza, improvvise carenze del volo sotto il profilo della sicurezza e scioperi che si ripercuotono sull'attività di un vettore aereo operativo>.

⁵ I medesimi principi sono stati poi ribaditi in C-402/07 *Sturgeon*; C-12/11 *McDonagh*; C-394/14 *Siewert*; C-257/14 *Van Der Lans*; C-315/15.

⁶ sentenza 31.01.2013 C-12/11 *McDonagh*.

Il medesimo esonero di responsabilità di cui si è detto sopra è previsto anche dall'art. 1218 c.c. laddove prevede che <*il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno se non prova che l'inadempimento o il ritardo è determinato da impossibilità derivante dalla prestazione da causa a lui non imputabile*>.

La giurisprudenza di merito si è uniformata all'orientamento della Corte di Giustizia Europea, nel ritenere lo sciopero una circostanza eccezionale al di fuori del controllo della Compagnia aerea, che, pertanto, non può essere ritenuta responsabile dell'inadempimento⁷.

Del resto, la *ratio* della norma di cui all'articolo 5 del Regolamento che, da un lato, impone a carico dei vettori aerei l'obbligo di risarcimento ma, dall'altro, esclude l'operatività del risarcimento forfetario nel caso in cui il vettore dimostri che l'evento "cancellazione del volo", si è verificato per causa ad esso non attribuibile, è chiaramente quella di responsabilizzare il vettore aereo, colpendo i comportamenti che dimostrano il disinteresse dello stesso verso i propri passeggeri e la garanzia di sicurezza dei propri voli.

Tale interpretazione della norma comunitaria è confermata anche da un'autorevolissima sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee del 10 gennaio 2006, la quale al punto 91 espressamente prevede che <*i vettori aerei possono essere esentati dal versamento di tale indennizzo se provano che la cancellazione è dovuta a cause eccezionali che non si sarebbero comunque potute evitare anche se fossero state adottate tutte le misure del caso*>.

⁷ principio ribadito al punto 30 della sentenza del 6.10.2021 (C-613/20) ("Sotto un terzo profilo, come risulta dal punto 42 della sentenza del 23 marzo 2021, *Airhelp* (C-28/20, E indicando, al considerando 14 del regolamento n. 261/2004, che possono ricorrere circostanze eccezionali, in particolare in caso di scioperi che si ripercuotano sull'attività di un vettore aereo operativo, il legislatore dell'Unione ha inteso fare riferimento agli scioperi esterni all'attività del vettore aereo interessato. Ne consegue che sono segnatamente idonei a costituire «circostanze eccezionali», ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 3, di detto regolamento, movimenti di sciopero indetti e seguiti dai controllori di volo o dal personale di un aeroporto").

4. RISARCIMENTO DEL DANNO ULTERIORE

Il risarcimento del danno, invece, si affianca e si aggiunge al rimborso forfettario della compensazione pecuniaria. In particolare, il risarcimento segue un *iter* diverso rispetto a quello del rimborso.

Qualora a un passeggero venga erogata la compensazione pecuniaria, ciò non esclude che il medesimo possa richiedere, anche ai sensi dell'art. 12 del Reg. CE n. 261/2004, una ulteriore somma a titolo di risarcimento.

Tale risarcimento, come enuncia espressamente la norma di riferimento, è <supplementare>, cioè eccede la parte di danno già coperta dalla compensazione pecuniaria.

La disciplina che viene applicata al caso in esame è quella relativa alla convezione di *Montreal*, in particolare ai sensi dell'art. 22, n. 2, atteso che esso individua, entro un limite assoluto, la portata complessiva dell'area di risarcibilità del danno, da assumersi secondo una nozione generica e, quindi, omnicomprensiva sia del pregiudizio subito dal passeggero sia dal punto di vista patrimoniale sia quello subito a titolo di danno morale, lasciando ai singoli ordinamenti la libertà di fissare il contenuto proprio dell'obbligazione risarcitoria⁸.

Pertanto, se dal contratto di trasporto aereo concluso tra la compagnia e il passeggero all'atto della prenotazione, non emerge alcuno specifico riferimento in merito al diritto applicabile, allora si riterrà applicabile il diritto italiano.

Alla luce di ciò, qualora il danno ulteriore venga richiesto dal passeggero, sussiste, in capo a esso, un onere di allegazione e di prova specifica del danno di cui si chiedere il risarcimento supplementare, sia esso patrimoniale o non patrimoniale⁹.

In particolare, qualora il danno richiesto sia patrimoniale, dovrà essere provato il personale esborso economico delle spese richieste da parte

del soggetto attore e il *quantum debeatur*, nonché il mancato guadagno, ossia la prova che se il vettore fosse stato perfettamente adempiente, il passeggero avrebbe ragionevolmente o certamente conseguito una corresponsione economica¹⁰.

Per quanto attiene al danno non patrimoniale, invece, questo deve essere debitamente provato e allegato e può essere risarcito, secondo costante giurisprudenza, anche alla luce dell'interpretazione dell'art. 2059 cod. civ., solo qualora vi sia una conseguenza seria di una lesione grave di diritti inviolabili della persona, costituzionalmente tutelati¹¹.

Un *focus* particolare, in tema di risarcimento del danno non patrimoniale, si ha relativamente al danno cosiddetto "da vacanza rovinata", che spesso viene richiesto al vettore aereo. Tale danno, la cui disciplina trova fondamento nel Codice del Turismo, prevede, ai sensi dell'art. 46, l'inadempimento o l'inesatta esecuzione delle prestazioni che formano oggetto del pacchetto turistico, vale a dire i viaggi, le vacanze ed i circuiti tutto compreso, risultanti dalla combinazione di almeno due degli elementi tra trasporto, alloggio e altri servizi turistici non accessori.

Tale danno non può essere demandato al vettore aereo, se con questo è stato concluso esclusivamente un contratto di trasporto¹², ma potrà, tutt'al più, essere domandato al tour operator che si avvale del vettore aereo.

5. CONCLUSIONI

Alla luce di quanto sopra esplicito, dunque, il passeggero di un volo aereo cancellato o ritardato può avere diritto a un indennizzo forfettario, chiamato in gergo compensazione pecuniaria, previsto dagli articoli 5 e 7 del Reg. CE n. 261/2004.

Tale somma forfettaria viene erogata dal vettore aereo alla parte che ha concluso il contratto di trasporto col medesimo e viene calcolata sulla base della distanza chilometrica che ha o avrebbe dovuto percorrere il vettore.

⁸ Cass. Civ., n. 14667/2015.

⁹ CGUE nella causa n. 63/2009; Cass. Civ., n. 14667/2015.

¹⁰ Cass. Civ., n. 24547/2018.

¹¹ Cass. Civ., Sez. Un., n. 26972/2008

¹² Ex multis, Cass. civ., Sez. III, 04/03/2010, n. 5189.

Quest'ultimo, però, non è tenuto a corrispondere alcun tipo di compensazione qualora l'evento che si verifica, quali cancellazione

o ritardo, siano al di fuori del controllo del vettore aereo e imputabili a circostanze eccezionali.

PROCEDURE CONCORSUALI E RISCHIO PENALE DEL PROFESSIONISTA

di Gianluca GENTILE*

ABSTRACT

This essay proposes some thoughts on the criminal risk of the consultant in crimes related to bankruptcy proceedings. Three areas of risk are distinguished: a) the common crimes that most frequently may be carried out by the consultant in the context of business crisis (money laundering, aiding and abetting); the curator's crimes under the Bankruptcy Law and the Business Crisis Code, with particular regard to private interest; and c) the consultant's complicity in the crime committed by others.

SOMMARIO

1. Il rischio penale del professionista per i reati comuni legati alla crisi d'impresa
2. I reati concorsuali legati all'attività professionale
3. Consiglio tecnico e concorso di persone nel reato

1. IL RISCHIO PENALE DEL PROFESSIONISTA PER I REATI COMUNI LEGATI ALL'IMPRESA

Nel parlare di crisi d'impresa e rischio penale del professionista, possiamo distinguere tre aree:

a) in un contesto di crisi d'impresa, il professionista potrebbe commettere reati comuni, a loro volta monosoggettivi o plurisoggettivi;

b) il professionista potrebbe commettere quei reati concorsuali che richiedono la sussistenza di una determinata qualifica professionale;

c) il professionista potrebbe infine collaborare con altri alla commissione di reati concorsuali che richiedono una qualifica diversa da quella del professionista, rispondendone a titolo di concorso di persone nel reato.

Per quanto riguarda la prima ipotesi, quella dei reati comuni, la casistica giurisprudenziale ci offre molti spunti interessanti.

Partiamo dal caso dell'amministratore di una società che, dopo aver distratto somme del capitale

sociale, le versa a un professionista a fronte di una fattura emessa per operazioni inesistenti.

Ebbene, tale amministratore potrebbe rispondere di bancarotta fraudolenta se la società sarà successivamente dichiarata fallita/in liquidazione giudiziale, mentre il professionista che riceve il compenso potrebbe commettere il reato di riciclaggio (art. 648-bis c.p.) se a sua volta compie operazioni tali da occultare l'identificazione della provenienza criminosa del denaro: per quanto attiene all'elemento oggettivo, il denaro derivante dalla distrazione di somme sociali proviene da reato, e cioè da un'appropriazione indebita oppure da una bancarotta fraudolenta a seconda che sia intervenuta o meno la sentenza dichiarativa di fallimento/liquidazione giudiziale¹; l'elemento psicologico sarebbe altresì dimostrato se il professionista è pienamente consapevole dell'assenza di qualsiasi causale sottostante all'emissione della fattura o addirittura suggerisce la causale più congrua a giustificare l'illecita dazione di denaro².

Un altro esempio può essere tratto dalla vicenda giudiziaria del fallimento Mondialfruit srl, un'importante azienda veronese specializzata nel commercio di prodotti ortofrutticoli. È stato infatti condannato per riciclaggio colui che aveva suggerito a due imprenditori (successivamente condannati per bancarotta fraudolenta) e poi gestito una complessa operazione volta a sostituire

* Professore associato di Diritto penale presso l'Università Suor Orsola Benincasa - Napoli.

¹ Per la giurisprudenza, tali reati si pongono in un rapporto di progressione criminosa: cfr. ad es. Cass., sez. V, 16 novembre 2016, n. 572; Cass., sez. V, 14 novembre 2019, n. 1203 (in relazione all'autoriciclaggio). Sul divieto di *ne bis in idem* che opera nei riguardi della bancarotta quando è intervenuta una previa condanna definitiva per appropriazione indebita cfr. Cass., sez. V, 15 febbraio 2018, n. 25651, Rv. 273468, commentata da F. MUCCIARELLI, *Bancarotta distrattiva, appropriazione indebita e ne bis in idem: una decisione della Corte di Cassazione innovativa e coerente con i principi costituzionali e convenzionali*, in *Dir. pen. cont.*, 6/2018, 269 ss.

² Cass., Sez. II, 19/11/2019, n. 51535.

il provento della bancarotta con preziosi quadri (di Lucio Fontana, Basquiat, Picasso e Andy Warhol) facilmente collocabili sul mercato³.

La comunanza di interessi tra professionista e cliente potrebbe essere così stretta da dar vita a un'associazione a delinquere, com'è successo nel caso Parmalat, nell'ambito del quale un avvocato è stato condannato perché aveva messo a disposizione il supporto della propria competenza legale per costituire le società che dovevano servire a confondere le acque nella gestione del gruppo, pur essendo consapevole del carattere illecito di quando andava facendo⁴.

Ancora, potrebbe rispondere di favoreggiamento personale (art. 378 c.p.) il professionista che aiuta il cliente a eludere le investigazioni o a sottrarsi alle ricerche effettuate dall'autorità.

Si pone a tal riguardo il delicato problema di distinguere il favoreggiamento punibile dall'esercizio del diritto di difesa: come ha ben detto Alessandra Rossi, il difensore si trova tra l'incudine del favoreggiamento e il martello del patrocinio infedele, tra il dovere di rispettare il diritto e quello di lealtà verso il cliente⁵.

Il criterio distintivo tra la sfera penale e quella dell'assistenza lecita stata individuata nel fluido concetto di mandato difensivo⁶.

Esorbiterebbero dal mandato difensivo del professionista quei comportamenti materiali che qualunque altro soggetto può realizzare, quali l'eliminazione di prove, l'aiuto a fuggire, il

nascondere un ricercato, il fornirgli la disponibilità di un luogo di stabile dimora, il far uscire comunicazioni del cliente che si trova in carcere.

Invece, il reato di favoreggiamento non dovrebbe configurarsi se l'avvocato suggerisce al cliente di mentire o di avvalersi della facoltà di non rispondere oppure lo allerta sulla possibilità di subire un provvedimento restrittivo della libertà personale a causa del suo comportamento.

Più problematica l'ipotesi delle attività intellettuali che non si risolvono in un suggerimento, ma hanno un contenuto informativo di tipo fattuale, ad esempio l'avvisare il cliente che sono state disposte nei suoi confronti intercettazioni telefoniche oppure che pende su di lui un provvedimento restrittivo della libertà personale.

L'orientamento prevalente pone l'accento sulle modalità di acquisizione della notizia comunicata al cliente, ravvisando la responsabilità penale del difensore quando ha commesso un illecito per entrare a conoscenza dell'informazione ed escludendola se quest'ultima deriva da un uso legittimo degli atti processuali oppure è avvenuta in modo fortuito⁷.

2. I REATI CONCORSUALI LEGATI ALL'ATTIVITÀ PROFESSIONALE

Passiamo ora alla seconda area di rischio penale del professionista, quella dei reati propri. Com'è noto la legge fallimentare prevede(va) alcuni reati del curatore, che sono stati riprodotti negli art. 334 ss. del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d. lgs. 12 gennaio 2019, n. 14): l'art. 228 l. f., interesse privato del curatore negli atti del fallimento; l'art. 229 l. f., accettazione di retribuzione non dovuta, l'art. 230, omessa

³ Cass., sez. II, 27/11/2019, n. 7241.

⁴ Cfr. Cass., sez. V, 6-7 giugno 2011, n. 37370, sulla quale cfr. E. BASILE, *Consiglio tecnico e responsabilità penale. Il concorso del professionista tramite azioni "neutrali"*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 180 ss. Per una ricostruzione della complessa vicenda Parmalat, L. RAMPONI, *Il caso Parmalat: il giudizio parmense sul reato di bancarotta fraudolenta*, e E. AMATI, *Il caso Parmalat: il giudizio milanese sull'aggiotaggio*, entrambi in *Casi di diritto penale dell'economia, I, Impresa e mercato (Cirio, Parmalat, Antonveneta, Bnl-Unipol)*, a cura di L. FOFFANI, D. CASTRONUOVO, Bologna, Il Mulino, 2015, rispettivamente p. 39 ss., pp. 73 ss.

⁵ A. ROSSI, *Favoreggiamento e difesa: quali rapporti?*, in *Cass. pen.*, 1987, p. 306. Sul tema, fondamentale D. PULITANÒ, *Il favoreggiamento penale tra diritto e processo penale*, Milano, Giuffrè, 1984, 185 ss.

⁶ Cfr. N. RAPACCINI, *La funzione difensiva tra diritto e "delitto di difesa"*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 97 ss.

⁷ Tale distinzione è stata ripresa di recente da Cass. sez. VI, 14 settembre 2021, n. 37512, relativa a un dirigente veterinario che aveva suggerito ad alcune persone indagate di rendere false dichiarazioni all'Autorità giudiziaria, informandole delle intercettazioni disposte a loro carico. Sebbene non si trattasse di un avvocato, l'imputato è stato comunque assolto perché per un verso l'istigazione a mentire non è punibile, avendo l'A.G. l'obbligo di verificare la veridicità delle informazioni rese, per un altro mancava la prova della conoscenza illecita dell'attività captativa.

consegna o deposito di cose del fallimento; si può poi ricordare l'art. 236-bis l. f., relativo al falso in attestazioni e relazioni (oggi art. 342 d. lgs. 14/2019).

Soffermiamoci sull'interesse privato del curatore. Al curatore spetta la qualifica di pubblico ufficiale: lo stabilisce espressamente l'art. 30 l. f. (art. 127 d. lgs. 14/2019; per il commissario giudiziale nel concordato preventivo, cfr. l'art. 92) e lo attesta una giurisprudenza granitica che inquadra il curatore nello schema dell'art. 357 c.p., *sub specie* di pubblica funzione giudiziaria (altri preferisce dire amministrativa)⁸.

Pertanto, il curatore è un potenziale soggetto attivo dei delitti dei pubblici ufficiali contro la p.a. (peculato, corruzione, concussione, rifiuto o omissione di atti d'ufficio, ecc.).

Tra i delitti contro la p.a. previsti dal c.p. figurava fino al 1990 una fattispecie molto controversa, quella dell'interesse privato degli atti di ufficio (art. 324 c.p.). I più grandi maestri della penalistica cercarono di circoscrivere la portata applicativa di questo reato, incentrato sulla misteriosa formula del «prendere un interesse privato in qualsiasi atto della pubblica amministrazione». Carlo Federico Grosso parlava di incriminazione «equivoca, polivalente»⁹; Dario Santamaria esordiva dicendo che l'interpretazione dell'art. 324 c.p. si presentava sotto il segno dell'incertezza¹⁰, Franco Bricola sottolineava l'alone di mistero che circondava l'art. 324 c.p.¹¹

Le varie interpretazioni restrittive proposte dalla dottrina non riuscirono sempre a far breccia nella giurisprudenza, che in alcuni casi ritenne configurabile il reato anche se l'atto compiuto dal

pubblico ufficiale era legittimo ed ancorché la finalità privata coincidesse con lo scopo pubblico, osservando che la fattispecie poteva riferirsi anche alla semplice commissione di un atto vantaggioso per la p.a., cui fosse però associato un qualche interesse privato del p.u.¹².

Si spiega così l'intervento del legislatore del 1990, che nell'intento di circoscrivere il sindacato penale sull'attività amministrativa abrogò l'art. 324 c.p.¹³.

Tuttavia, è ancora in vigore il reato di interesse privato del curatore, che attualmente è così disciplinato dal Codice della crisi d'impresa: salvo che al fatto non siano applicabili gli articoli 315, 317, 318, 319, 321, 322 e 323 del codice penale, il curatore che prende interesse privato in qualsiasi atto della liquidazione giudiziale direttamente o per interposta persona o con atti simulati è punito con la reclusione da due a sei anni e con la multa non inferiore a euro 206.

Soffermiamoci sulla clausola di riserva. Si fa innanzitutto riferimento all'art. 315 c.p., il reato di malversazione a danno dei privati che è stato formalmente abrogato nel 1990 e fatto confluire nella fattispecie del peculato.

Per limiti di delega¹⁴, il Codice della crisi d'impresa non ha potuto aggiornare l'art. 334 al nuovo scenario normativo, mettendo l'interprete di fronte a una spiacevole alternativa: o procedere a un'interpretazione ortopedica - o forse alchemica, perché si trasforma il piombo in oro - e concludere che la clausola si riferisce in realtà all'art. 314 c.p., la fattispecie che ha ricompreso al suo interno la condotta di appropriazione di denaro o cose mobili non appartenenti alla pubblica Amministrazione, precedentemente punita ai sensi dell'art. 315 c.p.; oppure rispettare

⁸ C. BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, I, *I delitti dei pubblici ufficiali*, Padova, Cedam, 2013, p. 84 s. Un approfondito riesame della questione in L. PELLEGRINI, *L'interesse privato del curatore negli atti della liquidazione giudiziale nel nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Cass. pen.*, 2022, p. 1267 ss.

⁹ C. F. GROSSO, *Lineamenti dell'interesse privato in atti d'ufficio*, Milano, Giuffrè, 1966, p. 7.

¹⁰ D. SANTAMARIA, *La condotta punibile nell'interesse privato in atti d'ufficio*, in D. SANTAMARIA, *Scritti di diritto penale*, Milano, Kluwer Ipsa, 1996, p. 274.

¹¹ F. BRICOLA, *Interesse privato in atti di ufficio*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 47.

¹² Un'attenta panoramica in S. SEMINARA, *Art. 324*, in A. CRESPI, F. STELLA, G. ZUCALÀ (a cura di), *Commentario breve del codice penale*, Padova, Cedam, 1986, p. 577 ss.

¹³ Cfr. G. CONTENTO, *Interesse privato in atti d'ufficio*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, Utet, 1993, pp. 207 ss.

¹⁴ L'art. 2, comma 1, lett. a), l. 19 ottobre 2017, n. 155, consentiva al legislatore delegato esclusivamente di adeguare i reati fallimentari alla nuova espressione «liquidazione giudiziaria», «ferma restando la continuità delle fattispecie criminose».

la lettera della legge e ritenere che l'interesse privato del curatore può concorrere con l'art. 314 c.p. (nella parte in cui incrimina l'appropriazione di beni legati alla procedura concorsuale), con il rischio di violare il principio del *ne bis in idem sostanziale*.

Quanto al riferimento all'art. 317, va ricordato che esso è stato modificato nel 2012 e affiancato dal delitto-gemello di induzione indebita (art. 319-*quater*), non menzionato dall'art. 228 l.f. e dall'art. 334 d. lgs. 14/2019, e quindi si ripresenta il dilemma tra l'interpretazione ortopedico-alchemica e quella strettamente letterale: da un lato sarebbe infatti assurdo escludere il concorso di reati rispetto al più grave reato di concussione e non anche rispetto al meno grave reato-gemello di induzione indebita, dall'altro l'art. 319-*quater* c.p. non compare nella clausola di riserva.

Infine, si richiama l'art. 323, che però dall'emanazione della legge fallimentare a oggi è stato modificato in senso restrittivo tre volte, da ultimo nel 2020. A sua volta l'art. 323 è applicabile salvo che il fatto costituisca più grave reato, sicché la fattispecie di interesse privato del curatore rinvia all'art. 323 c.p., ma quest'ultimo a sua volta rinvia alla prima, che descrive un reato più grave¹⁵.

Ciò nonostante, la Corte costituzionale ha più volte ribadito la legittimità del reato di interesse privato del curatore, sia pure invitando il legislatore a coordinare l'incriminazione con il mutato assetto dello statuto penalistico della p.a. Si era fatto infatti osservare che a seguito dell'abrogazione dell'art. 324 c.p. è penalmente vietato al curatore/pubblico ufficiale di prendere un interesse privato in un atto della liquidazione giudiziaria (qualunque cosa significhi questa espressione), mentre gli altri pubblici ufficiali possono prendere un interesse privato in un atto d'ufficio, a meno che ciò non sia incriminato ad altro titolo.

A prima vista sembrerebbe la stessa situazione che si determinò a seguito dell'abrogazione che interessò il peculato per distrazione nell'art. 314 c.p., ma non la fattispecie gemella prevista dall'art. 215 cod. pen. mil. pace: in quell'occasione, la Corte dichiarò illegittimo l'aver mantenuto il peculato per distrazione per i soli militari, osservando che particolari ragioni inerenti all'amministrazione militare non bastavano a legittimare il mantenimento della fattispecie¹⁶.

Invece, nel caso dell'interesse privato del curatore la Corte ha enfatizzato le differenze con l'art. 324 c.p., e cioè essenzialmente il più severo trattamento sanzionatorio, per negare che il suo mantenimento nel sistema integri una disparità di trattamento¹⁷. A tal riguardo, va anche considerato che l'art. 228 l. f. si affiancava all'art. 324 c.p., ritenuto inapplicabile alle procedure concorsuali perché si riferiva a un «qualsiasi atto della pubblica amministrazione»¹⁸.

Tale impostazione è stata confermata di fronte all'eccezione secondo cui la riforma dell'abuso di ufficio del 1997, che ha drasticamente ridotto la portata di quest'ultima fattispecie, avrebbe introdotto un'ulteriore disparità di trattamento, perché il conflitto di interesse dei pubblici ufficiali diversi dal curatore sarebbe punito solo quando provoca un danno ad altri o un vantaggio a sé o ad altri, mentre il conflitto di interesse del curatore è punito a prescindere dalla realizzazione di un danno o di un vantaggio.

Anche stavolta si sono fatte prevalere le ragioni della specialità della legge fallimentare, individuandosi la *ratio* dell'interesse privato del curatore «nel bisogno di prevenire il pericolo che attraverso le maglie della legge il curatore trovi la via di scampo ad azioni delittuose»¹⁹. Insomma, visto che l'attività gestoria del curatore o del commissario non è formalizzabile, allora c'è

¹⁵ Mentre parte della dottrina ritiene che tale clausola debba ritenersi abrogata, altri intendono il rinvio all'art. 323 c.p. in senso recettizio, senza nascondersi la disparità di trattamento tra curatore e pubblico ufficiale che ne deriva: sulla questione, da ultimo A. MANNA, *Ricostruzione storico-dogmatica dei reati concorsuali e del curatore - dal r.d. n. 267/1942 alla Commissione Bricchetti del 2021*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2022, p. 503.

¹⁶ Corte cost., 13 dicembre 1991, n. 448, in *Cass. pen.* 1992, p. 1738 ss. Cfr. anche Corte cost., 18 luglio 2008, n. 286, in *Cass. pen.*, 2009, p. 131 ss., inerente al peculato d'uso militare.

¹⁷ Corte cost., 7 dicembre 1994 n. 414, in *Cass. pen.*, 1995, p. 2767 ss.

¹⁸ F. BRICOLA, *Interesse privato*, cit., p. 50.

¹⁹ Corte cost., 18 marzo 1999, n. 69, in *Il Fall.*, 1999, p. 1296.

bisogno di una norma penale dai contorni più sfumati e dal carico sanzionatorio più severo.

Per quanto attiene al *deficit* di determinatezza, la Consulta ha prospettato un'interpretazione costituzionalmente conforme, secondo la quale non basta a integrare lo schema della fattispecie la mera coincidenza o coesistenza di un interesse privato convergente o compatibile con l'interesse pubblico, né, tantomeno, la mera violazione di un obbligo di astensione, ma è necessario un contrasto tra l'interesse privato del curatore e quello della procedura concorsuale.

Riletta in questo modo, la norma intercetta comportamenti sicuramente censurabili, come ad esempio far predisporre alcuni atti della curatela al patrocinatore degli interessi dell'imprenditore fallito²⁰; oppure non aver segnalato al giudice delegato il fatto che l'imprenditore fallito, assieme al quale si svolge attività professionale, ha venduto un bene a un prezzo di gran lunga superiore a quanto confluì nelle casse del fallimento²¹.

Il monito della Corte costituzionale non è sempre accolto dalla giurisprudenza, sicché potrebbe essere condannato per interesse privato il curatore che senza autorizzazione del giudice delegato conceda ad un terzo l'uso gratuito di parte dei beni del fallimento, rinunciando alla loro redditività, anche se lo stesso tribunale fallimentare ha escluso l'esistenza di danni a carico dei creditori²².

Va quindi considerata con favore l'opzione prospettata dalla Commissione per la revisione dei reati fallimentari presieduta da Renato Brichetti, e cioè abrogare l'art. 344 d. lgs. 14/2019 «così da rendere le ipotesi di responsabilità penale del curatore e delle persone che lo coadiuvano nell'amministrazione della liquidazione giudiziale integralmente ricondotte allo statuto penale dei pubblici ufficiali in generale»²³.

3. CONSIGLIO TECNICO E CONCORSO DI PERSONE NEL REATO

Veniamo infine alla terza area di rischio, quella del concorso del professionista nel reato commesso dal cliente. Si sa che la clausola dell'art. 110 c.p. ha una portata potenzialmente onnivora, perché si limita a enunciare la regola della pari responsabilità di ognuno omettendo completamente di spiegare quando «più persone concorrono nel medesimo reato».

Da qui il problema di comprendere se e quando possa dirsi concorrente di un reato, ad esempio della bancarotta dell'imprenditore, il consulente che ha fornito un consiglio tecnico su un'operazione successivamente qualificata come distrazione, dispersione, ecc²⁴.

Sul finire degli anni '70 del secolo scorso, la Cassazione aveva risolto la questione in questo modo: il legale che indichi al cliente il mezzo per sottrarre i beni alla garanzia dei creditori violerebbe l'obbligo della correttezza professionale, non anche la norma penale che punisce i fatti di distrazione commessi dall'imprenditore commerciale. Invece il professionista potrebbe rispondere a titolo di concorso in bancarotta se, ad esempio, assiste il cliente nella stipulazione di negozi simulati, si adopera per indurre i creditori ad accettare un concordato stragiudiziale, si fa ideatore e programmatore degli atti di distrazione o addirittura li programma o li suggerisce in un ambito che lo vede gestore o cogestore della impresa²⁵.

Questo indirizzo distingueva in maniera abbastanza netta le attività inerenti all'esercizio della professione, penalmente irrilevanti sebbene deontologicamente scorrette, e le condotte che esorbitano dalla sfera della professione perché sfociano in un contributo di tipo organizzativo o esecutivo: ad esempio la predisposizione dei contratti attraverso i quali dar vita alla distrazione del patrimonio, o più in generale la programmazione degli atti di distrazione.

²⁰ Cass., sez. V, 12 marzo 2019, n. 28032.

²¹ Cass., sez. V, 6 febbraio 2003, n. 19818.

²² Cass., sez. V, 12 ottobre 2004, n. 46802.

²³ *Proposte di revisione delle disposizioni penali del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (Codice della crisi e dell'insolvenza, di seguito CCI) e del R.d. 16 marzo 1942 n. 267 (di seguito, legge fallimentare o LF)*, 10 giugno 2022, p. 36.

²⁴ Sul punto, E. BASILE, *Consiglio tecnico e responsabilità penale*, cit., 181 ss.

²⁵ Cass., sez. V, 25 gennaio 1979, n. 859.

A partire dagli anni '80, si è però affermato un orientamento meno favorevole per il professionista. La massima ricorrente è diventata quella secondo cui concorre in qualità di *extraneus* nei reati di bancarotta patrimoniale e documentale il professionista (l'avvocato, il consulente contabile, e così via) che, consapevole dei propositi delittuosi dell'imprenditore, fornisce consigli o suggerimenti sui mezzi giuridici idonei a sottrarre i beni ai creditori o lo assiste nella conclusione dei relativi negozi, o ancora svolge attività dirette a garantirgli l'impunità o a rafforzarne, con il proprio ausilio e con le proprie preventive assicurazioni, l'intento criminioso²⁶.

Diventa così punibile non solo il contributo di tipo esecutivo o organizzatorio, ma anche i consigli sui mezzi, le attività *post delictum* (la garanzia dell'impunità), e persino il rafforzamento del proposito criminioso. In breve, la consulenza viene attratta nel duttile schema del concorso morale quando il professionista è consapevole del carattere criminioso dell'attività che l'imprenditore intende intraprendere.

Il problema della responsabilità del professionista per il consiglio tecnico si è posta anche in altre esperienze giuridiche. Significativa è la giurisprudenza tedesca, che traccia la linea di confine tra l'esercizio della professione e la responsabilità a titolo concorsuale sul piano della fattispecie soggettiva. Si sostiene infatti che agevoli oggettivamente la commissione del reato non solo il consulente che predispone progetti, contratti o documenti strumentali alla commissione di un reato, e quindi compie un'attività esecutiva, ma anche il professionista che comunica al cliente il rischio penale connesso a una determinata attività.

La partita si gioca sul piano del dolo, quando si richiede che il professionista debba essere sicuro dell'illiceità penale del comportamento agevolato: pertanto, non risponde del reato commesso dal cliente il consulente che fa notare la presenza di un rischio penale, perché egli prevede la possibile verifica di tale reato, ma non accetta tale eventualità; allo stesso modo, il consulente che

predispone modelli contrattuali nel dubbio della loro illiceità non agirebbe con il dolo dell'agevolazione, più precisamente egli non vorrebbe collaborare alla realizzazione di un reato in quanto la violazione del diritto è da lui considerata possibile, non certa²⁷.

Il problema è che il requisito della consapevolezza del concorrente non costituisce un argine alle pretese punitive laddove può essere scardinato dal grimaldello del dolo eventuale. Basti pensare alle prime sentenze italiane sui c.d. segnali d'allarme, che hanno ravvisato il dolo eventuale in capo al concorrente che, in virtù del suo ruolo o delle sue competenze professionali, avrebbe dovuto - si badi, avrebbe dovuto - cogliere i segnali rivelatori di un illecito²⁸. Più di recente la Cassazione ha aggiustato il tiro, precisando che i segnali d'allarme devono essere perspicui e peculiari e che è necessario provare sia la loro effettiva percezione, e non la percepibilità, sia la loro comprensione da parte dell'agente²⁹.

Tuttavia, queste affermazioni corrette non sono sempre coerentemente applicate, e in ogni caso un accertamento approfondito dell'elemento psicologico avverrà quando il procedimento penale è già stato aperto, con tutti i danni che ne conseguono³⁰.

Tutto ciò porterebbe a riflettere sulla necessità di una riforma della disciplina del concorso di persone del reato³¹.

²⁷ K. VOLK, *Sul rischio penale per l'avvocato*, in K. VOLK, *Sistema penale e criminalità economica*, Napoli, Esi, 1998, p. 161 ss.; M. MASUCCI, *Sul "rischio penale" del professionista. Contributo alla teoria generale del concorso di persone*, Napoli, Jovene, 2012, p. 45 ss.

²⁸ Magistralmente criticate in A. CRESPI, *La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi collegiali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 1149 ss.; su un piano più generale, C. PEDRAZZI, *Tramonto del dolo?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, pp. 1265 ss.

²⁹ Sul punto, D. PULITANÒ, *Diritto penale. Parte generale*, Torino, Giappichelli, 2023, p. 249-250.

³⁰ M. MASUCCI, *Sul "rischio penale"*, cit., p. 45.

³¹ A. PERINI, *Il consiglio tecnico come forma di compartecipazione dell'estraneo nei reati propri*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2003, p. 719 ss.; M. MASUCCI, *Sul "rischio penale"*, cit., p. 157 ss. Scettico sulla possibilità di arrivare a uno statuto penale del professionista, E. BASILE, *Consiglio tecnico e responsabilità penale*, cit., p. 259 ss.

²⁶ Tra le ultime, Cass., sez. V, 8 febbraio 2021, n. 18667.

Va però detto che sembrano ormai anacronistiche le riflessioni di Maestri della statura di Giuliano Vassalli e di Giuseppe Bettiol, i quali dicevano che «l'art. 110 del codice penale del 1930 è la disposizione più incostituzionale che esista nell'ordinamento italiano, quanto meno nell'ordinamento penale»³², oppure «che l'intero titolo del concorso di più persone in un reato è passibile di eccezione di incostituzionalità per mancanza di precisione parziale o totale»³³.

Prospettive anacronistiche, dicevo, se si considera la recente presa di posizione della Corte costituzionale, secondo la quale il reato di favoreggiamento della prostituzione rispetta il principio di determinatezza perché tale disposizione incriminatrice non sarebbe «affatto più indeterminata di quanto lo sia la generale disposizione generale sul concorso di persone nel reato (art. 110 cod. pen), costruita anch'essa come clausola sintetica»³⁴.

Certo, se l'art. 110 è diventato un modello di determinatezza, allora qualunque proposito di riforma diventa velleitario. Dubito che tutto ciò corrisponda all'assetto istituzionale tracciato dalla Costituzione, ma questo, come si dice, è un'altra storia.

³² G. VASSALLI, *Sul concorso di persone nel reato*, in A. M. STILE (a cura di), *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul progetto Grosso*, Napoli, Jovene, 2003, p. 345-346.

³³ G. BETTIOL, *Brevi considerazioni sul problema del concorso di più persone nel reato*, in CNR-CNPDS, *La riforma della parte generale del codice penale. Concorso di persone*, dattiloscritto, 1982, 4 (come citato da S. SEMINARA, *La disciplina del concorso di persone nel reato nei più recenti progetti di riforma*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, I, Torino, Giappichelli, 2011, p. 282, e qui altri riferimenti a chi si è espresso in maniera analoga.

³⁴ Corte cost., 7 giugno 2019, n. 141, in *Giur. Cost.* 2019, p. 1612.

DE CORDIUM SOLITUDINE, OVVERO SULL'AMORE COME PENA ACCESSORIA

di Federico ALOISIO*

ABSTRACT

Il presente contributo si pone l'obiettivo di affrontare il delicato tema del binomio carcere-attività, attraverso un'indagine che, nel tentativo di accertare se vi sia un reale diritto alla sessualità, restituisce l'immagine di un ordinamento giuridico ancora lontano dall'elaborazione di politiche di esecuzione penitenziaria sensibili al tema, complice una giurisprudenza di legittimità ammantata di riflessioni moralistiche.

SOMMARIO

1. Cenni introduttivi e profili definitivi
2. Sessualità e diritto: lo stato dell'arte
3. Profili giurisprudenziali nazionali e sovranazionali
4. Possibilismo normativo: esperienze estere a confronto
5. Criticità e considerazioni conclusive

1. CENNI INTRODUTTIVI E PROFILI DEFINITIVI

«Beati coloro che si baceranno sempre al di là delle labbra, varcando il confine del piacere, per cibarsi dei sogni». È così che Alda Merini, somma poetessa del Novecento, raccontava l'amore, inquadrandolo all'interno di un ragionamento inferenziale induttivo: l'amore è il mezzo attraverso il quale evadere dalla propria condizione terrena, carica di sofferenza e patimento, e abbracciare il mistero, la dimensione onirica del Sé, per ricominciare a sperare¹. Invero, la speranza si lega ai sentimenti e alla coscienza e diviene opera

progettuale da realizzarsi per il tramite della ragione, ovvero sia fondamento del pensiero stesso, che - tuttavia - ne esce menomato dall'esperienza detentiva, la quale produce una «desertificazione affettiva e relazionale che lascia sul campo solo vittime»².

In carcere si realizza il conflitto tra due impulsi umani fondamentali, il sensuale e la forma, destinato a tradursi nell'instaurazione di una «tirannide repressiva della ragione sulla sensualità»³, in un contesto ancora largamente percepito dalla collettività come ineludibilmente necessario: chi fa ingresso in istituto penitenziario è ancora percepito - si badi bene, anche dalla stessa Amministrazione penitenziaria - come un nemico, un deviato sociale incapace di rendersi partecipe di un percorso riabilitativo che dia rinnovata linfa vitale alla sua personalità e alle sue ambizioni nell'ottica di un futuro reinserimento; invero, è ineliminabile quella alterità concettuale del carcere come «luogo esterno», separato dalla società, teatro di personalità complesse da tenere il più possibile alla larga dal candore della società dei migliori. Il binomio libertà-dignità diventa, pertanto, dirimente quando si affronta il tema della detenzione.

A conforto di tale assunto militano numerose fonti che permeano (*rectius* dovrebbero permeare) il vigente ordinamento di esecuzione penitenziaria: di rango costituzionale sono gli artt. 2, 3, 25, 27 comma 3 Cost. che pongono l'individuo al centro del rapporto tra lo Stato e il detenuto e, segnatamente, rappresentano valori profondamente avinti alla dignità in senso oggettivo della persona umana e alla solidarietà che, sotto il profilo giuridico, è meta del processo di incentivazione del benessere collettivo tramite l'assolvimento di doveri di natura economica,

* Dottore magistrale in Giurisprudenza e tirocinante ex art. 73 d.l. 69/2013 presso la Procura della Repubblica del Tribunale di Trieste.

¹ L'uomo è, infatti, «un essere che progetta il suo futuro»: così affermava Edmund Husserl, considerato il padre della fenomenologia e delle ricerche contemporanee nella

psicologia cognitiva. In proposito, cfr. A. POLISENO, *La speranza. Tra ragione e sentimento*, Roma, Armando Editore, 2003, pp. 7 e ss.

² A. PUGIOTTO, *Della castrazione di un diritto. La proibizione della sessualità in carcere come problema di legalità costituzionale*, *Giur. Pen.*, fasc. 2-bis, 2019, p. 31.

³ Così J. C. F. SCHILLER, *Lettere sull'educazione estetica dell'uomo*, in M. HERBERT, *Eros e Civiltà*, Torino, p. 198.

politica e sociale⁴; del medesimo avviso è anche l'art. 1 O.P. che afferma che “il trattamento penitenziario deve essere conforme ad umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona”⁵.

È d'uopo chiedersi, pertanto, se vi sia (e, in caso affermativo, in che misura sia presente) un diritto all'affettività per il detenuto, vale a dire se il comprensibile desiderio del soggetto ristretto ad intrattenere rapporti d'intimità con soggetti ad esso legati da un vincolo d'affetto possa trovare conforto nei principi di matrice nazionale, europea ed internazionale che governano l'ordinamento giuridico. Se ne potrebbe sostenere *tout court* l'ammissibilità, financo considerato che l'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) e la Conferenza Internazionale della Sanità definiscono il concetto di “salute” quale «stato di completo benessere fisico, mentale, sociale e non esclusivamente l'assenza di malattia o infermità»⁶; più precisamente, è nel documento intitolato “Educazione e trattamento nella sessualità umana” (1975) che l'OMS definisce la “salute sessuale” come l'integrazione degli aspetti somatici, affettivi, intellettuali e sociali nell'essere sessuato al fine di pervenire ad un arricchimento della personalità umana, della comunicazione e dell'amore⁷, giungendo a qualificarla quale vero e proprio diritto nel 2006: «La sessualità è un aspetto centrale

dell'esistenza umana che accompagna il corso della vita intera. La sessualità si sperimenta ed esprime per il tramite di pensieri, fantasie, desideri, credenze, attitudini, valori, comportamenti, pratiche, ruoli e relazioni. In particolare, si tratta di una forma di comunicazione attraverso la quale si ricercano piaceri ed emozioni. La sessualità è un diritto ed un determinante della salute; infatti, essa è influenzata dall'interazione di fattori biologici, psicologici, sociali, economici, politici, culturali, giuridici, religiosi e spirituali»⁸.

Com'è intuibile, la dimensione affettiva e sessuale rappresentano componenti essenziali dell'essere umano, in un'accezione fenomenologica non soltanto socio-antropologica ma anche, e soprattutto, psiconeurobiologica: le scienze sociali (e la psicologia, in particolare) descrivono l'affettività come un complesso di fatti e processi fenotipici emotivi, cognitivi, sociali e comportamentali che caratterizzano le reazioni psichiche di un individuo e che stanno alla base della comunicazione umana, in un moto circolare di interconnessione tra la dimensione affettiva e quella gnoseologica⁹.

Lo sviluppo dell'affettività, in modo fisiologico e non patologico, rappresenta, pertanto, un'ineluttabile discriminante essenziale per il tramite della quale si raggiunge il benessere o si sprofonda nel disadattamento psicologico, così come la negazione della sessualità in carcere disvela una imperante perdita della capacità decisionale del detenuto, privato del diritto di dedicarsi appieno alle proprie relazioni affettive¹⁰,

⁴ Cfr. G. SILVESTRI, *L'individuazione dei diritti della persona*, Relazione presentata dall'Autore al XXXII Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale “Prof. G. D. Pisapia”, intitolato “Diritti della persona e nuove sfide del processo penale”, Salerno, 25-27 ottobre 2018, *Dir. Pen. Cont.*, 29 ottobre 2018. L'A. osservava che gli artt. 2 e 3 Cost. sono «espressione di valori metagiuridici, legati alla solidarietà e alla dignità della persona umana, vere e proprie ‘ancore normative’ dei diritti inviolabili riconosciuti all'individuo in quanto tale, a prescindere da qualsiasi connotazione soggettiva o, in questo caso, da ogni valutazione della sua condotta».

⁵ Articolo modificato con il d.lgs. 123/2018 che non ha novellato l'inciso *de quo* bensì quello successivo in prospettiva largamente più fortunata per il detenuto, dacché il trattamento penitenziario dovrà essere improntato ad “assoluta imparzialità, senza discriminazioni in ordine a sesso, identità di genere, orientamento sessuale, razza, nazionalità, condizioni economiche e sociali, opinioni politiche e credenze religiose, e si conforma a modelli che favoriscono l'autonomia, la responsabilità, la socializzazione e l'integrazione”.

⁶ www.who.int/about/governance/constitution

⁷ apps.who.int/iris

⁸ www.who.int/health-topics/sexual-health. In merito, cfr. S. LIBIANCHI, *Argomenti di prevenzione ed igiene pubblica in carcere: la questione della sessualità, della riduzione del danno e delle c.d. “love rooms”*, *Giur. Pen.*, fasc. 2-bis, 2019, pp. 296 ss.

⁹ Per approfondire il tema, cfr. F. CAMBI, s.v. “Affettività”, in AA.VV., *L'Universo del corpo*, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1999, in www.treccani.it.

¹⁰ Tale capacità viene sottratta al detenuto in ragione del titolo detentivo proprio dal legislatore, il quale – surrogandosi al soggetto ristretto in carcere – si offre quale autorità in grado di stabilire discrezionalmente quali siano i legami meritevoli di protezione e, soprattutto, in che modo, dove e con quale frequenza ne sia ammesso il godimento. Per qualche considerazione ulteriore, cfr. M. MINAFRA, *La tutela genitoriale nel preminente interesse del minore: mai più “bambini detenuti”*, *Giur. Pen.*, fasc. 2-bis, 2019, p. 102.

oltre che una «frantumazione del rapporto emotivo-sentimentale»¹¹ in un processo di totale regressione del ristretto alla fase puberale o pre-puberale, in direzione diametralmente opposta alla rieducazione e risocializzazione del detenuto previste dall'art. 27, comma 3 Cost.¹².

La centralità del patrimonio affettivo del soggetto detenuto è, a ben vedere, resa esplicita dallo stesso ordinamento penitenziario vigente che, in numerose disposizioni, rinvia alla famiglia e al concreto mantenimento del sodalizio affettivo con la stessa come incentivo ed elemento stesso del programma esecutivo trattamentale¹³ (ne è un esempio l'art. 1, comma 2 O.P. che, alla luce della novella di cui al d.lgs. 123/2018, afferma: «Il trattamento tende, anche attraverso i contatti con l'ambiente esterno, al reinserimento sociale ed è attuato secondo un criterio di individualizzazione in rapporto alle specifiche condizioni degli interessati»). La norma poc'anzi citata, invero, rende cristallina un'evidenza che ancora si fatica a comprendere nella sua sfaccettata ontologia: la relazione tra individui consente di mantenere il contatto con la realtà e, anzi, rappresenta indubbiamente la prima pietra da posare nel percorso di ricostruzione individuale e reinserimento sociale post-detentivo. Nondimeno, v'è un aspetto critico da segnalare e che sovente viene sottaciuto in nome di un trattamento punitivo altamente individualizzato e precisamente cucito addosso al soggetto condannato: il destino del consorte del detenuto, il quale - *nomen omen* - finisce per dividerne le sorti, patendo una lontananza dagli affetti per un reato che non ha mai commesso. È il volto della c.d. bilateralità della

pena, che colpisce i familiari del reo e li condanna ad un'esistenza da invisibili, prima per l'ordinamento e poi, pian piano, per il detenuto stesso¹⁴.

Infine, l'operare di tale «dispositivo proibizionista»¹⁵ di matrice normativa determina l'insorgere di numerose altre criticità con riferimento all'esperienza detentiva del soggetto ristretto: tra le molte, meritevoli di attenzione sono, in primo luogo, le pratiche di autoerotismo, consumate con «modalità adolescenziali»¹⁶ e con destrezza (in considerazione del fatto che la masturbazione in cella configura la fattispecie penale di «atto osceno in luogo pubblico» ex art. 527 c.p., giacché aperto al pubblico è considerato lo spazio all'interno dell'istituto penitenziario¹⁷); in secondo luogo, l'omosessualità indotta, dominata dalla costrizione e sovente mezzo attraverso cui veicolare istanze di dominazione e sfruttamento; in terzo luogo, il fenomeno dei c.d. matrimoni bianchi, ovvero sia celebrati ma mai consumati, e la difficile condizione di quanti intendano mantenersi fedeli ad una identità sessuale fluida e non rigidamente binaria. A rendere ancora più desolante il quadro sin qui tracciato sono le funeste conseguenze a cui la privazione di qualsivoglia forma di contatto fisico con gli affetti espone il detenuto e che possono essere agevolmente ricondotte a quattro distinti profili di intervento: il

¹¹ In tal senso C. BRUNETTI, *Il diritto all'affettività per le persone recluse*, *Rass. Penit.*, 2008, p. 108.

¹² In proposito, cfr. A. PUGIOTTO, *Della castrazione di un diritto*, cit., p. 33: «Come i bambini, i reclusi godono di una limitata libertà d'azione, sono sorvegliati a vista, perdono la loro capacità di autodeterminazione, i loro stessi gesti quotidiani sono regolati da 'superiori', magari sollecitati dalle suppliche avanzate in apposito modulo che, fino a ieri, aveva un nome gergale - 'domandina' - non a caso attinto dal vocabolario infantile».

¹³ Dello stesso avviso è anche V. MANCA, *Perché occuparsi della questione 'affettività' in carcere?*, *Giur. Pen.*, fasc. 2-bis, 2019, p. 8: «i legami familiari, infatti, sono un parametro su cui modellare il processo di individualizzazione, a prescindere, peraltro, da ogni valutazione di tipo premiale».

¹⁴ Molteplici sono i contributi che sul punto elaborano qualche riflessione in merito. *Ex multis*, cfr. M. MINAFRA, *La tutela genitoriale*, cit., p. 103; J. MATTHEWS, *Forgotten Victims. How prison affects the family*, *Nacro*, 1983, p. 19; A. PUGIOTTO, *Della castrazione di un diritto*, cit., p. 31.

¹⁵ A. PUGIOTTO, *Della castrazione di un diritto*, cit., *passim*.

¹⁶ A. PUGIOTTO, *Della castrazione di un diritto*, cit., p. 33.

¹⁷ Diverse sono le pronunce giurisprudenziali in merito. *Ex multis*, cfr. Cass. Pen. sez. VI, 15 maggio-7 giugno 2018, n. 26028: «da cella e gli ambienti penitenziari sono da considerarsi luogo aperto al pubblico e non certamente luogo di privata dimora né luogo pubblico, sul rilievo che si tratta di luoghi che si trovano nella piena e completa disponibilità dell'amministrazione penitenziaria, che ne può fare uso in ogni momento per qualsiasi esigenza d'istituto, non essendo nel possesso dei detenuti, ai quali non compete alcuno *ius excludendi alios*. [...] Non vi è ragione giuridicamente apprezzabile per ritenere che l'istituto penitenziario, pur non essendo luogo continuativamente libero a tutti, non è luogo aperto al pubblico dal momento che in tale luogo convive una moltitudine di soggetti, non solo il personale addetto ma anche i detenuti, che interagiscono tra di loro secondo regole di natura regolamentare e di convivenza civile».

profilo umano, sul quale si concentrano distorsioni della personalità, processi dissociativi e sindromi psicopatologiche e psicopatiche sovente sfocianti in episodi di violenza fisica personale e altrui; il profilo securitario interno, rispetto al quale si pongono interrogativi con riferimento ai rapporti tra detenuti e tra detenuti ed agenti di custodia; il profilo securitario esterno, sul quale si annida il peso, come una spada di Damocle, del reinserimento nel consorzio civile di un soggetto oramai destrutturato, privato della propria individualità e a cui non è stato offerto adeguato supporto per gestire le proprie tendenze, specie in ottica specialpreventiva con riferimento a reati a sfondo sessuale; il piano igienico-sanitario, contraddistinto dal proliferare di rapporti di omosessualità indotta non protetti, con conseguente diffusione di malattie veneree ed infettive *intra moenia* ed *extra moenia* (in quest'ultimo caso, nell'ipotesi di successivo ricongiungimento con il partner all'esterno)¹⁸.

In passato, il problema del riconoscimento di un vero e proprio diritto alla sessualità del detenuto non aveva attirato la dovuta attenzione del legislatore nazionale ma aveva, comunque, fatto breccia nel cuore della Corte costituzionale con la sentenza n. 301/2012, ancorché la medesima Corte avesse dichiarato inammissibile la questione sollevata con ordinanza dal Magistrato di sorveglianza di Firenze. Oggi la questione si ripropone, giacché il Giudice dell'esecuzione di Spoleto ha sollevato questione di legittimità costituzionale davanti al Giudice delle leggi proprio in relazione al divieto per i detenuti, previsto dall'art. 18 O.P., di consumare rapporti sessuali con i rispettivi partner, ritenendo tale proibizione contrastante con molteplici norme, tra le quali figurano gli artt. 2, 13, 29, 30, 31 e 32 Cost. Ci si augura che non sia nuovamente un'occasione persa per l'Italia per conformarsi agli standard europei (ed internazionali) in materia, realizzando un'armonizzazione legislativa capace di dare una

definitiva risoluzione alla quotidianità di ciascun soggetto detenuto.

2. **SESSUALITÀ E DIRITTO: LO STATO DELL'ARTE**

L'epistilio portante dell'asserito divieto di intrattenere rapporti sessuali *intra moenia* va ravvisato, senza dubbio, nel principio della sorveglianza continua sul detenuto, che trova ampia declinazione nell'(in)evitabile imperativo del controllo visivo del soggetto ristretto durante i colloqui e le visite con i propri affetti¹⁹. Orbene, la sorveglianza viva rintraccia le ragioni della propria vigenza nella necessità di garantire il rispetto di diffuse ragioni di ordine pubblico e sicurezza sociale, oltre che di ostacolare la commissione di ulteriori reati e assicurare al detenuto il diritto ad incontrare i propri cari nel contesto di spazi comuni adeguatamente tranquilli ed ordinati ma, al tempo stesso, inibenti²⁰.

Ad oggi, l'unica possibilità per il soggetto ristretto di esercitare il proprio diritto alla sessualità si snoda lungo due diverse direttrici istituzionali: da un lato, i permessi premio; dall'altro, le misure alternative alla detenzione. Questi due istituti portano, a parere di chi scrive, a identificare il principio rieducativo di cui all'art. 27, comma 3 Cost. nella premialità, nella concessione di benefici penitenziari introdotti nell'ordinamento vigente grazie alla l. 10 ottobre 1986, n. 663 (nota come

¹⁸ Sul punto, cfr. V. MANCA, *Perché occuparsi della questione 'affettività' in carcere?*, cit., pp. 11 ss.; A. ZAFFANELLA, *Dal perimetro della cella a quello del cuore: l'affettività in carcere*, *Giur. Pen.*, fasc. 2-bis, 2019, p. 230.

¹⁹ L'art. 18, comma 2 O.P. afferma che «i colloqui si svolgono in appositi locali, sotto il controllo a vista e non auditivo del personale di custodia». Tale principio viene, poi, ripreso e avvalorato da alcune norme del Regolamento del 30 giugno 2000 n. 230: si pensi all'art. 37, comma 5 che sostiene che «[...] In ogni caso, i colloqui si svolgono sotto il controllo a vista del personale del Corpo di polizia penitenziaria»; o all'art. 61 del Regolamento medesimo che, nel disciplinare i rapporti con la famiglia e la progressione nel trattamento, stabilisce che il direttore dell'istituto penitenziario può autorizzare modalità di visita alternative tra il detenuto e la propria famiglia ma pur sempre nel rispetto delle «modalità previste dal secondo comma dell'articolo 18 della legge». E ancora, anche il d.m. 5 dicembre 2012, attuativo del d.P.R. 5 giugno 2012 n. 136 (c.d. Carta dei diritti e dei doveri dei detenuti e degli internati) rafforza siffatte prescrizioni, affermando che i colloqui si svolgono «in appositi locali senza mezzi divisorii e sotto il controllo visivo e non auditivo del personale di polizia penitenziaria».

²⁰ In questo senso, cfr. A. PUGIOTTO, *Della castrazione di un diritto*, cit., p. 22.

Legge Gozzini), che, nella superiore intenzione di valorizzare l'aspetto rieducativo della detenzione rispetto a quello meramente punitivo e retributivo, prevede strumenti marcatamente più appropriati a salvaguardare e coltivare le relazioni c.d. primarie, ovvero quelle con la propria famiglia²¹; in tale ottica, i permessi premio di cui all'art. 30-ter O.P. rappresentano una valida soluzione all'inevitabile sacrificio del diritto alla sessualità del detenuto. Parimenti, le misure alternative alla detenzione rappresentano un'altra importante circostanza compensativa della rinuncia *de qua agitur*, trattandosi di misure che consentono al soggetto che ne beneficia di scontare la pena irrogata con modalità differenti dall'esecuzione all'interno di un istituto penitenziario, pur trattandosi di istituti intrinsecamente connotati da una ineliminabile componente afflittiva, affiancata ad un'attitudine rieducativa, variamente individuata nella prescrizione di obblighi di *facere e non facere*, la cui pregnanza muta in relazione alla specifica misura considerata; è evidente, tuttavia, che si tratta di strumenti residuali, concedibili solo a fronte della sussistenza di determinati requisiti oggettivi e soggettivi²², che suggeriscono una soluzione al problema della sessualità dei detenuti attraverso l'apertura di «parentesi extrapenitenziarie»²³, lontane dalle lungimiranti soluzioni *de iure condendo* - in seguito bocciate dalla legge delega n. 103/2017 - proposte dalla Commissione ministeriale presieduta dal Prof. Francesco Palazzo in tema di modifiche al sistema sanzionatorio, le quali prospettavano l'introduzione di veri e propri «permessi di affettività». Ciò nonostante, anche i permessi premio di cui all'art. 30-ter O.P. hanno subito un travagliato percorso di bilanciamento delle istanze in gioco, stante la faticosa volontà del

legislatore di garantire a tutti i detenuti la possibilità di esercitare il proprio diritto alla sessualità²⁴.

Se la premialità penitenziaria rappresenta una prima modalità di contatto tra il soggetto ristretto e i suoi affetti - ferme restando le condizioni che, *de facto*, ne consentono l'accesso ad una platea alquanto ridotta di beneficiari -, la seconda forma di contatto è rappresentata dall'ingresso in carcere dei soggetti legati affettivamente al detenuto: ciò è reso possibile proprio dall'istituto dei colloqui visivi di cui all'art. 18 O.P., il cui accesso - diversamente da quanto accade per i permessi premio - è garantito al di là del rispetto di talune condizioni, assurgendo, così, al rango di istituto essenziale e parte integrante del trattamento esecutivo²⁵. Chiaramente, *ça va sans dire*, trattandosi della modalità più pregnante attraverso cui instaurare quei «contatti con il mondo esterno» cui fa riferimento l'art. 15 O.P., tale istituto si è sovente prestato a strumentalizzazioni e storture che, soprattutto nell'ambito di condanne per 416-bis c.p., hanno di fatto agevolato il condannato nel mantenimento del rapporto con il sodalizio criminoso e nella gestione, dall'interno, degli affari illeciti, ragione per cui si è giustificata l'ulteriore compressione del diritto *de quo* in regime di 41-bis O.P.²⁶.

Lo strumento dei colloqui visivi, tuttavia, non ha saputo resistere alla tentazione di proporsi quale panacea di ogni male, ignorando del tutto la circostanza per la quale il controllo visivo (che ne è parte integrante) non consente la piena espressione dei sentimenti propri del detenuto e dei suoi cari (che subiscono un processo di vittimizzazione collaterale) giacché non sono permessi nel corso di

²¹ Cfr. C. OLIVO, *Affetti e carcere: prospettive intramurarie di riforma nel bilanciamento tra esigenze di tutela contrapposte*, *Giur. Pen.*, fasc. 2-bis, 2019, p. 136.

²² Con riferimento, nello specifico, ai permessi premio di cui all'art. 30-ter O.P., questi sono concedibili soltanto qualora vi sia assenza di pericolosità e regolare condotta del detenuto e siano state espresse determinate porzioni di pena.

²³ A. PULVIRENTI, *Diritti del detenuto e libertà sessuale*, *Annali del Seminario giuridico*, Università di Catania, 2001, I, p. 172. Per alcune riflessioni aggiuntive, cfr. anche A. PUGIOTTO, *Della castrazione di un diritto*, cit., p. 23.

²⁴ In proposito, cfr. A. PUGIOTTO, *Della castrazione di un diritto*, cit., pp. 23 ss. L'Autore offre una disamina particolareggiata della cronistoria legislativa dei permessi premio, evidenziando, fra l'altro, le difficoltà di accesso a siffatto beneficio penitenziario, stante l'impossibilità di usufruirne da parte di tutti coloro che attendono il passaggio in giudicato della sentenza o i definitivi socialmente pericolosi o in regime di 4-bis o 41-bis O.P. Particolari regole sono dettate, poi, in tema di recidiva.

²⁵ Tale assunto viene confermato dall'art. 15, comma 1 O.P., secondo il quale «Il trattamento del condannato e dell'internato è svolto [...] agevolando opportuni contatti con il mondo esterno e i rapporti con la famiglia».

²⁶ M. NESTOLA, *I colloqui e i detenuti al 41-bis*, *Giur. Pen.*, fasc. 2-bis, 2019, p. 165.

tali colloqui baci, carezze o tenerezze: così, il detenuto, da carnefice, diviene vittima di un meccanismo che dovrebbe educare all'amore, al rispetto, alla gentilezza, all'altruismo, che dovrebbe insegnare l'arte della devozione al prossimo e che, invece, finisce per impedire al recluso di maturare un senso di responsabilità che gli consenta di confrontarsi nuovamente con la vita comunitaria²⁷. A mitigare parzialmente - quantomeno nelle intenzioni - l'aggravio dello *status* di detenuto con ulteriori vincoli e ostacoli inevitabilmente impattanti anche sui familiari del detenuto, l'art. 14 O.P. sancisce il c.d. principio di territorialità della pena, stabilendo che «i detenuti e gli internati hanno diritto di essere assegnati a un istituto quanto più vicino possibile alla stabile dimora della famiglia o, se individuabile, al proprio centro di riferimento sociale, salvi specifici motivi contrari»²⁸. Anche in questo caso, tuttavia, le sempre più pressanti esigenze logistiche legate al fenomeno del sovraffollamento carcerario ledono il diritto del detenuto a vedersi collocato in un istituto penitenziario vicino al luogo di residenza della famiglia, rendendo, per ciò solo, difficile (e, talvolta, impossibile) la realizzazione degli incontri ed accentuando sempre di più il rumore assordante di quella solitudine che, giorno dopo giorno, finisce per inghiottire il penitente e le sue speranze.

3. PROFILI GIURISPRUDENZIALI NAZIONALI E SOVRANAZIONALI

All'esito di questa introduttiva disamina, ancorché priva di pretese di completezza, è possibile affermare che il sistema restituisce l'immagine di un vero e proprio diritto alla sessualità. Ciò nonostante, è notorio che, dall'entrata in vigore della legge di ordinamento

penitenziario ad oggi, nessun magistrato di sorveglianza ha mai autorizzato un detenuto ad intrattenere rapporti sessuali con il proprio partner all'interno delle mura dell'istituto penitenziario; tale circostanza ha, in effetti, trovato conferma nel diritto vivente della Suprema Corte di Cassazione, la quale ha precisato che «il vigente ordinamento penitenziario esclude, per i detenuti, la facoltà di rapporti sessuali, anche tra persone unite in matrimonio, nel carcere», basando siffatta ricostruzione sul presupposto che la compressione di tale diritto sia «una conseguenza diretta della privazione della libertà personale, propria della reclusione e, pertanto, il nostro ordinamento giuridico non attribuisce al condannato in espiazione della pena inflittagli, il potere di contrastare, in tale suo stato, la detta limitazione opponendo un diritto civico della sua personalità privata, in contrapposizione alla privazione della libertà personale»²⁹. Sovrapponibili sono stati, poi, gli approdi giurisprudenziali nel «caso Cutolo», laddove il desiderio del condannato di diventare padre veniva riconosciuto ma solo attraverso il prelievo di liquido seminale e a causa di una condizione patologica della moglie che, prevista dalla l. 40 del 2004, ne consentiva l'accesso alle pratiche di procreazione medicalmente assistita³⁰.

L'imperante divieto, avallato dalla giurisprudenza di legittimità, di intrattenere rapporti sessuali anche tra persone unite nel matrimonio ha generato il fenomeno dei c.d. matrimoni bianchi, ovvero sia celebrati ma mai consumati, in considerazione dell'assunto per cui «non costituisce motivo grave che, se accertato, può legittimare la concessione di permesso al detenuto a norma dell'art. 30, legge n. 354 del 1975 [...] la necessità di trascorrere un breve periodo di tempo con il coniuge al fine di consumare il matrimonio celebrato in carcere», dal momento che non vi è «alcuna illegittimità costituzionale di una norma che ha come scopo ben altro che non un'esigenza naturale ed affettiva, sacrificata per lo stato di

²⁷ Il carcere, infatti, si connota per essere un luogo dove aggressività e negatività si concentrano, dove emarginazione e diversità dominano incontrastate i sentimenti del detenuto, in un clima sovente attraversato da un difficile rapporto tra l'autorità penitenziaria e i carcerati, sfociante, talvolta, in interventi di carattere intimidatorio e repressivo al fine di sedare episodi di tensione carceraria.

²⁸ C. OLIVO, *Affetti e carcere*, cit., p. 143; A. ZAFFANELLA, *Dal perimetro della cella*, cit., pp. 186 ss.

²⁹ Cass. Pen. sez. I, 10 aprile-22 giugno 1992, n. 1553, *Ponti*, in *Mass. Cass. Pen.*, 1992, n. 11, p. 66.

³⁰ A. PUGIOTTO, *Della castrazione di un diritto*, cit., pp. 21 ss.

detenzione»; infatti, prosegue la Corte, «tra gli eventi di particolare gravità può rientrare tutto ciò che ha il carattere dell'eccezionalità e non il diritto ad avere rapporti sessuali, che per sua natura, non ha alcun carattere di eccezionalità»³¹. Dura, pertanto, la posizione della Corte di Cassazione, a cui si potrebbe obiettare che l'eccezionalità rappresenta la qualità di ciò che esula dalla norma, da ciò che è ordinario e comune, da ciò che accade frequentemente; con riferimento al rapporto sessuale, si potrebbe sostenere tale tesi laddove anche il soggetto detenuto, rispetto ad un soggetto libero, avesse la medesima possibilità di fruire dei piaceri carnali, cosa che non avviene e che, pertanto, non può definirsi già in sé eccezionale, stante l'assoluta preclusione di base di accedere a tali contatti fisici.

Tuttavia, la giurisprudenza di legittimità non è stata la sola a pronunciarsi sul diritto alla sessualità del detenuto: tale posizione soggettiva è stata sottoposta al vaglio tanto del Consiglio di Stato quanto della Corte costituzionale, con esiti non decisivi. Anzitutto, meritevole di menzione è il parere negativo espresso dal Consiglio di Stato sul d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230, nella parte in cui proponeva l'introduzione di una nuova specie di permesso intramurario, concedibile al di sopra di un determinato *quantum* di pena (sei mesi, nello specifico) e per un numero precisato di volte in un anno (dodici al massimo, significando in media 1 al mese). Il detenuto avrebbe potuto trascorrere con i propri affetti fino a ventiquattro ore consecutive in predisposte unità abitative all'interno dell'istituto di pena, contando su di una sorveglianza esterna da parte degli agenti di custodia sussidiaria, attivabile soltanto in situazioni di comprovata emergenza³². Orbene, siffatta proposta normativa venne cancellata con un colpo di spugna in quanto ritenuta contraria alla legge, giacché «il contemperamento tra i diritti più intimi della persona da un lato e la configurazione di fondo del trattamento penitenziario dall'altro» richiedono «il responsabile intervento del legislatore, al quale solo spetta il potere di adeguare sul punto la normativa

penitenziaria che sembra diversamente orientata». Tale fu, come si evince, il monito lanciato dal Consiglio di Stato al legislatore nazionale che, tuttavia, non venne (e non viene tutt'oggi) colto dalla sensibilità politica del Parlamento, nemmeno quando sul punto si espresse la Corte costituzionale con una sentenza storica, la n. 301 del 2012.

A fornire il contesto di siffatta pronuncia era l'ordinanza di remissione degli atti al Giudice delle leggi del Magistrato di Sorveglianza di Firenze che nel 2012, censurando l'art. 18, comma 2 O.P. nella parte in cui prevedeva il controllo visivo del personale di custodia sui colloqui, sollevò quattro questioni di legittimità costituzionale con riferimento alla violazione di diversi parametri di giudizio rappresentati dagli artt. 2, 3, 27 comma 3, 29, 31 e 32 Cost., rappresentando come lo *status* detentivo non potesse assurgere ad elemento ostativo all'esercizio del diritto alla sessualità del detenuto, qualificato come diritto inviolabile dell'uomo, trasformandosi in mezzo attraverso cui annichire il processo di sviluppo della personalità umana dei soggetti ristretti che, certamente, si estrinseca anche per il tramite del mantenimento delle relazioni umane, tanto nella loro componente sentimentale quanto sessuale; inoltre, nell'ordinanza *de qua* il Magistrato di Sorveglianza qualificava come degradante ed inumano l'approccio trattamentale dell'astinenza sessuale imposta dall'art. 18 O.P., in totale antitesi con il principio rieducativo della pena e in violazione del diritto alla salute - anch'esso fondamentale ed inviolabile - e del diritto a tutelare e a favorire la formazione del nucleo familiare e dei legami affettivi. La Corte costituzionale, ancorché dichiarando la questione inammissibile e la non autosufficienza dell'ordinanza di remissione, aveva tuttavia riconosciuto la rilevanza del diritto all'affettività: infatti, «l'ordinanza di remissione», afferma la Corte, «evoca un'esigenza reale e fortemente avvertita, quale quella di permettere alle persone sottoposte a restrizione della libertà personale di continuare ad avere relazioni affettive intime, anche a carattere sessuale: esigenza che trova attualmente, nel nostro ordinamento, una risposta solo parziale nel già ricordato istituto dei

³¹ Cass. Pen. sez. I, 26 novembre 2008, n. 48165.

³² A. PUGIOTTO, *Della castrazione di un diritto*, cit., p. 19.

permessi premio [...] la cui fruizione resta in fatto preclusa a larga parte della popolazione carceraria». Prosegue il Giudice delle leggi sostenendo che «si tratta di un problema che merita ogni attenzione da parte del legislatore, anche alla luce delle indicazioni provenienti dagli atti sovranazionali richiamati dal rimettente e dell'esperienza comparatistica»³³.

Se nella giurisprudenza costituzionale poc'anzi citata emergeva la consapevolezza dell'insufficienza del dato normativo sul tema e la contestuale affermazione dell'esistenza di un diritto alla sessualità *intra moenia* come «in sé non incompatibile con lo stato di reclusione»³⁴, alcune indicazioni provengono anche dalla giurisprudenza sovranazionale che in diverse occasioni - pur lasciando intendere la propria necessità di restare estranea alle scelte di politica criminale nazionale - ha, con prudenza e cautela, trattato il tema delle visite coniugali e della sessualità negli istituti penitenziari. In particolare, in *Dickson c. Regno Unito*, la Corte E.D.U. aveva sostenuto l'opportunità di approvare politiche interne ai singoli Stati nazionali che consentissero ai soggetti ristretti di accedere ad incontri privati, anche al fine di estrinsecare la propria sessualità³⁵, sebbene non vi fosse un consenso unanime tra i diversi Stati membri che legittimasse un intervento della Corte ben più pregnante³⁶. È d'uopo sottolineare, infine, come la Corte di Strasburgo avesse più volte chiarito come fosse fondamentale che il detenuto, al di là dell'esecuzione della sua pena, conservasse comunque - sia pur in via residuale - un margine di libertà personale incontaminabile³⁷, tenendo a

mente, tra le funzioni della pena, soprattutto quella riabilitativa a salvaguardia della conservazione dei rapporti con le persone al di fuori dell'istituto penitenziario, alla luce del dettato dell'art. 8 C.E.D.U.³⁸.

Emerge, dunque, con chiarezza - ad avviso di chi scrive - che il diritto del detenuto alla sessualità non può esclusivamente risolversi in una logica premiale; anzi, il suo riconoscimento dovrà andare esente da qualsivoglia riferimento ai benefici penitenziari di cui si è detto, giacché esso stesso è essenziale connotato dell'umana condizione. *Rebus sic stantibus*, la sessualità potrà trovare nei permessi premio o nelle misure alternative alla detenzione soltanto un'ulteriore possibilità di esercizio, non certamente la *condicio sine qua non* da rispettare al fine di non ostacolare la fruizione.

4. POSSIBILISMO NORMATIVO: ESPERIENZE ESTERE A CONFRONTO

Molteplici sono le considerazioni, le obiezioni, i problemi emersi nell'arena dialettica, divenuta terreno di scontro ideologico tra dottrina e opinione pubblica, con riferimento al binomio carcere-affettività. Di tali riflessioni si darà contezza nel paragrafo che seguirà, di talché appare doveroso formulare alcune osservazioni sul tema proprio richiamandosi all'eterogeneo arsenale di istituti a sostegno del diritto all'affettività offerto da molteplici Paesi, europei e non.

In Spagna, la comunità autonoma della Catalogna ha previsto la possibilità di accedere, due volte al mese, a delle "visitas intimas" con il partner di riferimento, della durata di 90 minuti cadauna, in appositi locali non sottoposti a sorveglianza continua, al fine di consumare rapporti sessuali. V'è di più: proprio al fine di non comprimere oltremodo il diritto del detenuto al mantenimento del sodalizio familiare, la Catalogna ha ammesso

³³ www.cortecostituzionale.it. Per un approfondimento sulle motivazioni della sentenza in parola, cfr. C. OLIVO, *Affetti e carcere*, cit., pp. 141 ss.

³⁴ M. RUOTOLO, *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, in *Rivista AIC*, 6 agosto 2016, p. 30.

³⁵ Corte E.D.U., 4 dicembre 2007, *Dickson v. UK*, ric. n. 44362/04, par. 81.

³⁶ «The refusal of conjugal visits may for the present time be regarded as justified for the prevention of disorder and crime». In proposito, cfr. Corte E.D.U., 29 luglio 2003, *Aliiev v. Ukraine*, ric. n. 41220/08, par. 88.

³⁷ «Prisoners in general continue to enjoy all the fundamental rights and freedoms guaranteed under the Convention save for the right to liberty, where lawfully imposed detention expressly falls within the scope of Article 5 of the Convention [...]».

*There is, therefore, no question that a prisoner forfeits his Convention rights merely because of his status as a person detained following conviction». Per la sentenza nella sua interezza, cfr. Corte E.D.U., Grande Camera, 6 ottobre 2005, *Hirst v. UK* (n. 2), ric. n. 74025/01.*

³⁸ Cfr. G. ZAGO, *Declinazioni del principio di dignità umana per i detenuti queer: sessualità e identità di genere nel sistema penitenziario italiano*, *Giur. Pen.*, fasc. 2-bis, 2019, p. 254.

la possibilità, in caso di visite con figli di minore età, di effettuare tali incontri in spazi adibiti *ad hoc*, arredati e separati da quelli ove si svolgono ordinariamente i colloqui, prescindendo da una valutazione prognostica circa la condotta del reo³⁹.

Anche in Francia si è optato per una soluzione simile per il tramite delle c.d. UVF, vale a dire le “Unità di Visita Familiare”: trattasi, *tout court*, di appartamenti arredati con spazi esterni ad essi pertinenti ove è consentito al detenuto ricevere la visita di familiari e amici per un lasso di tempo compreso tra le sei e le settantadue ore, anche in questo caso lontano dalla sorveglianza continua degli agenti di custodia.

Inghilterra, Galles e Scozia hanno, invece, adottato un piano di assistenza finanziaria per tutte quelle famiglie dai redditi non particolarmente elevati, al fine di consentire loro di visitare i parenti carcerati, con il pieno rimborso delle spese di viaggio, pernottamento e vitto, per un massimo di ventisei visite l'anno⁴⁰.

La Svizzera, nello specifico il Canton Ticino, ha previsto che il detenuto possa ricevere visite da familiari e amici per massimo sei ore ogni mese, effettuando fino a tre telefonate settimanali, della durata di dieci minuti ciascuna, oltre alla previsione di un variegato ventaglio di tipologie di colloqui, una volta scontata una parte della pena detentiva: da

quello gastronomico (che consente al soggetto ristretto, una volta ogni due mesi, di pranzare o cenare insieme a parenti, partner e amici) al c.d. “congedo interno” che, in alternativa al primo, consente al detenuto di trascorrere un massimo di sei ore con familiari e amici, pranzando in una apposita struttura – denominata “Silva” – in un’area dell’istituto penitenziario, senza sorveglianza continua⁴¹.

E ancora, sempre in area europea, si pensi alla Croazia e alla Germania, dove il detenuto può accedere a colloqui senza sorveglianza con il partner, soprattutto in tutti quei casi in cui la pena detentiva da scontare sia particolarmente lunga; ai Paesi scandinavi che garantiscono il diritto alla sessualità consentendo al recluso di consumare rapporti sessuali con il partner in piccoli appartamenti a ciò adibiti, immersi nel verde e provvisti di tutte le comodità necessarie; alla Romania e all’Albania, che predispongono stanze all’interno degli istituti penitenziari per consentire i *vis-à-vis* intimi.

Anche Oltreoceano vi sono diversi Paesi che meritano di essere brevemente menzionati, alla luce delle scelte normative che hanno posto in essere con riferimento al tema della sessualità del detenuto: si pensi al Canada, che consente ai detenuti di trascorrere, fino ad un massimo di tre giorni consecutivi, del tempo con le proprie famiglie o partner in piena intimità all’interno di prefabbricati ubicati negli istituti penitenziari stessi; ad alcuni Stati americani (nello specifico, Mississippi, New York, California, Washington e New Mexico) che hanno introdotto i c.d. “*Conjugal or Family Visitation Programs*”, una sorta di permesso che autorizza il detenuto ad incontrare il coniuge (ogni quattordici giorni) e la famiglia (ogni mese) in appositi appartamenti collocati entro il perimetro del carcere, fino ad un massimo di tre giorni consecutivi; al Brasile che, nonostante la severità dell’esperienza detentiva, garantisce ad ogni soggetto recluso il diritto ad intrattenere, una

³⁹ A. ZAFFANELLA, *Dal perimetro della cella*, cit., p. 198. Con riferimento all’ordinamento spagnolo, si veda anche J.A.R. VAZQUEZ, *Afectividad y cárcel: un binomio (casi) posible en la experiencia española*, *Giur. Pen.*, fasc. 2-bis, 2019, pp. 70 ss. L’Autore afferma che il detenuto ha un vero e proprio diritto alle visite intime, pensate proprio al fine di consentire la consumazione del rapporto sessuale tra gli individui. Sui soggetti esterni all’istituto penitenziario ammessi a beneficiare di tale istituto, la Spagna si è a lungo interrogata, giacché il Regolamento penitenziario lasciava intendere che siffatte comunicazioni intime potessero celebrarsi sia che alla base vi fosse una relazione stabile tra il detenuto e l’altro soggetto, sia nel caso contrario. Tuttavia, l’Istruzione della Segreteria generale delle istituzioni penitenziarie n. 24 del 1996 ha fissato restrizioni alquanto severe, financo richiedendo la prova documentale della stabilità della relazione tra i soggetti coinvolti, dimostrando che, nei sei mesi anteriori, non vi siano stati altri contatti di natura sessuale con soggetti differenti.

⁴⁰ L. CUPPARI, “*Amore sbarrato*”: *affettività e sessualità dei detenuti come diritti fondamentali (parzialmente) inattuati. Approccio negazionista del legislatore italiano in una prospettiva di analisi comparata*, *Giur. Pen.*, fasc. 2-bis, 2019, p. 273.

⁴¹ Per una disamina complessiva di ulteriori istituti elvetici, anche a sostegno della genitorialità e della tutela dell’infanzia, cfr. A. PUGIOTTO, *Della castrazione di un diritto*, cit., pp. 198 ss.

volta alla settimana, rapporti sessuali di un'ora con qualsiasi persona egli desideri, indipendentemente dal fatto che i due soggetti siano o siano stati in passato legati da un rapporto di convivenza riconosciuto dallo Stato; a Città del Messico, che ha compiuto un passo ulteriore, concedendo - nello specifico - visite coniugali anche per i detenuti omosessuali al pari dei reclusi eterosessuali, anche al fine di arginare il dilagante fenomeno della prostituzione indotta e della violenza *intra moenia*, specie su minori⁴².

Com'è agile notare, i Paesi più avanguardisti sul punto si sono preoccupati di curare anche il profilo architettonico non solo degli spazi in cui consentire l'incontro intimo tra i partner bensì anche dell'istituto penitenziario stesso. Le neuroscienze hanno compreso che l'ambiente si inserisce in un processo di interazione con il comportamento umano, influenzandolo positivamente o negativamente, ragion per cui l'architettura penitenziaria, in concorso con le scienze sociali, è stata, negli anni, teatro di ampi dibattiti sul come costruire gli istituti penitenziari, come gestirne gli spazi, affidando ad un'indagine prossemica il concepimento delle caratteristiche che siffatti edifici debbano avere al fine di non prolungare oltre misura la sofferenza di una libertà negata⁴³. L'impianto edilizio rappresenta una delle molteplici *condiciones sine quibus non* attraverso cui realizzare la funzione rieducativa e riabilitativa del soggetto recluso, in un processo circolare che trasforma il carcere da luogo di sofferenza a luogo di riscatto e redenzione. Il sovraffollamento carcerario di cui l'Italia si rende da anni protagonista - a dispetto delle numerose sentenze di condanna da parte della Corte E.D.U. - unitamente alla quasi totale assenza di ambienti igienicamente controllati contribuiscono a perpetrare la malsana narrazione che vede nello stato detentivo la totale abnegazione del Sé, in un luogo caratterizzato da fagocitanti contrasti interni, prevaricazione e aggressività, ben lontani da quel

percorso trattamentale destinato a favorire il graduale reinserimento sociale del detenuto in un contesto che, col senno di poi, sentirà ancora più estraneo rispetto al suo ingresso in carcere.

5. CRITICITÀ E CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

A rendere complessa l'elaborazione di nuove politiche più sensate, inclusive e attente alla dimensione umana del detenuto concorrono, in primo luogo, difficoltà di ordine economico; in secondo luogo, difficoltà di ordine comunicativo con il legislatore nazionale; in terzo luogo, la dimensione concretamente problematica della questione, sia dal punto di vista operativo che ermeneutico.

Per quel che concerne le difficoltà di ordine economico, il diritto all'affettività - in quanto diritto - è vincolato a considerare la finitezza delle risorse disponibili, la capacità di spesa dello Stato, ben più limitata rispetto a quanto richiesto per soddisfare bisogni a tal punto articolati⁴⁴. Ampia prova di tale ostacolo si ritiene sia fornita proprio dalle scelte di politica criminale degli ultimi decenni, caratterizzate da un'evidente impronta indulgenziale che - per il tramite di indulti e leggi svuotacarceri - ha scommesso maggiormente su istituti e testi normativi capaci di mitigare il numero di persone detenute che su seri progetti di riqualificazione strutturale degli istituti penitenziari. Da quanto emerso infatti, nell'ipotesi in cui la normativa penitenziaria venisse novellata nel senso di riconoscere un vero e proprio diritto alla sessualità del detenuto, si renderebbe necessaria la previsione e l'introduzione di nuove forme di colloquio *vis-à-vis*, derogando all'obbligo di costante controllo a vista da parte degli agenti di polizia penitenziaria; tale introduzione richiederebbe, come s'è visto, la predisposizione di stanze o unità abitative a ciò destinate, impensabile nelle nostre carceri a causa dei gravi problemi di sovraffollamento.

⁴² L. CUPPARI, "Amore sbarrato", *cit.*, pp. 273 ss.

⁴³ D.A. DÈ ROSSI, *Architettura penitenziaria diritti umani e qualità della salute. L'affettività in carcere: modelli da ripensare*, *Giur. Pen.*, fasc. 2-bis, 2019, p. 210.

⁴⁴ In tal senso, cfr. M. BARONI, *Amare in carcere. Prospettive di riforma contro il rischio di destrutturazione oggettiva*, *Giur. Pen.*, fasc. 2-bis, 2019, p. 289.

Per quanto riguarda, invece, le difficoltà di ordine comunicativo, ad emergere con drammatica onestà è l'incapacità del consorzio civile, della giurisprudenza e della dottrina giuridica ad instaurare un valido confronto sul tema con il legislatore nazionale, complici una «ipersemplificazione del linguaggio politico»⁴⁵ e la contestuale (e sempre più avvertita) esistenza di un bisogno emotivo di punire sorgente nel comune consociato a fronte di condotte penalmente rilevanti di particolare allarme sociale; d'altronde, diversi sono i riferimenti che ci restituiscono l'immagine di una giustizia fortemente influenzata dalla vendetta, tanto nella letteratura quanto nella rappresentazione iconografica della stessa, la quale agisce con simmetria rispetto all'offesa inferta: il male derivante dalla violazione della norma verrà espiato con il male generato dall'inflizione della pena (*malum passionis propter malum actionis*). A conforto di tale ricostruzione milita anche un dato che è opportuno segnalare: accanto alla pretesa (in)sondabilità della sofferenza e della malvagità di un individuo, si accompagna quasi sempre un senso di frustrazione nel momento della sentenza definitiva di condanna, come se il bisogno di giustizia – concepita in termini assoluti – non fosse soddisfabile per il tramite di alcun trattamento punitivo. Si tratta di un ideale di retribuzione oggi non più sostenibile sia perché inappagante rispetto allo scopo perseguito sia perché limitato nella sua efficacia risocializzante.

Venendo alle criticità operative ed ermeneutiche, è doveroso premettere che sono state diverse le prospettive di riforma, con interventi particolarmente incentrati sulla modifica dell'art. 18 O.P. La prima difficoltà emerge proprio sul versante del controllo visivo: giacché la particolarità dei colloqui intimi sta nell'assenza di qualsivoglia forma di controllo, tale situazione potrebbe porsi in aperto contrasto con le esigenze di ordine e sicurezza interna, dando al detenuto la possibilità di creare o mantenere senza troppe difficoltà nuovi contatti con il sodalizio criminoso di cui era membro, sfruttando i familiari come mezzo attraverso cui veicolare istanze illecite.

Proprio con riferimento ai familiari o, più in generale, alle persone ammesse a beneficiare del colloquio intimo, è d'uopo sottolineare come l'art. 18 O.P., nella sua formulazione legislativa, faccia riferimento ai congiunti e, genericamente, alle "altre persone". La giurisprudenza è ormai concorde nel ricomprendere nel concetto di "famiglia" anche quella allargata, quella di fatto o l'unione civile, consentendo – pertanto – l'equiparazione anche di quanti convivano ai prossimi congiunti. Resta, tuttavia, da chiedersi quale sorte spetti a tutte quelle forme di affettività tra soggetti non qualificate dalla legge: si pensi, ad esempio, ai comuni fidanzati o a tutti quei rapporti di conoscenza o affetto comunque non caratterizzati da una affettività stabile nel tempo. È evidente che, sotto il profilo affettivo, siffatti rapporti siano meritevoli di protezione da parte dell'ordinamento giuridico tanto quanto quelli con i prossimi congiunti o i conviventi di fatto, trattandosi di relazioni sociali certo variegate ma comunque parte del percorso risocializzante del detenuto, sicché – previo accertamento del reale legame affettivo tra i due (e ci si domanda con quali mezzi si possa raggiungere tale dato probatorio) – appare possibile mantenere tutte le relazioni affettive importanti per il recluso⁴⁶. All'opposto, sotto il profilo della sicurezza interna ed esterna e dell'ordine pubblico qualche dubbio permane, dal momento che la stabilità del legame affettivo nel tempo rappresenta un requisito intrinseco che l'ordinamento vigente richiede al fine di autorizzare l'incontro tra il detenuto e il terzo soggetto senza la sorveglianza continua del personale penitenziario, potendosi il detenuto servire dell'incontro al solo fine di mantenere i contatti con la criminalità *extra moenia*. Infine, alle considerazioni poc'anzi svolte, si lega un'ulteriore criticità di difficile risoluzione: ammettere a beneficiare dei colloqui intimi i detenuti legati da stabili o sufficientemente stabili rapporti affettivi con i propri compagni, congiunti o conviventi di fatto equivale, in negativo, ad escluderne l'ammissibilità per quanti siano detenuti ma non abbiano relazioni affettive qualificate con nessuno,

⁴⁵ Così si esprime M. BARONI, *Amare in carcere*, cit., p. 290.

⁴⁶ Cfr. C. OLIVO, *Affetti e carcere*, cit., p. 147.

vivendo l'esperienza detentiva nella propria solitudine. È pacifico che, come si è detto in apertura di tale contributo, la sessualità rappresenta un bisogno primario di ogni individuo al fine di una corretta estrinsecazione della propria personalità, sicché ammettere taluni detenuti a tale possibilità, escludendone contestualmente talaltri genererebbe una disparità di trattamento inaccettabile, negando il diritto all'affettività ad una buona percentuale di popolazione reclusa. Una possibilità sarebbe quella di consentire al detenuto di accedere a prestazioni sessuali con soggetti terzi, sia pur con tutte le evidenti (e comprensibili) perplessità e tutte le difficoltà riferibili a questioni di sicurezza interna e di rilievo morale.

Un'ulteriore questione *de iure condendo* riguarda la posizione processuale del detenuto da ammettere all'esercizio di tale diritto: ci si chiede, cioè, se - in quanto diritto soggettivo - debba essere concesso ad ogni soggetto recluso o se, diversamente, debbano prevedersi alcune restrizioni in particolari ipotesi. Una parte della dottrina⁴⁷ ritiene che si debba distinguere tra soggetti imputati, indagati e detenuti definitivi: con riferimento ad indagati e imputati, nonostante la loro penale responsabilità non sia ancora stata accertata e non sia stata addebitata la paternità dei reati loro ascritti, potrebbe apparire necessario introdurre eventuali limitazioni al fine di salvaguardare le esigenze di cui all'art. 274, comma 1, lett. a) c.p.p. al fine di impedire, ad esempio, un contatto qualificato con soggetti all'esterno della realtà carceraria che possa rivelarsi strumento attraverso cui inquinare il compendio probatorio e la sua genuinità; per quanto riguarda i detenuti definitivi, invece, ci si richiama alle conclusioni cui si è pervenuti in precedenza, ben potendo il congiunto divenire un mezzo attraverso cui rinsaldare il legame con l'organizzazione per delinquere di appartenenza.

Un'ulteriore questione, infine, si pone con riferimento alla possibilità di ammettere al colloquio intimo qualsiasi detenuto, indipendentemente dal titolo di reato e dalla quantità di pena irrogata. Il problema si porrebbe

in tutti quei casi in cui il reo si fosse macchiato di reati di particolare gravità o che avessero una stretta attinenza tematica con il diritto in questione (come, ad esempio, quei soggetti che abbiano commesso reati a sfondo sessuale, magari anche a danno di soggetti di minore età); o si pensi, altresì, alle fattispecie penali di maltrattamenti in famiglia *ex art. 572 c.p.* o di atti persecutori *ex art. 612-bis c.p.* commessi ai danni del coniuge, del prossimo congiunto per cui il detenuto presenti istanza di accesso al colloquio intimo. Si tratta di un problema particolarmente avvertito, giacché è assai frequente che le vittime di violenza domestica o di atti persecutori non riescano ad interrompere *in toto* il rapporto affettivo con i propri aguzzini, innescandosi un processo di dipendenza emotiva destinato a perpetrare, sia pur indirettamente, le medesime violenze subite precedentemente.

All'esito di questa disamina, dunque, emerge come il diritto alla sessualità del detenuto sia un vero e proprio diritto soggettivo. L'esperienza comparatistica di ordinamenti giuridici terzi mostra come l'affettività cui ha bisogno il detenuto sia un'esigenza avvertita ad ogni latitudine e, come tale, vada regolamentata. Il diritto a vivere la propria intimità con la propria famiglia non può, quindi, collocarsi entro le strette maglie della premialità penitenziaria, trovando invero autonomo riconoscimento anche a livello sovranazionale nell'art. 8 C.E.D.U. È pacifico, altresì, che vi siano circostanze e ragioni che legittimano restrizioni e intrusioni in tale diritto, dovendosi pertanto operare necessariamente un bilanciamento tra interessi individuali e collettivi. Sebbene la giurisprudenza nazionale sia stata discontinua e disomogenea nel corso degli anni con riferimento a tale diritto, sia pur avvertendo il legislatore della necessità di legiferare sul tema, la Corte E.D.U., invece, si è mostrata ben più sensibile alle istanze avanzate dai detenuti sul punto, riconoscendo *expressis verbis* l'esistenza di un diritto all'affettività e raccomandando agli Stati membri di avere un approccio proattivo nel rendere effettivo l'esercizio di tale diritto.

Proprio dal contesto familiare dovrebbe ripartire il percorso di rieducazione e risocializzazione del recluso, dalla scoperta di una

⁴⁷ C. OLIVO, *Affetti e carcere*, cit., p. 148.

nuova dimensione di Sé nel mondo grazie ad una riconciliazione che gli consenta di perdonare, in primo luogo, sé stesso e, poi, di farsi perdonare dal consorzio civile. È in questo senso che il mantenimento di un rapporto con il mondo esterno può aiutare a preparare il terreno per il suo futuro reinserimento in società, poiché un individuo recuperato è un individuo che fa prevenzione generale.

BIBLIOGRAFIA E SITOGRAFIA

- M. BARONI, *Amare in carcere. Prospettive di riforma contro il rischio di destrutturazione oggettiva*, *Giur. Pen.*, fasc. 2-bis, 2019
- C. BRUNETTI, *Il diritto all'affettività per le persone recluse*, *Rass. Penit.*, 2008
- F. CAMBI, s.v. "Affettività", in AA.VV., *L'Universo del corpo*, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1999
- L. CUPPARI, "Amore sbarrato": affettività e sessualità dei detenuti come diritti fondamentali (parzialmente) inattuati. Approccio negazionista del legislatore italiano in una prospettiva di analisi comparata, *Giur. Pen.*, fasc. 2-bis, 2019
- D.A. DÈ ROSSI, *Architettura penitenziaria diritti umani e qualità della salute. L'affettività in carcere: modelli da ripensare*, *Giur. Pen.*, fasc. 2-bis, 2019
- S. LIBIANCHI, *Argomenti di prevenzione ed igiene pubblica in carcere: la questione della sessualità, della riduzione del danno e delle c.d. "love rooms"*, *Giur. Pen.*, fasc. 2-bis, 2019
- V. MANCA, *Perché occuparsi della questione 'affettività' in carcere?*, *Giur. Pen.*, fasc. 2-bis, 2019
- J. MATTHEWS, *Forgotten Victims. How prison affects the family*, Nacro, 1983
- M. MINAFRA, *La tutela genitoriale nel preminente interesse del minore: mai più "bambini detenuti"*, *Giur. Pen.*, fasc. 2-bis, 2019
- M. NESTOLA, *I colloqui e i detenuti al 41-bis*, *Giur. Pen.*, fasc. 2-bis, 2019
- C. OLIVO, *Affetti e carcere: prospettive intramurarie di riforma nel bilanciamento tra esigenze di tutela contrapposte*, *Giur. Pen.*, fasc. 2-bis, 2019
- A. POLISENO, *La speranza. Tra ragione e sentimento*, Roma, Armando Editore, 2003
- A. PUGIOTTO, *Della castrazione di un diritto. La proibizione della sessualità in carcere come problema di legalità costituzionale*, *Giur. Pen.*, fasc. 2-bis, 2019
- A. PULVIRENTI, *Diritti del detenuto e libertà sessuale*, *Annali del Seminario giuridico*, Università di Catania, 2001
- M. RUOTOLO, *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, in *Rivista AIC*, 6 agosto 2016
- J. C. F. SCHILLER, *Lettere sull'educazione estetica dell'uomo*, in M. HERBERT, *Eros e Civiltà*, Torino
- G. SILVESTRI, *L'individuazione dei diritti della persona*, *Dir. Pen. Cont.*, 29 ottobre 2018
- J.A.R. VAZQUEZ, *Afectividad y cárcel: un binomio (casi) posible en la experiencia española*, *Giur. Pen.*, fasc. 2-bis, 2019
- A. ZAFFANELLA, *Dal perimetro della cella a quello del cuore: l'affettività in carcere*, *Giur. Pen.*, fasc. 2-bis, 2019
- G. ZAGO, *Declinazioni del principio di dignità umana per i detenuti queer: sessualità e identità di genere nel sistema penitenziario italiano*, *Giur. Pen.*, fasc. 2-bis, 2019
- www.who.int/about/governance/constitution
- apps.who.int/iris
- www.who.int/health-topics/sexual-health

NOTA A CASS. PEN. SEZ.V DEL 11/02/2023 N. 693: L'INTERPRETAZIONE DEL "FINE DI PROFITTO" NEL REATO DI FURTO RIMESSA ALLE SEZIONI UNITE DELLA CORTE DI CASSAZIONE

di Alfonso Javier DI MUNZIO*

ABSTRACT

Con l'Ord. del 11 gennaio 2023 (ud. 18 novembre 2022) n. 693 (est. Catena) la V sezione penale della Corte di Cassazione ha rimesso al giudizio delle Sezioni Unite se il "fine di profitto" che anima l'elemento soggettivo nel delitto di furto ex art. 624 c.p., debba essere inteso estensivamente in termini di qualsivoglia utilità anche non patrimoniale tratta dall'impossessamento della res, concezione sostenuta dalla giurisprudenza di legittimità prevalente ovvero restrittivamente, come sostenuto di recente dalla giurisprudenza minoritaria, quale solo incremento del patrimonio del reo.

SOMMARIO

1. **Massima**
2. **Il caso di specie**
3. **L'orientamento che estende la nozione di profitto nel delitto di furto**
4. **L'orientamento restrittivo della nozione di profitto nel delitto di furto**
5. **Conclusioni**

1. MASSIMA

Il Occorre rimettere alle Sezioni Unite la soluzione del seguente quesito: se il fine di profitto, in cui si sostanzia il dolo specifico del delitto di furto, debba essere inteso solo come finalità dell'agente di incrementare la sfera patrimoniale, sia pure in funzione del perseguimento di ulteriori fini conseguibili, oppure se possa anche consistere nella volontà di trarre un'utilità non patrimoniale dal bene sottratto.

2. IL CASO DI SPECIE

La vicenda a monte dell'ordinanza che ha richiesto l'intervento nomofilattico delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, riguardava la

sottrazione da parte dell'imputato del telefono cellulare di un passante in strada che aveva provveduto a chiamare le forze dell'ordine per interrompere un animato litigio che incorreva tra l'imputato e una terza persona.

Il passante subito dopo la chiamata veniva raggiunto dall'imputato e privato con la forza del telefono cellulare.

Nell'atto di gravame la difesa aveva sostenuto che il reo aveva agito non per trarre profitto dall'impossessamento del telefono del passante ma solo per ritorsione verso la sua intrusione nella lite con la persona offesa, e che pertanto non si configurasse il delitto di furto.

L'organo giudicante, constatata la sussistenza di un contrasto ermeneutico nella giurisprudenza sulla nozione di profitto nel delitto di furto ha ritenuto opportuno rimettere la soluzione di questo alle Sezioni Unite.

3. L' ORIENTAMENTO CHE ESTENDE LA NOZIONE DI PROFITTO NEL DELITTO DI FURTO

La giurisprudenza di legittimità prevalente sostiene che il profitto integrante l'elemento soggettivo del delitto ex art.624 c.p., debba intendersi svincolato dal conseguimento di un vantaggio di natura esclusivamente patrimoniale, ben potendo configurarsi il delitto col conseguimento da parte del reo di qualsivoglia utilità anche di natura non patrimoniale attraverso l'impossessamento o per soddisfare un bisogno di tipo psichico per le più svariate finalità: dispetto, ritorsione, vendetta, rappresaglia o emulazione.

Quello maggioritario è un orientamento risalente, in cui tuttavia si collocano anche delle

recenti pronunce¹, basato sinteticamente sulle seguenti argomentazioni.

In *primis*, che il delitto di furto sia un reato contro il patrimonio e non a vantaggio del patrimonio sicché sarebbe irrilevante la finalità di lucro eventualmente perseguita dall'agente.

In *secundis* sul piano letterale, l'art. 624 c.p. non contemplerebbe una espressa limitazione del fine di profitto alla sola sfera patrimoniale, pertanto non vi sarebbero ostacoli da questo punto di vista alla compatibilità del profitto di un furto con il conseguimento di vantaggi extrapatrimoniali.

Tertius, limitare la punibilità delle condotte di furto alle sole ipotesi in cui sia ravvisabile un seppur potenziale incremento patrimoniale da parte del reo comporterebbe un restringimento eccessivo della operatività dell'art.624 c.p.

In particolar modo si priverebbe di tutela penale tutte quelle ipotesi di impossessamento che nonostante non siano sostenute da un *animus lucrandi* siano comunque in grado di cagionare una lesione al patrimonio del soggetto passivo².

Pertanto, sulla base di queste argomentazioni la giurisprudenza di legittimità prevalente propende per l'estensione del contenuto di "profitto" derivante dal delitto di furto anche ad utilità extrapatrimoniali che siano comunque effetto immediato dell'impossessamento della *res* altrui.

4. L' ORIENTAMENTO RESTRITTIVO DELLA NOZIONE DI PROFITTO NEL DELITTO DI FURTO

Di segno opposto è l'orientamento minoritario, che ha trovato ulteriore sostegno in una recentissima pronuncia³, che inquadra in senso restrittivo la nozione di profitto escludendo la configurazione del reato di furto quando la sottrazione avviene per finalità non lucrative quali

ad esempio per mero dispetto o emulazione o vendetta.

A sostegno della tesi restrittiva, in primo luogo, si osserva che accogliere una nozione dilatata del concetto di profitto trascura il dato letterale e sistematico dell'inserimento del furto nei delitti contro il patrimonio, che costituisce il bene/interesse tutelato dalla norma.

Tale collocazione sistematica della fattispecie sarebbe incisiva nell'escludere un'esegesi estensiva della fattispecie a condotte che non siano votate ad una utilità di natura economica.

In secondo luogo, si osserva che il dolo specifico di profitto funge da limitazione selettiva dei fatti punibili e, allo stesso tempo, individua una linea di confine tra il furto ed altre figure di reato non caratterizzate dallo scopo di profitto da parte dell'agente, quali ad esempio la violenza privata.

Recepire una nozione di profitto omnicomprensiva sarebbe quindi contraria alla funzione selettiva e garantistica della tipicità penale comportando l'ampliamento della sfera di operatività del furto anche a fatti non meritevoli di sanzione penale e con il rischio di una sostanziale abrogazione della disposizione.

Ancora, si rischierebbe una sovrapposizione tra il dolo specifico e il movente, che può considerarsi sempre esistente, "*non potendo concepirsi che un uomo agisca se non sospinto da un motivo*"⁴.

In altri termini la nozione di profitto ex art.624 c.p. non deve essere assimilata con la nozione di vantaggio, la quale invece ben può consistere sia in un beneficio strettamente economico che in un beneficio morale⁵.

5. CONCLUSIONI

La rimessione della questione alle Sezioni Unite risulta quantomai opportuna, attese le ricadute che l'accoglimento dell'una o dell'altra impostazione da parte del supremo consesso nomofilattico potranno avere sui procedimenti e processi ancora in corso su casistiche simili a quella a monte dell'ordinanza *de quo*.

^{1*} Dottore in Giurisprudenza già Abilitato all'esercizio della professione forense

¹ *Ex multis* Cass. pen. n.4144/2021

² Cass.pen.sez. 5 sent. n. 4304/2021

³ Cass. Pen. Sez. 5 n. 26421 del 17/05/2022

⁴ Cass. Pen.sez.5 n. 30073 del 23/10/2018

⁵ Cass. Pen. Sez. 5 n. 26421 del 17/05/2022

Infatti privilegiando la tesi restrittiva (che sia pur minoritaria risulta riceve sempre maggior seguito in giurisprudenza) i procedimenti e o i processi pendenti in cui la sottrazione di un bene non sia avvenuta per finalità lucrative finirebbero per concludersi con una richiesta di archiviazione o con formula assolutoria perché il fatto non costituisce reato, poiché non risulterebbe integrato l'elemento soggettivo del reato qualora si accerti che l'azione è stata determinata per finalità non extrapatrimoniali.

Ad un esito opposto si addiverrebbe privilegiando l'interpretazione estensiva che prevale nella giurisprudenza di legittimità: riconoscendo la sussistenza del furto anche quando l'impossessamento della *res* sia dovuta

a ragioni di ritorsione o mero dispetto verso la persona offesa, senza la necessità di verificare che da ciò sia derivato un vantaggio patrimoniale del reo.

Sarebbe auspicabile che dal contrasto giurisprudenziale si optasse per una posizione interpretativa di sintesi tra le due istanze di fondo agli orientamenti contrapposti.

Da un lato si eviti di estendere la sfera di tipicità del delitto di furto a fatti privi di qualsivoglia risvolto sul piano patrimoniale. dall'altro lato non si restringa la fattispecie lasciando prive di tutela gli impossessamenti che nonostante non siano sostenute da un *animus lucrandi* siano comunque in grado di cagionare una lesione al patrimonio del soggetto passivo.

LA QUESTIONE DELL'AUTONOMA APPELLABILITÀ DELL'ORDINANZA CONCLUSIVA DEL RITO SPECIALE INCIDENTALALE SULL'ACCESSO AI DOCUMENTI AMMINISTRATIVI

di Roberto MUSONE*

ABSTRACT

The recent sentence no. 4 of 2023 released by the Plenary Meeting of the Italian Council of Statute has solved the long-standing question of the admissibility of the litigating parties' power to appeal the order that ends the cross-claim for the access to administrative documents separately from the main proceedings, now provided for by section 116(2) of the Code of administrative trial.

The issue in hand, arisen immediately after the introduction of the cross-claim on access by Act no. 205 of 2000, suffers from a decades-long dispute which the highest administrative court puts an end to by agreeing with the affirmative solution, on the theoretical premise of the decision-making nature of the order.

In fact, such doctrine was opposed by the theory of the purely interlocutory or preliminary nature of the order, with the consequent impossibility of the litigating parties to appeal it separately from the sentence that defines that judgement.

At the same time, a third trend in case-law distinguished between the case in which the approval or denial order was issued only at the light of the legitimizing conditions of the access (considering them to exist or not), regardless of the relevance of the requested documents for the main proceedings, and the case in which a denial order was issued only on the basis of the deemed irrelevance of the requested document for the main proceedings. While in the former the order was considered of a decision-making nature and therefore subject to an autonomous appeal, in the latter it was considered only of a merely interlocutory nature and therefore not subject to an autonomous appeal.

The analysis and overall assessment of the arguments put forward by the three trends, both in case-law and in literature, lead to the shareability of the final outcome in favour of the decision-making nature of such order and of its consequent aptness to be appealed, a more protective and legally-based solution than the other ones and specifically founded by the Plenary Meeting of the Council of State on a constitutionally compliant interpretation of the statutory provision of the Code.

SOMMARIO

1. I termini del problema
2. L'evoluzione normativa
3. I tre orientamenti sulla questione in esame
4. Le principali argomentazioni dell'orientamento giurisprudenziale contrario all'autonoma appellabilità. La centralità delle esigenze di economia processuale
5. Lo scarso accoglimento dottrinale della tesi della natura istruttoria
6. Le principali argomentazioni dell'orientamento giurisprudenziale favorevole all'autonoma appellabilità. La centralità delle esigenze di tutela giurisdizionale
7. Il deciso favore della dottrina per la tesi della natura decisoria
8. L'orientamento che distingue tra le ordinanze che accolgono o respingono l'istanza incidentale di accesso sulla sola base della presenza o assenza dei presupposti inerenti all'accesso, e le ordinanze che respingono l'istanza sulla base dell'irrelevanza dei documenti richiesti ai fini del giudizio di principale. L'assenza di autonomia argomentata
9. Considerazioni critiche. la condivisibilità dell'orientamento favorevole all'autonoma appellabilità, accolto dalla sentenza dell'adunanza plenaria del consiglio di stato n. 4 del 2023. cenni introduttivi e profili definitivi

* Ph.D. Student in Law, University of Reading (UK).

1. I TERMINI DEL PROBLEMA

La recente sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 4 del 2023¹ offre l'occasione per ricostruire organicamente il complessivo dibattito giurisprudenziale e dottrinale sulla natura giuridica dell'ordinanza conclusiva del rito speciale incidentale sull'accesso e sul conseguente regime processuale, che con tale pronuncia pare essere giunto al suo epilogo.

In particolare, in tale circostanza il giudice amministrativo di nomofilachia era stato chiamato dalla sezione remittente² a risolvere il quesito se, nei confronti dell'ordinanza con cui il giudice di primo grado definisce separatamente sull'istanza di accesso proposta in un processo già pendente, ai sensi dell'art. 116, comma 2³, c.p.a., sia ammesso l'appello al Consiglio di Stato prima che il giudizio di primo grado venga definito con sentenza.

Come giustamente impostata dalla Plenaria, che risolve in senso affermativo il quesito, la soluzione alla questione in esame è direttamente consequenziale alla configurazione della natura giuridica dell'ordinanza come decisoria o istruttoria, a seconda cioè essa decida su situazioni giuridiche soggettive diverse o identiche a quelle oggetto del giudizio principale.

È opportuno sottolineare che le implicazioni di tale premessa di fondo non si esauriscono nell'autonoma appellabilità o meno dell'ordinanza, ma si estendono ad altri temi comunque collegati alla tematica in esame. In tal senso, dall'accoglimento della tesi della natura decisoria discende anzitutto l'idoneità della pronuncia a passare in giudicato, con conseguente esperibilità dell'esecuzione nelle forme del giudizio di ottemperanza. Parimenti, se si ritiene che l'ordinanza abbia natura decisoria e, dunque, rientri nella categoria concettuale della sentenza in senso sostanziale, anche ove sia accertato il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo in

relazione alla controversia introdotta con l'azione principale, la domanda di accesso incidentale non può essere di per sé sola essere dichiarata inammissibile, dovendosi comunque procedere alla disamina di profili ulteriori che eventualmente consentano la prosecuzione del giudizio sull'accesso⁴. Inoltre, sempre aderendo alla tesi della natura decisoria, l'oggetto dell'ordinanza è la spettanza dell'accesso più che la pertinenza e necessità istruttoria del documento, mentre propendendo per il carattere istruttorio l'oggetto diviene l'acquisizione o meno del documento al giudizio principale. Ancora, se l'ordinanza ha natura decisoria, all'indomani della decisione è necessario il deposito di un'autonoma istanza di fissazione d'udienza affinché il ricorso non sia dichiarato perento in caso di mancato compimento di alcun atto della procedura, mentre se ha natura istruttoria essa deve contenere la data della successiva udienza di trattazione del ricorso principale. Infine, se si accede alla tesi della natura decisoria, la notifica dell'istanza va effettuata alle parti individuate in riferimento agli interessi coinvolti nel procedimento amministrativo di accesso, mentre se si accede alla tesi della natura istruttoria la notifica va effettuata nei confronti delle stesse parti del giudizio principale, in quanto titolari di un interesse uguale e contrario a quello del richiedente circa l'esibizione degli atti nel processo stesso. Vero è che, sebbene il requisito della previa notifica sia sempre stato presente nella normativa relativa all'istituto in esame sin dalla sua introduzione con la l. n. 105 del 2000, se si trattasse realmente di un provvedimento esclusivamente istruttorio la notifica non sarebbe nemmeno necessaria, essendo sufficiente il deposito presso la segreteria della sezione cui è assegnato il giudizio principale⁵.

2. L'EVOLUZIONE NORMATIVA.

Senza altro l'art. 116, comma 2, c.p.a. ha mostrato una complessiva tenuta, essendo rimasto

¹ Cfr. Cons. St., A.P., 24 gennaio 2023, n. 4, in www.giustizia-amministrativa.it/dcsnpr.

² Cfr. Cons. St., sez. VI, ord. 28 settembre 2022, n. 8367, in www.giustizia-amministrativa.it/dcsnpr.

⁴ Cfr., ad esempio, Cons. St., sez. V, ord. 21 maggio 2018, n. 3028, in www.giustizia-amministrativa.it/dcsnpr.

⁵ Cfr. M. CORRADINO-GIOVANNI G. DATO, *I riti speciali nel giudizio amministrativo*, Torino, 2008, p. 180.

inalterato nell'iter parlamentare di approvazione del progetto di codice del processo amministrativo, quale formulato nella versione iniziale licenziata dalla commissione speciale del Consiglio di Stato incaricata della sua redazione⁶, e non essendo stato toccato dai successivi correttivi al codice, come è avvenuto invece per altre parti dell'articolo in esame.

Nondimeno, lungi dall'essere oggetto di un contrasto giurisprudenziale sorto solo di recente, la questione sconta una diatriba più che ventennale nata subito dopo l'introduzione dello stesso rito speciale incidentale ad opera dell'art. 1, comma. 1, l. n. 205 del 2000. Inoltre, come ha osservato la stessa ordinanza di rimessione alla base dell'anzidetta pronuncia della Plenaria, mentre la dottrina non ha dedicato di recente numerosi approfondimenti sulla tematica in esame (sebbene lo abbia fatto in passato), maggiore è stata da sempre la contrapposizione giurisprudenziale, che ha investito persino le medesime sezioni del Consiglio di Stato.

Soprattutto, la normativa ha subito più modifiche prima di confluire nella versione attualmente vigente.

Inizialmente, nell'emendare il primo comma dell'art. 21, l. n. 1034 del 1971, senza alterare il rito speciale ordinario quale già previsto dall'art. 25, comma 5, l.p.a. nel testo originario, la l. n. 205 del 2000 ha riformulato il terzo periodo della prima disposizione, prevedendo che «In pendenza di un ricorso l'impugnativa di cui dall'articolo 25, comma 5, della legge 7 agosto 1990, n. 241, può essere proposta con istanza presentata al presidente e depositata presso la segreteria della sezione cui è assegnato il ricorso, previa notifica all'amministrazione ed ai controinteressati, e viene decisa con ordinanza istruttoria adottata in camera di consiglio».

Sin da subito, il nuovo istituto si rivela senz'altro innovativo, perché scavalca l'orientamento giurisprudenziale precedente che

negava l'esperibilità del ricorso in materia di accesso in pendenza di giudizio, muovendo dal presupposto che il diritto di accesso non potesse riguardare l'acquisizione del materiale probatorio necessario nel processo amministrativo, sottratto alla disponibilità della parte e la cui raccolta rientrava nell'esclusivo potere del giudice⁷. Esso evidenzia però ben presto profili problematici a livello tanto applicativo quanto di inquadramento teorico che rendono necessario un rimodellamento normativo.

Con la modifica della legge sul procedimento amministrativo disposta dalla l. n. 15 del 2005, la disposizione è stata quindi emendata ed inserita tra il primo ed il secondo periodo del quinto comma dell'art. 25 l.p.a., mentre è stato contestualmente abrogato il terzo periodo dell'art. 21, comma 1, l. n. 1034 del 1971. Nella versione novellata si prevedeva che «In pendenza di un ricorso presentato ai sensi della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, e successive modificazioni, il ricorso può essere proposto con istanza presentata al presidente e depositata presso la segreteria della sezione cui è assegnato il ricorso, previa notifica all'amministrazione o ai controinteressati, e viene deciso con ordinanza istruttoria adottata in camera di consiglio». Mentre permaneva inalterata l'espressione «ordinanza istruttoria», rispetto alla precedente versione il termine «impugnativa» era sostituito da «ricorso» e, in luogo della notifica congiunta «all'amministrazione ed ai controinteressati», era prevista ora la notifica alternativa «all'amministrazione o ai controinteressati»⁸.

⁷ Cfr. F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo. Profili sostanziali e processuali*, VI ed., Milano, 2011, vol. II, p. 2486 e B. MAMELI, *Atto introduttivo e attività istruttoria*, in F. CARINGELLA-M. PROTTO (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Milano, 2001, pp. 1 ss., p. 8.

⁸ Nel senso che il previgente requisito della notifica alternativa all'amministrazione o ai controinteressati fosse da considerarsi una «svista» o un «refuso» del legislatore del 2005, cfr. A. BOHUNY, *L'accesso ai documenti amministrativi nella legge n. 241/90 riformata*, in R. TOMEI (a cura di), *La nuova disciplina dell'accesso ai documenti amministrativi. Commento alla Legge n. 241 del 1990 e al D.P.R. n. 184 del 2006*, Padova, 2007, pp. 3 ss., p. 77 s.; B. RINALDI, *Il rito speciale in materia di accesso*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Milano, 2013, vol. II, pp. 313 ss., p. 326; M.A. SANDULLI, *La riforma della legge sul*

⁶ V. *Codice licenziato dalla Commissione insediata presso il Consiglio di Stato l'11 febbraio 2010*, art. 126, comma 2, in www.giustizia-amministrativa.it/documents/20142/93385/Schema+comparat+o+del+codice.pdf/0a96e72e-0f83-a567-8d70-delfb4a266d7c.

Infine, nell'attuale art. 116, comma 2, c.p.a. si prevede che «In pendenza di un giudizio cui la richiesta di accesso è connessa, il ricorso di cui al comma 1 può essere proposto con istanza depositata presso la segreteria della sezione cui è assegnato il ricorso principale, previa notificazione all'amministrazione e agli eventuali controinteressati. L'istanza è decisa con ordinanza separatamente dal giudizio principale, ovvero con la sentenza che definisce il giudizio». Mentre l'art. 25, comma 5, l.p.a. si limita ora a prevedere che «Le controversie relative all'accesso ai documenti amministrativi sono disciplinate dal codice del processo amministrativo», con la cui entrata in vigore è stato interamente abrogato anche l'art. 21, l. n. 1034 del 1971, la nuova disposizione apporta significativi cambiamenti. Infatti, si sottolinea maggiormente il requisito della connessione tra i due giudizi con il riferimento alla pendenza di «un giudizio cui la richiesta di accesso è connessa»; si prevede che l'istanza non è più presentata al presidente ma è solo depositata presso la segreteria della sezione cui il ricorso principale è assegnato; si esplicita che la finalità dell'istanza è la proposizione dello stesso ricorso proprio del rito ordinario; si ripristina l'obbligo di notifica congiunta; si prevede che il rito può essere concluso alternativamente con ordinanza o con la sentenza che definisce il ricorso principale; si precisa che la decisione mediante provvedimento ordinario è presa «separatamente dal giudizio principale»; infine, e soprattutto, si elimina l'aggettivo «istruttoria» dal sostantivo «ordinanza» per qualificare la natura del provvedimento giurisdizionale conclusivo del rito se diverso dalla sentenza che definisce il giudizio principale.

Parallelamente, mentre prima del codice l'art. 25, comma 5, terzo periodo, l.p.a. prevedeva che «La decisione del tribunale è appellabile, entro trenta giorni dalla notifica della stessa, al Consiglio di Stato, il quale decide con le medesime modalità e negli stessi termini», adesso l'art. 116, comma 5, c.p.a. prevede che «Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano anche ai giudizi di

impugnazione», per cui anche il rito speciale incidentale previsto dal secondo comma si applica ai processi di appello, di opposizione di terzo e di revocazione. In effetti, se prima del codice la giurisprudenza riconosce che dal tenore letterale dell'art. 25, comma 5, l.p.a. emerge che l'appello è espressamente limitato alle decisioni rese dal tribunale amministrativo regionale⁹, tale conclusione è di fatto predicabile anche nel quadro normativo attuale¹⁰.

Come si vedrà dall'analisi dei singoli orientamenti giurisprudenziali, l'evoluzione normativa del rito speciale incidentale taglia trasversalmente lo sviluppo dell'intera questione in esame. Nondimeno, sulla reale portata chiarificatrice dell'approdo finale è lecito sollevare alcuni dubbi. Anzitutto, in passato, prima del codice, la specialità del rito in materia di accesso e la pacifica ammissibilità del rimedio anche in pendenza di ricorso giurisdizionale non avevano creato eccessivi problemi applicativi¹¹. Inoltre, e soprattutto, il contrasto tra gli orientamenti giurisprudenziali sulla questione della natura istruttoria o decisoria dell'ordinanza conclusiva del rito, quantunque emerso e sviluppatosi già prima, si è intensificato e diversificato ulteriormente proprio dopo l'entrata in vigore dell'attuale disposizione.

3. I TRE ORIENTAMENTI SULLA QUESTIONE IN ESAME.

⁹ Cfr. Cons. St., sez. V, 9 dicembre 2008, n. 6121, in www.giustizia-amministrativa.it/dcsnpr.

¹⁰ Si noti che in alcuni casi il Consiglio di Stato delinea un interessante parallelismo tra l'ordinanza incidentale impugnata e la natura di ordinanza anziché di sentenza della pronuncia che esso stesso può emettere in grado di appello sempre ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.a. In tal senso, «quanto alla forma del provvedimento giurisdizionale, correttamente il giudice amministrativo capitolino ha provveduto sull'istanza ex art. 116 comma 2 (accesso infragiurisdizionale) con ordinanza collegiale, non avendo ritenuto, a ragione, di poterla decidere con sentenza definitiva del giudizio principale d'impugnazione degli atti relativi all'avanzamento; e nella stessa forma deve provvedere questo Collegio ai sensi dell'art. 116 comma 5» c.p.a. (Cons. St., sez. IV, ord. 14 aprile 2015, n. 1900, in www.giustizia-amministrativa.it/dcsnpr).

¹¹ In tal senso cfr. M. LIPARI, *Art. 116*, in A. QUARANTA-V. LOPILATO (a cura di), *Il processo amministrativo. Commentario al D.lgs. 104/2010*, Milano, 2011, pp. 913 ss., p. 927.

È possibile ricostruire tre diversi indirizzi giurisprudenziali sulla questione in esame, variamente seguiti da omogenee posizioni della dottrina.

Da un lato, l'orientamento contrario all'autonoma appellabilità, che muove dalla tesi della natura istruttoria dell'ordinanza, valorizza il requisito della connessione tra il rito incidentale e il giudizio principale, sottolineando come la sua esperibilità presupponga indefettibilmente la pertinenza - intesa come stretta strumentalità - della documentazione richiesta rispetto alla decisione del giudizio principale. L'istanza di accesso ha quindi un ruolo servente e funzionale alla rapida definizione del processo pendente, contribuendo all'assolvimento dell'onere della prova in ordine a quanto allegato al pari di un'istanza istruttoria. Ne discende, sul piano sostanziale, l'inapplicabilità della disciplina procedimentale sull'accesso e, sul piano processuale, l'applicabilità del regime delle ordinanze istruttorie, il che comporta comunque la possibilità della loro modifica e revoca da parte del giudice che le ha adottate ai sensi del disposto combinato di cui agli artt. 177 c.p.c. e 39 c.p.a., e ferma restando la possibilità per il giudice di trarre argomenti di prova dal comportamento dell'amministrazione in caso di mancata esecuzione spontanea dell'ordinanza, ai sensi dell'art. 64, comma 4, c.p.a.

Dall'altro, l'orientamento favorevole all'autonoma appellabilità, che muove dalla tesi della natura decisoria dell'ordinanza, tende invece a ricostruire il procedimento avviato dall'istanza come avente ad oggetto essenzialmente solo la sussistenza dei requisiti sostanziali dell'accesso, alla luce delle disposizioni del quinto capo della legge sul procedimento amministrativo, prescindendo da una stringente necessità di valutare l'esistenza di un legame strumentale con l'oggetto e il tema probatorio del giudizio principale. Quest'ultimo diventa quindi l'occasione per valutare una richiesta di accesso che l'interessato ben avrebbe potuto proporre giudizialmente anche in via autonoma. Partendo dal presupposto che il rito in esame sia attivato da una vera e propria domanda di accesso ai documenti amministrativi e non da

un'istanza istruttoria, tale ricostruzione valorizza la previsione che impone la notifica dell'istanza all'amministrazione e ai controinteressati. Ne discende, sul piano sostanziale, l'applicabilità integrale della disciplina procedimentale dell'accesso, anche per quanto attiene alla portata dell'accesso difensivo, nel senso che la documentazione può essere rilasciata senza necessità di verificare la concreta pertinenza degli atti di cui si chiede l'accesso con l'oggetto della controversia principale, e, sul piano processuale, non solo l'autonoma appellabilità dell'ordinanza con ricorso al Consiglio di Stato ma anche l'idoneità alla sua esecuzione nelle forme del giudizio di ottemperanza.

Infine, un terzo orientamento, intermedio e casistico, distingue a seconda che l'ordinanza si sia pronunciata solamente in relazione ai presupposti inerenti all'accesso in quanto tale, ritenendoli sussistenti o meno, nel qual caso è ritenuta di carattere decisorio e quindi autonomamente appellabile, oppure che abbia negato l'accesso solo sulla base della ritenuta irrilevanza del documento richiesto ai fini del giudizio principale, nel qual caso essa è ritenuta meramente istruttoria e quindi non autonomamente appellabile. In sostanza, si ha la prima tipologia quando l'ordinanza di esibizione o di diniego è adottata applicando la normativa in materia di accesso senza passare al vaglio la pertinenza dei documenti in relazione al giudizio in corso, mentre si ha la seconda tipologia quando l'ordinanza di diniego è adottata avendo riguardo alla rilevanza della documentazione ai fini della decisione.

Stabilire una prevalenza quantitativa tra i tre indirizzi, prima della pronuncia della Plenaria n. 4 del 2023, non è agevole, salvo rilevare forse una minore consistenza dell'orientamento intermedio rispetto agli altri. La tesi della natura istruttoria è ritenuta dominante in giurisprudenza prima dell'avvento del codice del processo amministrativo¹². Anche se non manca autorevole

¹² Cfr. CORRADINO-GIOVANNI G. DATO, *op. cit.*, p. 182; D. GIANNINI, *L'accesso ai documenti*, Milano, 2013, p. 362; A. SIMONATI, *Art. 116*, in G. FALCON-F. CORTESE-B. MARCHETTI (a cura di), *Commentario breve*

dottrina che ancora di recente qualifica come «minoritaria» la tesi del carattere decisorio¹³, è opinabile che, considerata la funzione istruttoria assolta dall'*actio ad exhibendum pendente iudicio*, la giurisprudenza successiva al codice abbia ritenuto di non discostarsi dall'orientamento dominante formatosi in precedenza, ribadendo il carattere istruttorio dell'ordinanza¹⁴. In giurisprudenza l'orientamento favorevole all'autonoma appellabilità riconosce che è la stessa «prevalente giurisprudenza»¹⁵ o, quanto meno, la «recente giurisprudenza consolidatasi sul punto»¹⁶ a propendere per tale opzione, mentre, all'opposto, persino l'orientamento intermedio ritiene talora «maggioritaria»¹⁷ l'opinione che assegna carattere istruttorio all'ordinanza. In questo quadro, tutt'altro che univoco, è certo che nell'imminenza della pronuncia della Plenaria la «dubbia natura (istruttoria o decisoria) dell'ordinanza ex art. 116, comma 2 c.p.a.»¹⁸ era ancora di perdurante attualità.

4. LE PRINCIPALI ARGOMENTAZIONI DELL'ORIENTAMENTO GIURISPRUDENZIALE CONTRARIO ALL'AUTONOMA APPELLABILITÀ. LA CENTRALITÀ DELLE ESIGENZE DI ECONOMIA PROCESSUALE.

L'orientamento che nega l'autonoma appellabilità, attribuendo all'ordinanza una funzione meramente interlocutoria rispetto a documenti comunque rilevanti nell'ambito del processo principale, ammette la riproposizione della questione sull'accesso solo al momento

dell'appello della sentenza definitiva del giudizio di merito¹⁹. Posto quindi che la contestazione di parte circa la decisione sull'istanza prodotta avviene mediante la proposizione di un unico mezzo di impugnazione, questo avrà ad oggetto la sola sentenza che definisce il giudizio cui l'istanza accede, dovendosi così opinare per l'ammissibilità del solo appello relativo alla sentenza definitiva che conclude il giudizio o alla sentenza parziale che, pur non definendo l'intero giudizio, decide però anche dell'istanza istruttoria²⁰.

Inizialmente si ritiene addirittura che non sia possibile scegliere un rito speciale anziché l'altro. In tal senso, se da un lato il rito incidentale «assume una valenza propriamente (ed esclusivamente) istruttoria nell'ambito del processo di merito in corso», assolvendo come tale ad una funzione diversa da quella tipica del rito ordinario, la scelta tra l'una e l'altra via processuale non può essere rimessa al mero arbitrio del soggetto, dovendo invece sussistere – in relazione alle diverse finalità cui sono preordinati i due procedimenti – i presupposti propri di ciascuno di essi. Ove pertanto il soggetto intenda acquisire la documentazione che gli occorre per comprovare l'illegittimità di un provvedimento già oggetto di un giudizio pendente, l'impugnativa del diniego o del silenzio sulla richiesta di accesso da parte dell'amministrazione è possibile solo nell'ambito

al codice del processo amministrativo, Milano, 2021, pp. 902 ss., p. 927.

¹³ Cfr. F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, XIII ed., Roma, 2020, p. 970.

¹⁴ In tal senso cfr. AN. ROMANO, *L'accesso ai documenti amministrativi*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, pp. 910 ss., p. 968.

¹⁵ T.A.R. Veneto, sez. II, 30 aprile 2020, n. 397, in www.giustizia-amministrativa.it/dcsnpr.

¹⁶ T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 9 luglio 2018, n. 4552 e Cons. St., sez. V, ord. 21 maggio 2018, n. 3028, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it/dcsnpr.

¹⁷ T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 12 aprile 2019, n. 602, in www.giustizia-amministrativa.it/dcsnpr.

¹⁸ T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. II, ord. 27 dicembre 2022, n. 3764, in www.giustizia-amministrativa.it/dcsnpr.

¹⁹ Per il quale cfr., *ex plurimis*, Cons. St., sez. VI, ord. 28 settembre 2022, n. 8367; T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, sez. I, ord. 18 gennaio 2022, n. 35; T.A.R. Veneto, sez. III, ord. 3 febbraio 2021, n. 157; Cons. St., sez. IV, 21 settembre 2020, n. 5519; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II-bis, ord. 11 maggio 2020, n. 4907; Cons. St., sez. IV, 6 aprile 2020, n. 2297; Id., 16 marzo 2020, n. 1878; Id., ord. 26 novembre 2014, n. 5850; T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, ord. 18 dicembre 2013, n. 815; Cons. St., sez. IV, 12 luglio 2013, n. 3759; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I-ter, 4 settembre 2008, n. 8052; Id., sez. III-quater, 26 marzo 2008, n. 2599; T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 13 marzo 2008, n. 139; T.A.R. Puglia, Bari, sez. II, 10 aprile 2006, n. 1249; T.A.R. Piemonte, sez. II, ord. 31 marzo 2006, n. 12; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III-ter, ord. 22 febbraio 2006, n. 1109; Cons. St., sez. VI, 6 giugno 2003 (ud.), n. 6629; Id., sez. IV, 11 febbraio 2003, n. 734; Id., sez. VI, 20 febbraio 2002, n. 1036, tutte in www.giustizia-amministrativa.it/dcsnpr; Id., ord. 22 gennaio 2002, n. 403, in *Foro amm. C.d.S.*, 2002, n. 1, p. 179; Id., ord. 22 gennaio 2002, n. 401, in *Cons. St.*, 2002, n. 1, pt. I, p. 185 e in *Foro amm. C.d.S.*, 2002, n. 1, p. 109; Id., ord. 22 gennaio 2002, n. 397, in *Urb. e app.*, 2002, n. 2, p. 548.

²⁰ Cfr. Cons. St., sez. IV, 16 marzo 2020, n. 1878, cit.

del procedimento incidentale, che rappresenta la «sede naturale» per effettuare la richiesta, e non in quello ordinario, la cui esperibilità si porrebbe in conflitto con le esigenze di concentrazione e di economia processuale sottostanti all'istituto in esame e un abuso di tale strumento giuridico²¹. Peraltro, tale posizione viene presto abbandonata, ammettendosi la piena facoltatività della scelta tra i due riti.

L'orientamento in esame viene suffragato da numerose argomentazioni, delle quali non è evidentemente possibile dare conto in maniera esaustiva in questa sede.

Preliminarmente, il Consiglio di Stato, sin dall'ordinanza n. 397 del 2002, nella quale - a quanto consta - prende posizione per la prima volta sulla questione in esame²², afferma che l'ordinanza conclusiva del rito va adottata sul presupposto dell'acclarata utilità dei documenti ai fini della decisione del giudizio principale in cui l'istanza è presentata e non già sulla sola base della riscontrata sussistenza delle condizioni legittimanti l'accesso previste dalla normativa sostanziale. Ma non si tratta propriamente di un'argomentazione, quanto di un tratto caratterizzante, un presupposto della stessa asserita natura istruttoria. Se in alcuni casi il requisito della rilevanza dei documenti è configurato in maniera causale, nel senso che l'ordinanza in esame «ha in ogni caso natura istruttoria in quanto presuppone comunque il vaglio della pertinenza dei documenti in relazione al giudizio in corso»²³, altre volte il rapporto di causalità pare invertito, nel senso che «l'ordinanza

collegiale che si pronuncia sull'istanza, avendo natura istruttoria, presuppone comunque il vaglio della pertinenza dei documenti in relazione al giudizio in corso»²⁴.

La rilevanza della documentazione richiesta rispetto al giudizio principale assume invece natura propriamente argomentativa laddove è agganciata a considerazioni normative superiori al rango della disposizione codicistica. In tal senso, proprio perché direttamente ed immediatamente strumentale all'esercizio del diritto di difesa nel processo, il requisito della pertinenza è da riguardare *ex ante* e non nella prospettiva della fondatezza delle censure proposte ovvero che gli interessati potrebbero proporre con motivi aggiunti a seguito dell'acquisizione di un quadro cognitorio integrale. Sul piano logico, ancor prima che giuridico, l'esaustività dell'istruttoria rappresenta un *præ* rispetto alla definizione nel merito, oggetto di trattazione, peraltro, con differente rito (udienza pubblica e non rito camerale). Ne deriva che un'inversione logica tra pertinenza e fondatezza integrerebbe una menomazione del diritto di difesa in violazione delle previsioni della Costituzione, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e della Convenzione europea dei diritti dell'uomo²⁵.

A favore della natura istruttoria depone in ogni caso la correlazione tra diritto all'accesso e diritto di difesa, perché il rito incidentale serve alla parte essenzialmente per poter approntare una più efficace attività difensiva ed indirizzare, quindi, la successiva attività istruttoria. Tale correlazione non può non incidere sulla valutazione della natura sostanziale dell'ordinanza e sulla ricostruzione del relativo regime processuale, dovendosi escluderne la natura decisoria per la stretta inerenza della fase incidentale all'istruttoria che si conclude con la sua adozione²⁶. A tale impostazione conducono cioè la funzione e la collocazione dell'accesso endoprocessuale che il legislatore ha inteso

²¹ Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. III-*quater*, 26 marzo 2008, n. 2599, cit.; T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 13 marzo 2008, n. 139, cit.; Cons. St., sez. VI, 20 febbraio 2002, n. 1036, cit.

²² Lo rileva C. MARZAGALLI, *La tutela del diritto d'accesso in pendenza di ricorso giurisdizionale amministrativo dopo la l. 205/2000*, in *Urb. e app.*, 2002, n. 2, pp. 548 ss., p. 549.

²³ T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, ord. 18 dicembre 2013, n. 815 cit. e Cons. St., sez. IV, 12 luglio 2013, n. 3759, cit. Nello stesso senso si afferma che «quella riguardante la pertinenza e l'utilità dei documenti di cui si richiede l'accesso rispetto al giudizio principale pendente costituisce una questione tipicamente istruttoria, che il giudice risolve con un provvedimento privo di contenuto decisorio ma avente anch'esso natura istruttoria, ed in quanto tale non immediatamente impugnabile» ((Cons. St., sez. VI, 6 giugno 2003 (ud.), n. 6629, cit.)).

²⁴ T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, sez. I, ord. 18 gennaio 2022, n. 35, cit.; T.A.R. Veneto, sez. III, ord. 3 febbraio 2021, n. 157, cit.; Cons. St., sez. IV, 16 marzo 2020, n. 1878, cit.

²⁵ Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. II-*bis*, ord. 11 maggio 2020, n. 4907, cit.

²⁶ Cfr. Cons. St., sez. VI, ord. 22 gennaio 2002, n. 397, cit.

delineare, per evidenti motivi di concentrazione processuale, come fase di carattere istruttorio del processo cui i documenti richiesti si riferiscono²⁷. In sostanza, a favore della tesi della natura istruttoria depone l'assoluta equipollenza dell'istanza introduttiva del rito incidentale ad una qualunque istanza istruttoria²⁸.

Tale argomentazione è ripresa ed approfondita da ultimo per sottolineare la necessità di ripensare il più generale rapporto tra l'istanza di accesso incidentale e le istanze istruttorie con cui le parti possono arricchire l'istruzione probatoria nel giudizio, sollecitando l'ammissione di nuovi mezzi di prova, costituiti o costituendi, sulle quali il giudice si pronuncia notoriamente con ordinanza, che, per regola generale, non è appellabile ma semmai revocabile ai sensi dell'art. 177 c.p.c. In particolare, nel rapporto tra l'istanza di cui all'art. 116, comma 2, c.p.a. e la richiesta di documenti che la parte può rivolgere direttamente al giudice ai sensi dell'art. 64, comma 3, c.p.a., occorre ridimensionare la differenza nel trattamento processuale tra l'acquisizione di documenti solo connessi, nel primo caso, e l'acquisizione di documenti utili per la conoscenza dei fatti controversi, nel secondo caso. Infatti, anche nel primo caso il collegio deve pur sempre valutare se il documento possa risultare rilevante per il processo in atto, accertando l'esistenza di una stretta correlazione tra il diritto all'accesso e il diritto di difesa, dato che l'accesso è sempre funzionale ad una migliore attività difensiva, suscettibile di tradursi nella proposizione di nuove difese o nell'articolazione di ulteriori mezzi di prova²⁹.

Del resto, premesso che nemmeno il codice ha risolto la questione in esame, il carattere essenzialmente strumentale dell'istanza di accesso

rispetto alle domande ed eccezioni proposte nel giudizio nel quale essa si inserisce, in omaggio al carattere istruttorio dell'ordinanza, risulta dal tenore testuale della disposizione codicistica, la quale, per definire l'atto introduttivo del rito, non utilizza la parola «ricorso» ma parla di «istanza», evidenziandone il carattere di incidentalità e cioè di inserimento in un processo già avviato³⁰.

Oltretutto, rispetto all'esito dell'istanza di cui all'art. 116, comma 2, c.p.a., le altre istanze o domande volte a richiedere l'ammissione di nuovi mezzi di prova o di ricerca della prova, pacificamente di carattere istruttorio e non immediatamente appellabili, sono spesso potenzialmente in grado di ipotecare la sorte del giudizio persino in misura maggiore³¹.

Il che non toglie, ovviamente, che già sotto il regime previgente al codice la giurisprudenza sia ben consapevole del divario nel grado di tutela offerto dal rito incidentale rispetto a quello ordinario. Infatti, qualora ricorrano i presupposti per esperire entrambi i riti, la facoltatività della scelta per la parte non implica che la proposizione di quello ordinario concreti un abuso del diritto per contrasto con le esigenze di concentrazione e di economia processuale sottese al rito incidentale. In tal senso, è innegabile che la tutela assicurata dal rito ordinario è in parte diversa e maggiore rispetto a quella fornita dal rito incidentale, atteso che il primo si conclude con una sentenza mentre il secondo con un'ordinanza istruttoria, la quale non attiene - come la prima - ad un diritto soggettivo all'accesso alla documentazione richiesta ma è basata soltanto su un mero giudizio di rilevanza di quest'ultima³².

Ma si tratta, a ben vedere, di una deduzione generale, condivisa anche dall'orientamento favorevole alla natura decisoria, il quale, pur riconoscendo che l'autonomia della domanda di accesso in corso di causa rispetto al giudizio principale comporta che il giudice deve verificare

²⁷ Cfr. T.A.R. Piemonte, sez. II, ord. 31 marzo 2006, n. 12, cit.

²⁸ In tal senso, la domanda di accesso proposta in pendenza del giudizio deve essere formulata in forme diverse da quelle proprie del rito speciale ordinario, in quanto «il ricorso deve essere considerato a tutti gli effetti come un'istanza istruttoria, con tutte le conseguenze che ne derivano, [...] essendo in pratica un'istanza istruttoria da decidersi con ordinanza» (T.A.R. Lazio, Roma, sez. III-ter, ord. 22 febbraio 2006, n. 1109, cit.).

²⁹ Cfr. Cons. St., sez. VI, ord. 28 settembre 2022, n. 8367, cit.

³⁰ Cfr. T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, ord. 18 dicembre 2013, n. 815 cit. e Cons. St., sez. IV, 12 luglio 2013, n. 3759, cit.

³¹ Cfr. Cons. St., sez. VI, ord. 28 settembre 2022, n. 8367, cit.

³² Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. III-quater, 26 marzo 2008, n. 2599, cit.

solo i presupposti legittimanti la richiesta e non anche la rilevanza dei documenti richiesti rispetto alla causa pendente, prende atto che la tutela del diritto di accesso assicurata dal rito ordinario è sempre «in parte diversa e maggiore» rispetto a quella assicurata dal rito incidentale³³.

Non è condivisibile invece la tesi che differenzia la natura dell'ordinanza a seconda del contenuto motivazionale, distinguendo tra ordinanze che si pronunciano sull'istanza, accogliendola o respingendola a seconda della presenza o assenza dei presupposti inerenti all'accesso in quanto tale, aventi natura decisoria, ed ordinanze che respingono l'istanza perché ritengono i documenti richiesti non utili ai fini del giudizio in corso, aventi natura meramente istruttoria. Tale distinzione appare priva di pregio, perché in entrambi i casi si è in presenza di provvedimenti che non pregiudicano la decisione finale, sia quando decidono sulla sussistenza delle condizioni di ostensibilità dei documenti richiesti sia quando decidono sulla loro rilevanza nel giudizio principale. Anche nella prima ipotesi, dunque, la loro natura ordinatoria discende dalla mancanza di qualunque effetto preclusivo rispetto all'esito del giudizio di merito, perché essi non possiedono né il carattere dell'irretrattabilità da parte del giudice che li ha emessi né quello dell'idoneità a produrre giudicato formale³⁴.

In base al criterio di interpretazione letterale, prima del codice tale soluzione trova ovviamente conferma nell'impiego dell'aggettivo «istruttoria» accanto al sostantivo «ordinanza»³⁵.

Sempre in base a tale criterio ermeneutico, a favore di tale tesi depone poi il perdurante riferimento testuale dell'art. 116, comma 2, c.p.a. alla «connessione» che deve intercorrere fra il giudizio pendente e l'istanza incidentale affinché questa possa inserirsi nel primo, che evidenzia come si sia al cospetto non di un'*actio ad exhibendum* autonoma ma di uno strumento di tutela intimamente intrecciato alla lite in cui si

incardina³⁶. L'elemento della connessione con il ricorso principale, sottolineato dal dato normativo, induce infatti ad escludere che l'ordinanza in questione presenti il carattere della definitiva decisorietà, che costituisce un requisito indispensabile affinché possa ammettersene l'autonoma impugnabilità³⁷. In tal senso, secondo un cospicuo e recente orientamento giurisprudenziale, sia amministrativo³⁸ che civile nomofilattico³⁹, va esclusa l'impugnazione di quei provvedimenti di cui non sia predicabile la natura decisoria definitiva, dal momento che nel sistema processualecivile l'art. 360, comma 3, c.p.c. esclude l'immediata proponibilità del ricorso per cassazione avverso le sentenze o i provvedimenti diversi dalla sentenza che decidono di questioni insorte, di rito o di merito, senza definire, neppure parzialmente, il giudizio. Nel contesto dell'art. 116, comma 2, c.p.a., quindi, per «giudizio» deve intendersi quello introdotto con il ricorso principale, cui accede incidentalmente la «connessa» istanza di accesso, la cui decisione è pertanto inidonea ad incidere sulla definizione, finanche parziale, del giudizio pendente⁴⁰.

Tale impostazione consente inoltre di salvaguardare meglio l'autonomia tra il giudizio di primo e di secondo grado per tutta la fase istruttoria e sino al completamento di quella decisoria⁴¹.

Ma, soprattutto, a favore della natura istruttoria depongono le esigenze di economia processuale che sostengono l'istituto in esame, perché l'inserimento del rito incidentale in quello principale consente di realizzare quell'economia di mezzi che è insita nel *simultaneus processus*⁴². Del

³³ Cfr. Cons. St., sez. V, 10 febbraio 2009, n. 741, in www.giustizia-amministrativa.it/dcsnpr.

³⁴ Cfr. Cons. St., sez. IV, 12 luglio 2013, n. 3759, cit.

³⁵ Cfr. T.A.R. Piemonte, sez. II, ord. 31 marzo 2006, n. 12, cit. e T.A.R. Puglia, Bari, sez. II, 10 aprile 2006, n. 1249, cit.

³⁶ Cfr. Cons. St., sez. IV, 16 marzo 2020, n. 1878, cit.

³⁷ Cfr. Cons. St., sez. IV, 6 aprile 2020, n. 2297, cit. e Id., 16 marzo 2020, n. 1878, cit.

³⁸ Cfr., ad esempio, Cons. St., sez. IV, 9 aprile 2018, n. 2141, in www.giustizia-amministrativa.it/dcsnpr.

³⁹ Cfr., ad esempio, Cass. civ., S.U., 30 ottobre 2019, n. 27842, in www.italgiure.giustizia.it/sncass e Id., 1 febbraio 2017, n. 2610, in *Foro it.*, 2017, n. 7-8, pt. I, c. 2432.

⁴⁰ Cfr. Cons. St., sez. IV, 16 marzo 2020, n. 1878, cit.

⁴¹ Cfr. Cons. St., sez. VI, ord. 28 settembre 2022, n. 8367, cit.

⁴² Cfr. Cons. St., sez. VI, ord. 28 settembre 2022, n. 8367, cit.; T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, sez. I, ord. 18 gennaio 2022, n. 35, cit.; T.A.R. Veneto, sez. III, ord. 3 febbraio 2021, n. 157, cit.; Cons. St., sez. IV, 16 marzo 2020, n. 1878, cit.

resto, tale soluzione onererebbe la parte di minori incombenze e minori costi, dovendo essa proporre un solo giudizio, e comporterebbe un minore aggravio dei ruoli per il Consiglio di Stato, chiamato a pronunciarsi nell'ambito di una sola e non più controversie⁴³. Oltretutto, dal momento che l'istanza di ostensione si inserisce nell'ambito di un processo già *in fieri*, la parte che ha formulato la richiesta, qualora dovesse uscire vittoriosa dallo stesso, verosimilmente non impugnerebbe le determinazioni negative sull'istanza. Ammettere, dunque, l'impugnazione autonoma dell'ordinanza significherebbe consentire di intraprendere un'attività che poi potrebbe rivelarsi superflua, in caso di esito favorevole all'istante del processo principale⁴⁴.

D'altra parte, la parte che ha proposto l'istanza di accesso endoprocessuale non è lasciata comunque senza tutele, sia rispetto all'impossibilità di autonoma impugnazione che rispetto all'inutilizzabilità del rimedio dell'ottemperanza. Dal primo punto di vista, per la parte che ritiene di essere stata pregiudicata dall'ordinanza, la tutela non viene meno ma è solo differita al momento in cui le sarà possibile proporre appello contro la sentenza di primo grado, momento oltretutto eventuale perché presuppone la soccombenza anche nel giudizio di merito, e fermo restando che anche in corso di causa è sempre possibile la revoca dell'ordinanza da parte dello stesso giudice che l'ha emessa⁴⁵. Parimenti, dal secondo punto di vista, in caso di mancata esecuzione spontanea da parte dell'amministrazione di un'ordinanza favorevole all'istante, se pure è innegabile che il riconoscimento della natura decisoria gli consentirebbe di usufruire del rimedio dell'esecuzione nelle forme del giudizio di ottemperanza, ammettendone la natura istruttoria il rimedio potrebbe comunque essere rinvenuto all'interno del giudizio di merito, a partire dalla regola per cui il giudice deve trarre argomenti di

prova dal comportamento delle parti, anche omissivo o non collaborativo, ai sensi dell'art. 64, comma 4, c.p.a.⁴⁶.

In definitiva, le argomentazioni esposte paiono preminenti sulle particolari modalità di presentazione dell'istanza con notifica alle parti, che anche per l'orientamento contrario sono un indubbio elemento che denoterebbe la possibile instaurazione di un autonomo giudizio a seguito della presentazione dell'istanza incidentale di accesso⁴⁷.

5. *LO SCARSO ACCOGLIMENTO DOTTRINALE DELLA TESI DELLA NATURA ISTRUTTORIA.*

Per quanto riguarda le riflessioni dottrinali, la tesi in esame è stata sostenuta soprattutto prima dell'introduzione del codice, periodo in cui essa sembra prevalere⁴⁸. Nel complesso, tuttavia, emerge uno scarso favore della dottrina verso tale posizione.

Talora, anzi, si è costretti ad avallare la tesi della natura istruttoria in prospettiva *de iure condito* ma a contrastarla in prospettiva *de iure condendo*. In tal senso, l'ordinanza in esame non ha natura decisoria, e quindi non è autonomamente appellabile, perché mancano «inequivocabili indici normativi sia testuali che sistematici» a favore di tale possibile opzione ermeneutica⁴⁹. Conseguentemente, resta preclusa anche la possibilità far eseguire l'ordinanza di esibizione dei documenti richiesti nelle forme del giudizio di ottemperanza, potendo il ricorrente contare soltanto sulla «regola del giudizio» di cui all'art. 116, comma 2, c.p.c.⁵⁰.

⁴³ Cfr. Cons. St., sez. IV, 16 marzo 2020, n. 1878, cit.

⁴⁴ Cfr. Cons. St., sez. VI, ord. 28 settembre 2022, n. 8367, cit. e Id., sez. IV, 16 marzo 2020, n. 1878, cit.

⁴⁵ Cfr. Cons. St., sez. VI, ord. 28 settembre 2022, n. 8367, cit.; Id., sez. IV, 6 aprile 2020, n. 2297, cit.; Id., 16 marzo 2020, n. 1878, cit.

⁴⁶ Cfr. Cons. St., sez. VI, ord. 28 settembre 2022, n. 8367, cit.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ In tal senso cfr. R. CHIEPPA, *Il Codice del processo amministrativo. Commento a tutte le novità del giudizio amministrativo (D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104)*, Milano, 2010, p. 515 e F. SALVIA, *Le azioni*, in A. SANDULLI (a cura di), *Diritto processuale amministrativo*, Milano, 2007, pp. 105 ss., p. 122.

⁴⁹ N. GULLO, *La tutela del diritto di accesso dopo la riforma del processo amministrativo*, in *Cons. St.*, 2002, n. 3, pt. II, pp. 495 ss., p. 502.

⁵⁰ *Id.*, pp. 506-507.

Nondimeno, la presa d'atto di tale conclusione alimenta seri dubbi sull'effettiva utilità complessiva dell'istituto, mentre l'ordinanza in esame non è comunque equiparabile ad una normale istanza istruttoria, per la presentazione della quale non è richiesto un previo provvedimento amministrativo di diniego o di silenzio significativo sulla richiesta di accesso, diversamente da quanto presuppongono invece sia il rito incidentale che quello ordinario. Inoltre, il solo presupposto che legittima l'esperibilità del rito incidentale è essere parte nel giudizio principale, senza che il giudice di quest'ultimo possa valutare la specifica rilevanza che vi assumono i documenti richiesti. Altrimenti, l'accesso agli atti amministrativi ritenuti non rilevanti potrebbe essere tutelato giurisdizionalmente solo attraverso il rito ordinario, determinando una diversità nelle modalità di impiego dei due strumenti processuali non giustificata alla luce dei principi che reggono l'istituto in esame. Non può quindi ammettersi che l'istanza introduttiva del rito assuma un carattere del tutto strumentale rispetto alla domanda formulata nel giudizio principale, con conseguente improcedibilità ove riguardi atti non rilevanti per la decisione di merito, soluzione che la renderebbe idonea a poter essere proposta solo per acquisire la prova dei fatti già allegati. Al contrario, la sua presentazione può servire ad ottenere documenti utili per integrare il ricorso, impugnando eventualmente con motivi aggiunti atti connessi a quelli già censurati. La loro rilevanza probatoria, pertanto, deve essere valutata successivamente dal giudice del processo principale in base al principio del libero apprezzamento delle prove raccolte, mentre l'unica valutazione di ammissibilità dell'istanza è l'accertamento dell'esistenza o meno di casi di segretezza o di altre ipotesi di esclusione del diritto di accesso ostative alla divulgazione delle informazioni amministrative⁵¹.

Parimenti, si rileva l'irrisolta problematicità della sostanziale rimessione legislativa all'interprete dell'individuazione della natura giuridica dell'ordinanza e quindi delle possibili implicazioni in punto di autonoma appellabilità ed eseguibilità

nelle forme del giudizio di ottemperanza, situazione nella quale occorre tener fermo «il “parallelismo” che il legislatore ha istituito tra i due rimedi processuali»⁵². L'aver conferito al privato la scelta se esperire il rito speciale ordinario o quello incidentale presenta quindi il vantaggio di consentirgli di soppesare tra loro la necessità di ottenere una decisione in tempi più lunghi ma fornita di maggiori garanzie di tutela giurisdizionale, in fase sia di cognizione che di esecuzione, e l'opportunità invece di conseguire una decisione priva di tali garanzie ma in tempi più brevi⁵³. In tal modo, è proprio la riduzione dei tempi processuali che resta il vantaggio essenziale della non autonoma appellabilità dell'ordinanza⁵⁴. Del resto, poiché l'inottemperanza dell'amministrazione è suscettibile di rappresentare un argomento di prova che il giudice può ricavare dal relativo comportamento processuale ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.c., il suo accertamento alla stregua di tale disposizione è destinato ad operare in maniera particolarmente incisiva, perché la decisione dell'amministrazione di non esibire i documenti richiesti sarebbe contrassegnata da una continuità davvero sintomatica, dato che l'inottemperanza in sede giurisdizionale farebbe seguito al diniego già opposto in sede amministrativa⁵⁵.

In ogni caso, inquadrato il nuovo istituto in una logica di accelerazione più che di semplificazione e di concentrazione dei riti, si prende atto che in base al criterio di interpretazione letterale a favore della tesi della natura istruttoria depone il riferimento testuale ad un'«ordinanza istruttoria» anziché ad una «sentenza» o una «decisione»⁵⁶. Nella stessa direzione milita anche il richiamo ad

⁵² Cfr. L. BERTONAZZI, *Il regime incidentale di accesso, con particolare riferimento al termine perentorio per la sua proposizione e alla corretta instaurazione del contraddittorio*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, n. 1, pp. 311 ss., pp. 329-330, nt. 21.

⁵³ *Id.*, pp. 317-318.

⁵⁴ *Id.*, p. 318, nt. 7.

⁵⁵ *Id.*, p. 319, nt. 8 e GULLO, *op. cit.*, p. 506.

⁵⁶ Cfr. AN. ROMANO, *Sull'impugnativa del diniego di accesso agli atti proposta in pendenza di giudizio ai sensi dell'art. 1, comma 1, l. 21 luglio 2000, n. 205*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2002, n. 1, pp. 180 ss., p. 183.

⁵¹ *Id.*, pp. 504-505.

un'«istanza» e non ad un «ricorso»⁵⁷, e quindi la sostanziale qualificazione dell'ordinanza come richiesta probatoria⁵⁸. In definitiva, l'analogia con una normale istanza istruttoria rende il problema dell'eventuale autonomia dell'*actio ad exhibendum iudicio pendente* un «falso problema», perché l'istanza incidentale di accesso è già di per sé «una sorta di istanza istruttoria» rivolta al giudice del processo principale⁵⁹.

Anticipando argomentazioni poi riprese dal Consiglio di Stato, si chiarisce sin da subito che è l'esclusiva finalizzazione dell'ordinanza in esame all'acquisizione dei documenti necessari ai fini della decisione del merito ad evidenziare la stretta correlazione tra il diritto all'accesso e il diritto di difesa del nuovo istituto, perché l'accesso endoprocessuale consente alla parte di predisporre una migliore attività difensiva e di sollecitare ed indirizzare la successiva attività istruttoria⁶⁰.

A quanto consta, vi è solo una risalente opinione marcatamente favorevole a tale opzione ermeneutica, che si ritiene suffragata anzitutto dall'impiego dell'espressione «ordinanza istruttoria». Nella stessa direzione milita poi la circostanza che in tanto ha senso attribuire al giudice della causa principale la cognizione della controversia conseguente al provvedimento amministrativo di diniego o di silenzio sulla richiesta di accesso, anziché esperire il rito speciale ordinario, in quanto gli atti ostensibili siano anche rilevanti ai fini della decisione di merito. In tal modo, la natura istruttoria dell'ordinanza emerge chiaramente dall'esclusiva finalizzazione dell'istanza all'acquisizione di documenti necessari alla decisione del giudizio principale. Ammettendo invece che il rito incidentale sia esperibile per qualsiasi tipo di atto di cui si chieda l'ostensione, sia esso rilevante o meno per il giudizio principale, si smarrirebbe il carattere incidentale del rito stesso. Inoltre, occorrerebbe apprestare i necessari correttivi in punto di impugnativa e di ottemperanza ad una disciplina che, invece,

coerentemente con la natura istruttoria dell'ordinanza conclusiva del rito, di tali questioni si disinteressa completamente. Ancora, i controinteressati titolari del diritto alla notifica andrebbero individuati non già nelle parti del giudizio principale ma nei soggetti potenzialmente pregiudicati dall'istanza, nel qual caso però non si comprenderebbe perché la disposizione richieda la notifica «ai controinteressati», ovvero a «tutti» i controinteressati, e non invece «ad almeno uno» di essi⁶¹. Al contrario, resta indicativo della natura istruttoria dell'ordinanza il riferimento ai «controinteressati» senza ulteriori specificazioni, ossia ai soggetti titolari di un interesse processuale eguale e contrario a quello dell'istante nella causa principale, e non già ai controinteressati cui il provvedimento amministrativo sulla richiesta di accesso «direttamente si riferisce». Similmente, nella stessa direzione depone l'analogia con il trattamento processuale dell'istanza istruttoria, che per principio generale deve essere valutata dal giudice in vista della rilevanza della documentazione richiesta rispetto alla materia del contendere. Per contro, nessuna diminuzione di tutela ne deriverebbe per il privato, perché, per accedere ai documenti che il giudice della causa principale ritenga non rilevanti ai fini della decisione di merito, l'istante che abbia infruttuosamente agito contando sull'erronea convinzione della loro pertinenza può sempre esperire il rito ordinario, dovendosi ipotizzare la possibilità di essere rimesso in termini rispetto ad esso. Inoltre, la natura istruttoria dell'ordinanza è perfettamente coerente con il relativo oggetto, che non è l'ordine o il diniego dell'esibizione del documento all'istante ma la sua acquisizione o meno al giudizio principale, per cui esso è destinato ad essere visionato in prima battuta dai legali delle parti. Essa è poi giustificata dal principio dell'unicità dei gravami. Infine, l'impossibilità dell'istante di ricorrere all'esecuzione nelle forme del giudizio di

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ Cfr. R. PROIETTI, *L'accesso ai documenti amministrativi*, Milano, 2004, p. 90.

⁵⁹ ROMANO, *Sull'impugnativa*, cit., p. 183.

⁶⁰ Cfr. MAMELI, *op. cit.*, p. 11.

⁶¹ Si tenga presente che ormai per il rito speciale ordinario è richiesta la notifica «ad almeno un controinteressato» (art. 116, comma 1, primo periodo, c.p.a.), mentre per quello incidentale «agli eventuali controinteressati» (art. 116, comma 2, c.p.a.).

ottemperanza sarebbe comunque ovviata dalla «regola del giudizio» di cui all'art. 116, comma 2, c.p.c.⁶².

Anche dopo la l. n. 15 del 2005, pur sottolineandosi l'ambiguità del dato testuale, dal quale emerge che né la soluzione contraria né quella favorevole siano «irresistibili», si ribadisce che la natura autonoma del rito incidentale sembra per lo più contraddetta da numerosi elementi, quali la sostanziale inutilità che acquisirebbe l'attribuzione al giudice del processo principale della cognizione su una controversia in tema di accesso a documenti non rilevanti per tale processo; l'espressa qualificazione come «istruttoria» dell'ordinanza conclusiva del rito; l'incompatibilità dell'asserita natura decisoria con la sicura natura decisoria della pronuncia resa all'esito del rito speciale ordinario, perché diversamente non si spiegherebbe l'espresso riconoscimento solo per quest'ultima dell'autonoma appellabilità avanti il Consiglio di Stato; e, infine, la sovrapposibilità dell'istanza di accesso con le ordinarie istanze istruttorie⁶³.

Più di recente, con riferimento al principio di economia processuale, si ribadisce la contraddittorietà insita nel permettere all'istante di usufruire della possibilità di accorpate in un unico giudizio sia la tutela di merito che quella

sull'accesso, ove la seconda sia strettamente strumentale alla prima e, nello stesso tempo, nel consentirgli di derogare alle medesime sottostanti esigenze di concentrazione processuale, funzionali alla realizzazione del principio del giusto processo, attribuendogli la facoltà di impugnare autonomamente l'ordinanza che decide l'istanza ostensiva solo perché avente un esito ad esso sfavorevole⁶⁴.

Inoltre, la *ratio* che giustifica l'ammissibilità della proposizione dell'istanza resta la stretta connessione intercorrente fra il documento di cui si chiede l'esibizione ed il giudizio di merito. Qualora si consentisse l'appello prima della definizione del giudizio di merito cui l'istanza è connessa, si prescinderebbe da qualsiasi valutazione unitaria sulla sussistenza dell'interesse ad agire, che verrebbe accantonata rispetto all'impugnazione dell'ordinanza. Al contrario, l'interesse ad agire deve essere valutato rispetto all'intero giudizio e non può essere scomposto cronologicamente tra fase istruttoria e fase di merito, tanto più che la prima ha un ruolo strumentale rispetto alla seconda. Qualora, anche indipendentemente dall'esibizione del documento richiesto, il ricorrente vinca il giudizio, una sentenza di merito interamente satisfattiva farebbe venir meno il suo interesse ad ottenere l'esibizione dell'atto. Appare pertanto evidente che la tesi dell'autonoma appellabilità risulta basata sul falso presupposto della sussistenza certa dell'interesse a ricorrere⁶⁵.

Ancorandosi maggiormente al dato testuale, altra dottrina muove dalla notevole ambiguità della scelta lessicale effettuata dal legislatore codicistico. Da un lato, la circostanza che l'istanza non debba più essere presentata al presidente ma solo notificata alle parti e successivamente depositata, la scomparsa dell'aggettivo «istruttoria» dal sostantivo «ordinanza», la specificazione che l'istanza può essere decisa sia con la sentenza che definisce il giudizio che con ordinanza e la precisazione che in quest'ultima ipotesi la decisione è presa

⁶² Cfr. F. FRACCHIA, *Riti speciali a rilevanza endoprocedimentale*, Torino, 2003, pp. 49 ss. Peraltro, l'autore ritiene che il rito speciale incidentale possa avere ad oggetto l'ostensione di tutti i documenti «connessi» con l'oggetto del giudizio principale e non soltanto quelli «rilevanti» alla decisione finale dello stesso, tesi che fa leva sulla collocazione originaria della disposizione disciplinatrice nel terzo periodo del primo comma dell'art. 21, l. n. 1034 del 1971, quale novellato dalla l. n. 205 del 2000, ritenuta strettamente collegata con la disposizione relativa alla proponibilità dei motivi aggiunti contenuta nel precedente secondo periodo e introdotta anch'essa dalla l. n. 205 del 2000 (*id.*, pp. 53 ss.). In ogni caso, già la successiva l. n. 15 del 2005 avrebbe riformulato e spostato la disposizione in oggetto dall'art. 21, comma 1, l. n. 1034 del 1971 all'art. 25, comma 5, l.p.a., facendo venir meno il presupposto della collocazione in sequenza delle due previsioni (proposizione dei motivi aggiunti e rito speciale incidentale sull'accesso).

⁶³ Cfr. F. VETRÒ, *La nuova disciplina dei ricorsi amministrativi e giurisdizionali per la tutela del diritto di accesso*, in N. PAOLANTONIO-A. POLICEA-ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Torino, 2005, pp. 751 ss., pp. 775-776.

⁶⁴ Cfr. S. DELLA, *È impugnabile l'ordinanza ex art. 116 c.p.a.?*, in *www.lavoicedeldiritto.it*, 2018.

⁶⁵ *Ibid.*

«separatamente» dal giudizio principale, sono tutte formule che attenuano la valenza istruttoria del rito. Dall'altro, però, alla luce della rigida e precisa alternativa delineata dall'art. 33, comma 1, lett. a) e b), c.p.a. tra «sentenza» e «ordinanza», la categoria concettuale dell'«ordinanza» di cui all'art. 116, comma 2, c.p.a., anche se depurata dall'aggettivo «istruttoria», pare destinata a confermare la natura non decisoria del provvedimento. In ogni caso, la presenza di una componente istruttoria implica coerentemente che l'accoglimento o il diniego della richiesta possa fondarsi anche su un giudizio di pertinenza o meno del documento in relazione al processo principale⁶⁶.

Del resto, l'eliminazione del termine «impugnativa», in luogo del quale sin dalla l. n. 15 del 2005 si parla solo di «ricorso», rende più chiaro il collegamento tra il giudizio principale e quello incidentale rafforzando l'importanza dell'elemento della connessione⁶⁷, mentre l'eliminazione dell'aggettivo «istruttoria» dal sostantivo «ordinanza» renderebbe ora addirittura più ambigua la nuova formulazione⁶⁸.

6. LE PRINCIPALI ARGOMENTAZIONI DELL'ORIENTAMENTO GIURISPRUDENZIALE FAVOREVOLE ALL'AUTONOMA APPELLABILITÀ. LA CENTRALITÀ DELLE ESIGENZE DI TUTELA GIURISDIZIONALE.

Tale orientamento afferma il carattere sempre sostanzialmente decisivo dell'ordinanza e la sua conseguente autonoma appellabilità⁶⁹.

⁶⁶ Cfr. LIPARI, *op. cit.*, pp. 929-930.

⁶⁷ Cfr. N. SAITTA, *Sistema di giustizia amministrativa*, VI ed., Napoli, 2018, p. 715.

⁶⁸ *Id.*, p. 716.

⁶⁹ Per il quale cfr., *ex plurimis*, T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 15 luglio 2022, n. 10114; T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. III, 31 gennaio 2022, n. 288; T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, ord. 11 ottobre 2021, n. 1733; T.A.R. Sardegna, sez. I, 26 maggio 2021, n. 379; Cons. St., sez. V, ord. 4 aprile 2021, n. 2763; *Id.*, ord. 23 giugno 2020, n. 4016; T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 4 giugno 2020, n. 635; T.A.R. Veneto, sez. II, 30 aprile 2020, n. 397; *Id.*, sez. III, 26 luglio 2019, n. 894; Cons. St., sez. V, 12 giugno 2019, n. 3936; *Id.*, 15 maggio 2019, n. 3151; T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, sez. I, ord. 8 febbraio 2019, n. 93; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I-bis, ord. 22 ottobre 2018, n. 10189; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 9 luglio 2018, n. 4552; Cons. St., sez. V, ord. 21 maggio 2018, n. 3028; T.A.R.

In alcune pronunce iniziali, in cui manca un'affermazione esplicita della natura decisoria dell'ordinanza, tale riconoscimento può ritenersi implicito nel fatto che il giudice di prime cure dichiara con ordinanza la cessazione della materia del contendere con esclusivo riferimento all'istanza di accesso dopo che l'amministrazione ha prodotto i documenti richiesti dal ricorrente⁷⁰; oppure laddove esso esclude la necessità di un collegamento strumentale dell'istanza con l'oggetto e le esigenze probatorie del giudizio pendente nel quale si inserisce⁷¹; o, ancora, nei casi in cui riconosce che con il rito speciale incidentale la tutela giurisdizionale del diritto di accesso è azionabile indipendentemente dai poteri istruttori e decisori del giudice che ha giurisdizione sulla causa principale, posto che il diritto di accesso è autonomo rispetto alla sua tutela giurisdizionale⁷². In altri casi, l'adesione implicita alla medesima impostazione è rinvenibile in quelle pronunce con cui il Consiglio di Stato, pur senza pronunciarsi espressamente e in termini generali sulla natura giuridica dell'ordinanza *de qua*, ne ammette l'appellabilità esaminando in maniera diretta il merito dell'ordinanza impugnata nella fattispecie⁷³.

Come nel precedente orientamento, anche in questo si respinge l'indirizzo intermedio, sebbene

Campania, Napoli, sez. V, ord. 25 gennaio 2017, n. 542; Cons. St., sez. V, 15 luglio 2016, n. 3148; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III-ter, ord. 14 ottobre 2012, n. 356; Cons. St., sez. V, 29 marzo 2011, n. 1927; *Id.*, 10 febbraio 2009, n. 741; *Id.*, sez. VI, 20 gennaio 2009, n. 265; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 30 marzo 2006, n. 2212; *Id.*, sez. I-ter, ord. 16 giugno 2005, n. 5044; *Id.*, sez. I-bis, ord. 23 marzo 2005 (ud.), n. 2795; T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 22 giugno 2004, n. 1566; Cons. St., sez. VI, 9 gennaio 2004, n. 14; T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, sez. I, ord. 25 ottobre 2003, n. 35, tutte in www.giustizia-amministrativa.it/dcsnpr.

⁷⁰ Cfr. T.A.R. Lombardia, Brescia, ord. 22 gennaio 2001, n. 11, in www.giustizia-amministrativa.it/dcsnpr.

⁷¹ Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, ord. 10 marzo 2001, n. 1834, in www.giustizia-amministrativa.it/dcsnpr. Sul punto cfr. G. D'ANGELO, *La tutela del diritto d'accesso in pendenza del giudizio*, in *Foro it.*, 2002, n. 5, pt. III, cc. 225 ss., c. 225.

⁷² Cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 12 novembre 2001, n. 7191, in www.giustizia-amministrativa.it/dcsnpr.

⁷³ Cfr. Cons. St., sez. IV, ord. 6 marzo 2017, n. 1015; *Id.*, sez. V, 15 luglio 2016, n. 3148; *Id.*, sez. IV, ord. 14 aprile 2015, n. 1900, tutte in www.giustizia-amministrativa.it/dcsnpr. Sul punto cfr. F. GASPARRI, *Impugnabilità della ordinanza resa dal T.A.R. ai sensi dell'art. 116, comma 2, Codice del processo amministrativo*, in www.ildirittoamministrativo.it, 2018, p. 2.

in misura più attenuata, stante la maggiore assonanza tra i due. In tal senso, la distinzione ivi prospettata «non pare a perfetta tenuta, specie ove si consideri le condizioni per l'accesso ai documenti»⁷⁴. Più chiara è invece la reiezione operata dalla pronuncia della Plenaria n. 4 del 2023, per la quale la concezione della «natura variabile» dell'ordinanza è inammissibile «perché la natura decisoria o meno di un provvedimento giudiziale va stabilita sulla base di criteri normativi».

Va da sé poi che i termini della questione attengono all'eventuale autonomia appellabilità implicita. Infatti, da un lato, le ordinanze istruttorie, rilevando solo all'interno del giudizio, non sono formalmente appellabili, in quanto non possono mai pregiudicare la decisione della causa, come previsto dall'art. 177, comma 1, c.p.c., anche se possono essere sempre modificate o revocate dal giudice che le ha pronunciate ai sensi del secondo comma della medesima disposizione, applicabile anche al processo amministrativo in virtù del rinvio esterno di cui all'art. 39 c.p.a. Dall'altro, nel processo amministrativo opera la distinzione tra decisioni espressamente appellabili e decisioni solo implicitamente tali, le prime rinvenendosi nelle sentenze adottate dai tribunali amministrativi regionali ai sensi degli artt. 91 e 100 c.p.a. e nelle ordinanze cautelari adottate dagli stessi ai sensi dell'art. 62 c.p.a., e le seconde nelle decisioni che, a prescindere dalla forma esteriore, hanno un contenuto decisorio idoneo ad incidere su situazioni giuridiche soggettive ovvero a risolvere una specifica controversia nel contraddittorio tra le parti, suscettibili quindi di essere impugnate e di passare in giudicato, come chiarito dall'Adunanza plenaria nella fondamentale pronuncia n. 1 del 1978⁷⁵.

Fra le principali motivazioni addotte, in base al criterio di interpretazione letterale a favore di tale soluzione depongono anzitutto le modalità di instaurazione del rito, che è introdotto da un'istanza da notificare all'amministrazione e agli eventuali controinteressati, conformemente al regime tipico dell'instaurazione del rapporto giuridico processuale in seguito a proposizione di ricorso e non di atto di citazione⁷⁶. In tal senso, mentre l'onere delle parti di fornire gli elementi di prova nella loro disponibilità, relativamente ai fatti posti a fondamento delle domande e delle eccezioni presentate, ai sensi degli artt. 63, comma 1 e 64, comma 1, c.p.a., non richiede per essere assolto la notifica alle altre parti dell'istanza istruttoria, il requisito che l'istanza incidentale sull'accesso debba essere notificata sia all'amministrazione che agli eventuali controinteressati, i quali potrebbero anche essere diversi dalle parti già evocate nel giudizio principale, evidenzia la coerenza tra il rispetto delle regole del contraddittorio e la logica del carattere decisorio del giudizio⁷⁷.

ordinanze emesse dai tribunali amministrativi regionali dipende «dalla sussistenza o meno in tali pronunce del contenuto di vera e propria decisione di una controversia così come si riscontra in una sentenza», per cui anche il provvedimento in forma di ordinanza ha sicuramente natura decisoria se «risolve, in contraddittorio tra le parti, una specifica controversia, cioè un conflitto di pretese, dettando il regolamento giuridico di esso e attribuendo ad uno dei soggetti in contesa un concreto vantaggio garantito dalla legge». Tale conclusione corrisponde ad un'interpretazione logico-sistematica degli artt. 125, 3 comma 1, 100 comma 1 e 103 comma 1, Cost., perché «il costituente, con prevedere la istituzione in ogni regione di organi di giustizia amministrativa di primo grado, ha inteso assoggettare di regola al controllo giurisdizionale del Consiglio di Stato tutti i provvedimenti decisorii dei medesimi, comunque incidenti sulla sfera giuridica dei soggetti» (Cons. St., A.P., 24 gennaio 1978, n. 1, in www.giustizia-amministrativa.it/dcsnpr).

⁷⁴ Cons. St., sez. V, 15 maggio 2019, n. 3151, cit. (corsivo non testuale).

⁷⁵ Richiamata appunto da Cons. St., A.P., 24 gennaio 2023, n. 4, cit. e nella quale si ammette che è «possibile, quindi, al fine di stabilire il regime di impugnabilità dei singoli atti giurisdizionali, riconoscere - ove ne esistano le condizioni - natura decisoria pari a quella delle sentenze anche ad alcuni di essi, che hanno, invece, forma di ordinanza o di decreto», e ciò, in particolare, quando «la natura dell'atto emesso dall'organo giurisdizionale risulti assimilabile nella sua essenza ad un tipo di atto distinto da quello formalmente utilizzato». In definitiva, la questione dell'appellabilità o meno delle

⁷⁶ Cfr., *ex plurimis*, T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 15 luglio 2022, n. 10114, cit.; T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, ord. 11 ottobre 2021, n. 1733, cit.; Cons. St., sez. V, ord. 4 aprile 2021, n. 2763, cit.; T.A.R. Sardegna, sez. I, 26 maggio 2021, n. 379, cit.; T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 4 giugno 2020, n. 635, cit.; T.A.R. Veneto, sez. II, 30 aprile 2020, n. 397, cit.; Id., sez. III, 26 luglio 2019, n. 894, cit.; Cons. St., sez. V, 12 giugno 2019, n. 3936, cit.; Id., ord. 21 maggio 2018, n. 3028, cit.; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 21 gennaio 2016, n. 180, cit.; T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, sez. I, ord. 25 ottobre 2003, n. 35, cit.

⁷⁷ Cfr. Cons. St., A.P., 24 gennaio 2023, n. 4, cit.

Sempre in base al criterio di interpretazione letterale, la natura decisoria discende dal tenore del primo periodo dell'art. 116, comma 2, c.p.a., secondo cui è «il ricorso di cui al comma 1» a poter essere proposto con istanza in pendenza di giudizio, per cui il rinvio effettuato all'accesso con il rito ordinario dimostra «la sostanziale unitarietà del rimedio»⁷⁸. In sostanza, la natura decisoria è coerente con il fatto il rito speciale sull'accesso è sostanzialmente unitario, al cui interno il sottotipo incidentale «si pone in rapporto di genere a specie»⁷⁹ rispetto a quello ordinario. In effetti, sin dalla l. n. 205 del 2000 si sottolinea come a favore della tesi della natura decisoria deponga l'identità della controversia introdotta tanto con il rito incidentale quando con quello ordinario, il primo distinguendosi dal secondo solo per la particolarità di essere proposto in pendenza di un altro giudizio, cui è connesso da vincoli di strumentalità⁸⁰.

Il criterio di interpretazione letterale consente poi di propendere per la tesi della natura decisoria anche alla luce riferimento esplicito della disposizione alla circostanza che l'istanza va «"decisa"» dal collegio⁸¹.

In base al criterio di interpretazione storica, ovvero al principio *quod lex voluit dixit quod noluit tacuit*, la natura decisoria è avvalorata dalla scomparsa nella disposizione codicistica dell'aggettivo «istruttoria» dal sostantivo «ordinanza» rispetto alle precedenti versioni della normativa sul rito in esame⁸², argomentazione che però ricorre maggiormente nella dottrina.

In base al criterio di interpretazione sistematica, tale soluzione trae origine dalla distinzione di discipline approntata dal codice tra la fase dell'istruttoria e l'istanza di accesso in corso di causa, con conseguente impossibilità di sovrapporre i due istituti, come sostenuto invece dall'opposto orientamento⁸³.

In base al criterio di interpretazione conforme a Costituzione, la tesi della natura decisoria discende dalla necessità di assicurare il diritto di difesa di cui agli artt. 24 e 113 Cost. e all'art. 1 c.p.a., sia dei controinteressati che dell'amministrazione, in caso di accoglimento dell'istanza e della conseguente emanazione dell'ordinanza che ordini l'ostensione. E ciò sotto un duplice profilo. Da un lato, perché, se non fosse consentita l'autonoma ed immediata appellabilità, i controinteressati vedrebbero pregiudicato irreversibilmente il loro diritto alla riservatezza privata e l'amministrazione detentrica dei documenti si vedrebbe similmente vulnerata nelle proprie prerogative pubbliche. Dall'altro, perché, stante la possibile non coincidenza tra le parti del giudizio principale e i soggetti cui l'istanza va notificata, se l'ordinanza non avesse valenza decisoria, i destinatari della notifica potrebbero anche non essere legittimati a proporre impugnazione autonoma avverso la sentenza che definisce la controversia⁸⁴.

Similmente, in relazione all'interpretazione conforme a Costituzione, la tesi della natura decisoria discende dal principio del doppio grado di giurisdizione di cui all'art. 125 Cost., che «impone», in presenza di provvedimenti aventi contenuto decisivo, di consentire alle parti di proporre appello, come già chiarito sia dalla pronuncia della Plenaria n. 1 del 1978 che dalla pronuncia della Corte costituzionale n. 8 del 1982⁸⁵, la quale aveva riconosciuto la costituzionalizzazione del principio del doppio grado di giurisdizione amministrativa in virtù appunto dell'art. 125 Cost.⁸⁶.

Sempre per quanto riguarda le esigenze di tutela giurisdizionale, non sono soltanto l'autonoma appellabilità e la possibilità di ottenere l'esecuzione nelle forme del giudizio di ottemperanza a rendere preferibile la tesi della natura decisoria, perché il suo accoglimento impedisce al giudice di merito di revocarla o modificarla successivamente in corso di causa in

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ T.A.R. Lazio, Roma, sez. I-bis, 22 ottobre 2018, n. 10189, cit.

⁸⁰ Cfr. T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, sez. I, ord. 25 ottobre 2003, n. 35, cit.

⁸¹ *Ibid.*

⁸² Cfr. Cons. St., A.P., 24 gennaio 2023, n. 4, cit.

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ Cfr. Corte cost., 1 febbraio 1982, n. 8, in www.giurcost.org.

⁸⁶ Cfr. Cons. St., A.P., 24 gennaio 2023, n. 4, cit.

base a un ripensamento postumo ai sensi dell'art. 177, comma 3, n. 3, c.p.c., per cui la parte che si ritenga pregiudicata non potrebbe comunque contare su tale tipo di tutela⁸⁷.

Del resto, l'esigenza di preservare il valore della massima rapidità nella definizione del contenzioso processuale può portare all'accoglimento dell'istanza in funzione dell'eventuale proposizione di un'ulteriore impugnativa sulla base di elementi nuovi, ove effettivamente appresi a seguito dell'accesso all'ulteriore documentazione richiesta. Il che, nel quadro normativo vigente, ben può avvenire con sentenza anche se tale *modus procedendi* va a scapito del *simultaneus processus*, qualora non ne discenda comunque un rinvio della decisione di merito rispetto al ricorso principale e la posizione dell'istante non riceva un significativo pregiudizio sul piano processuale⁸⁸.

In sostanza, la previsione della possibilità per il giudice di decidere la controversia non con un'ordinanza ma con la sentenza che definisce il giudizio e l'esplicita sottolineatura della separazione tra i due possibili esiti della presentazione dell'istanza, si spiegano sempre nella logica della "connessione" tra rito incidentale e processo principale, che potrebbe indurre il giudice a rinviare la decisione sull'istanza al momento dell'adozione della sentenza che definisce il giudizio principale, qualora ritenga che la documentazione richiesta non sia necessaria ai fini della definizione del giudizio. Tale soluzione consente maggiore celerità allo svolgimento del processo senza incidere sulla tutela della parte, in quanto la decisione è solo rinviata alla fase conclusiva del processo stesso⁸⁹.

Sin dall'introduzione dell'istituto in esame, pertanto, si sottolinea che, nella configurazione del rito incidentale come «procedura decisoria semplificata», in analogia al rito ordinario, le considerazioni di economia processuale non sono disgiunte da quelle di tutela del diritto di difesa,

perché, qualora dovesse affermarsi la possibilità per l'istante di limitare l'impugnativa all'acquisizione dei soli documenti strumentalmente preordinati alla decisione nel merito del ricorso principale, verrebbe pregiudicate evidenti esigenze economico-processuali, dal momento che l'interessato sarebbe tenuto a coltivare un'ulteriore e distinta sede di tutela diretta all'acquisizione della documentazione necessaria alla propria difesa⁹⁰.

Pertanto, va rimarcato che, secondo la configurazione "tradizionale" dell'orientamento favorevole, antecedente cioè alla pronuncia della Plenaria n. 4 del 2023, contro l'opinione dell'asserita natura meramente ordinatoria/istruttoria dell'ordinanza depone la circostanza che con l'istanza introduttiva del rito non si devolve al giudice un'indagine penetrante circa la necessità e la rilevanza dell'atto da acquisire ai fini della decisione del ricorso principale al quale la domanda di accesso è connessa, con ogni profilo di ipotetica dipendenza rispetto al ricorso principale medesimo, perché la delibazione che il giudice è chiamato ad effettuare investe esclusivamente la meritevolezza degli interessi da tutelare con l'accesso agli atti, ai sensi della disciplina sostanziale in materia⁹¹, mentre la rilevanza dei documenti richiesti per il giudizio principale resta in ombra⁹².

⁸⁷ Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, ord. 10 marzo 2001, n. 1834, cit.

⁸⁸ Cfr. Cons. St., sez. V, 12 giugno 2019, n. 3936, cit. e Id., ord. 21 maggio 2018, n. 3028, cit. Fermo restando, ovviamente, che anche la proposizione del rito speciale incidentale richiede pur sempre che l'istante fornisca quanto meno un «principio di prova», ai sensi dell'art. 64, comma 1, c.p.a. (cfr. V. PARISIO, *La tutela dei diritti di accesso ai documenti amministrativi e alle informazioni nella prospettiva giurisdizionale*, in *federalismi.it*, 2018, p. 21).

⁸⁹ In tal senso, per «pacífico orientamento», nell'ipotesi di accesso difensivo il giudice amministrativo adito nel giudizio di accesso ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.a. non deve svolgere *ex ante* alcuna ultronea valutazione sull'ammissibilità, sull'influenza o sulla decisività del documento richiesto nell'eventuale giudizio instaurato, «salvo il caso di una evidente, assoluta, mancanza di collegamento tra il documento e le esigenze difensive e, quindi, in ipotesi di esercizio pretestuoso o temerario dell'accesso difensivo stesso per la radicale assenza dei presupposti legittimanti previsti dalla l. n. 241 del 1990» (T.A.R. Lazio, Roma, sez. II-*quater*, ord. 15 luglio 2022, n. 10020, che riporta Cons. Stato, A.P., 18 marzo

⁸⁷ Cfr. T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. III, 31 gennaio 2022, n. 288, cit.

⁸⁸ Cfr. T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 1 dicembre 2015, n. 1553, in www.giustizia-amministrativa.it/dcsnpr.

⁸⁹ Cfr. Cons. St., A.P., 24 gennaio 2023, n. 4, cit.

Rispetto a tale quadro, la Plenaria riconfigura però la soluzione favorevole, introducendo una peculiarità. Infatti, il requisito della “connessione” cui si riferisce l’art. 116, comma 2, c.p.a. va inteso nel senso che la documentazione richiesta deve essere anche strumentale alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive che sono state fatte valere in uno specifico processo amministrativo in corso di svolgimento. Ne deriva che la valutazione che deve effettuare il giudice «non è soltanto volta» (ma quindi anche) «a verificare la possibile rilevanza del documento per la definizione del giudizio», perché può servire ad almeno altre tre funzioni, ossia a risolvere in via stragiudiziale la controversia, a proporre una nuova impugnazione o a proporre una diversa domanda di tutela innanzi ad un’altra autorità giudiziaria, secondo una nozione di «strumentalità in senso ampio»⁹³.

Ancora, la natura decisoria, con l’innesto in un procedimento giurisdizionale pendente di un’autonoma *actio ad exhibendum* funzionalmente giustificata dall’acquisizione di atti connessi all’oggetto della lite principale, discende anche dalla conformazione ormai assunta dal giudizio amministrativo, specialmente dopo le modifiche normative apportate dal d.lgs. n. 80 del 1998 e dalla l. n. 205 del 2000. In tal senso, la mutazione strutturale dell’oggetto del processo amministrativo dall’atto al rapporto autorizza, in un’ottica processualcivilistica, una lettura della norma in esame in chiave di connessione tra cause ai fini della definizione del rapporto controverso⁹⁴.

Infine, a favore di tale soluzione spinge la valenza processualistica generale del «principio della prevalenza della sostanza sulla forma ai fini dell’individuazione del mezzo di impugnazione esperibile», per cui anche in relazione al rito di cui all’art. 116, comma 2, c.p.a. può affermarsi che «alla forma dell’ordinanza corrisponde il contenuto della sentenza»⁹⁵.

7. **IL DECISO FAVOR DELLA DOTTRINA PER LA TESI DELLA NATURA DECISORIA.**

Ancora più approfondite sono le riflessioni della dottrina, che nell’accogliere tale tesi esprime senz’altro l’opinione attualmente dominante nella letteratura amministrativistica⁹⁶, con argomentazioni in gran parte coincidenti con quelle dell’omologo orientamento giurisprudenziale ma, molto spesso, anticipatorie delle stesse.

Subito dopo l’introduzione dell’istituto, una parte della dottrina accoglie la tesi della natura decisoria applicando all’ordinanza in esame le stesse conclusioni cui era già giunta la giurisprudenza in relazione sia al carattere appellabile che all’eseguità in sede di ottemperanza dell’ordinanza cautelare, prima del loro espresso riconoscimento ad opera della stessa l. n. 205 del 2000, con conseguente estensione analogica all’ordinanza emessa all’esito del nuovo rito sia dell’appellabilità di cui all’art. 28, comma 3, l. n. 1034 del 1971 che dell’eseguità nelle forme del giudizio di ottemperanza di cui all’art. 21, comma 14, l. n. 1034 del 1971, come novellati appunto dalla l. n. 205 del 2000⁹⁷.

In realtà, sin dalla prima presa di posizione del Consiglio di Stato sulla tematica in esame, come si è visto contraria al riconoscimento della natura decisoria⁹⁸, si osserva subito in senso critico⁹⁹ che la giurisprudenza afferma già da tempo come l’interesse alla conoscenza dei documenti amministrativi assurga a bene autonomo della vita, meritevole di tutela separatamente dalle situazioni giuridiche soggettive su cui incide il provvedimento finale, essendo sorretto anche da una funzione partecipativa di controllo sulla trasparenza e sull’imparzialità dell’attività amministrativa¹⁰⁰.

2021, n. 4, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it/dcsnpr.

⁹³ Cons. St., A.P., 24 gennaio 2023, n. 4, cit.

⁹⁴ Cfr. T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 22 giugno 2004, n. 1566, cit.

⁹⁵ Cons. St., sez. V, 15 maggio 2019, n. 3151, cit.

⁹⁶ Cfr. R. GIOVANNELLI, *L’ordinanza ex art. 116 c. 2 c.p.a. ha valore decisorio, ed è impugnabile*, in www.ildirittoamministrativo.it, 2023, p. 6.

⁹⁷ Cfr. F. FIGORILLI, *La tutela dell’accesso*, in B. SASSANI-R. VILLATA (a cura di), *Il processo davanti al giudice amministrativo*, Torino, 2001, pp. 95 ss., p. 100.

⁹⁸ Si tratta, come si è visto, di Cons. St., sez. VI, ord. 22 gennaio 2002, n. 397, cit.

⁹⁹ Cfr. [MARZAGALLI](#), *op. cit.*, pp. 548 s.

¹⁰⁰ Cfr., *ex multis*, Cons. St., sez. V, 14 aprile 1997, n. 362, in *Corr. giur.*, 1997, n. 7, p. 765.

L'accoglimento la tesi della natura istruttoria si ripercuoterebbe quindi in un giudizio negativo sulla stessa scelta del legislatore di introdurre il nuovo istituto, attesa la mancanza di una concreta utilità che ne deriverebbe nell'accrescere il grado di tutela giurisdizionale del cittadino che intenda avere accesso ai documenti amministrativi rispetto al rito speciale ordinario. Anzitutto, il rito speciale incidentale nasce già depotenziato rispetto a quello ordinario, dato che con il primo si può ottenere l'accesso ai soli documenti rilevanti per la decisione del giudizio principale, mentre con il secondo è possibile azionare la tutela giurisdizionale per ottenere l'ostensione di tutti i documenti per i quali la normativa sostanziale consente il diritto di accesso. Ma, soprattutto, accedendo alla tesi della natura istruttoria, il rito incidentale rischierebbe di sovrapporsi e di ridurre la tutela rispetto ad altri istituti del processo amministrativo. È il caso, ad esempio, del potere-dovere del giudice di ordinare l'esibizione istruttoria, per il quale la disposizione attributiva (il previgente art. 21, comma 6, l. n. 1034 del 1971, ora trasfuso nell'art. 64, comma 3, c.p.a.) non tipizza alcun compiuto rito come avviene invece per il rito in esame¹⁰¹. In sostanza, accogliendo la tesi della natura istruttoria si faticerebbe a cogliere la differenza tra l'istanza incidentale di accesso e l'istanza istruttoria volta ad ottenere l'esibizione degli atti e documenti in base ai quali il provvedimento è stato emanato e di quelli in esso citati, perché una corretta esegesi dell'espressione «gli atti e i documenti in base ai quali l'atto è stato emanato» renderebbe del tutto superfluo l'istituto dell'accesso in corso di causa come interpretato dall'orientamento restrittivo¹⁰².

Ovviamente, sin dall'introduzione dell'istituto, l'argomentazione principale a favore della tesi della natura decisoria resta la duplice opportunità che ne discenderebbe relativamente sia all'autonoma appellabilità che all'eseguità nelle forme del giudizio di ottemperanza¹⁰³, un aspetto ribadito

invariabilmente anche dopo le modifiche introdotte dalla l. n. 15 del 2005¹⁰⁴.

Dal primo punto di vista, non è solo l'interesse dell'istante che potrebbe essere potenzialmente pregiudicato, perché in caso in ordinanza favorevole la soluzione della non autonoma appellabilità priverebbe gli eventuali controinteressati di un grado di giudizio, dato che la definitività del provvedimento di acquisizione in forma autonoma comporta l'immediata perdita della tutela della riservatezza, ormai pregiudicata. Ciò a meno che l'accesso non sia dettato da ragioni di giustizia, nel qual caso la riservatezza è *ex lege* soccombente nel processo di bilanciamento dei contrapposti interessi¹⁰⁵. In ogni caso, ancor prima che un'opportunità, l'autonoma appellabilità è di per sé una conseguenza logica del fatto stesso che l'ordinanza decida comunque sull'ostensione richiesta dall'istante¹⁰⁶.

Dal secondo punto di vista, il riconoscimento dell'esperibilità del rito di accesso in corso di causa si spiega probabilmente proprio con l'esigenza di superare le difficoltà che ancora oggi permangono di fronte all'inottemperanza dell'amministrazione all'ordine presidenziale di esibizione documentale di cui all'art. 65 c.p.a. o all'ordinanza istruttoria collegiale di produrre in giudizio i documenti ritenuti necessari ai fini della soluzione della controversia. In luogo del più idoneo strumento della sentenza, la mancanza di una chiara precisazione della natura decisoria o istruttoria dell'ordinanza e - quindi - delle relative implicazioni processuali, continua ad alimentare il dubbio sulla concreta utilità di questa fase incidentale del processo, destinata a concludersi con un provvedimento nei cui confronti non è praticabile alcun rimedio in caso di mancata esecuzione spontanea ad opera dell'amministrazione soccombente. In tal senso, la

¹⁰¹ Cfr. F. SCIARRETTA, *Appunti di giustizia amministrativa*, III ed., Milano, 2007, p. 249.

¹⁰² Cfr. A. LIBERATI, *Manuale pratico della giustizia amministrativa*, vol. II, *Il processo innanzi ai tribunali amministrativi regionali*, Padova, 2006, p. 1724.

¹⁰³ Cfr. S. FIORENTINO, *Il rito in materia di accesso ai documenti amministrativi*, in G.P. CIRILLO (a cura di), *Diritto processuale amministrativo*, Milano, 2017, pp. 1033 ss., p. 1051.

¹⁰¹ Cfr. MARZAGALLI, *op. cit.*, p. 550.

¹⁰² Cfr. D'ANGELO, *op. cit.*, c. 226.

¹⁰³ Cfr. MARZAGALLI, *op. cit.*, pp. 550-551.

sentenza che definisce il giudizio offre sicuramente più garanzie in termini di effettività della tutela, in quanto il bene della vita cui aspira il ricorrente può essere materialmente assicurato anche mediante la nomina di un *commissario ad acta*, senza procedere allo svolgimento della fase cognitoria, tipica ed ineliminabile in ogni giudizio per l'esecuzione del giudicato¹⁰⁷.

In base al criterio di interpretazione storica, a favore del carattere decisorio e della conseguente autonoma appellabilità dell'ordinanza depone ovviamente l'espressa qualificazione come «ordinanza» e non più come «ordinanza istruttoria», come era invece nel regime previgente al codice¹⁰⁸. Anche, cioè, se il codice non prende posizione netta a favore della natura dell'ordinanza, depurando il sostantivo dall'aggettivo «istruttoria» mostra di voler consolidare gli argomenti a favore della natura decisoria¹⁰⁹.

In base poi al criterio di interpretazione sistematica, la tesi della natura istruttoria poteva avere un senso nel contesto normativo originario, posto che l'art. 21, comma 1, l. n. 1034 del 1971, dopo la l. n. 205 del 2000 ma prima della l. n. 15 del 2005, disciplinava in successione – nei tre periodi – le modalità di presentazione del ricorso principale, la proposizione dei motivi aggiunti e il rito speciale incidentale sull'accesso, mentre non si giustifica già più nel contesto normativo successivo

alla riforma del 2005¹¹⁰ (e meno che mai in quello attuale).

Contro la tesi della natura istruttoria depone anche l'unitarietà del rimedio tra rito speciale incidentale e rito speciale ordinario, già messa in luce dalla giurisprudenza ma che si arricchisce qui di ulteriori spunti. Non solo, infatti, in base al criterio di interpretazione letterale, in tale direzione milita la circostanza che l'art. 116, comma 2, c.p.a. richiami espressamente «il ricorso di cui comma 1», evidenziando tale unitarietà¹¹¹. Ma che si tratti di un'ordinanza di natura decisoria è comprovato dalla stessa natura facoltativa dell'esperibilità del rito incidentale, che lascia intendere come si sia in presenza di una modalità alternativa di utilizzo dello stesso rimedio e non già di due azioni diverse con separato oggetto¹¹². Anche il fatto che la proposizione dell'*actio ad exhibendum pendente iudicio* presupponga l'inerzia o il diniego espresso dell'amministrazione sull'istanza amministrativa di accesso, esattamente come richiesto per l'*actio ad exhibendum* ordinaria e a differenza di quanto avviene per la presentazione di un'istanza istruttoria, conferma che si sia in presenza di un unico rimedio¹¹³. In definitiva, aderendo all'opposta soluzione ermeneutica si determinerebbe la frantumazione dell'unitarietà del diritto di accesso, assegnando al diritto «istruttorio» un regime processuale particolare, senza una reale corrispondenza nel dettato legislativo¹¹⁴.

Sempre conformemente a quanto osservato dalla giurisprudenza, sin dall'introduzione dell'istituto si evidenzia che a favore della natura decisoria e della conseguente non autonoma appellabilità dell'ordinanza depone il requisito della previa notifica dell'istanza all'amministrazione e ai controinteressati, diversamente da un'istanza

¹⁰⁷ Cfr. F. FIGORILLI, *Il rito dell'accesso*, in B. SASSANI-R. VILLATA (a cura di), *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, 2012, pp. 735 ss., pp. 745-746.

¹⁰⁸ Cfr., *ex plurimis*, CARINGELLA, *Manuale*, cit., p. 970; E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, XIII ed., Milano, 2011, p. 950; M. CORRADINO-S. STICCHI DAMIANI, *Il processo amministrativo*, Torino, 2014, p. 487; P. GONNELLI, *Le novità del processo amministrativo*, Roma, 2010, p. 88; M. SANTISE, *Art. 116*, in R. CHIEPPA (dir. da), *Codice del processo amministrativo*, Milano, 2022, pp. 698 ss., p. 711.

¹⁰⁹ Cfr. G. FARES-A. ANDOLFI, *Art. 116*, in R. GAROFOLI-G. FERRARI (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, Roma, 2010, vol. III, pp. 1600 ss., p. 1610 e G. FARES-GI. FERRARI, *Art. 116*, in R. GAROFOLI-G. FERRARI (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, II ed., Roma, 2012, vol. III, pp. 1757 ss., p. 1771.

¹¹⁰ Cfr. F. CARINGELLA-R. GAROFOLI-M.T. SEMPREVIVA, *L'accesso ai documenti amministrativi*, Milano, 2007, p. 630.

¹¹¹ Cfr. CARINGELLA, *Manuale*, cit., p. 970 e CARINGELLA-GAROFOLI-SEMPREVIVA, *op. cit.*, p. 641.

¹¹² Cfr. CARINGELLA, *Corso*, cit., p. 2492.

¹¹³ Cfr. D'ANGELO, *op. cit.*, c. 226.

¹¹⁴ Cfr. CARINGELLA, *Corso*, cit., p. 2493 e CARINGELLA-GAROFOLI-SEMPREVIVA, *op. cit.*, p. 642. Su tale conclusione conveniva anche FRACCHIA, *op. cit.*, p. 52 s.

istruttoria, per la quale tale incombente processuale non è richiesto¹¹⁵. Al di là della scomparsa dell'«incomprensibile» regola che richiedeva che l'istanza venisse diretta al presidente, la circostanza che essa debba essere notificata alle altre parti evidenzia che si tratti non di un semplice incidente istruttorio ma di un vero e proprio ricorso autonomo, dato che le istanze istruttorie non devono essere notificate ma solo depositate presso la segreteria del tribunale amministrativo regionale¹¹⁶. Pertanto, unitamente alla scomparsa della qualificazione dell'ordinanza come istruttoria, l'obbligo incombente sull'interessato di notificare l'istanza alle altre parti è la «dimostrazione palese» della natura decisoria del provvedimento in esame, in grado di risolvere in maniera definitiva il problema della possibilità o meno di consentire l'accesso alla documentazione richiesta¹¹⁷. Per contro, marginalizzando la componente decisoria dell'istanza sull'accesso, si farebbe fatica a capirne la differenza con la proposizione di una mera istanza istruttoria, perché la prima si trasformerebbe in un inutile duplicato di un accesso meramente istruttorio¹¹⁸.

Inoltre, l'autonomia del rito incidentale dal giudizio principale è ora ulteriormente rafforzata dal riferimento esplicito al fatto che, in caso di decisione con ordinanza e non con la sentenza che definisce il giudizio, essa è presa «separatamente dal giudizio principale»¹¹⁹.

Infine, sempre in assonanza con quanto affermato dalla giurisprudenza, in base al criterio di interpretazione teleologica la tesi della natura istruttoria risulta contraddittoria rispetto alla *ratio* dell'istituto. Posto che questa risiede sia

nell'esigenza di conseguire finalità di economia processuale che nella possibilità di accedere a documenti utili per la difesa in giudizio, se si aderisse all'interpretazione restrittiva ne discenderebbe che, per ottenere l'accesso a documenti diversi da quelli necessari alla prova dei fatti allegati nel giudizio principale, sarebbe necessario esperire il rito speciale ordinario, non essendo utilizzabile a tal fine quello incidentale per assenza di connessione. In tal modo si contraddirebbe la stessa necessità di valutare pienamente la rilevanza dei documenti dei quali si richiede l'accesso rispetto al giudizio principale¹²⁰. In altri termini, se la parte nel giudizio principale, dopo avere inutilmente richiesto l'accesso a documenti valutati dal giudice come non rilevanti, dovesse poi necessariamente proporre il rito speciale ordinario, per l'esperimento di quello incidentale verrebbe ad aggiungersi un ulteriore presupposto non stabilito dalla legge. Sulla base quindi del criterio di interpretazione teleologica, le sottostanti esigenze di economia processuale ostano ad una soluzione che impone l'esperimento del rito speciale ordinario per acquisire atti diversi da quelli strettamente necessari a fini istruttori nel giudizio principale, senza contare che l'acquisizione di tali atti potrebbe essere utile a fini esplorativi per proporre eventuali motivi aggiunti¹²¹.

8. L'ORIENTAMENTO CHE DISTINGUE TRA LE ORDINANZE CHE ACCOLGONO O RESPINGONO L'ISTANZA INCIDENTALE DI ACCESSO SULLA SOLA BASE DELLA PRESENZA O ASSENZA DEI PRESUPPOSTI INERENTI ALL'ACCESSO, E LE ORDINANZE CHE RESPINGONO L'ISTANZA SULLA BASE DELL'IRRILEVANZA DEI DOCUMENTI RICHIESTI AI FINI DEL GIUDIZIO DI PRINCIPALE. L'ASSENZA DI AUTONOMIA ARGOMENTATIVA.

¹¹⁵ Cfr. CARINGELLA, *Corso*, cit., p. 2492; CARINGELLA-GAROFOLI-SEMPREVIVA, *op. cit.*, p. 642; D'ANGELO, *op. cit.*, c. 225; V. SALAMONE, *I riti speciali nel nuovo processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, 17 novembre 2010, § 4.

¹¹⁶ Cfr. R. DE NICTOLIS, *Codice del processo amministrativo commentato*, IV ed., Milano, 2017, p. 1796.

¹¹⁷ Cfr. FIGORILLI, *Il rito*, cit., p. 749.

¹¹⁸ Cfr. CARINGELLA-GAROFOLI-SEMPREVIVA, *op. cit.*, p. 642 e D'ANGELO, *op. cit.*, 226.

¹¹⁹ Cfr. G. FADDA, *Art. 116*, in F. CARINGELLA-M. GIUSTINIANI-M. PROTTO-L. TARANTINO (a cura di), *Codice del processo amministrativo ragionato*, Roma, 2017, pp. 664 ss., p. 670.

¹²⁰ Cfr. CARINGELLA-GAROFOLI-SEMPREVIVA, *op. cit.*, p. 642 e D'ANGELO, *op. cit.*, 226.

¹²¹ Cfr. CARINGELLA, *Corso*, cit., p. 2492 e CARINGELLA-GAROFOLI-SEMPREVIVA, *op. cit.*, p. 642.

Esigenze non solo di completezza istruttoria impongono di rendere conto anche dell'orientamento c.d. intermedio, che lungi dal nascere di recente come tentativo di risolvere i contrasti perduranti tra gli altri due indirizzi, è stato introdotto dal Consiglio di Stato sin dai primi anni di applicazione del nuovo istituto¹²². Esso postula la distinzione tra l'ipotesi in cui il giudice respinga l'istanza perché ritiene che i documenti richiesti non siano pertinenti al giudizio in corso e l'ipotesi in cui, senza nemmeno passare all'esame di tale pertinenza, ammetta o escluda l'accessibilità alla documentazione richiesta sulla sola base della ritenuta sussistenza o carenza dei presupposti richiesti dalla disciplina generale sull'accesso, di cui agli artt. 22 ss. l.p.a., o da eventuali discipline speciali. Mentre nella prima ipotesi l'ordinanza ha natura istruttoria e non è quindi autonomamente appellabile, nella seconda evenienza ha natura decisoria ed è quindi autonomamente appellabile.

Come l'orientamento favorevole tradizionale, anche questo configura in termini analoghi il requisito della connessione tra rito incidentale e giudizio principale per la duplice tipologia di ordinanze delle quali è affermata la natura decisoria. Infatti, in tal caso il giudizio di pertinenza ha sempre come parametro normativo di riferimento solo la disciplina sostanziale e non anche quella processuale. Può cioè parlarsi di autonomia dell'istanza di accesso e dell'ordinanza che ne accerta la «meritevolezza» se e nella misura in cui essa implica esclusivamente un giudizio sulla rilevanza degli interessi da tutelare con l'accesso agli atti, in base alla normativa del quinto capo della legge sul procedimento amministrativo, a prescindere dal rilievo che la documentazione richiesta possa assumere nell'ambito del giudizio

principale nel quale l'istanza ostensiva risulta incardinata. Complessivamente, nell'ambito dell'ordinanza di cui all'art. 116, comma 2, c.p.a., vi è quindi una «sottile linea di confine» tra il provvedimento formalmente istruttorio ma sostanzialmente decisivo e il «provvedimento "istruttorio" *stricto sensu* inteso», tra il «giudizio di rilevanza probatoria» proprio del primo e il «giudizio di strumentalità» proprio del secondo, tra una valutazione prognostica sulla potenziale «"decisione"» finale e una valutazione di «mera "pertinenza"» della documentazione richiesta alla tipologia di tutela azionata o azionabile¹²³.

Sebbene l'orientamento in esame riprenda e ripartisca le argomentazioni proprie dei due indirizzi precedentemente esaminati, esso si contrappone più chiaramente a quello contrario alla tesi della natura decisoria, inserendosi in sostanza nel quadro dell'orientamento favorevole. In altri termini, tra i due, «quest'ultimo indirizzo, che il Collegio ritiene *preferibile*, distingue»¹²⁴ ulteriormente, al suo interno, tra le due tipologie di ordinanze - decisorie e quindi autonomamente appellabili, istruttorie e quindi non autonomamente appellabili - in cui può articolarsi tale soluzione alla *vexata quaestio*.

Fra le motivazioni addotte, sin dall'inizio si evidenzia che è l'esigenza di tutela giurisdizionale a giustificare l'autonoma appellabilità dell'ordinanza con cui viene accolto il ricorso, appunto qualora sia acclarata la sussistenza dei presupposti legittimanti dell'accesso, senza necessità di vagliare la pertinenza dei documenti richiesti con il giudizio di merito. In tal caso, infatti, ancor più che nell'ipotesi dell'autonoma appellabilità a seguito di diniego dell'accesso per l'asserita carenza dei presupposti legittimanti, è evidente la finalità di evitare il formarsi di un inammissibile vuoto di tutela a scapito del terzo controinteressato, potenzialmente vulnerato dalla disposta esibizione dell'atto. Qualora il giudice accolga l'istanza senza vagliare in alcun modo la pertinenza degli atti per il giudizio di merito, taluni dei quali magari potrebbero rivelarsi

¹²² Per il quale cfr., *ex plurimis*, Cons. St., sez. VI, ord. 10 dicembre 2021, n. 6597; Id., sez. IV, 3 marzo 2021, n. 1802; Id., sez. III, 7 ottobre 2020, n. 5944; Id., sez. V, 14 agosto 2020, n. 5036; Id., 14 ottobre 2019, n. 6950; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 12 aprile 2019, n. 602; Cons. St., sez. III, ord. 15 luglio 2014, n. 3688; Id., sez. IV, 27 ottobre 2011, n. 5765; Id., sez. VI, ord. 5 settembre 2011, n. 5006; Id., sez. V, 25 giugno 2010, n. 4068; Id., sez. VI, ord. 24 febbraio 2010, n. 72; T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, ord. 30 settembre 2009, n. 636; Cons. St., sez. V, 9 dicembre 2008, n. 6121; Id., sez. VI, 25 marzo 2004, n. 1629; Id., 10 ottobre 2002, n. 5450, tutte in www.giustizia-amministrativa.it/dcsnpr.

¹²³ Cfr. Cons. St., sez. IV, 3 marzo 2021, n. 1802, cit.

¹²⁴ Cons. St., sez. III, 7 ottobre 2020, n. 5944, cit. (corsivo non testuale).

dichiaratamente estranei all'oggetto del contendere, risulta quindi ancora più giustificata l'ammissibilità del gravame contro un'ordinanza tipicamente decisoria¹²⁵.

In sostanza, una diversa lettura in chiave esclusivamente istruttoria andrebbe a detrimento delle garanzie defensionali previste dall'ordinamento, perché, se per tale tipologia di ordinanze non fosse possibile l'autonoma appellabilità, una volta avvenuto l'accesso si verificherebbe la definitiva compromissione della situazione giuridica soggettiva vantata dai controinteressati, non ripristinabile a seguito dell'appello della sentenza che definisce la causa principale¹²⁶.

Che si tratti di un orientamento assai più vicino a quello favorevole che a quello contrario alla tesi della natura decisoria, è comprovato anche dal fatto che ricorrono espressamente altre argomentazioni proprie solo del primo indirizzo, dalla circostanza che il rito speciale incidentale si attiva attraverso un'istanza da notificare all'amministrazione e agli eventuali controinteressati, quindi conformemente al regime tipico dell'instaurazione del rapporto giuridico processuale in seguito a proposizione di ricorso e non di atto di citazione¹²⁷ alla necessità della prevalenza della sostanza sulla forma anche nell'ordinamento processuale amministrativo¹²⁸. Nello stesso senso depongono poi i frequenti richiami in senso conforme a precedenti dell'orientamento favorevole¹²⁹ e in senso difforme a precedenti dell'orientamento contrario¹³⁰.

Può dunque ritenersi - se non implicito, quanto meno - pacificamente estensibile anche a

tale indirizzo il complessivo impianto motivazionale sviluppato dall'orientamento giurisprudenziale favorevole per la duplice tipologia di ordinanze per le quali esso afferma la natura decisoria e la conseguente autonoma appellabilità.

Come l'orientamento favorevole, anche questo ha riscontrato significati consensi in dottrina, che talora non lo differenzia nemmeno dagli altri due, ritenendo che la giurisprudenza si sia orientata *tout court* verso tale posizione, riportata quale unico indirizzo giurisprudenziale¹³¹.

Riemerge però la consonanza con l'orientamento favorevole, perché la natura decisoria e la conseguente autonoma appellabilità dell'ordinanza discende dal fatto che la disposizione codicistica, rispetto alla normativa previgente, ha espunto l'aggettivo «istruttoria» dal sostantivo «ordinanza»¹³². In sostanza, l'orientamento in esame deve essere tenuto fermo *a fortiori* anche nell'attuale impianto normativo, perché la riqualificazione aspecifica come «ordinanza» ne conferma l'autonoma appellabilità nelle due ipotesi in cui tale orientamento ammette che la pronuncia abbia carattere decisorio¹³³.

In altri casi, invece, pur aderendo all'impostazione diversificata della giurisprudenza, si chiarisce che la disposizione di cui all'art. 116, comma 2, c.p.a. non presenta particolari innovazioni rispetto alla disciplina previgente, perché anche la scomparsa dell'aggettivo «istruttoria» dal sostantivo «ordinanza» non ha chiuso la questione relativa al rapporto tra rito incidentale e giudizio principale e, quindi, se l'esito dell'istanza abbia una valenza autonoma, essendo

¹²⁵ Cfr. Cons. St., sez. VI, 10 ottobre 2002, n. 5450, cit. Nello stesso senso cfr. Cons. St., sez. V, 9 dicembre 2008, n. 6121, cit.

¹²⁶ Cfr. Cons. St., sez. III, ord. 15 luglio 2014, n. 3688, cit.

¹²⁷ Cfr. Cons. St., sez. IV, 3 marzo 2021, n. 1802, cit. e Id., sez. V, 14 ottobre 2019, n. 6950, cit.

¹²⁸ Cfr. Cons. St., sez. VI, ord. 10 dicembre 2021, n. 6597, cit.; Id., sez. III, ord. 15 luglio 2014, n. 3688, cit.; Id., sez. IV, 27 ottobre 2011, n. 5765, cit.; Id., sez. V, 25 giugno 2010, n. 4068; Id., 9 dicembre 2008, n. 6121, cit.; Id., sez. VI, 25 marzo 2004, n. 1629, cit.

¹²⁹ Cfr. Cons. St., sez. IV, 3 marzo 2021, n. 1802, cit.; Id., sez. III, 7 ottobre 2020, n. 5944, cit.; Id., sez. V, 14 agosto 2020, n. 5036, cit.; Id., 14 ottobre 2019, n. 6950, cit.

¹³⁰ Cfr. Cons. St., sez. III, 7 ottobre 2020, n. 5944, cit.

¹³¹ Cfr. V. CASTALDO, *Il diritto di accesso nel settore degli appalti pubblici e gli obblighi di trasparenza delle stazioni appaltanti*, in *Urb. e app.*, 2014, n. 10, pp. 1005 ss., p. 1007; DE NICTOLIS, *op. cit.*, p. 1797; PARISIO, *La tutela*, cit., p. 22; ID., *I riti speciali*, in G. CIRILLO-S. PERONGINI (a cura di), *Diritto processuale amministrativo*, Torino, 2020, pp. 295 ss., p. 299.

¹³² Cfr. N. PAOLANTONIO, *I riti speciali*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, VII ed., Torino, 2017, pp. 537 ss., p. 545 s.

¹³³ Cfr. F. DE LUCA, *Il rito in materia di accesso ai documenti amministrativi*, in F. FRENI-P. CLARIZIA (a cura di), *Il processo amministrativo nella giurisprudenza. Commento sistematico ai principali istituti*, Milano, 2012, pp. 345 ss., p. 385.

sufficiente ai fini dell'accessibilità che l'istante possieda i requisiti legittimanti l'accesso in generale, o viceversa se tale esito sia strumentale al giudizio principale, per cui l'accessibilità deve essere valutata con esclusivo riferimento all'esigenza di utilizzare i documenti richiesti nel giudizio principale¹³⁴.

Altra dottrina apprezza invece la capacità di mediazione della giurisprudenza, perché con tale orientamento «il massimo sforzo compiuto dal Supremo Consesso amministrativo è consistito in una sottile opera di distinzione»¹³⁵.

Esso è preferibile rispetto agli altri anche perché predilige un approccio casistico, che guarda al contenuto sostanziale dell'ordinanza, mentre l'omissione dell'aggettivo «istruttoria» accanto al sostantivo «ordinanza», che teoricamente dovrebbe portare a ritenere superato in senso affermativo il dubbio sulla natura decisoria o meno dell'ordinanza, vale solo sul piano formale o letterale¹³⁶.

Apparentemente, la soluzione intermedia sembrerebbe contraddetta dall'ultimo inciso della disposizione, secondo cui, in ordine alla pretesa all'accesso formulata dall'interessato, il giudice decide o con ordinanza, separatamente dal giudizio principale, o con la sentenza che definisce quest'ultimo. In presenza, cioè, di un'alternativa così rigida, non vi è spazio per interpretazioni difformi dal tenore letterale, per cui l'istanza incidentale è decisa con ordinanza o con sentenza, a seconda che la pronuncia abbia carattere interlocutorio o decisorio. In effetti, la depurazione dell'aggettivo «istruttoria» e l'assenza di indicazioni testuali sulla natura dell'ordinanza in questione o sull'appellabilità ed eseguibilità hanno creato non pochi problemi esegetici. Nondimeno, per quanto riguarda la decisione con ordinanza, con tale orientamento la giurisprudenza ha risolto definitivamente la *querelle* tra la natura istruttoria o decisoria della stessa, rinvenendo nella riforma codicistica la volontà di valorizzare il potere

decisionale del giudice, che potrà quindi emettere alternativamente ordinanze decisorie o istruttorie a seconda della ricorrenza dei rispettivi presupposti¹³⁷.

In realtà, la necessità di far intervenire la Plenaria attesta che tale risultato non sia stato conseguito. Anche se all'indomani dell'entrata in vigore del codice si riteneva plausibile l'inalterata permanenza di tale orientamento anche nel quadro del nuovo impianto normativo¹³⁸, in quasi tredici anni nessuna argomentazione realmente distintiva rispetto all'impianto motivazione degli altri due indirizzi, e in particolare di quello favorevole, è stata mai introdotta tanto dalla giurisprudenza quanto dalla dottrina. Il che ne rende ampiamente condivisibile la reiezione operata dalla Plenaria, sulla base dell'assenza di indici normativi a supporto della presunta «natura variabile» dell'ordinanza.

9. CONSIDERAZIONI CRITICHE. LA CONDIVISIBILITÀ DELL'ORIENTAMENTO FAVOREVOLE ALL'AUTONOMA APPELLABILITÀ, ACCOLTO DALLA SENTENZA DELL'ADUNANZA PLENARIA DEL CONSIGLIO DI STATO N. 4 DEL 2023.

L'epilogo cui giunge il Supremo Consesso è senz'altro condivisibile, e presenta anzi aspetti pregevoli, non presenti nella pregressa elaborazione giurisprudenziale o anche dottrinale dell'orientamento favorevole.

È interessante notare come essa respinga la tesi della natura istruttoria senza confutare direttamente alcun argomento posto specificamente a base di questa dall'opposto orientamento, nel senso che essa «non può essere seguita per le ragioni poste a sostegno della tesi della “natura decisoria”». Dal che sarebbe logico attendersi che le argomentazioni della Plenaria siano in grado di assorbire tutte le argomentazioni dell'opposto orientamento. Ma così non è, perché la maggior parte di quest'ultime non possono ritenersi implicitamente respinte dalla

¹³⁴ Cfr. RINALDI, *op. cit.*, pp. 326-328.

¹³⁵ FIGORILLI, *Il rito*, cit., p. 749, nt. 27.

¹³⁶ Cfr. M. ALLENA, *Art. 116*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, III ed., Milano, 2015, pp. 1080 ss., p. 1102.

¹³⁷ Cfr. F. CARINGELLA-M. GIUSTINIANI, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Roma, 2017, p. 708.

¹³⁸ Cfr. LIPARI, *op. cit.*, p. 930.

cinque (ma in realtà sei) argomentazioni addotte formalmente dalla Plenaria¹³⁹, alcune delle quali sono anzi realmente innovative, non rappresentando implicitamente la reiezione di simmetriche argomentazioni dell'orientamento contrario né essendo mai state introdotte dall'orientamento favorevole o da quello intermedio.

Le argomentazioni dell'orientamento contrario per lo più non esprimono valori costituzionali, e meno che mai valori recepiti da precetti non suscettibili di revisione costituzionale, quali invece i diritti di difesa e di effettività della tutela giurisdizionale di cui agli artt. 24 e 113 Cost. nel loro nucleo essenziale, che rappresentano il fondamento della soluzione accolta dalla Plenaria e rispetto ai quali le esigenze di diritto processuale o sostanziale sottolineate dalla giurisprudenza o dalla dottrina favorevole alla tesi della natura istruttoria sono destinate a soccombere.

Talora quest'ultime risultano legate ad esiti eventuali del processo, non necessariamente sempre ricorrenti, ed è per tale ragione che presumibilmente non vengono esaminate dal giudice amministrativo nomofilattico. È il caso, ad esempio, della circostanza che l'istanza di accesso si inserisca nell'ambito di un processo già *in fieri*, per cui la parte che ha formulato la richiesta, qualora dovesse uscire vittoriosa dallo stesso, verosimilmente non impugnerebbe le determinazioni negative sull'istanza: ammettere, dunque, l'impugnazione autonoma dell'ordinanza significherebbe consentire di intraprendere un'attività che poi potrebbe rivelarsi superflua, in caso di esito favorevole all'istante del processo

¹³⁹ Più precisamente, si tratta delle argomentazioni concernenti: a) la sostanziale unitarietà del rimedio, evidenziata dal richiamo dell'art. 116, comma 2, c.p.a. al «ricorso di cui al comma 1» (criterio di interpretazione letterale) e l'obbligo di notifica dell'istanza all'amministrazione e ai controinteressati (criterio di interpretazione letterale); b) la scomparsa dell'aggettivo «istruttoria» dal sostantivo «ordinanza» nel testo normativo dopo la novella codicistica (criterio di interpretazione storica); c) la non sovrapponibilità della fase dell'istruttoria con l'istanza dell'accesso in corso del giudizio (criterio di interpretazione sistematica); d) il diritto di difesa di cui agli artt. 24 e 113 Cost. e 1 c.p.a. (criterio di interpretazione conforme a Costituzione); e e) il principio del doppio grado di giurisdizione amministrativa di cui all'art. 125 Cost. (criterio di interpretazione conforme a Costituzione).

principale¹⁴⁰. Al contrario, nel bilanciamento tra l'eventuale superfluità del risultato e l'eventuale pregiudizio al valore costituzionale del diritto di difesa, è evidente che la prima esigenza è destinata a soccombere, specialmente alla luce del quadro fortemente garantista cui è improntata la pronuncia della Plenaria.

Analoghe considerazioni valgono per quei casi in cui la tesi della natura istruttoria è legata alla presenza di circostanze particolari, non sempre ricorrenti, sebbene non legate al possibile esito del processo. È il caso, ad esempio, dell'eventuale lesione del principio di certezza del diritto che l'accoglimento della tesi della natura decisoria determinerebbe, in presenza di istanze ad oggetto molteplici (istruttoria e di accesso) e di conseguenti possibili ordinanze fondate sia su argomentazioni collegate alla disciplina dell'accesso che su argomentazioni collegate all'inammissibilità o all'irrelevanza della documentazione richiesta ai fini del giudizio principale, quindi di natura anfibologica, con conseguente autonoma appellabilità dei soli capi dell'ordinanza motivati con riferimento alla disciplina dell'accesso¹⁴¹.

Delle argomentazioni contrarie, vengono espressamente confutate sia la recessività del dato formale delle particolari modalità di presentazione del ricorso, con notifica alle parti, che la funzione e la collocazione del rito incidentale quale fase istruttoria del giudizio principale, da cui discenderebbe l'asserita equipollenza dell'istanza introduttiva del rito ad una qualunque istanza istruttoria. In entrambi i casi non si tratta però di conclusioni innovative, dato che – come si è visto – l'orientamento favorevole tradizionale ha da sempre fatto leva sia sull'obbligo di notifica alle parti dell'istanza, conformemente al regime tipico dell'instaurazione del rapporto giuridico processuale in seguito a proposizione di ricorso e non di atto di citazione, che sulla distinzione tra istanza sull'accesso incidentale e istanza istruttoria. Non casualmente, tuttavia, si tratta di due aspetti correlati, per quanto ciò non appaia chiaramente

¹⁴⁰ Cfr. Cons. St., sez. VI, ord. 28 settembre 2022, n. 8367, cit. e Id., sez. IV, 16 marzo 2020, n. 1878, cit.

¹⁴¹ Cfr. Cons. St., sez. IV, 16 marzo 2020, n. 1878, cit.

dalla pronuncia della Plenaria, dato che il primo è inserito nel criterio di interpretazione letterale, di cui alla prima argomentazione, e il secondo nel criterio di interpretazione sistematica, di cui alla terza argomentazione. La prima argomentazione è, infatti, funzionale alla seconda, perché, se è solo la precisazione delle differenze tra la disciplina propria della fase istruttoria e quella dell'istanza di accesso in corso di causa a condurre espressamente i giudici a respingere la sovrapposibilità tra i relativi istituti, tale conclusione è nondimeno implicita anche nella constatazione della necessità di notificare l'istanza di accesso alle parti, che non ricorre appunto per l'istanza istruttoria. Anche in tal caso è evidente il rafforzamento del diritto alla tutela giurisdizionale, dato che per l'accoglimento delle istanze istruttorie manca una tutela equiparabile a quella prevista dal rito speciale incidentale sull'accesso.

Peraltro, sotto tale profilo, l'esito cui giunge la Plenaria è comunque anche abbastanza scontato, se si tiene conto che essa si era già espressa in senso conforme sulla differenza tra il diritto di accesso difensivo, disciplinato dalla legge sul procedimento amministrativo e tutelato giurisdizionalmente dal rito di cui all'art. 116 c.p.a., e i metodi di acquisizione probatoria nel processo¹⁴². Avendo cioè già chiarito che l'istanza di accesso di cui all'art. 116, comma 2, c.p.a. risponde di fatto ai criteri sostanziali stabiliti dal quinto capo della legge sul procedimento amministrativo e non può essere qualificata come mezzo istruttorio, la Plenaria non può che concludere ora nel senso che in merito alla stessa il giudice deve pronunciarsi con un provvedimento impugnabile. In tal modo, però, cade anche l'obiezione secondo cui, qualora si consentisse l'appello prima della definizione del giudizio di merito cui l'istanza è connessa, si prescinderebbe da qualsiasi valutazione unitaria della sussistenza dell'interesse ad agire, che risulterebbe già effettuata - e, appunto, «accantonata» solo - rispetto all'impugnazione dell'ordinanza, mentre l'interesse ad agire deve essere valutato rispetto all'intero giudizio e non

può essere scomposto cronologicamente tra fase istruttoria e fase di merito, dato che la prima ha un ruolo strumentale rispetto alla seconda¹⁴³.

Parimenti, una volta contrapposta alla categoria dei provvedimenti giurisdizionali espressamente appellabili quella dei provvedimenti solo implicitamente tali, individuati nelle decisioni che, a prescindere dalla forma esteriore, hanno un contenuto decisorio idoneo ad incidere su situazioni giuridiche soggettive ovvero a risolvere una specifica controversia nel contraddittorio tra le parti, suscettibili quindi di essere impuginate e di passare in giudicato, non regge più nemmeno l'argomentazione - sempre di origine dottrinale - secondo cui la rigida e precisa alternativa delineata dall'art. 33, comma 1, lett. a) e b), c.p.a. tra «sentenza» e «ordinanza» implicherebbe che la categoria concettuale dell'«ordinanza» di cui all'art. 116, comma 2, c.p.a., anche se depurata dall'aggettivo «istruttoria», sia destinata a confermare la natura non decisoria del provvedimento conclusivo del rito speciale incidentale¹⁴⁴. In tal senso, è vero che la Plenaria non richiama l'argomentazione relativa al principio processualistico della prevalenza della sostanza sulla forma, addotta tanto dall'orientamento favorevole quanto da quello intermedio. È probabile, tuttavia, che tale omissione sia legata alla valenza panprocessuale di tale principio, che vale in tutto il diritto processuale ed è stato riconosciuto al di fuori di tale ambito tanto dalla giurisprudenza costituzionale, amministrativa e ordinaria nomofilattica, sia civile che penale¹⁴⁵. Oltretutto, tale argomentazione è addotta anche dall'orientamento contrario, il quale pure riconosce che «nell'ordinamento processuale la sostanza deve sempre prevalere sulla forma»¹⁴⁶, per cui la sua inclusione tra le argomentazioni della

¹⁴³ Cfr. DELLA, *op. cit.*

¹⁴⁴ Cfr. LIPARI, *op. cit.*, pp. 929-930.

¹⁴⁵ Da ultimo, in tal senso, cfr. Cons. St., sez. IV, ord. 30 dicembre 2022, n. 11743, in www.giustizia-amministrativa.it/dcsnpr; Cass. pen., S.U., 29 luglio 2016 n. 33216, in *Proc. pen. e giust.*, 2017, n. 1, p. 105; Cass. civ., S.U., 1 febbraio 2017, n. 2610, cit.

¹⁴⁶ Cons. St., sez. IV, 12 luglio 2013, n. 3759, cit.

¹⁴² Cfr. Cons. St., A.P., 24 settembre 2020, n. 19, in www.giustizia-amministrativa.it/dcsnpr.

Plenaria non avrebbe costituito un reale elemento discreto¹⁴⁷.

È interessante notare poi come l'ordinanza di rimessione sembri accennare anche alla possibile interferenza della tematica in esame con quella dell'autonomia del giudice amministrativo, una questione che forse avrebbe meritato un qualche approfondimento da parte del Supremo Consesso. Che si tratti di un'enfaticizzazione volutamente malcelata o meno non è chiaro, ma in tale direzione sembrerebbe spingere l'affiancamento in forma parentetica dell'autonomia dell'organo giudicante a quella del giudizio. In tal senso, nel quadro dei «temi processuali più generali» che pone la questione della natura giuridica dell'ordinanza, se il primo tema è rappresentato dal rapporto tra l'istanza introduttiva del rito e la richiesta di documenti che la parte può effettuare direttamente al giudice ai sensi dell'art. 64, comma 3, c.p.a., il secondo concerne «il rapporto tra giudizio (e giudice) di primo grado e quello di appello», perché aderendo alla tesi della natura istruttoria viene «fatta salva l'autonomia del giudizio (e del giudice) di primo grado»¹⁴⁸.

In ogni caso, visto che la tutela giurisdizionale contro l'ordinanza ora è diretta, più che confutata espressamente può ritenersi del tutto superata l'argomentazione dell'orientamento contrario fondata sulla circostanza che il privato non sarebbe comunque lasciato privo di tutela. E ciò sia con riferimento all'impossibilità di promuovere un'autonoma impugnazione, perché tale tutela sarebbe solo spostata cronologicamente al momento dell'emissione della sentenza che definisce il giudizio, che con riferimento all'impossibilità di usufruire dell'esecuzione nelle forme del giudizio di ottemperanza, perché

potrebbe comunque contare sulle regole del giudizio interne al processo principale, quali derivanti dall'art. 64, comma 4, c.p.a. o dal disposto combinato di cui agli artt. 116, comma 2, c.p.c. e 39 c.p.a.¹⁴⁹.

Per quanto riguarda l'orientamento intermedio, dalla disamina effettuata in precedenza tanto del quadro giurisprudenziale quanto di quello dottrinale che accoglie tale posizione, risalta di lapalissiana evidenza che non vi è una specifica disposizione alla quale la diversità di trattamento processuale delle due sotto-soluzioni viene ancorata. In effetti, l'impianto argomentativo di tale indirizzo per lo più riprende motivazioni dell'orientamento favorevole, relativamente alle due tipologie di ordinanze per le quali è affermata la natura decisoria¹⁵⁰, o esprime valutazioni generiche e soggettive¹⁵¹.

Plurime sono invece le argomentazioni tanto della giurisprudenza quanto della dottrina favorevoli alla tesi della natura decisoria che vengono confermate dalla Plenaria, a partire dalla sostanziale unitarietà del rimedio previsto tanto dal rito incidentale quanto da quello ordinario, per dimostrare la quale è ritenuto sufficiente il richiamo espresso da parte dell'art. 116, comma 2, c.p.a. al «ricorso di cui comma 1», senza necessità

¹⁴⁷ Sul principio processuale in esame cfr., di recente, C. BESSO, *Principio di prevalenza della sostanza sulla forma e requisiti formali del provvedimento: un importante revirement della Corte di cassazione*, in *Giur. it.*, 2007, n. 4, pp. 947 ss.; R. CHIEPPA, *Sentenza non definitiva di giudice amministrativo contenente anche rimessione di q.l.c. Alla Corte costituzionale. Prevalenza della sostanza sulla forma ed esigenze di economia processuale nel processo telematico*, in *Giur. cost.*, 2017, n. 2, pp. 856 ss.; R. TISCINI, *Prevalenza della sostanza sulla forma e sue recenti applicazioni*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, n. 2, pp. 465 ss.

¹⁴⁸ Cons. St., sez. VI, ord. 28 settembre 2022, n. 8367, cit.

¹⁴⁹ Cfr. Cons. St., sez. VI, ord. 28 settembre 2022, n. 8367, cit.; Id., sez. IV, 6 aprile 2020, n. 2297, cit.; Id., 16 marzo 2020, n. 1878, cit.

¹⁵⁰ Quali, ad esempio: a) l'espunzione nella disposizione codicistica, rispetto alla normativa previgente, dell'aggettivo «istruttoria» dal sostantivo «ordinanza»; b) il maggior soddisfacimento dell'esigenza di tutela giurisdizionale offerto dalla soluzione dell'autonoma appellabilità, mentre l'opposta opzione andrebbe a detrimento delle garanzie defensionali previste dall'ordinamento, perché, soprattutto per l'ordinanza che accoglie l'istanza e ordina l'esibizione, se non fosse consentita l'autonoma appellabilità, una volta avvenuto l'accesso si verificherebbe la definitiva compromissione della situazione giuridica soggettiva vantata dai controinteressati, non ripristinabile nemmeno a seguito dell'appello della sentenza che definisce la causa principale; c) la necessità della prevalenza della sostanza sulla forma anche nell'ordinamento processuale amministrativo; d) l'obbligo di notifica dell'istanza introduttiva del rito all'amministrazione e ai controinteressati, conformemente al regime tipico dell'instaurazione del rapporto giuridico processuale in seguito a proposizione di ricorso e non di atto di citazione.

¹⁵¹ Quali, ad esempio, la capacità di mediazione della giurisprudenza o la predilezione per un approccio casistico, che guarda al contenuto sostanziale dell'ordinanza.

di richiamare gli altri rilievi complementari. Quanto all'espressa qualificazione del provvedimento giurisdizionale conclusivo del rito incidentale come «ordinanza» e non più come «ordinanza istruttoria», come si è visto dopo l'introduzione del codice tale argomentazione è avanzata più dalla dottrina che dalla giurisprudenza, per cui la presa di posizione della Plenaria appare un'ovvia smentita anche delle deduzioni pretorie formulate sulla base della normativa previgente. Ma, anche sotto tale profilo, la Plenaria non è del tutto innovativa.

Non mancano però argomentazioni del tutto pretermesse, delle quali pare colpire soprattutto il mancato riferimento all'opportunità di eseguire l'ordinanza nelle forme del giudizio di ottemperanza, mentre le altre motivazioni sottaciute non sono di rilievo decisivo. Quantunque tale circostanza non sia propriamente un'argomentazione ma una conseguenza dell'accoglimento della tesi in esame, in effetti la soluzione contraria all'autonoma appellabilità non risolve il problema della mancata esecuzione spontanea dell'ordinanza da parte dell'amministrazione soccombente. Anche sotto tale profilo l'epilogo finale è quindi un importante risultato. Del resto, che il diritto al giusto processo comprenda anche il diritto all'esecuzione è ormai un dato acquisito dalla giurisprudenza amministrativa, la quale ha chiarito che, in base all'art. 6, comma 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e alla giurisprudenza applicativa della Corte di Strasburgo, lo Stato aderente deve prevedere in tutte le giurisdizioni un ricorso effettivo che permetta di ottenere l'esecuzione senza indebiti ritardi, perché diversamente il diritto al giusto processo sarebbe «illusorio». In linea quindi con i principi di effettività della tutela giurisdizionale e di ragionevole durata del processo, il diritto alla tutela giurisdizionale comprende il diritto ad ottenere l'esecuzione di una pronuncia favorevole, in tempi rapidi e senza

necessità di attivare *ex novo* un ulteriore giudizio di cognizione¹⁵².

Di importanza fondamentale e sicuramente innovativo è invece l'esplicito ancoraggio della soluzione in esame ai principi del diritto di difesa e di effettività della tutela giurisdizionale, di cui agli artt. 24 e 113 Cost., con estensione anche al diritto europeo, attraverso il richiamo espresso all'art. 1 c.p.a. quale disposizione di legge specificativa delle due disposizioni costituzionali, e al principio del doppio grado di giurisdizione amministrativa, di cui all'art. 125 Cost.

Posto che la prima argomentazione costituzionale è il cuore della svolta, essa pare dunque doversi contrapporre all'esigenza di tutelare il principio di economia processuale, che era la finalità preminente dell'orientamento favorevole alla tesi della natura istruttoria.

La costituzionalizzazione di tale principio è stata espressamente respinta dalla Consulta solo prima della modifica dell'art. 111 Cost. disposta dalla l. cost. n. 2 del 1999¹⁵³. Al contrario, è ora consolidato e costante il riferimento della Cassazione ai «principi di economia processuale e della ragionevole durata del processo come costituzionalizzato nell'art. 111, comma secondo, Cost.»¹⁵⁴, ed alcune pronunce costituzionali hanno

¹⁵² Cfr., ad esempio, Cons. St., sez. IV, 7 aprile 2014, n. 1625 e Id., sez. VI, ord. 5 aprile 2012, n. 2024, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it/dcsnpr.

¹⁵³ Cfr. Corte cost., 23 maggio 1997, n. 346, punto n. 5 del cons. in dir., in www.giurcost.org, secondo cui «i valori della speditezza e dell'economia processuale non trovano, infatti, diretto riconoscimento costituzionale, salvi i casi in cui la disciplina determini il rischio di paralisi del processo (v. da ultimo sentenza n. 10 del 1997), ovvero comporti un irragionevole e ingiustificato trattamento deteriore in danno dell'imputato». In precedenza cfr. anche Corte cost., 22 marzo 1971, n. 54, punto n. 5 del cons. in dir., *ivi*, secondo cui «le ragioni di speditezza ed economia processuale, pur fondamentali nel sistema [...], escludono che il dubbio [di legittimità costituzionale] [...] abbia alcun fondamento».

¹⁵⁴ Cfr., *ex plurimis*, Cass. civ., sez. V, 23 novembre 2021, n. 36256, in www.italgiure.giustizia.it/sucass. In termini identici, nella giurisprudenza amministrativa, cfr. T.A.R. Campania, Napoli, sez. VI, 16 giugno 2011, n. 3193, in www.giustizia-amministrativa.it/dcsnpr. In dottrina, sulla costituzionalizzazione del principio di economia processuale attraverso quello di ragionevole durata del processo di cui all'art. 111, comma 2, Cost., cfr. G. CERRINA FERONI, *Il giusto processo (amministrativo)*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, Milano, 2008, pp. 31 ss., p. 41; P.L. COMOGLIO, *La riforma del processo*

posto espressamente il principio in esame a fondamento della declaratoria di illegittimità costituzionale, ritenendo tale soluzione «conforme alle finalità di economia processuale [...], in coerenza con il principio enunciato dall'art. 111, secondo comma, ultimo periodo, Cost.»¹⁵³.

Resta però da stabilire l'ampiezza di tale costituzionalizzazione. Una parte della dottrina ritiene che, dopo la novella costituzionale del 1999, il principio del giusto processo sia stato non solo costituzionalizzato ma inserito tra i principi supremi dell'ordinamento costituzionale, insuscettibile in quanto tale di revisione costituzionale¹⁵⁶. Ciò non significa però che non rivedibile costituzionalmente sia anche il principio di economia processuale, per il quale è invece ragionevole ritenere valga la costituzionalizzazione ordinaria, non rientrando tra i principi supremi dell'ordinamento costituzionale e, comunque, destinato a soccombere nel contrasto con il diritto di azione o difesa e, più in generale, con il principio di effettività della tutela giurisdizionale di cui all'art. 24 Cost.¹⁵⁷. In effetti, delle centotredici pronunce costituzionali emesse dall'entrata in vigore della l. cost. n. 2 del 1999 (7 gennaio 2000) ad oggi in cui ricorrono espressamente le espressioni «economia processuale» o «economia dei giudizi», anche solo nelle statuizioni del giudice

remittente o delle parti riportate nel ritenuto in fatto, nessuna considera o presuppone l'istituto in esame come un principio supremo dell'ordinamento costituzionale¹⁵⁸, come è invece da sempre pacifico per il diritto di azione e difesa e di effettività della tutela giurisdizionale di cui all'art. 24 Cost.¹⁵⁹, con le relative implicazioni in punto di irriducibilità costituzionale di tale tipologia di precetti¹⁶⁰. Del resto, la Consulta ha sempre ritenuto che, nel bilanciamento dei valori costituzionali, il principio di economia processuale sia recessivo rispetto al diritto di difesa in caso di contrasto tra i due, sebbene le affermazioni di principio siano contenute per lo più in fattispecie relative al processo penale¹⁶¹. Oltretutto, come si è visto, la valorizzazione di tale principio da parte della tesi della natura istruttoria è legata essenzialmente al fatto che l'inserimento del rito incidentale nel giudizio principale consente di realizzare il *simultaneus processus*¹⁶², di cui la giurisprudenza costituzionale ha sempre affermato l'assenza di copertura costituzionale¹⁶³. Appare dunque ineccepibile la soluzione cui è pervenuta la Plenaria nella tematica *de qua* in relazione all'interpretazione costituzionalmente conforme dell'art. 116, comma 2, c.p.a. rispetto al diritto costituzionale di difesa.

Similmente, anche l'argomentazione fondata sul principio del doppio grado di giurisdizione amministrativa, costituzionalizzato dall'art. 125

amministrativo e le garanzie del "giusto processo", in *Riv. dir. proc.*, 2001, n. 3, pp. 633 ss., p. 654; G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, VIII ed., Torino, 2017, p. 596. Per un'analisi dei recenti sviluppi del principio di economia processuale cfr. P.L. COMOGLIO, *l'economia dei giudizi come principio "ad assetto variabile" (aggiornamenti e prospettive)*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, n. 2, pp. 331 ss.

¹⁵³ Corte cost., 23 maggio 2003, n. 169, punto n. 4 del cons. in dir., in *www.giurcost.org*, relativamente agli artt. 438, comma 6 e 458, comma 2, c.p.p., richiamata, con soluzione analoga, da Id., 18 dicembre 2009, n. 333, punto n. 3.5 del cons. in dir., *ivi*, relativamente all'art. 517 c.p.p.

¹⁵⁶ In tal senso cfr. M. CECCHETTI, s.v. *Giusto processo (dir. Cost.)*, in *Enc. dir., Agg.*, vol. V, Milano, 2001, pp. 595 ss., p. 619, e L. LANFRANCHI, s.v. *Giusto processo (civile)*, in *Enc. giur.*, vol. XV, Roma, 2001, pp. 1 ss., p. 2.

¹⁵⁷ Cfr., ad esempio, L.P. COMOGLIO, *Il giusto processo nella dimensione comparatistica*, in *Scritti in onore di Piero Schlesinger*, Milano, 2004, pp. 3653 ss., p. 3671; ID., *Le garanzie fondamentali del «giusto processo»*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, n. 1, pt. II, pp. 1 ss., pp. 30-32; G. OLIVIERI, *La "ragionevole durata" del processo di cognizione (qualche considerazione sull'art. 111, comma 2, Cost.)*, in *Foro it.*, 2000, n. 10, pt. V, cc. 251 ss., c. 254;

¹⁵⁸ Esito di un'indagine svolta digitando le espressioni virgolette "economia processuale" e, successivamente, "economia dei giudizi" nel campo «In tutto il testo» del motore di ricerca ufficiale della Corte costituzionale www.cortecostituzionale.it/actionpronuncia.do.

¹⁵⁹ Cfr., *ex plurimis*, Corte cost., 2 febbraio 1982, n. 18, punti n. 4 e 5 del cons. in dir., in *www.giurcost.org*.

¹⁶⁰ Cfr., *ex plurimis*, Corte cost., 29 dicembre 1988, n. 1146, punto n. 2.1 del cons. in dir., in *www.giurcost.org*.

¹⁶¹ Cfr., *ex plurimis*, Corte cost., 31 luglio 2020, n. 192, cit., punto n. 6 del cons. in dir.; Id., 5 luglio 2018, n. 141, cit., punto n. 4 del cons. in dir.; Id., 17 luglio 2017, n. 206, cit., punto n. 5 del cons. in dir.; Id., 5 dicembre 2014, n. 273, cit., punto n. 4 del cons. in dir.; Id., 26 ottobre 2012, n. 237, cit., punti n. 3 e n. 8 del cons. in dir.

¹⁶² Si vedano le pronunce citate *supra*, nt. 42.

¹⁶³ Cfr., *ex plurimis*, Corte cost., 26 marzo 2020, n. 58, punto n. 3.2.1 del cons. in dir.; Id., ord. 15 luglio 2003, n. 251, punto n. 7 del cons.; Id., ord. 25 marzo 2005, n. 124, punto n. 2 del cons.; Id., ord. 5 febbraio 1999, n. 18, punto n. 4 del cons., tutte in *www.giurcost.org*.

Cost., si inserisce nella generale finalità di tutela delle esigenze defensionali che animano la pronuncia risolutiva del contrasto giurisprudenziale. Non rileva in senso contrario che la sola sentenza del giudice delle leggi richiamata abbia affermato in termini generali e assolutizzanti la copertura costituzionale del principio del doppio grado di giudizio amministrativo ad opera della disposizione anzidetta¹⁶⁴. Come è noto, infatti, a partire dall'ordinanza n. 395 del 1988, la Corte costituzionale ha ridimensionato la portata di tale affermazione, secondo un orientamento ormai consolidato nella giurisprudenza costituzionale¹⁶⁵.

¹⁶⁴ Cfr. Corte cost., 1 febbraio 1982, n. 8, punto n. 3 del cons. in dir., cit.

¹⁶⁵ In tal senso, si è riconosciuto che l'art. 125 Cost. «comporta soltanto l'impossibilità di attribuire al T.A.R. competenze giurisdizionali in unico grado e la conseguente necessaria appellabilità di tutte le sue pronunce, e, quindi, una garanzia del doppio grado riferita alle controversie che il legislatore ordinario attribuisca agli organi locali della giustizia amministrativa», per cui «solo in tal senso assume rilevanza costituzionale, come affermato dalla sentenza di questa Corte n. 8 del 1982, il predetto principio del doppio grado di giudizio, non potendo, l'art. 125 della Costituzione comportare l'inverso, perché nessun'altra norma della Costituzione indica il Consiglio di Stato come giudice solo di secondo grado» (Corte cost., ord. 31 febbraio 1988, n. 395, rispettivamente punti n. 3 e n. 4 del cons., in *www.giurcost.org*). Più di recente, in senso analogo, cfr. Corte cost., 9 aprile 2009, n. 108, *ivi*.

Si noti che, in dottrina, la tesi tradizionale secondo cui l'art. 125 Cost., alla luce del testuale riferimento della norma costituzionale agli «organi di giustizia amministrativa di primo grado», impone un'articolazione del processo amministrativo in almeno due gradi e in cui il processo di secondo grado è articolato secondo i canoni del giudizio di appello, è stata formulata per lo più antecedentemente all'ordinanza della Corte costituzionale n. 395 del 1988. In tal senso cfr., *ex plurimis*, A. CERINO-CANOVA, *Sul principio del doppio grado di giurisdizione. Realtà e prospettive dell'appello civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, n. 1, pp. 92 ss., pp. 96-97; E. FAZZALARI, *Il "doppio grado" nella legge sui Tribunali amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, n. 4, pp. 1898 ss., p. 1900; E.T. LIEBMAN, *Il giudizio d'appello e la Costituzione*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, n. 3, pp. 401 ss., pp. 406-409; M. NIGRO, *Il Consiglio di Stato giudice d'appello*, in *Foro it.*, 1982, n. 1, pt. V, cc. 1 ss., cc. 5-6; U. POTOTSCHNIG, s.v. *Appello (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, vol. II, Milano, 1958, pp. 781 ss., pp. 784 ss.; P. STELLA RICHTER, *Il giudizio di appello*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, n. 4, pp. 1940 ss., p. 1965.

Nel senso invece che l'art. 125 Cost. si limiterebbe ad introdurre soltanto una riserva di legge assoluta nell'ordinamento generale della giustizia amministrativa, legittimando quindi il legislatore ordinario a prevedere, avverso le pronunce degli organi di primo grado, persino il rimedio della *querela nullitatis*, cfr. A. PIZZORUSSO, *Sul*

Conseguentemente, a più riprese il Consiglio di Stato, e financo due pronunce della Plenaria, hanno affermato che il principio del doppio grado

principio del doppio grado di giurisdizione. Doppio grado di giurisdizione e principi costituzionali, in *Riv. dir. proc.*, 1978, n. 1, pp. 33 ss., pp. 50-53 e G. ROEHRSEN, *La giustizia amministrativa nella Costituzione*, Milano, 1988, p. 140. Contro la tesi che l'appello nel processo amministrativo quale delineato dal Costituente sia completamente rinnovatorio, perché nulla è dato rinvenire sul secondo grado di giudizio dal tenore testuale dell'art. 125 Cost., già prima dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 395 del 1988 si era espresso anche C.E. GALLO, s.v. *Appello nel processo amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. I, Torino, 1987, pp. 315 ss., p. 317.

Né manca l'opinione secondo cui la previsione di una nuova istanza di giudizio di cui all'art. 125 Cost. ha la propria ragion d'essere non tanto nell'esigenza di articolare il processo amministrativo su due gradi di giudizio – circostanza che costituisce semmai l'effetto della norma costituzionale – quanto nell'esigenza di assicurare un'articolazione della giurisdizione amministrativa coerente con il nuovo assetto costituzionale della pubblica amministrazione, svincolata dalla rigida impostazione centralistica che l'aveva contraddistinta non solo sotto lo Stato totalitario ma anche sotto lo Stato liberale, per la quale cfr., ad esempio, G. BERTI, *Momenti della trasformazione della giustizia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, n. 4, pp. 1861 ss., p. 1892; V. CAIANIELLO, *Art. 125, 2° comma*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Art. 121-127. Le Regioni, le Province, i Comuni*, vol. II, Bologna-Roma, 1990, pp. 351 ss., p. 354; G. LEONE, *Le impugnazioni nel processo amministrativo: profili generali*, Napoli, 1988, pp. 17 ss. Ne deriva che la disposizione in parola impone al legislatore di assicurare il doppio grado di giudizio soltanto per l'attività amministrativa esplicitamente a livello locale, mentre per le altre controversie, ossia per quelle generate da atti di pubbliche amministrazioni ultraregionali o statali, il legislatore sarebbe libero di prevedere o meno la garanzia del riesame della decisione di un giudice di primo grado ((cfr. A. QUARANTA, s.v. *Doppio grado di giurisdizione (principio del) (diritto processuale amministrativo)*, in *Enc. giur.*, vol. XII, Roma, 1989, p. 2)). L'art. 125 Cost. andrebbe quindi interpretato nella prospettiva un «sistema amministrativo più equilibrato, pienamente rispettoso dell'art. 5 cost. e quindi contrario a qualsiasi contrapposizione e sperequazione fra centro e periferia» (U. POTOTSCHNIG-A. TRAVI, s.v. *Appello (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir., Agg.*, vol. III, 1999, Milano, pp. 151 ss., p. 154).

Per una disamina d'insieme della costituzionalizzazione del principio del doppio grado di giudizio in relazione alla giurisdizione amministrativa, ai sensi dell'art. 125 Cost., cfr. G. SERGES, *Il principio del "doppio grado di giurisdizione" nel sistema costituzionale italiano*, Milano, 1993, pp. 233 ss. e, più di recente, ID., s.v. *Doppio grado di giurisdizione (diritto costituzionale)*, in *Dig. disc. pubbl., Agg.*, vol. VII, 2017, Torino, pp. 297 ss.

Sull'introduzione dell'art. 125 Cost. e sulla natura dei tribunali amministrativi regionali quali organi statali ovvero organi di giustizia amministrativa, cfr., di recente, F. MERUSI-E. FREDIANI, *Itinerari della tutela del cittadino. Errori, rimedi e fantasie*, Napoli, 2019, pp. 158 ss.

di giudizio, declinato dagli artt. 4-6 c.p.a. come principio generale del processo amministrativo, specie per quello impugnatorio di legittimità, è sì costituzionalizzato per la sola giustizia amministrativa in base all'art. 125 Cost., ma solo in senso «ascendente»¹⁶⁶.

Non pare dunque ravvisarsi alcuna problematicità in tale soluzione, come invece ventilato da una parte della dottrina favorevole alla tesi della natura istruttoria, che, in sede di primo commento all'art. 116, comma 2, c.p.a., aveva rilevato come l'opzione per la natura decisoria implicherebbe che l'ordinanza debba essere sottoposta alla disciplina delle sentenze di primo grado, per cui, in tal caso, diventerebbe problematico ammettere che la pronuncia incidentale possa essere adottata dal Consiglio di Stato. Posto, cioè, che ai sensi dell'art. 116, comma 5, c.p.a. le previsioni dell'intero articolo - tra le quali rientra appunto quella del secondo comma - si applicano anche al giudizio di appello, se si valorizzasse il contenuto decisorio dell'ordinanza emergerebbero notevoli dubbi sull'opportunità di consentire lo svolgimento del giudizio sull'accesso in grado di appello, dato che in tal modo la pronuncia non sarebbe appellabile¹⁶⁷. Al contrario, il Consiglio di Stato, come si è visto, ha attribuito senza problemi natura decisoria alla propria ordinanza pronunciata in grado di appello sull'impugnazione di un'ordinanza di accesso incidentale e già qualificata come tale anche dal giudice di prime cure¹⁶⁸. D'altra parte, che l'autonoma appellabilità implichi sempre la decisorietà ma non viceversa, è perfettamente

coerente con la possibilità che il rito incidentale venga sollevato per la prima volta nei giudizi di impugnazione, ipotesi nella quale evidentemente nessuna questione di appellabilità può porsi¹⁶⁹.

Il che non toglie, naturalmente, come nel richiamare il principio del doppio grado di giurisdizione amministrativa sancito dall'art. 125 Cost., in quanto funzionale all'ampliamento della tutela giurisdizionale, la Plenaria non affronti il principio costituzionale di legalità processuale di cui all'art. 111, comma 1, Cost., secondo cui il giusto processo è «regolato dalla legge». In altri termini, l'estensione dell'appello amministrativo passa attraverso l'elaborazione pretoria di una nuova ed inedita regola processuale in base alla quale un'ordinanza, pur non tipizzata dalla disposizione regolatrice quale provvedimento autonomamente impugnabile, diviene appellabile perché rientra tra i provvedimenti «implicitamente» impugnabili alla luce della decisorietà del relativo contenuto, stabilita anche essa per via pretoria. Si assiste insomma ad un'attività interpretativa *praeter legem*, funzionale sì all'ampliamento della tutela giurisdizionale, ma che fuoriesce dal tracciato di una stretta aderenza al principio di legalità processuale¹⁷⁰.

Il che è possibile anche perché l'art. 125 Cost. non ha avuto un univoco riconoscimento né nella giurisprudenza costituzionale né nella dottrina¹⁷¹, mentre non ci pare incontrovertibile che esso sia «poco afferente alla funzione giurisdizionale»¹⁷², dal momento che la tesi che riconduce la disposizione in esame alla costruzione amministrativa dell'ordinamento costituzionale e al riequilibrio tra centro e periferia tramite l'istituzione dei tribunali amministrativi regionali è - appunto - solo una

¹⁶⁶ Nel senso, cioè, che «se di regola il legislatore ordinario non incontra vincoli in ordine al se prevedere o meno mezzi di impugnazione, nel caso del processo amministrativo il legislatore è costituzionalmente vincolato, se prevede il primo grado, a prevedere il doppio grado di giudizio; tuttavia, il doppio grado non è ritenuto costituzionalmente vincolante se si prevede un ricorso direttamente al Consiglio di Stato» (Cons. St., sez. V, 27 gennaio 2014, n. 401, in www.giustizia-amministrativa.it/dcsnpr). In senso conforme cfr., *ex plurimis*, Cons. St., A.P., 28 settembre 2018, n. 15; Id., sez. IV, 5 aprile 2018, n. 2122; Id., 19 aprile 2017, n. 1840; Id., A.P., 27 aprile 2015, n. 5; Id., Sez., IV, 7 gennaio 2013, n. 23; Id., sez. V, 7 febbraio 2012, n. 661; Id., 19 aprile 2005, n. 1801, tutte in www.giustizia-amministrativa.it/dcsnpr.

¹⁶⁷ Cfr. LIPARI, *op. cit.*, pp. 929-930.

¹⁶⁸ Cfr. Cons. St., sez. IV, ord. 14 aprile 2015, n. 1900, cit.

¹⁶⁹ Del resto, in tale ipotesi non vi sarebbe stata nemmeno una qualche interferenza con il quesito di diritto alla base della pronuncia della Plenaria, che riguardava appunto l'appellabilità delle ordinanze emesse dai tribunali amministrativi regionali.

¹⁷⁰ Cfr. C. NAPOLITANO, *Sull'appellabilità dell'ordinanza pronunciata sulla richiesta di accesso documentale ex art. 116, co. 2, c.p.a.*, in www.giustiziainsieme.it, 2023, § 4.

¹⁷¹ *Ibid.*

¹⁷² *Ibid.*

delle possibili spiegazioni, peraltro non escludente (né esclusa dalle) le altre¹⁷³.

Per la Plenaria il richiamo al principio costituzionale del doppio grado di giudizio resta senz'altro un passaggio necessario per rafforzare il principio di effettività della tutela giurisdizionale di cui all'art. 24 Cost., che rappresenta la vera «chiave di lettura» della pronuncia della Plenaria¹⁷⁴, anche perché da tale disposizione non sarebbe possibile dedurre il primo principio¹⁷⁵.

È però opinabile che l'ancoraggio finale della tesi dell'autonoma appellabilità alla dicotomia tra natura decisoria e natura istruttoria dell'ordinanza «sia in realtà un - efficace - *espedito* argomentativo per ampliare la tutela giurisdizionale», specialmente se si confronta l'iter argomentativo della sentenza della Plenaria con quello dell'ordinanza di rimessione, che tocca - effettivamente - temi processuali più generali¹⁷⁶. In realtà, in tutta l'elaborazione pretoria precedente, di tutti e tre gli indirizzi, oltre che nelle riflessioni della dottrina, l'accoglimento o la reiezione della tesi dell'autonoma appellabilità non è *mai* disgiunta dalla - ma consequenziale alla - qualificazione della natura giuridica dell'ordinanza come decisoria o istruttoria. A quanto consta, solo nelle prime incerte riflessioni della dottrina, successive all'introduzione del nuovo istituto ad opera della l. n. 205 del 2000, laddove si riconosce all'ordinanza in esame natura decisoria, talora se ne nega l'autonoma appellabilità in quanto anche nel processo amministrativo va ritenuto applicabile il principio dell'unicità dei gravami¹⁷⁷.

Peraltro, riconfigurando la nozione di «connessione» come «strumentalità in senso ampio», la Plenaria, da un lato, «ingloba», per così dire, nell'orientamento favorevole all'autonoma appellabilità il requisito della rilevanza dei documenti di cui si chiede all'accesso rispetto al giudizio principale, sostenuto dall'orientamento contrario; e, dall'altro, include nella valutazione della connessione la possibile rilevanza del documento richiesto ai fini di una risoluzione in via stragiudiziale della controversia, della presentazione di una nuova impugnazione o della proposizione di una diversa domanda di tutela innanzi ad un'altra autorità giudiziaria. Non è detto, però, che a tale «innovazione» faccia seguito un incremento nel livello di tutela dell'istante. In effetti, la nozione di strumentalità in senso ampio, che non guarda più alla stretta strumentalità rispetto alla conclusione del giudizio di merito ma alla situazione sostanziale del richiedente, comporta il rischio di confondere il piano processuale con quello delle situazioni sostanziali, a discapito della tutela del diritto di accesso dell'istante. In tal modo, la Plenaria «diluisce» la nozione di connessione, perché la relativa valutazione è ampliata a tal punto da precludere l'accesso solo a quei documenti che platealmente non hanno nulla a che vedere con il processo principale pendente, senza che ne sia richiesta la necessaria pregiudizialità rispetto alla decisione di merito. Ne deriva un potere valutativo del giudice dai confini assai incerti, perché esso può ingiungere l'ostensione dei documenti richiesti già nell'ordinanza, estendendo la tutela dell'istante, ma, stante il medesimo presupposto della semplice «connessione» al giudizio e della non stretta strumentalità della loro acquisizione rispetto alla decisione del merito, può rinviare la decisione al momento dell'emanazione della sentenza definitiva del giudizio, comprimendo la tutela del richiedente. Accolta dunque la nozione di connessione come strumentalità in senso ampio, il differimento della tutela del richiedente potrebbe ridurre l'effettività, per cui è opportuno che il potere di valutazione della connessione venga

¹⁷³ Si veda la breve disamina delle opinioni dottrinali esposte *supra*, nt. 165.

¹⁷⁴ NAPOLITANO, *op. cit.*, § 4.

¹⁷⁵ In tal senso, «La garanzia costituzionale del doppio grado di giurisdizione non può neppure farsi discendere dall'art. 24, primo e secondo comma, della Costituzione come proiezione diretta del diritto di difesa: in realtà questo precetto assicura la tutela di tale diritto in ogni stato e grado del procedimento, ma non garantisce la parte contro la soppressione di un grado del processo» (Corte cost., 15 aprile 1981, n. 62, quinto cpv. del cons. in dir., in www.giurcost.org).

¹⁷⁶ NAPOLITANO, *op. cit.*, § 4 (corsivo non testuale).

¹⁷⁷ Cfr. A. ABBAMONTE, *Disposizioni varie sul processo - I. Introduzione al processo amministrativo*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *Verso il nuovo processo amministrativo. Commento alla l. 21 luglio 2000 n. 205*, Torino, 2000, pp. 201 ss., pp. 208-209.

esercitato già nell'ordinanza e non con la sentenza conclusiva del giudizio principale¹⁷⁸.

Nel complesso, quantunque solo in parte innovativo sotto il profilo argomentativo e non privo di limiti, l'epilogo finale è senz'altro soddisfacente sotto plurimi profili, perché viene risolta una *querelle* ultraventennale attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata del dettato normativo, il canone portante della tesi decisoria diviene il principio costituzionale del diritto di difesa e di effettività della tutela giurisdizionale e vengono tutelati i principi di legalità e di certezza del diritto con l'ancoraggio della soluzione e delle argomentazioni a precisi indici normativi.

BIBLIOGRAFIA

ALLENA M., *Art. 116*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, III ed., Milano, 2015, pp. 1080 ss.

BOHUNY A., *L'accesso ai documenti amministrativi nella legge n. 241/90 riformata*, in R. TOMEI (a cura di), *La nuova disciplina dell'accesso ai documenti amministrativi. Commento alla Legge n. 241 del 1990 e al D.P.R. n. 184 del 2006*, Padova, 2007, pp. 3 ss.

D'ANGELO G., *La tutela del diritto d'accesso in pendenza del giudizio*, in *Foro it.*, 2002, pt. III, n. 5, cc. 225 ss.

DE LUCA F., *Il rito in materia di accesso ai documenti amministrativi*, in F. FRENI-P. CLARIZIA (a cura di), *Il processo amministrativo nella giurisprudenza. Commento sistematico ai principali istituti*, Milano, 2012, pp. 345 ss.

FADDA G., *Art. 116*, in F. CARINGELLA-M. GIUSTINIANI-M. PROTTO-L. TARANTINO (a cura di), *Codice del processo amministrativo ragionato*, Roma, 2017, pp. 664 ss.

FARES G.-FERRARI GI., *Art. 116*, in R. GAROFOLI-G. FERRARI (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, II ed., Roma, 2012, vol. III, pp. 1757 ss.

FIGORILLI F., *Il rito dell'accesso*, in B. SASSANI-R. VILLATA (a cura di), *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa*

al diritto processuale amministrativo, Torino, 2012, pp. 735 ss.

FIORENZANO S., *Il rito in materia di accesso ai documenti amministrativi*, in G.P. CIRILLO (a cura di), *Diritto processuale amministrativo*, Milano, 2017, pp. 1033 ss.

FRACCHIA F., *Riti speciali a rilevanza endoprocedimentale*, Torino, 2003, pp. 49 ss.

GASPARRI F., *Impugnabilità della ordinanza resa dal T.A.R. ai sensi dell'art. 116, comma 2, Codice del processo amministrativo*, in *www.ildirittoamministrativo.it*, 2018

GULLO N., *La tutela del diritto di accesso dopo la riforma del processo amministrativo*, in *Cons. St.*, 2002, pt. II, n. 3, pp. 495 ss.

IANNOTTA L., *I rapporti tra accesso tradizionale ed accesso civico generalizzato: la riqualificazione dell'istanza di accesso in corso di giudizio*, in *Foro amm.*, 2020, n. 7-8, pp. 1373 ss.

LIPARI M., *Art. 116*, in A. QUARANTA-V. LOPILATO (a cura di), *Il processo amministrativo. Commentario al D.lgs. 104/2010*, Milano, 2011, pp. 913 ss.

MARENGHI E.M., *Il rito speciale dell'accesso tra differenziazione processuale e indifferenziazione materiale*, in *Dir. e proc. amm.*, 2015, n. 2-3, pp. 689 ss.

MARZAGALLI C., *La tutela del diritto d'accesso in pendenza di ricorso giurisdizionale amministrativo dopo la l. 205/2000*, in *Urb. e app.*, 2002, n. 2, pp. 548 ss.

NAPOLITANO N., *Sull'appellabilità dell'ordinanza pronunciata sulla richiesta di accesso documentale ex art. 116, co. 2, c.p.a.*, in *www.giustiziainsieme.it*, 2023

RINALDI R., *Il rito speciale in materia di accesso*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Milano, 2013, vol. II, pp. 313 ss.

ROMANO AN., *L'accesso ai documenti amministrativi*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, pp. 910 ss.

SANTISE M., *Art. 116*, in R. CHIEPPA (dir. da), *Codice del processo amministrativo*, Milano, 2022, pp. 698 ss.

SIMONATI A., *Art. 116*, in G. FALCON-F. CORTESE-B. MARCHETTI (a cura di), *Commentario breve al codice del processo amministrativo*, Milano, 2021, pp. 902 ss.

VETRÒ F., *La nuova disciplina dei ricorsi amministrativi e giurisdizionali per la tutela del diritto di accesso*, in N. PAOLANTONIO-A. POLICE-A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione*.

¹⁷⁸ Cfr. NAPOLITANO, *op. cit.*, § 3.

Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005, Torino, 2005, pp. 751 ss.