

3/2023

INDICE DEGLI ARGOMENTI

Alcuni degli articoli presenti in questo numero

DIRITTO CIVILE

- A. LA (PSEUDO) INCENTIVAZIONE DEI SISTEMI DI RISOLUZIONE ALTERNATIVA DELLE CONTROVERSIE SECONDO LA RIFORMA CARTABIA.
- B. IL DIRITTO DI USO ESCLUSIVO DEL CONDOMINIO DOPO LA SENTENZA DELLE SEZIONI UNITE DELLA CORTE DI CASSAZIONE.

DIRITTO PENALE

- A. IL LOCUS COMMISSI DELICTI NEL METAVERSO: ETEROTOPIA O NON LIEU?
- B. ATTENDIBILITÀ DEI TESTIMONI VULNERABILI NEI REATI SESSUALI: CASS. SEZ. 4 SEN- TENZA NR. 4928/2023.

DIRITTO PUBBLICO

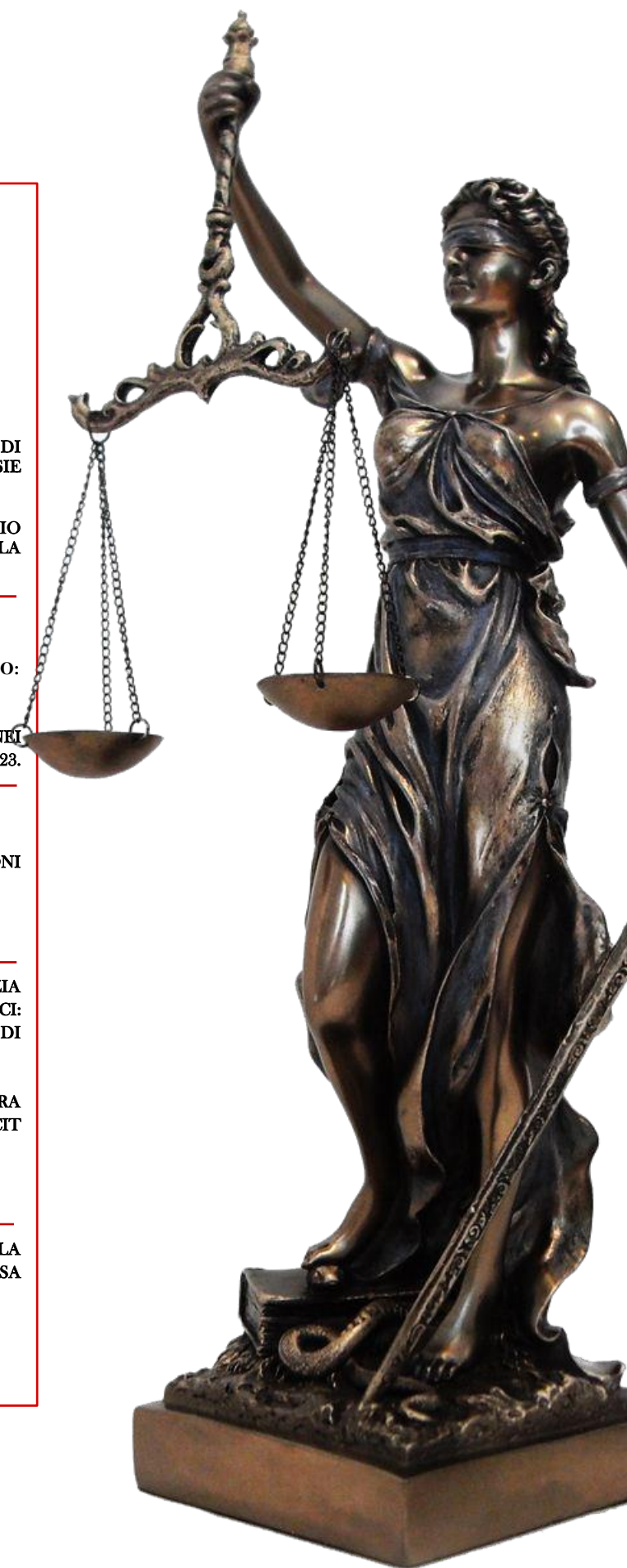
- A. IL RIPARTO DI COMPETENZE TRA STATO E REGIONI NELLA VALORIZZAZIONE DEI BENI CULTURALI.

DIRITTO AMMINISTRATIVO

- A. LA FASE DI ESCUSSIONE DELLA GARANZIA PROVVISORIA NEGLI APPALTI PUBBLICI: DALL'ADUNANZA PLENARIA DEL CONSIGLIO DI STATO AL NUOVO CODICE.
- B. LA CAPACITÀ NEGOZIALE DELLE REGIONI NELL'ERA DEL COMMISSARIAMENTO PER EXTRA DEFICIT SANITARIO.

DIRITTO EUROPEO

- A. SULLA VALUTAZIONE D'IMPATTO AMBIENTALE E LA TUTELA EFFETTIVA: NOTE SINTETICHE ALLA CAUSA C-575/21, WERTINVEST HOTELBETRIEB.



Pubblicazione periodica trimestrale

DIRETTORE SCIENTIFICO: Ludovica Marano

CONDIRETTORE SCIENTIFICO: Fabio Santalucia

VICE DIRETTORI: Angelo D'Onofrio, Gaspare Jucan Sicignano, Roberta Rossi

DIRETTORE RESPONSABILE: Isabella Bellitto

CONSIGLIO DIRETTIVO: Dott. Angelo D'Onofrio, Prof. Gaspare Jucan Sicignano, Dott.ssa Carlotta Marano, Prof. Andrea Napolitano, Avv. Lucrezia Francesca Pulcini, Avv. Roberta Rossi, Avv. Fabio Santalucia, Dott. Luca Santalucia, Dott.ssa Vincenza Scherillo, Avv. Orso Maria Siporso.

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, Dott. Alessandro Auletta, Prof. Avv. Silvia Tuccillo, Avv. Gaspare Jucan Sicignano, Prof. Adrian Bedford, Dott. Marco Pugliese, Dott. Luca Della Razione, Dott. Antonio De Lucia, Prof. Giuliano Balbi, Prof. Andrea Napolitano, Avv. Antonio Scotto Rosato, Prof.ssa Anna Papa, Prof. Carla Acocella.

COMITATO DI VALUTAZIONE: Dott. Giuseppe Pavich, Avv. Patrizia Brambilla, Prof.ssa Andreana Esposito, Dott. Giuseppe di Vetta, Avv. Michele Mastromartino, Prof. Andrea Sardini, Dott. Alessandro Stiano, Prof. Avv. Ferdinando Greco, Dott. Luca Sicignano, Prof. Fabrizio Rippa, Avv. Pasquale Guida, Dott.ssa Alessia Palladino, Dott.ssa Federica De Simone, Dott.ssa Flavia Rolando.

COMITATO EDITORIALE: Dott.ssa Emanuela De Falco, Avv. Nicoló Znacchi, Avv. Diletta Aliprandi, Dott. Antonino Di Maio, Alessandro Cecchi.

MODALITÀ DI CITAZIONE: Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di De Iustitia, si consiglia l'uso della forma di seguito indicata: N. COGNOME, Titolo del contributo, in De Iustitia, 3/2023, p. X ss.

Tutti i contributi presenti nel fascicolo hanno superato con esito favorevole la valutazione anonima da parte di un revisore scelto tra i membri del comitato di valutazione/scientifico ovvero da un revisore esterno da questi indicato. 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****FASHION LAW: DISCIPLINA NAZIONALE E SOVRANAZIONALE – di Camilla GENTILE9**

ABSTRACT	9
1. PREMESSA	9
2. IL DIRITTO DELLA MODA E I CONTRATTI	9
3. LE PECULIARITÀ DEL FASHION LAW	11
4. IL PANORAMA SOVRANAZIONALE.....	12

SERVITÙ DI PASSAGGIO COATTIVO A FAVORE DI FONDO NON INTERCLUSO: LA POSSIBILE RILEVANZA PUBBLICISTICA DELLE ISTANZE PARTICOLARI DELLE PERSONE CON DISABILITA' ALLA LUCE DELLA PIÙ RECENTE GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ – di Rita ALIPERTA 15

ABSTRACT	15
1. RICOSTRUZIONE DELLA VICENDA	15
2. LA RILETTURA IN CHIAVE COSTITUZIONALMENTE ORIENTATA DEGLI INTERESSI GENERALI SOTTESI ALL'ART. 1052 C.C.....	16
3. LA VALENZA INTERDISCIPLINARE DELLA NOZIONE DI ACCESSIBILITÀ	18
4. L'UTILITAS NELLE SERVITÙ PREDIALI DI PASSAGGIO E LA POSSIBILE RILEVANZA DI ISTANZE SOGGETTIVE. CONSIDERAZIONI GENERALI.....	20

IL DIRITTO DI USO ESCLUSIVO DEL CONDOMINIO DOPO LA SENTENZA DELLE SEZIONI UNITE DELLA CORTE DI CASSAZIONE – di Ludovica MANZO..... 24

ABSTRACT	24
1. LA PECULIARE DISCIPLINA DELL'USO DELLA COSA COMUNE IN MATERIA CONDOMINIALE: CLAUSOLA NEGOZIALE E DIRITTO DI USO ESCLUSIVO	24
2. LA SENTENZA 7 DICEMBRE 2020 NR. 28972 DELLE SEZIONI UNITE DELLA CORTE DI CASSAZIONE E IL CONCETTO DI USO ESCLUSIVO IN AMBITO CONDOMINIALE.....	29
3. LE POSSIBILI QUALIFICAZIONI DELL'USO ESCLUSIVO SU UN BENE CONDOMINIALE	31
4. L'USUCAPIONE DELL'USO SU UN BENE DI CUI ALL'ART. 1021 C.C. SU UNA PORZIONE DI BENE CONDOMINIALE	34

IL TRUST INTERNO, L'AUTONOMIA PRIVATA E I LORO LIMITI – di Gaspare SANDULLO 36

ABSTRACT	36
1. ALBORI DEL TRUST IN COMMON LAW E IL SUO RECEPIMENTO IN ITALIA.....	36
2. IL TRUST: PROFILI STRUTTURALI E SFUMATURE APPLICATIVE	39
3. UNA QUERELLE ANCORA APERTA SUL TRUST INTERNO	44
4. CONCLUSIONI	49

**QUAL È IL DIRITTO GIUSTO PER INTERNET? – di Martina MANGANELLI 51**

ABSTRACT	51
1. PREMESSA	51
2. LA SELF REGULATION COME PROSPETTIVA DI REGOLAMENTAZIONE.....	54
3. L'OVERSIGHT BOARD DI FACEBOOK: IL CONTROLLO DEI CONTENUTI TRA PROCEDURE PRIVATE E NORME PUBBLICHE.....	55
4. LA COREGULATION COME PROSPETTIVA AUSPICABILE	56
5. CHI SARÀ CANDIDATO AL RUOLO DI LEGISLATORE SOVRAORDINATO?.....	58
6. LA TENSIONE TRA L'ESSERE E IL DOVER ESSERE IN RETE	59
7. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE SULLA RICERCA DI UNA GOVERNANCE IN RETE 60	

DIRITTO PROCESSUALE CIVILE**LA (PSEUDO) INCENTIVAZIONE DEI SISTEMI DI RISOLUZIONE ALTERNATIVA DELLE
CONTROVERSIE SECONDO LA RIFORMA CARTABIA – di Roberta METAFORA 63**

ABSTRACT	63
1. BREVE PREMESSA.....	63
2. L'OBLIGATORIETÀ DEGLI STRU-MENTI DI RISOLUZIONE ALTERNATIVA DELLE CONTROVERSIE	64
3. LE ADR E LA RIFORMA CARTABIA	65
4. UNA DIVERSA CHIAVE DI LETTURA. LA PROPOSTA DI CONCILIAZIONE DEL GIUDICE... ..	66
5. ... E LA MEDIAZIONE DELEGATA.....	68
6. GLI INDICI DI MEDIABILITÀ	72
7. SEGUE. LA NEGOZIAZIONE ASSISTITA NELLA MATERIA LABURISTICA.....	74
8. L'ATTIVITÀ DI ISTRUZIONE STRA-GIUDIZIALE DI CUI AI NOVELLATI ARTT. 4-bis E 4-ter DEL D.L. N. 132/2014.....	75
9. BREVI OSSERVAZIONI CONCLUSIVE	76

DIRITTO PENALE**PREMESSA UN'ESPOSIZIONE DEI CARATTERI TIPICI NONCHÉ DELLA FUNZIONE DEL
REATO COMPLESSO, SI SOFFERMI IL CANDIDATO SUL DELITTO DI OMICIDIO
VOLONTARIO COMMESSO DALL'AUTORE DEL DELITTO DI ATTI PERSECUTORI NEI
CONFRONTI DELLA STESSA PERSONA OFFESA – di Roberta ROSSI..... 77**

ABSTRACT	77
1. IL REATO COMPLESSO: TRATTI TIPICI.....	77



2.	LA FUNZIONE DEL REATO COMPLESSO	78
3.	LO STATO DELL'ARTE SULL'ART. 575, 576 CO.1 N.5.1 C.P.: L'ORDINANZA N. 14961/2021 DELLA SEZIONE V DELLA CASSAZIONE	79
4.	CASS., SEZ. UN., 15 LUGLIO 2021 (DEP. 26 OTTOBRE 2021), N. 38402.....	80
5.	CONCLUSIONI	80
IL LOCUS COMMISSI DELICTI NEL METAVERSO: ETEROTOPIA O NON LIEU? – di Federica DE SIMONE..... 81		
	ABSTRACT	81
1.	CENNI INTRODUTTIVI	81
2.	IL CARATTERE TRANSNAZIONALE DEL MONDO VIRTUALE.....	85
3.	I CRITERI DI IMMISSIONE E PERCEZIONE	86
4.	LO SPAZIO DEL METAVERSO: PUBBLICO O PRIVATO?	90
5.	BREVI CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.....	91
LE MISURE DI PREVENZIONE ATIPICHE – di Ersiliana VIRARDI 93		
	ABSTRACT	93
1.	PREMESSA.....	93
2.	UNA NORMATIVA SUL TIPO D'AUTORE: GLI ULTRAS	94
3.	LE MISURE DI PREVENZIONE C.D. ATIPICHE IN MATERIA DI VIOLENZA NEGLI STADI.....	95
4.	IL DIVIETO DI ACCESSO ALLE MANIFESTAZIONI SPORTIVE: C.D. D.A.SPO.....	95
5.	L'OBLIGO DI COMPARIZIONE PRESSO GLI UFFICI DI POLIZIA	98
6.	INOSSERVANZA DELLE MISURE	99
7.	IL PARTICOLARE ISTITUTO DI GRADIMENTO, C.D. D.A.SPO. SOCIETARIO	100
8.	LA TEORIA DEL DIRITTO PENALE DEL NEMICO	102
9.	CENNI CONCLUSIVI SUL SISTEMA PREVENTIVO	102
LA COMPATIBILITÀ DELLA CIRCOSTANZA AGGRAVANTE TELEOLOGICA TRA IL REATO-SCOPO E IL REATO-ASSOCIATIVO NELLA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ – di Marco MISITI 106		
	ABSTRACT	106
1.	PREMESSA.....	106
2.	LE VARIE IPOTESI DELLA CIRCOSTANZA AGGRAVANTE DI CUI ALL'ART. 61, N. 2, C.P. E, IN PARTICOLARE, QUELLA DELLA NESSO TELEOLOGICO.....	107
3.	PUÒ UN REATO-SCOPO ESSERE COMMESO AL FINE DI ESEGUIRE UN REATO-ASSOCIATIVO?	108
3.1.	LA TEORIA DELLA INCOMPATIBILITÀ ONTOLOGICA E CRONOLOGICA DELLA CONNESSIONE TELEOLOGICA TRA REATO-SCOPO E REATO-ASSOCIATIVO	109



3.2. LA TEORIA DELLA COMPATIBILITÀ ONTOLOGICA DELLA CONNESSIONE TELEOLOGICA TRA REATO-SCOPO E REATO-ASSOCIATIVO	110
3.3. L'INVERSIONE DEI RUOLI TRA REATO-ASSOCIATIVO E REATO-SCOPO NEL PARTICOLARE CASO DELLA CONTESTAZIONE DELLA CIRCOSTANZA AGGRAVANTE DI CUI ALL'ART. 7, D.L. N. 152 DEL 1991, CONVERTITO, CON MODIFICAZIONI, DALLA LEGGE N. 203 DEL 1991	112
4. LE CONSEGUENZE DELL'AMMISSIONE DELL'APPLICAZIONE DEL NESSO TELEOLOGICO NEI RAPPORTI TRA REATO-SCOPO E REATO-ASSOCIATIVO	113
4.1. EFFETTI IN MATERIA DI DETERMINAZIONE DELLA COMPETENZA	114
4.2. LA CIRCOLAZIONE PROBATORIA DELLE RISULTANZE DELLE INTERCETTAZIONI TRA PROCEDIMENTI CONNESSI.....	115
4.3. LA RETRODATAZIONE DEI TERMINI DELLE MISURE CAUTELARI AI SENSI DELL'ART. 297 C.P.P.....	116
5. CONCLUSIONI.....	118
ATTENDIBILITÀ DEI TESTIMONI VULNERABILI NEI REATI SESSUALI: CASS. SEZ. 4 SENTENZA NR. 4928/2023 – di Sara FUSCOLETTI	119
ABSTRACT	119
1. PREMESSA	119
2. LA NOZIONE DI VITTIMA VULNERABILE.....	119
3. LA TUTELA DELLA VITTIMA DEL REATO NEL CODICE DI RITO	121
4. LA CARTA DI NOTO	123
5. IL CASO DI SPECIE.....	123
6. L'ORIENTAMENTO DELLA SUPREMA CORTE.....	125
SEQUESTRO PREVENTIVO FINALIZZATO ALLA CONFISCA: I CARATTERI DEL FUMUS E DEL PERICULUM ALLA LUCE DELL'EVOLUZIONE ERMENEUTICA DI LEGITTIMITÀ – di Alessia IRIMCA	127
ABSTRACT	127
1. IL SEQUESTRO PREVENTIVO: QUADRO GENERALE	127
2. IL FUMUS: DALL'ASTRATTA SUSSUMIBILITÀ DI UN'IPOTESI DI REATO AI GRAVI INDIZI DI COLPEVOLEZZA	128
3. IL PERICULUM.....	131
4. IL PERICULUM ALLA LUCE DELLA PRONUNCIA DELLE SEZIONI UNITE 24 GIUGNO 2021, NR. 36959.....	132
5. CONSIDERAZIONE CONCLUSIVE.....	134



DIRITTO PUBBLICO

IL RIPARTO DI COMPETENZE TRA STATO E REGIONI NELLA VALORIZZAZIONE DEI BENI CULTURALI – di Marco BARBATO 135

ABSTRACT	135
1. INTRODUZIONE.....	135
2. RIPARTO DI COMPETENZE TRA STATO E REGIONI TRA TUTELA E VALORIZZAZIONE: IL RUOLO DIRIMENTE DELLA CORTE COSTITUZIONALE	137
3. LA VALORIZZAZIONE: UN ECOSISTEMA CHE COOPERA PER LE FUTURE GENERAZIONI	141
3.1. IL PNRR TRA LE FONTI DI FINANZIAMENTO PRINCIPALMENTE RILEVANTI PER LA VALORIZZAZIONE DEL PATRIMONIO CULTURALE	143
4. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE	145

DIRITTO AMMINISTRATIVO

LO SPOILS SYSTEM DEI DIRIGENTI PUBBLICI: ANCORA SUL PRINCIPIO DI SEPARAZIONE TRA POLITICA E AMMINISTRAZIONE – di Catello D’AURIA..... 147

ABSTRACT	147
1. LO SPOILS SYSTEM DEI DIRIGENTI PUBBLICI ALLA LUCE DEL PRINCIPIO DI SEPARAZIONE TRA POLITICA E AMMINISTRAZIONE.....	147
2. LO SPOILS SYSTEM NELL’EVOLUZIONE LEGISLATIVA E GIURISPRUDENZIALE ...	149
3. GLI ULTIMI APPRODI DELLA GIURISPRUDENZA IN MATERIA DI SPOILS SYSTEM	154
4. BREVI CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.....	156

L’INTERVENTO PUBBLICO NELL’ECONOMIA CON PARTICOLARE RIGUARDO AL GOLDEN POWER – di Angela CHIANESE..... 158

ABSTRACT	158
1. IL CAMBIAMENTO DEL RUOLO DELLO STATO NEL TEMPO.....	158
2. L’UNIONE EUROPEA E LA REAZIONE ALLA CRISI ECONOMICA	161
2.1. NEXT GENERATION E NUOVE OPPORTUNITÀ	162
2.2. RIFLESSIONI SULLA CREAZIONE DI UN’EUROPA SOCIALE.....	165
3. IL GOLDEN POWER COME STRUMENTO DI INTERVENTO PUBBLICO NELL’ECONOMIA.....	167
3.1. GOLDEN POWER E COMPATIBILITÀ CON IL DIRITTO EUROPEO.....	173
3.2. IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SUGLI ATTI DI ESERCIZIO DEI POTERI SPECIALI.....	176
4. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.....	178

**LA FASE DI ESCUSSIONE DELLA GARANZIA PROVVISORIA NEGLI APPALTI PUBBLICI: DALL'ADUNANZA PLENARIA DEL CONSIGLIO DI STATO AL NUOVO CODICE – di****Francesco RUSSO 180**

ABSTRACT 180

1. LA GARANZIA PROVVISORIA NEGLI APPALTI PUBBLICI: INQUADRAMENTO DELL'ISTITUTO 180

2. LA GARANZIA PROVVISORIA NEGLI APPALTI PUBBLICI: ALCUNI INDIRIZZI GIURISPRUDENZIALI 181

3. IL TEMPO DELL'ESCUSSIONE DELLA GARANZIA PROVVISORIA NELLA RIMESIONE ALL'ADUNANZA PLENARIA..... 184

4. LA GARANZIA PROVVISORIA COME CLAUSOLA A SOSTEGNO DELL'AFFIDABILITA' DELL'OFFERTA: LA POSIZIONE DELL'ADUNANZA PLENARIA 187

5. LA GARANZIA PROVVISORIA NEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI... 189

LA CAPACITÀ NEGOZIALE DELLE REGIONI NELL'ERA DEL COMMISSARIAMENTO PER EXTRA DEFICIT SANITARIO – di Clara TUCCILLO 192

ABSTRACT 192

1. PREMessa 192

2. IL COMMISSARIAMENTO DELLE REGIONI PER EXTRA DEFICIT SANITARIO 193

3. I C.D. PIANI DI RIENTRO COME STRUMENTO DI RIORGANIZZAZIONE DEI SERVIZI SANITARI..... 195

4. LE ATTRIBUZIONI DEL COMMISSARIO E I POTERI CONTRATTUALI DELLE REGIONI..... 195

5. IL RIPARTO DELLE COMPETENZE LEGISLATIVE: LA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE N. 106/2017 197

6. CONSEGUENZE DELL'INSEDIAMENTO DEL COMMISSARIO AD ACTA..... 199

DIRITTO EUROPEO**SULLA VALUTAZIONE D'IMPATTO AMBIENTALE E LA TUTELA EFFETTIVA: NOTE SINTETICHE ALLA CAUSA C-575/21, WERTINVEST HOTELBETRIEB – di Emanuela DE****FALCO 201**

ABSTRACT 201

1. INTRODUZIONE..... 201

2. EVOLUZIONE NORMATIVA E GIURISPRUDENZIALE DELLA DIRETTIVA V.I.A..... 202

3. IL PROCEDIMENTO PRINCIPALE E LE QUESTIONI PREGIUDIZIALI..... 204

4. LA SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA 206

5. BREVI CONCLUSIONI..... 207



**SUSTAINABILITY AS A LEGAL PRINCIPLE AND THE NEW COLLECTIVE SELF-
CONSUMPTION RULES: THE ITALIAN LEGAL SYSTEM OF PROSUMERS AND ENERGY
COMMUNITIES – di Giorgio POTENZA 209**

ABSTRACT 209

1. INTRODUCTION 209

2. THE EUROPEAN GREEN DEAL AND THE EU ENERGY DIRECTIVES RED II AND IMD
II 210

3. THE ITALIAN LEGAL SYSTEM OF PROSUMERS AND ENERGY COMMUNITIES 213

4. TECHNOLOGICAL INNOVATIONS AND DIGITAL INFRASTRUCTURES TO SUPPORT
THE NATIONAL LAW APPROACH TO THE PROSUMERISM. SOME CONSIDERATIONS ON
BLOCKCHAIN AND SMART CONTRACTS 215

FASHION LAW: DISCIPLINA NAZIONALE E SOVRANAZIONALE

di **Camilla GENTILE***

ABSTRACT

Il fashion law o diritto della moda è diventato area di competenza riconosciuta e diffusa, sebbene non ancora unitariamente strutturata.

Non esiste, infatti, un Codice, né una legge, né un Regolamento europeo che definisca la materia in via esclusiva. Tale circostanza non ha, invero, impedito la diffusione di una normativa frammentaria, che lentamente sta uniformando, sia dal punto di vista nazionale che sovranazionale, la disciplina legale di una delle industrie più floride dello Stato italiano, nonché di molti altri Stati europei, come la Francia.

Le conoscenze relative all'ambito sono necessariamente variegate ed investono molte aree del diritto, dalla contrattualistica al diritto penale, senza dimenticare il diritto della proprietà industriale ed il diritto del lavoro.

SOMMARIO

1. **Premessa 9**
2. **Il diritto della moda e i contratti..... 9**
3. **Le peculiarità del fashion law.....11**
4. **Il panorama sovranazionale.....12**

1. PREMESSA

Il cd. Fashion law (o diritto della moda) comprende una serie di innumerevoli aree del diritto, dal civile al penale, declinandosi in leggi, decreti legislativi e disposizioni sovranazionali¹. In particolare, lo studio del fashion law non può prescindere dalle conoscenze e dalle competenze alla base della contrattualistica, della proprietà industriale ed

intellettuale, del diritto penale, nonché delle norme di diritto internazionale ed europeo. In questo senso si può ritenere che il fashion law sia effettivamente una branca del diritto, che riguarda e regola specificamente un'area del business, ossia una delle industrie italiane più produttive e antiche². L'industria della moda non si limita, però, ai soli confini nazionali, necessitando di una disciplina anche in altri Stati europei e Paesi oltreoceano.

La formazione del consulente legale, cd. fashion lawyer, non può di certo bypassare una conoscenza approfondita e specifica dell'area più tecnica, ossia la catena di produzione, il tipo di industria, le categorie e modelli di commercializzazione, nonché la brand strategy.

Per questi motivi diventa fondamentale la presenza di competenze trasversali, dove il diritto non costituisce il solo ed unico punto chiave, ma deve necessariamente fondersi con le aree tecnico-produttive ed economiche.

Il costante e continuo aggiornamento della tecnologia e l'evoluzione del mondo moderno comportano una necessaria presa di coscienza ed ammodernamento non solo dell'industria, ma anche del diritto che reclama unitarietà e specificità, dove il consulente legale e l'avvocato non sono tuttologi ma esperti dello specifico settore di riferimento e collaborano a stretto contatto con i professionisti e i protagonisti del settore industriale in cui operano³.

2. IL DIRITTO DELLA MODA E I CONTRATTI

Il diritto della moda trova fondamento, in gran parte, nel diritto civile. Questo perché tendenzialmente, in ottica di prevenzione di illeciti e di attività

* Avvocato.

¹ N. Lanna, *Fashion law Diritti e prassi nell'industria della moda tra tradizione e innovazione*, CEDAM Ed., 2021

² B. Pozzo e V. Jacometti, *Fashion Law Le problematiche giuridiche della filiera della moda*, Milano, Giuffrè Ed., 2016

³ A. Kumar e C. Sotomayor, *A Practical Guide to Fashion Law*, Nuova Delhi, Legal Desire Media & Publications Ed., 2022



armonizzate con la normativa vigente, è opportuno regolamentare chiaramente le attività produttive ed i rapporti con dipendenti, collaboratori e fornitori.

Questo determina necessariamente la regolamentazione della attività per tramite di una contrattualistica specifica. Se è vero, infatti, che i contratti previsti nell'industria della moda possono essere ricondotti ad accordi tipizzati, validi dunque per qualsiasi produttore, d'altra parte è anche vero che vi sono alcune specifiche caratteristiche che vanno a differenziare l'industria della moda rispetto ad altre e, allo stesso modo, distinguono la contrattualistica legata alla moda rispetto a quella di altri settori.

Un caso classico è, per esempio, il contratto di locazione, realizzato *ad hoc* per alcuni eventi specifici – è il caso delle sfilate di moda – in relazione al quale vi sono alcune peculiarità da regolare, di certo non tipiche di altre industrie.

In relazione alla contrattualistica, è importante rilevare come la struttura italiana e il diritto civile, in generale, si differenzino dal modello, per esempio, di *common law*.

In Inghilterra, in USA o in India⁴, non esistono i contratti c.d. tipici del diritto italiano e, se esistono degli equivalenti, possiedono e mantengono una libertà che nel nostro diritto, di base, non esiste.

Nonostante nel nostro sistema di diritto possano essere creati nuovi tipi contrattuali, sulla base della garantita libertà delle parti, è anche vero che di norma, qualsiasi rapporto viene regolato dai tipi predefiniti disciplinati dal Codice Civile.

Autorevole dottrina, analizzando il principio sotteso all'art. 1322 c.c., riconosce una categoria di contratti che non ha una regolamentazione tipizzata e precisa, ossia i contratti cd. atipici o contratti

nuovi⁵. Proprio a causa dei nuovi settori e dei nuovi rapporti sinallagmatici che vengono a crearsi nel mondo moderno, la nozione di contratto tipizzato si dimostra spesso inadeguata ad esprimere la funzione dell'accordo e degli interessi delle parti, motivo per cui il contratto costituisce la trasposizione giuridica della nuova realtà economica⁶.

Analizzando un caso concreto, si può prendere in esame il “consignment contract” - che disciplina rapporti tra un rivenditore e il suo agente, dove il rivenditore concede il diritto di vendere o organizzare mostre e fiere per la vendita di abbigliamento - frequentemente utilizzato nel *common law* e assolutamente atipico nel sistema italiano. Nonostante ciò, tale modello contrattuale è utilizzato anche in Italia, sotto la disciplina dello “stock in conto vendita” pur non avendo una regolamentazione specifica come accade, invece, nel caso di contratti tipici come la classica compravendita o la prestazione d'opera.

È forse questo uno dei motivi per cui, in Italia, non può dirsi, ancora, esistente una branca del diritto definibile propriamente come *fashion law*, esistendo di fatto solo una commistione di norme tra le quali l'operatore del diritto deve barcamenarsi, adattando *civil law* e *common law*.

Pur dovendo riconoscere un importante contributo al *common law*, dal quale abbiamo tratto ispirazione per ampliare il novero della contrattualistica e degli accordi tra privati, dall'altra parte non si può dimenticare l'importante opera di adeguamento e sviluppo intrapresa dal sistema normativo sovranazionale.

Il diritto dell'Unione Europea ed il diritto internazionale hanno introdotto una serie di disposizioni, linee guida, Regolamenti e Direttive, sulle

⁴ www.lawyered.in/legal-disrupt/articles/insight-fashion-lawsindia/#:~:text=India%20does%20not%20recognize%20a,or%20under%20several%20IPR%20Laws

⁵ R. Sacco e G. De Nova, *Il contratto*, Utet Giuridica, 2016

⁶ E. Gabrielli, *I contratti in generale – Tomo primo*, Torino, Utet Giuridica, 1999

quali oggi si basa gran parte della disciplina del fashion law e delle aree ad essa connesse.

Possiamo prendere in considerazione, per esempio, il caso della Direttiva Ecodesign 125/2009 CE⁷ che, con il cd. green deal program⁸, ha introdotto l'elaborazione di specifiche per la produzione ecocompatibile anche di prodotti tessili, nonché la cd. EPR (Extended Producer Responsibility), o il fondamentale RMUE 2017/1001⁹, il Regolamento n. 1/2003¹⁰, e molti altri¹¹.

Le disposizioni contenute nelle summenzionate normative costituiscono punti cardine del diritto della moda e del Made in Italy¹².

Analizzando, dunque, i principi presenti tanto nella normativa sovranazionale, quanto nelle nazioni occidentali (di *civil law* o di *common law*), si evince la necessità di nuovi contratti cd. atipici. Tanto che l'art. 1322 c.c., letto in combinato disposto con l'art. 1343 c.c., alla luce della sentenza della Corte di Cassazione n. 2288/2004, statuisce che “possono dirsi diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico, ex articolo 1322, 2° c., del codice civile, tutti i contratti atipici non contrari alla legge, all'ordine pubblico e al buon costume”, dando legittimità ad un sistema contrattualistico formato oggi, per gran parte, da contratti nuovi.

Tale continua produzione di nuovi modelli viene temperata dalla riconduzione al cd. tipo contrattuale che permette di attribuire al nuovo accordo gli effetti naturali equivalenti a quelli di un

certo genere contrattuale¹³ ben disciplinato e regolato dalle leggi del nostro Stato.

3. LE PECULIARITÀ DEL FASHION LAW

In Italia, la disciplina del fashion law ha avuto una recente evoluzione, anche con l'introduzione di master, corsi universitari e percorsi specializzanti post-laurea.

L'evoluzione è, in realtà, dovuta a due fattori: la sempre maggiore esigenza di precisione e richiesta di competenze specifiche; le influenze del sistema americano, dove l'avvocato¹⁴ non si limita a dibattere nel Foro, ma è, soprattutto, un consulente a cui l'azienda si appoggia per ottenere consulenza e rispettare standard e qualità sempre a norma¹⁵.

Il diritto italiano non si relega più all'idea di professionisti del diritto universale, ma ricerca competenze specifiche e specializzazioni, soprattutto *business oriented*, che possono fornire un contributo importante alle realtà aziendali.

Il professionista legale svolge un ruolo di consulenza dove non viene limitato ad impartire prescrizioni legali o linee guida sulla prevenzione di illeciti e sanzioni, ma apporta le proprie competenze trasversali, con una conoscenza approfondita e strutturata del settore specifico in cui opera.

Nel caso dell'industria della moda diventa particolarmente importante conoscere sia la struttura aziendale, ma anche la tipologia di prodotti venduti e trattati, i procedimenti, le tecniche e le disposizioni relative alla proprietà industriale.

⁷ www.eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:285:0010:0035:it:PDF

⁸ www.ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal_it

⁹ Regolamento sul marchio dell'Unione europea: www.eurlex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32017R1001&from=NL

¹⁰ Regolamento europeo concernente l'applicazione delle regole di concorrenza: www.eurlex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003R0001&from=IT

¹¹ F.A. Genovese e G. Olivieri, *Proprietà intellettuale*, Utet Giuridica Ed., 2021

¹² N. Lanna, *Fashion law Diritti e prassi nell'industria della moda tra tradizione e innovazione*, CEDAM Ed., 2021

¹³ R. Sacco, *Commento all'art. 1323*, in P. Cendon (a cura di), *Commentario al Codice Civile – artt. 1321-1342*, Milano, Giuffrè, 2009

¹⁴ G.C. Jimenez e B. Kolsun, *Fashion Law: A Guide for Designers, Fashion Executives, and Attorneys*, New York, Bloomsbury Publishing PLC Ed., 2014

¹⁵ R. Burbidge, *European Fashion Law: A Practical Guide from Startup to Global Success*, Londra, Edward Elgar Publishing Ed., 2019

Questo permette, per esempio, di offrire consulenza nel settore della sostenibilità o della responsabilità del produttore nella realizzazione delle etichette, oltre che nella registrazione di marchi e di design.

Si può certo affermare che, nel diritto italiano, il fashion law riguarda, per gran parte, il diritto commerciale e societario, tenendo in considerazione che, spesso, sono proprio i piccoli produttori manifatturieri, coloro i quali ricercano maggior assistenza e guida, nel rispetto delle normative. L'industria manifatturiera della moda costituisce il secondo settore più florido del nostro Paese, con un fatturato di circa 78 miliardi¹⁶ e con una produzione che si concentra principalmente nelle aree del Centro e del Nord-Est (in particolare Lombardia, Veneto e Toscana).

Nonostante il progressivo e costante adattamento dell'ordinamento italiano a sistemi giuridici e legislativi differenti - nonché più aderenti al contesto dei mercati internazionali - ci si chiede se e quando il Legislatore procederà ad uniformare e disciplinare unitariamente tutte le particolarità e le specificità del settore, distaccandosi dall'utilizzo della riconduzione della fattispecie concreta alla disciplina di uno o più tipi legali¹⁷, cd. metodo tipologico.

Una delle problematiche connesse alla realizzazione di una disciplina unitaria, riguarda la peculiarità, forse, più significativa dell'industria della moda, ossia la volatilità.

Questa industria tratta, infatti, principalmente prodotti che sono destinati, di per sé, ad avere un breve *life cycle* (generalmente stagionale, ma spesso anche solo mensile), pur essendo beni intrinsecamente durevoli.

Necessaria diventerebbe, quindi, una specifica tutela creativa dei prodotti: nella maggior parte dei casi, non si procede alla registrazione del design di un abito o di una borsa, perché la loro vita breve fa perdere di opportunità e convenienza queste procedure. Infatti, la registrazione del design avviene, generalmente, per particolari prodotti con trame o texture ripetute e riproposte nel tempo, per cui vi è effettivamente una convenienza alla registrazione, per la protezione da contraffazioni o usurpazioni.

Un'altra particolarità riguarda l'importanza delle materie prime e fibre tessili utilizzate. Questo concerne principalmente la tutela del consumatore che, spesso, non conosce effettivamente l'incidenza e la pericolosità di certi tipi di materiali. Anche in questo senso, pur essendo in atto una progressiva campagna di *consciousness* attuata anche - o per meglio dire esclusivamente - dall'UE¹⁸, manca, a livello nazionale, una disciplina attuale ed unitaria relativa ai prodotti tessili e le conseguenti prescrizioni necessarie per il settore tessile/pelletteria, diversificandolo rispetto al settore alimentare o farmaceutico. La normativa più specifica e, ormai, più importante è costituita dal già citato Regolamento UE 1007/2011, relativo alle denominazioni delle fibre tessili e all'etichettatura.

È chiaro che, seppur l'Italia si uniformi costantemente alla disciplina europea, sarebbe opportuno chiarire ed unire in un unico decalogo normativo la disciplina di settore, tenendo in considerazione tutte le particolarità intrinseche, anche connesse strettamente al territorio e alla tradizione industriale del nostro Paese.

4. IL PANORAMA SOVRANAZIONALE

La disciplina del fashion law, pur concernendo diversi ambiti del diritto, riguarda, indubbiamente,

¹⁶ www.it.fashionnetwork.com/news/Moda-cribis-con-78-miliardi-di-fatturato-e-secondo-settore-manifatturiero-in-italia,1046545.html#fashionweek-paris-givenchy

¹⁷ Corte di Cassazione sentenza n. 3863/2004

¹⁸ R. Burbidge, *European Fashion Law: A Practical Guide from Start-up to Global Success*, Londra, Edward Elgar Publishing Ed., 2019

in gran parte la proprietà industriale ed intellettuale.

In ragione di ciò, è importante sottolineare come questa materia sia, in Italia, definita dal Codice della proprietà industriale¹⁹, nonché da alcune norme frammentarie nel Codice Civile, nel Codice Penale o in altre leggi dedicate.

Gran parte della disciplina è delineata da norme sovranazionali, in particolare Regolamenti europei, i quali hanno portato ad una armonizzazione in tutti gli Stati membri dell'UE che, a loro volta, hanno assorbito e tratto ispirazione dai modelli appartenenti ai sistemi oltreoceano.

In generale possiamo, dunque, dire che l'area del fashion law più armonizzata e disciplinata, da norme sovranazionali, sia sicuramente quella della proprietà industriale²⁰.

Il diritto della moda ricorre grandemente alle disposizioni in riferimento a marchi e disegni²¹, oltre che alla disciplina dei segreti aziendali, dei brevetti, nonché delle indicazioni geografiche protette.

Le principali differenze tra il sistema nazionale e quello sovranazionale consistono nella attualità e uniformità.

Vero è che, ad oggi, è frequente che un'azienda decida di registrare il proprio marchio o disegno tramite l'EUIPO, quindi tramite la procedura sovranazionale disponibile telematicamente per tutti i paesi membri dell'Unione Europea, ma ciò non dovrebbe limitare la realizzazione di un prontuario *ad hoc* dedicato ai produttori italiani.

Si può, quindi, ritenere che la disciplina europea, in questo ambito specifico, costituisca il punto focale della regolamentazione della proprietà industriale italiana.

La Commissione europea ha incentivato un'opera di modernizzazione ed unificazione, rendendo la disciplina del marchio comunitario più efficace, efficiente e coerente con il RMUE 2017/1001²².

La procedura di registrazione presso l'EUIPO è stata semplificata ed è stato istituito un quadro di cooperazione tra quest'ultimo e gli uffici nazionali.

L'ampliamento della disciplina dei marchi simboleggia l'impegno dell'UE nell'accrescere la propria competitività nel mercato globale, in quanto la tutela della proprietà industriale favorisce gli investimenti, le imprese e quindi l'innovazione economica²³.

È in questa dimensione che il marchio acquista significato come strumento di strategia commerciale, poiché tutelato come elemento essenziale del sistema di concorrenza non falsato, che mira a rendere efficienti i mercati, promuovere un'ampia offerta e innovazione.

L'importanza della disciplina del marchio nazionale, europeo e internazionale ha permesso di velocizzare l'armonizzazione delle disposizioni e delle normative a livello mondiale.

In questo senso è opportuno sottolineare come la tutela del design e del marchio, anche nei paesi di *Common law*, si sia sviluppata similmente a quella prevista dall'UE e, quindi, dall'Italia²⁴.

In particolare, negli USA il riferimento è il Lanham Act, ossia il corrispondente del nostro Codice della Proprietà Industriale, che si è progressivamente uniformato all'Accordo TRIPS²⁵,

¹⁹ www.uibm.mise.gov.it/index.php/it/normativa/codice-della-proprietà-industriale

²⁰ B. Pozzo B. e V. Jacometti, *Fashion Law Le problematiche giuridiche della filiera della moda*, Milano, Giuffrè Ed., 2016

²¹ G. C. Jimenez e B. Kolsun, *Fashion Law: A Guide for Designers, Fashion Executives, and Attorneys*, New York, Bloomsbury Publishing PLC Ed., 2014

²² La base giuridica del nuovo RMUE è l'art. 118 TFUE

²³ R. Burbidge, *European Fashion Law: A Practical Guide from Start-up to Global Success*, Londra, Edward Elgar Publishing Ed., 2019

²⁴ M. E. Orlandini, *La tutela del fashion design nei Paesi di Common Law*, Ius in itinere, 3.12.2020

²⁵ The Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights del 1995, allegato all'accordo che istituisce l'OMC (Organizzazione mondiale del commercio)



fondamento internazionale per la proprietà intellettuale²⁶.

Questa uniformità della disciplina della proprietà industriale, seppur generale e trasversale, incide grandemente e validamente sul settore della moda.

Ciò si evince anche dai sempre più frequenti riferimenti alla disciplina dei marchi che godono di rinomanza – la cui maggioranza appartiene al mondo della moda.

In relazione alla proprietà industriale non si può che accennare, seppur brevemente, alla contraffazione²⁷.

Partendo dal dato numerico, l'incidenza dei sequestri di abbigliamento e accessori di abbigliamento sul totale delle operazioni di anti-contraffazione è giunta, nel 2021, al 55,5%²⁸.

Questa informazione permette di comprendere perché la tutela della proprietà industriale costituisca una parte così importante e prominente nell'industria della moda.

Pur non volendo relegare la disciplina del fashion law al solo binomio marchio-design – come frequentemente accade – è indubbio che essa costituisca parte importante dell'industria stessa, rilevando non solo nell'ambito della contraffazione, ma anche in tutta la disciplina della concorrenza sleale e delle pratiche nei confronti dei consumatori²⁹.

In quest'ultimo caso ricordiamo, nuovamente, una disciplina sovranazionale con la Direttiva 2005/29/CE³⁰, relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno.

Appare chiaro come l'industria della moda sia oggetto di attenta valorizzazione ed importanza nella tutela del Made in Italy e dei valori italiani.

Per questo la disciplina, pur grandemente orientata da normative sovranazionali, sta lentamente divenendo oggetto di una rivoluzione, auspicata e attesa da tempo.

²⁶ G. Adinolfi, *Gli accordi preferenziali di nuova generazione dell'Unione Europea*, Torino, Giappichelli Ed., 2021.

²⁷ B. Vettori, *I falsi di moda. Le vulnerabilità del mercato italiano della moda alla contraffazione*, Torino, Franco Angeli Ed., 2009

²⁸ Rapporto Censis ottobre 2022: www.censis.it/sites/default/files/downloads/report_contraffazione_moda.pdf

²⁹ N. Lanna, *Fashion law Diritti e prassi nell'industria della moda tra tradizione e innovazione*, CEDAM Ed., 2021

³⁰ www.eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32005L0029



SERVITÙ DI PASSAGGIO COATTIVO A FAVORE DI FONDO NON INTERCLUSO: LA POSSIBILE RILEVANZA PUBBLICISTICA DELLE ISTANZE PARTICOLARI DELLE PERSONE CON DISABILITÀ ALLA LUCE DELLA PIÙ RECENTE GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ

di Rita ALIPERTA*

ABSTRACT

Ai sensi dell'art. 1052 c.c., da leggere alla luce della sentenza della Corte cost. n. 167 del 1999, la costituzione di una servitù coattiva di passaggio a favore di fondo non intercluso può avvenire non soltanto in presenza di esigenze dell'agricoltura e dell'industria, ma anche quando sia accertata, in generale, l'inaccessibilità al fondo da parte di qualsiasi persona con disabilità con ridotta capacità motoria, essendo irrilevante l'inesistenza in concreto della disabilità in capo al titolare del fondo servente. La pronuncia in commento dà prova di una condivisibile sensibilità giuridica e culturale per le istanze di integrazione ed emancipazione delle persone con disabilità e, in generale, di tutti coloro che incontrino difficoltà – sia pure transeunte – negli spostamenti. In questa prospettiva, assume ruolo di prim'ordine l'istituto giuridico civilistico, mutuato alla tradizione romana, della servitù di passaggio coattiva, il quale consente di garantire l'accessibilità degli edifici destinati ad uso abitativo. L'accessibilità ambientale costituisce, allora, in virtù della funzione sociale della proprietà, uno strumento di valorizzazione della persona e della sua vita di relazione; sicché la predialità non appare incompatibile con una nozione di utilitas che tenga conto delle esigenze delle condizioni di vita del singolo.

SOMMARIO

* Dottoressa in Giurisprudenza, perfezionata in Scienze penali integrate presso l'Università di Napoli "Federico II", già tirocinante ex art. 73 D.L. n. 69/2013.

¹ Cass. civ., sez. II, 15 maggio 2023, n. 13164, in www.cortedicassazione.it.

² Sul principio di tipicità in materia di diritti reali, si vedano, fra gli altri, G. D. COMPORTEI, *Tipicità dei diritti reali e figure di nuova emersione*, in AA. VV., *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, vol. II, Milano, 2006, pp. 769 ss.; S. V. MANNINO, *La tipicità dei diritti reali nella prospettiva di un diritto europeo uniforme*, in *Europa e dir. priv.*, 2005, pp. 945 ss.; E. CATERINI, *Il principio di legalità nei rapporti reali*, Napoli, 1998, *passim*; A. BELFIORE, *interpretazione e dottrina nella teoria dei diritti reali*, Milano, 1979, *passim*.

1. Ricostruzione della vicenda 15

2. La rilettura in chiave costituzionalmente orientata degli interessi generali sottesi all'art. 1052 c.c. 16

3 La valenza interdisciplinare della nozione di accessibilità 18

4. L'utilitas nelle servitù prediali di passaggio e la possibile rilevanza di istanze soggettive. Considerazioni generali 20

1. RICOSTRUZIONE DELLA VICENDA

La pronuncia in esame¹ fornisce interessanti spunti di riflessione, i quali possono essere apprezzati sia con riguardo alla disciplina particolare della costituzione di servitù coattiva di passaggio a favore di fondo non intercluso, sia, in una prospettiva di sistema, in riferimento alla (paventata) frizione tra il principio di tipicità², l'attributo della predialità e la permeabilità dei diritti reali – e, in specie, della servitù prediali³ – alle esigenze poste dai singoli.

Ebbene, nel caso *de quo*, il proprietario del fondo dominante conveniva in giudizio, con atto di

³ Per una disamina della disciplina delle servitù prediali, si vedano G. BRANCA, *Servitù prediali*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Comm. cod. civ.*, Bologna-Roma, 1987, *passim*; G. D. COMPORTEI, *Le servitù prediali*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Tratt. dir. priv.*, vol. 8, Proprietà, t. II, Torino, 1982, *passim*; G. GROSSO, G. DEIANA, *Le servitù prediali*, in F. VASSALLI (diretto da), *Tratt. dir. civ. it.*, Torino, 1963, *passim*; L. CARIOTA FERRARA, *Delle servitù prediali*, in M. D'AMELIO, E. FINZI (a cura di), *Comm. cod. civ., Libro della proprietà*, Firenze, 1942, *passim*; R. TRIOLA, *Le servitù*, in P. SCHLESINGER (fondato da), F. BUSNELLI (diretto da), *Il Codice civile. Commentario*, Milano, 2008, *passim*.



citazione, i proprietari del fondo servente, chiedendone la condanna, oltre al risarcimento dei danni, al ripristino dello stato dei luoghi che gli stessi avevano modificato nell'edificare una rampa di accesso al garage.

Tale intervento avveniva in spregio alle prescrizioni di pendenza di cui alla L. n. 122 del 1989 e allo strumento urbanistico locale, e violando, altresì, le disposizioni per il superamento e l'eliminazione delle barriere architettoniche degli edifici privati previste dalla L. n. 13 del 1989 e al D.M. n. 286 del 1989.

La costruzione della piattaforma mutava l'altimetria dell'abitazione dei convenuti, indi, il percorso della servitù di passaggio – costituita in favore dell'attore dal comune dante causa delle parti – rendendola di disagiata utilizzazione per la fruizione pedonale.

L'azione proposta mirava, in altri termini, all'accertamento della violazione dell'art. 1067 c.c., al fine di verificare se, per effetto della prospettata illegittimità delle modifiche apportate dai convenuti rispetto alla condizione originaria della servitù di passaggio, desumibile dal titolo del comune dante causa, l'esercizio della servitù fosse diminuito ovvero reso più scomodo.

Orbene, vero è che la servitù appartiene al novero dei diritti autodeterminati, i quali si identificano in base alla sola indicazione del loro contenuto, e che lo stesso contenuto dev'esser ricavato,

in via primaria, dal titolo costitutivo, ma è altrettanto vero che le modalità di esercizio della servitù – giusta la considerazione del giudice di legittimità – non sono insuscettibili a variazioni e sopravvenienze.

Sulla scorta di tali considerazioni, la Corte ha inteso verificare se, tra le sopravvenienze suscettibili di apportare “modifiche strutturali e funzionali” alla modalità di esercizio della servitù, potesse rientrare il successivo accertamento di una patologia degenerativa che aveva colpito la moglie dell'attore e che le impediva una corretta deambulazione.

Tale analisi non può prescindere dalla considerazione che la tutela delle persone con disabilità assume prevalenza anche nella morfologia dell'esercizio della servitù, e ciò appare confortato dalla normativa speciale e cogente di riferimento⁴.

Tanto premesso, la Corte si interroga circa l'estendibilità – in chiave costituzionalmente orientata – dei principi affermati dalla C. cost. n. 167/1999⁵ al divieto di aggravamento della servitù posto dall'art. 1067 c.c.

2. LA RILETTURA IN CHIAVE COSTITUZIONALMENTE ORIENTATA DEGLI INTERESSI GENERALI SOTTESI ALL'ART. 1052 C.C.

La sentenza n. 167/1999⁶ della Corte costituzionale costituisce una cartina di tornasole

⁴ La tutela delle persone con disabilità, che trova i suoi riferimenti essenziali nella trama degli artt. 2, 3, 32 e 38 Cost., ha subito una progressiva evoluzione. In prima battuta, la L. 5 febbraio 1992, n. 104 (“Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate”) ha proposto interventi di integrazione sociale nel rispetto della dignità umana. Con riferimento all'eliminazione delle barriere architettoniche, oltre alla risalente L. 9 gennaio 1989 n. 13 e relativo D.M. 14 giugno 1989 n. 236, si segnalano: d.P.R. 24 luglio 1996, n. 503, che ha disciplinato nuove strategie per l'eliminazione delle barriere negli edifici e negli spazi pubblici; d.P.R. 6 giugno 2001, n. 280 (“Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia”), che al capo III prevede “Disposizioni per favorire il superamento e l'eliminazione delle

barriere architettoniche”; D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, che, all'art. 6, ai fini della valorizzazione del patrimonio culturale, richiama la necessità di assicurarne la fruizione “anche da parte delle persone diversamente abili”. Certo non è questa la sede per un'analisi *funditus* della normativa preposta a favore delle persone con disabilità, ma preme sottolineare l'intenzione del legislatore nell'assicurare l'emancipazione e l'integrazione di questi ultimi, come si evince, *ex multis*, dalla L. 1° marzo 2006, n. 67, recante “Misure per la tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazioni”.

⁵ Corte cost., 10 maggio 1999, n. 167, in *www.cortecostituzionale.it*.

⁶ La pronuncia in parola non è una monade in materia, piuttosto costituisce l'esito obbligato di una significativa



dell'adeguamento della disciplina delle servitù coattive di passaggio a favore di fondo non intercluso⁷ all'ordito costituzionale, in specie al principio personalista⁸ (artt. 2 e 3, secondo comma) e alla funzione sociale della proprietà⁹ (artt. 32 e 42, secondo comma).

La concessione del passaggio nell'ipotesi in parola, diversamente da quanto accade per le fattispecie descritte dall'articolo immediatamente precedente (*id est*, art. 1051 c.c.), è rimessa all'apprezzamento discrezionale dell'autorità giudiziaria, atteso il coinvolgimento di interessi individuali legati alla inadeguatezza o insufficienza dell'accesso alla pubblica via, nonché interessi di carattere generale riferibili alla produzione agricola o industriale.

giurisprudenza costituzionale in tema di funzione sociale della proprietà: v., *ex multis*, Corte cost., 17 giugno 1987, n. 227, in *Giur. cost.*, 1987, II, pp. 171 ss.; Corte cost., 7 maggio 1984, n. 138, *ivi*, 1984, II, pp. 907 ss.; Corte cost., 28 luglio 1983, n. 252, *ivi*, 1983, II, pp. 1516 ss.; Corte cost., 12 maggio 1982, n. 92, *ivi*, 1982, II, pp. 943 ss.

⁷ La disciplina della costituzione della servitù di passaggio coattivo a favore di fondo non intercluso è contenuta nell'art. 1052 c.c., che descrive l'ipotesi in cui l'immobile gode già di un accesso alla pubblica via, ma questo è considerato «inadatto o insufficiente» alle «esigenze dell'agricoltura o dell'industria» e non può essere ampliato con opere «normali» che non comportino l'uso di mezzi e risorse eccessivi. Diversa è l'ipotesi prevista all'art. 1051, primo comma, c.c., che si riferisce al fondo assolutamente intercluso, ovverosia al fondo che non ha alcun accesso alla pubblica via né può procurarselo «senza eccessivo dispendio o disagio». L'art. 1052 c.c. sembra, *prima facie*, giustapporsi alla fattispecie di cui all'art. 1051, terzo comma, c.c., ove il fondo presenta già un'uscita sulla pubblica via, ma essa necessita di ampliamento «per il transito dei veicoli anche a trazione meccanica». Tale ultima ipotesi differisce dall'art. 1052 in ciò che l'ampliamento coattivo è realizzabile solo a danno del fondo già servente. Per un'analisi più approfondita, si veda D. BARBERO, *Il sistema degli artt. 1051 e 1052 c.c. nella determinazione del passaggio coattivo*, in *Riv. dir. civ.*, 1962, I, pp. 103 ss.

⁸ Il principio personalistico, il quale – con le parole della Corte – «pone come fine ultimo dell'organizzazione sociale lo sviluppo di ogni singola persona umana» incide anche sulle situazioni patrimoniali, financo su quel «ramo secco della servitù». Così, G. BRANCA, Recensione a P. PERLINGIERI, *Rapporto preliminare e servitù su «edificio da costruire»*, in *Riv. trim.*, 1966, p. 671.

⁹ La funzione sociale della proprietà, nel sistema costituzionale, assume nuovi connotati solidaristici – nell'ottica del rispetto

Orbene, tale arresto della Consulta ha segnato una evoluzione¹⁰ quantitativa e qualitativa degli interessi di carattere generale menzionati dalla norma ai fini dell'acquisizione della servitù di passaggio, in tal modo generando un parziale ritorno al codice civile previgente¹¹.

La Corte costituzionale, invero, ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 1052, secondo comma, c.c., nella parte in cui non prevede che la costituzione di servitù coattiva di passaggio possa essere concessa dall'autorità giudiziaria laddove la domanda attorea risponda alle esigenze di accessibilità degli edifici destinati ad uso abitativo¹².

In tal modo, al valore economico dell'edificio, espresso dall'esigenze di sviluppo delle logiche

della dignità dell'uomo e della realizzazione della persona umana – rispetto al sistema produttivistico cui si ispira il c.c. del 1942. Sul punto, si veda l'analisi di P. PERLINGIERI, *Principio «personalista», «funzione sociale della proprietà» e servitù coattiva di passaggio*, nota a Corte cost. 29 aprile 1999 n. 167, in *Rass. dir. civ.*, 1999, pp. 688 ss.; ID., *Introduzione alla problematica della «proprietà»*, Napoli, 1971, pp. 65 ss. Si veda, altresì, circa l'individuazione del concetto di «funzione sociale» in correlazione agli artt. 2 e 3 Cost., A. LENER, *Problemi generali della proprietà*, in AA. VV., *Proprietà privata e funzione sociale*, Seminario diretto dal prof. Francesco Santoro-Passarelli, Padova, 1976, pp. 8 ss.; C. SALVI, *Il contenuto del diritto di proprietà*, in *Cod. civ. Commentario* Schlesinger, Milano, 1994, pp. 45 ss.

¹⁰ D. SCARPA, *Portatori di handicap e passaggio coattivo: traguardo o punto di partenza?*, in *Rass. loc.*, 1999, pp. 521 ss., nel commentare l'arresto della giurisprudenza di legittimità, lo considera sia un punto di arrivo, in quanto inserisce le esigenze abitative delle persone con disabilità nel sistema degli *ura in re aliena*, sia un punto di partenza poiché getta le basi per una rivalutazione della categoria dei diritti reali in chiave servente rispetto alla tutela della persona umana.

¹¹ La costituzione della servitù in parola viene subordinata alla presenza di un interesse collettivo; diversamente, l'art. 593 c.c. abr., affinché il richiedente avesse diritto alla costituzione di una servitù coattiva di passaggio, richiedeva il solo accertamento della circostanza che l'accesso del fondo alla pubblica via fosse insufficiente o inadatto e non ampliabile.

¹² Nel caso di specie, l'attore, invalido civile al 100%, proprietario di un appartamento facente parte di un condominio fornito di accesso alla pubblica via soltanto mediante una rampa di settantacinque scalini, chiedeva al pretore ex art. 700 c.p.c. l'anticipazione – in via d'urgenza – degli effetti di una sentenza costitutiva di servitù coattiva di passaggio su un orto confinante, da pronunciarsi ex art. 1052 c.c.



industriali ed agricole, si affianca un meta-valore socio-relazionale, legato all'esigenza di assicurare l'accesso all'abitazione anche alle persone con disabilità aventi difficoltà di deambulazione.

Posto che la «accessibilità», per come definita dall'art. 2, lett. g), D.M. 14 giugno 1989, n. 236, costituisca una qualità essenziale degli edifici privati di nuova costruzione, parrebbe utile una destrutturazione della nozione e un'analisi interdisciplinare della stessa.

3. LA VALENZA INTERDISCIPLINARE DELLA NOZIONE DI ACCESSIBILITÀ

La valorizzazione del concetto di 'accessibilità' nella giurisprudenza costituzionale – come non ha mancato di sottolineare la dottrina¹³ – segna una modificazione risolutiva nel modo di intendere ed affrontare le questioni concernenti l'inclusione delle persone con disabilità, considerate ora quali problematiche non meramente individuali, ma tali da involgere l'intera collettività.

¹³ Sul punto, si veda P. PERLINGIERI, *Principio personalista*, cit., p. 693; C. COLAPIETRO, *I diritti delle persone con disabilità nella giurisprudenza della Corte costituzionale: il "nuovo" diritto alla socializzazione*, in *www.dirittifondamentali.it*, 2020, II, p. 121 ss.; F. FURLAN, *La tutela costituzionale del cittadino portatore di handicap*, in C. CATTANEO (a cura di), *Terzo settore, statualità e solidarietà sociale*, Milano, 2001, p. 257; M. D'AMICO, *Introduzione. Un nuovo modo di guardare al mondo delle disabilità: la Costituzione inclusiva*, in M. D'AMICO, G. ARCONZO (a cura di), *Università e persone con disabilità. Percorsi di ricerca applicati all'inclusione a vent'anni dalla legge n. 104 del 1992*, Milano, 2013, pp. 9 ss.; U. VINCENZI, *Diritti e dignità umana*, Roma-Bari, 2009, *passim*; A. RUGGERI, *Appunti per uno studio della dignità dell'uomo, secondo il diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 1/2001, p. 6; M. AINIS, *I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, I, Milano, 1999, pp. 38 ss.; G. M. FLICK, *Dignità umana e tutela dei soggetti deboli: una riflessione problematica*, in E. CECCHERINI (a cura di), *La tutela della dignità dell'uomo*, Napoli, 2008, pp. 41 ss.

¹⁴ V. in tal senso M. R. SAULLE, *Considerazioni generali*, in M. R. SAULLE (a cura di), *Le norme standard sulle pari opportunità dei disabili*, Napoli, 1997, pp. 10 ss., che ricorda la proposta di inserire l'art. 32-bis ("La Repubblica tutela i disabili e ne promuove il recupero garantendo loro la partecipazione e l'uguaglianza in ogni settore della vita sociale"), avanzata in seno alla Commissione Parlamentare per le Riforme istituzionali

Il lavoro della Consulta è stato trainante nell'opera della definizione della tutela dei diritti delle persone con disabilità, ciò sia nella promozione di una rilettura evolutiva delle disposizioni costituzionali, sia nella creazione di nuovi spazi di tutela.

Nel primo senso, si è osservato che, ad onta dell'assenza nella Carta costituzionale di una disposizione *ad hoc* che compendi i diritti delle persone con disabilità¹⁴, i parametri 'espansivi' ai fini del «riconoscimento» e della «garanzia» dei diritti in parola, per il perseguimento di una «pari dignità sociale», siano rinvenibili negli artt. 2 e 3 della Costituzione¹⁵.

Nel secondo solco, la giurisprudenza costituzionale conduce la tutela della persona con disabilità ben al di là delle primarie esigenze di assistenza materiale ed economica, giungendone ad affermare un

presieduta dall'On. Bozzi insediatasi nel 1985. Del resto, le Costituzioni 'giovani' di altri paesi dell'*Umwelt* convenzionale, presentano disposizioni specifiche che tutelano i diritti delle persone con disabilità: così l'art. 49 della Costituzione spagnola del 1978 ("Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos" e l'art. 71 della Costituzione portoghese del 1976 e successive revisioni "1. Os cidadãos portadores de deficiência física ou mental gozam plenamente dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição, com ressalva do exercício ou do cumprimento daqueles para os quais se encontrem incapacitados. 2. O Estado obriga-se a realizar uma política nacional de prevenção e de tratamento, reabilitação e integração dos cidadãos portadores de deficiência e de apoio às suas famílias, a desenvolver uma pedagogia que sensibilize a sociedade quanto aos deveres de respeito e solidariedade para com eles e a assumir o encargo da efectiva realização dos seus direitos, sem prejuízo dos direitos e deveres dos pais ou tutores. 3. O Estado apoia as organizações de cidadãos portadores de deficiência").

¹⁵ Si vedano le considerazioni di C. COLAPIETRO, *Diritti dei disabili e Costituzione*, Napoli, 2011, *passim*; ID., *Disabilità, crisi economica e giudice delle leggi*, in C. COLAPIETRO, A. SALVIA (a cura di), *Assistenza inclusione sociale e diritti delle persone con disabilità. A vent'anni dalla legge 5 febbraio 1992, n. 104*, cit., pp. 157 ss.;

‘nuovo’ diritto alla socializzazione, mediante una rilettura degli artt. 32 e 38 Cost.¹⁶.

Il diritto alla socialità si trasforma in una porta di Ishtar attraverso la quale, al fine di conseguire un risultato di massima integrazione sociale, vengono veicolati quei diritti fondamentali minimi che presidiano la dignità e riempiono di contenuto la condizione di cittadinanza di ciascun individuo.

Così, grazie al contributo delle formazioni sociali all'uopo coinvolte, il diritto alla socialità viene attuato attraverso l'istruzione¹⁷, il lavoro¹⁸, il ruolo centrale della famiglia¹⁹, l'arte²⁰ e, non da ultimo, attraverso il rinnovato concetto di accessibilità abitativa.

¹⁶ C. COLAPIETRO, *I diritti delle persone con disabilità nella giurisprudenza della Corte costituzionale: il “nuovo” diritto alla socializzazione*, cit., p. 129; S. SCAGLIARINI, *“L’incessante dinamica della vita moderna”. I nuovi diritti sociali nella giurisprudenza costituzionale*, in E. CAVASINO, G. SCALA, G. VERDE (a cura di), *I diritti sociali: dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, Napoli, 2013, pp. 235 ss.

¹⁷ Rivoluzionaria sul punto è la sentenza della Corte cost., 8 giugno 1987, n. 215, in www.cortecostituzionale.it, in cui la Consulta, dopo aver affermato che «il diritto all'istruzione del disabile è consacrato nell'art. 38 Cost.», osserva, al punto 6 del *Considerato in diritto*, che: «la partecipazione al processo educativo con insegnanti e compagni normodotati costituisce, infatti, un rilevante fattore di socializzazione», ciò al fine di raggiungere la «meta della piena integrazione sociale». Per un commento alla sentenza, si vedano, *ex multis*, C. MORO, *L'egualianza sostanziale ed il diritto allo studio: una svolta della giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1987, pp. 3064 ss.; R. BELLÌ, *Servizi per la libertà: diritto inviolabile o interesse diffuso?*, in *Giur. cost.*, 1987, pp. 1629 ss. Sul punto, cfr. anche F. MODUGNO, *I “nuovi diritti” nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, pp. 72 ss.; L. BUSCEMA, *Il diritto all'istruzione degli studenti disabili*, in *Rivista AIC*, 2015, IV, pp. 23 ss.

¹⁸ La giurisprudenza costituzionale si premura di evidenziare l'inscindibilità del diritto alla socializzazione della persona con disabilità attraverso la scuola ed attraverso il lavoro (cfr. Corte cost., 16 dicembre 2011, n. 329, in www.cortecostituzionale.it). Si veda, sul punto, P. TULLINI, *Il diritto al lavoro delle persone con disabilità: a proposito dei recenti sviluppi legislativi*, in C. COLAPIETRO, A. SALVIA (a cura di), *Assistenza, inclusione sociale e diritti delle persone con disabilità. A vent'anni dalla legge 5 febbraio 1992, n. 104*, cit., pp. 231 ss.

¹⁹ La sentenza della Corte cost., 14 gennaio 2016, n. 2, in www.cortecostituzionale.it, ha statuito che la famiglia rappresenta «la sede privilegiata del più partecipe soddisfacimento delle esigenze connesse ai disagi del relativo componente, così da

La nozione di accessibilità viene sovente indagata in rapporto al concetto di “spazio sociale”²¹, al fine di comprendere se, e in quale misura, l'ambiente circostante possa condizionare le opportunità e l'esplicazione dei diritti umani di una persona con disabilità²².

Ed invero, lo spazio, in base al suo livello di accessibilità, può diventare, allo stesso tempo, fattore di inclusione o di esclusione: la presenza o l'assenza di semafori senza segnalazione acustica, di sentieri scoscesi, di marciapiedi in cattivo stato, di scale o gradini, di rampe eccessivamente ripide può indiziare nell'uno o nell'altro senso²³.

mantenere intra moenia il relativo rapporto affettivo e di opportuna e necessaria assistenza». Attenta dottrina non ha mancato di sottolineare come il ruolo primario riconosciuto alla famiglia nell'adempimento dei doveri di solidarietà, cui fa da riscontro un ruolo sussidiario dello Stato nel mantenimento economico-patrimoniale della persona con disabilità, possa paventare il rischio di trasferire l'onere assistenziale sulle singole famiglie, con ciò eludendo i valori fondanti la Carta costituzionale. Sul punto, si vedano le considerazioni di S. MABELLINI, *La “declinazione sussidiaria” del principio di solidarietà ovvero un passe-partout per il principio dell'equilibrio di bilancio*, in *Giur. cost.*, 2016, pp. 32 ss.; C. COLAPIETRO, *I diritti delle persone con disabilità nella giurisprudenza della Corte costituzionale: il “nuovo” diritto alla socializzazione*, cit., pp. 150 ss.

²⁰ Per una ricostruzione in un'ottica inclusiva del c.d. diritto alla bellezza, cfr. di recente G. RECINTO F. DELL'AVERSANA F. CESARANO, *I beni e le attività culturali come strumento di inclusione per le persone con disabilità*, in AA.VV. con una lezione di L.M. Sicca, *Note sulla disabilità*, a cura di F. Dell'Aversana, L. Fattori, A.A. Mollo e D. Napolitano (a cura di), Editoriale Scientifica, Napoli, pp. 161 ss.

²¹ La locuzione è ascrivibile a M. LUSSAULT, *L'homme spatial. La construction sociale de l'espace humain*, Parigi, 2007, *passim*, che esamina la reciproca influenza tra spazio e società, giungendo alla conclusione per la quale, attraverso lo studio della geografia, si possano meglio comprendere le dinamiche di riproduzione della società e gli eventuali meccanismi di sviluppo di discriminazioni.

²² Sul punto, si veda l'analisi svolta da T. LETTIERI, *Geografia e Disability Studies: spazio, accessibilità e diritti umani*, in *Rivista Italiana di Studi sulla Disabilità*, 2013, vol. 1, n. 1, pp. 133 ss.

²³ Sul punto, H. HAHN, *The politics of human differences*, in *Journal of Social Issues*, Harvard, 1986, *passim*, ha sostenuto che presupposto ineludibile per l'integrazione sociale del soggetto con ridotta autonomia funzionale è l'accessibilità agli spazi comunemente frequentati dalla popolazione in genere.

Tanto più se si pensa che, secondo la definizione di disabilità sancita dalla Organizzazione Mondiale della Sanità nel 2001, «qualunque persona in qualunque momento della vita può avere una condizione di salute che in un ambiente sfavorevole diventa disabilità»²⁴. Questa nozione si salda con l'attuale modello imperante di disabilità, ossia quello bio-psico-sociale²⁵, in virtù del quale la disabilità dipende da una commistione di fattori biologici e sociali, come l'esistenza di barriere ambientali, sociali e culturali²⁶.

Ebbene, l'accessibilità introduce un fattore di complessità nella progettazione ambientale²⁷, poiché, superando la metafora dell'essere umano come adulto-medio-sano, nel processo di adattamento bidimensionale 'persona-ambiente'²⁸, la morfologia 'fisica' degli spazi assume un ruolo di prim'ordine nel compimento delle scelte di ciascuno, siano esse determinazioni quotidiane o esistenziali.

Tanto premesso, la nozione di accessibilità ha subito una profonda rivisitazione, per effetto, anzitutto, dell'evoluzione del concetto di disabilità, per come delineato in apertura.

Da tanto può trarsi che la definizione di "luogo accessibile" non possa intendersi nel significato minimale di luogo "privo di barriere architettoniche",

ma debba ricondursi ad uno "spazio inclusivo", sensibile alle disparate esigenze di ciascun individuo²⁹.

4. L'UTILITAS NELLE SERVITÙ PRE-DIALI DI PASSAGGIO E LA POSSIBILE RILEVANZA DI ISTANZE SOGGETTIVE. CONSIDERAZIONI GENERALI

Orbene, preso atto della ratio 'diffusa' della tutela riconducibile alla citata decisione della Corte costituzionale del 1999, ancorché riferibile all'art. 1052 c.c., il Collegio nella pronuncia in commento sostiene che gli anzidetti principi, riletti in una prospettiva costituzionalmente orientata, ben possano attagliarsi alla fattispecie dedotta nel giudizio *a quo*, concernente – come anticipato – l'applicabilità del divieto di aggravio della servitù di cui all'art. 1067 c.c.

Ed invero, il Giudice delle leggi ha opportunamente osservato che sia ormai imperante nell'ordinamento una sorta di "relativizzazione" della tutela della disabilità in astratto, sicché l'interprete è tenuto ermeneuticamente ad adattarla alle specifiche situazioni che, di volta in volta, rilevano.

Da tanto discende che l'istituto della servitù di passaggio non possa essere circoscritto alle logiche

²⁴ ORGANIZZAZIONE MONDIALE DELLA SANITÀ, ICF. *Classificazione Internazionale del Funzionamento, della Disabilità e della Salute*, Trento, 2002, *passim*, trad. it. a cura di G. LOIACONO, D. FASCHINELLI, F. CRETTEI, S. BANAL.

²⁵ In merito ai diversi modelli teorici di disabilità, con particolare riguardo a quello bio-psico-sociale di Engel cfr. B. SALVATORE A. SILVESTRI, *Dalle origini ai modelli teorici: la perenne attesa di Godot*, in AA.VV. con una lezione di L.M. Sicca, *Note sulla disabilità*, a cura di F. Dell'Aversana, L. Fattori, A.A. Mollo e D. Napolitano (a cura di), Editoriale Scientifica, Napoli, pp. 61 ss.

²⁶ Invero, un fattore culturale di accessibilità e di inclusione spesso trascurato è quello del simbolismo sociale o, per dirla con la terminologia di Edgar Henry Schein, dell'artefatto. Cfr. sul punto L. Fattori D. Bizjak, *La rappresentazione simbolica della disabilità per l'accessibilità e l'inclusione nelle organizzazioni*, in AA.VV. con una lezione di L.M. Sicca, *Note sulla disabilità*, a

cura di F. Dell'Aversana, L. Fattori, A.A. Mollo e D. Napolitano (a cura di), Editoriale Scientifica, Napoli, pp. 95 ss.

²⁷ Di recente è stato indagato, con un approccio interdisciplinare, il problema dei gradini che ostacolano l'accesso agli esercizi commerciali da parte di persone con difficoltà deambulatorie, cfr. I. Faranda L. Pareschi, *L'accessibilità degli esercizi commerciali alle persone con disabilità: la rappresentazione della normativa nei titolari di attività aperte al pubblico*, in AA.VV. con una lezione di L.M. Sicca, *Note sulla disabilità*, a cura di F. Dell'Aversana, L. Fattori, A.A. Mollo e D. Napolitano (a cura di), Editoriale Scientifica, Napoli, pp. 113 ss.

²⁸ La celebre espressione "Io sono io e la mia circostanza" di J. ORTEGA Y GASSET, *Meditazioni del Chisciotte*, Napoli, 2000, p. 44, sottolinea le reciproche interferenze tra persona e ambiente di vita.

²⁹ Si veda, sul punto, l'approfondita e sapiente analisi di A. LAURÌA, *Progettazione ambientale & accessibilità: note sul rapporto persona-ambiente*, in *Techne*, 2017, XIII, pp. 55 ss.



dominicali e produttivistiche, ma debba essere permeato da istanze personalistiche e solidaristiche, presidiate, anzitutto, dagli artt. 2 e 3 della Costituzione³⁰.

Ciò è avallato anche da quegli studi dottrinali³¹ che hanno riconosciuto nell'elemento dell'*utilitas* un possibile fattore di evoluzione della categoria delle servitù prediali.

È infatti noto che l'elemento dell'utilità debba aver riguardo ad un fondamento oggettivo e reale: la servitù, cioè, deve costituire un peso imposto direttamente al fondo servente per arrecare un vantaggio diretto al fondo dominante.

Sembra efficace, allora, la definizione tramandata dal diritto romano, utile nell'operare un *discrimen* tra servitù prediali e servitù personali, per la quale l'*utilitas* è «*qualitas fundi, ut bonitas, salubritas, amplitudo*» (D. 50, 16, 86).

Ebbene, se l'accessibilità costituisce una qualità essenziale degli edifici privati a uso di civile abitazione (art. 2, L. 9 gennaio 1989, n. 13; art. 2, D.M. 14 giugno 1989, n. 236), la predialità non appare

incompatibile con una nozione di *utilitas*³² che tenga conto delle esigenze delle condizioni di vita del singolo.

Opinando in tal senso, si finisce con l'incidere sulle nozioni di accesso, edificabilità, vivibilità ed abitabilità dell'immobile, indipendentemente dal fatto che l'abitazione sia di proprietà o sia frequentata, in modo occasionale o continuativo, da una persona con disabilità³³.

A nulla varrebbe – nel caso di specie – obiettare che la modifica della servitù dipenderebbe da una condizione personale, successiva e transeunte.

Difatti, la tutela reale accordata all'ipotesi in parola discenderebbe dalla circostanza che la parte attorea farebbe valere il diritto alla salute, *sub specie* di accessibilità dell'immobile, proprio e di chiunque si trovasse successivamente ad abitare lo stesso stabile.

L'inibitoria si giustifica, quindi, nell'evitare non soltanto danni attuali, ma anche danni futuri, che si risolverebbero in una indebita limitazione del godimento dell'immobile, attesa l'indissolubile relazione tra proprietario e bene goduto³⁴.

³⁰ Si vedano, sul punto, le motivazioni in punto di diritto – oltre all'arresto in parola – della giurisprudenza di legittimità, in specie: Cass. civ., sez. II, 3 agosto 2012, n. 14104, in *www.cortedicassazione.it*; Cass. civ., sez. II, 10 aprile 2018, n. 8817, in *www.cortedicassazione.it*. Per un'analisi integrata del diritto civile al banco dei valori costituzionali, anzitutto il principio personalistico e solidaristico, si veda P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991, pp. 444 ss.

³¹ Cfr. G. MUSOLINO, *Servitù prediali ed esigenze soggettive dei proprietari dei fondi dominante e servente*, in *Riv. not.*, 2016, III, pp. 501 ss.; M. F. CURSI, *Modus servitutis. Il ruolo dell'autonomia privata nella costruzione del sistema tipico delle servitù prediali*, Napoli, 1999, pp. 230 ss.; P. VITUCCI, *Utilità e interesse nelle servitù prediali*, Milano, 1974, p. 117. Per un'analisi approfondita della nozione di *utilitas*, si veda, fra gli altri, G. BRANCA, *Servitù prediali*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Comm. cod. civ.*, cit., p. 17.

³² Si vedano, circa la compatibilità tra l'attributo della predialità e la nozione di *utilitas*, P. PERLINGIERI, *Principio «personalista», «funzione sociale della proprietà» e servitù coattiva di passaggio*, cit., pp. 688 ss.; M. COMPORI, *Servitù (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XLII, Milano, 1990, p. 291; L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F. D. BUSNELLI, U. NATOLI, *Diritto civile*, vol. 2, *Diritti*

reali, Torino, 1988, p. 244; E. ALVINO, *Il concetto e le caratteristiche della utilitas nelle servitù*, in *Giust. civ.*, 1976, I, pp. 1806 ss.

³³ Cfr. A. GAMBARO, *Ius aedificandi e nozione civilistica della proprietà*, Milano, 1975, pp. 274 ss.; N. LIPARI, *Sviluppo della persona e disciplina condominiale (proposte per una riforma della legislazione sul condominio)*, in *Riv. giur. edil.*, 1974, II, pp. 3 ss. Sul punto, P. PERLINGIERI, *Principio «personalista», «funzione sociale della proprietà» e servitù coattiva di passaggio*, cit., pp. 695 ss., osserva come l'*utilitas* in parola, in virtù della funzione sociale della proprietà, assume contorni nuovi, i quali non si esauriscono in un insieme di limiti determinati dalla legge, ma consiste in una 'reale attitudine sociale' desunta dai valori costituzionali, in specie dal principio personalistico e solidaristico.

³⁴ Sul punto, si veda l'analisi di F. GAZZONI, *Disabili e tutela reale*, in *Riv. not.*, 1999, IV, pp. 973 ss., ove non si manca di considerare che una siffatta tutela reale spetti, attesa la predialità del diritto, al solo proprietario, sia esso soggetto con disabilità o normo-dotato, e non anche al locatario, in tal modo favorendo, al di là delle sia pur lodevoli intenzioni, i soggetti più abbienti che abbiano possibilità di comperare l'immobile. Ed invero, l'Autore, suggerisce di percorrere, al fine di evitare detti inconvenienti, la strada della tutela personale, ovvero sia dell'obbligo del proprietario del fondo confinante di concedere la servitù di passaggio laddove il soggetto richiedente dimostri

Ed invero, ciò che conta è la percorribilità e la fruibilità dell'accesso all'immobile adibito a civile abitazione, a prescindere dall'accertamento di una definitiva disabilità del soggetto proprietario, poiché si ha riguardo anche all'esigenze dell'uomo comune che non possa percorrere a piedi l'impervio tratto di strada mediante il quale si accede alla pubblica via.

Certo è che l'intervento di rimessione in pristino debba essere rapportato al disagio patito dal fondo servente, e in particolare alla possibilità di esercitare il concreto il transito carrabile.

In altri termini, occorre un bilanciamento tra diritto di proprietà e diritto alla libera deambulazione (*rectius*, alla accessibilità), da attuarsi in termini di proporzionalità tra intervento richiesto e incidenza sul diritto dominicale del fondo servente³⁵.

Dal punto di vista dogmatico, si potrebbe osservare che la rilevanza di esigenze squisitamente soggettive parrebbe erodere l'*actio finium regundorum* che si è soliti operare tra servitù prediali e servitù personali³⁶.

Tali dubbi sembrerebbero fugati dall'analisi svolta in precedenza, dalla quale emerge che le esigenze dei singoli non rilevano *ex se* ma poiché veicolate in qualità intrinseche del fondo stesso.

che non è possibile ovvero è troppo gravosa l'eliminazione delle barriere architettoniche. Tale obbligo di concessione della servitù sarebbe, peraltro, presidiato dalla tutela in forma specifica di cui all'art. 2932 c.c., attesa la contrarietà del rifiuto di contrarre ai principi costituzionali desumibili dagli artt. 2, 32 e 41 Cost.

³⁵ Per applicazioni concrete del principio di proporzionalità nella tutela reale di cui si discute, si vedano Cass. civ., sez. II, 25 ottobre 2012, n. 18334, in www.cortedicassazione.it; Cass. civ., sez. II, 3 marzo 2012, n. 14103, in www.cortedicassazione.it. Si veda, altresì, l'analisi di D. ACHILLE, *Lesione della servitù di passaggio e rimessione in pristino: serve la proporzionalità*, in *Dir. & Giust.*, 2014, I, p. 129. Cfr. G. MUSOLINO, *Servitù prediali ed esigenze soggettive dei proprietari dei fondi dominante e servente*, cit., p. 502.

³⁶ Ci si limita ivi a dare atto del dibattito giurisprudenziale e dottrinale circa la natura giuridica della servitù di parcheggio sul fondo altrui, che, a seconda dei casi, può rilevare come diritto personale di godimento ovvero come diritto reale di servitù. La giurisprudenza ha, infatti, sottolineato che, al fine di sciogliere il dubbio in punto di qualificazione, occorre

Tanto più se si osserva che, in materia di diritti reali, la disciplina delle servitù rappresenta il punto di massima estensione della autonomia privata, essendo concesso alle parti, fermo il principio della nominatività, di forgiare il contenuto del diritto nel rispetto dei requisiti tipologici.

Classificare i diritti di passaggio tra le servitù di diritto pubblico³⁷, caratterizzate da ciò che il godimento delle stesse spetti all'utilità collettiva, ha notevole importanza anche per le pratiche conseguenze rispetto al contenuto delle stesse, suscettibile di essere modellato rispetto all'evolvere del tessuto sociale e delle esigenze pubblicistiche che dall'esercizio di quella servitù potrebbero derivare.

Ed invero, in una prospettiva *de iure condendo*, la pubblicizzazione delle servitù di passaggio non solo garantirebbe l'autonomia della persona con disabilità nella determinazione della propria esistenza, ma sarebbe anche fattore di inclusione e di crescita sociale.

Tanto più se si considera che la tutela della persona con disabilità sottende pur sempre interessi super-individuali, tali da involgere la collettività tutta.

In termini generali, infatti, date le condizioni di partenza di ciascuno, quanto più l'ambiente di vita (relazionale) è accessibile, maggiore sarà la capacità

verificare – in concreto – se vi sia una relazione di stabile asservimento e strumentalità tra i terreni, la quale, traducendosi in una intrinseca qualità relazionale, vale a colorare di realtà l'*utilitas*, di tal ché essa potrà essere fruita da quale che sia il successivo proprietario del fondo. Diversamente, laddove dall'indagine degli indizi sintomatici, in specie dall'attività collaboratrice del soggetto ai fini della soddisfazione dell'utilità, dovesse emergere che il diritto non è attribuito al fondo ma al proprietario pro tempore, dovrà concludersi per la natura personale del diritto e, conseguentemente, dovrà negarsi il diritto di sequela dello stesso. Sul punto, cfr. Cass. civ., sez. II, 6 luglio 2017, n. 16698, in www.cortedicassazione.it; Cass. civ., sez. II, 18 marzo 2019, n. 7561, in www.cortedicassazione.it. Per un'analisi comparatistica delle servitù prediali e delle servitù irregolari, si rimanda A G. MUSOLINO, *Le servitù irregolari (l'autonomia negoziale e la questione della tipicità dei diritti reali)*, in *Riv. not.*, 2010, VI, pp. 1517 ss.

³⁷ Cfr. F. CORRIDORE, *La socializzazione del diritto e le servitù di passaggio e di appoggio*, in *Rivista internazionale di scienze sociali e discipline ausiliarie*, 1912, vol. 59, n. 234, pp. 259 ss.



del soggetto di formare la propria personalità e di condurre la propria esistenza libero da condizionamenti esterni.

IL DIRITTO DI USO ESCLUSIVO DEL CONDOMINIO DOPO LA SENTENZA DELLE SEZIONI UNITE DELLA CORTE DI CASSAZIONE

di **Ludovica MANZO***

ABSTRACT

Il presente studio ha ad oggetto la clausola negoziale contenuta nel regolamento contrattuale di condominio che attribuisce ad una delle unità immobiliari di un edificio un diritto di uso esclusivo e perpetuo su una porzione di un determinato bene comune.

L'ammissibilità del regolamento contrattuale discende dai principi generali in materia di contratto di cui all'art. 1322 c.c. in base al quale le parti hanno il potere di determinare liberamente il contenuto del contratto nei limiti di legge nonché di concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico.

In materia sono intervenute le Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza 17 dicembre 2020, n. 28972, le quali hanno statuito che la pattuizione avente ad oggetto la creazione del "diritto reale di uso esclusivo" su di un bene condominiale, in quanto mira alla creazione di una figura atipica di diritto reale limitato, è preclusa dai principi del numero chiuso e di tipicità dei diritti reali e che pertanto la fattispecie dell'uso esclusivo in ambito condominiale è incompatibile con la disciplina racchiusa nell'art. 1102 c.c. applicabile al condominio grazie all'art. 1139 c.c.

Le pattuizioni attributive di un uso esclusivo su una porzione di un bene condominiale rinvenibili nella prassi contrattuale possono sostanzialmente ricondursi a tre diverse tipologie e più precisamente tale uso potrebbe essere qualificato come servitù prediale, come autonomo e specifico diritto reale nominato o, infine, come pattuizione con efficacia obbligatoria circa l'utilizzo del bene condominiale.

Inoltre la Corte di Cassazione si è espressa sulla conservazione dell'efficacia degli usi esclusivi su beni condominiali costituiti affermando che il divieto di cessione del diritto reale di uso su una porzione di cortile condominiale attribuito ad uno dei condomini non comporta che non sia configurabile in

favore del successore a titolo particolare nella proprietà individuale dell'unità immobiliare al cui servizio essa è destinata l'accessione del possesso agli effetti dell'art. 1146, secondo comma, c.c. occorrendo ai fini del cumulo dei distinti possessi del successore e del suo autore unicamente la prova di un titolo idoneo a giustificare la tradizione del medesimo oggetto del possesso.

SOMMARIO

- 1. La peculiare disciplina dell'uso della cosa comune in materia condominiale: clausola negoziale e diritto di uso esclusivo 24**
- 2. La sentenza 7 dicembre 2020 nr. 28972 delle sezioni unite della corte di cassazione e il concetto di uso esclusivo in ambito condominiale 29**
- 3. Le possibili qualificazioni dell'uso esclusivo su un bene condominiale..... 31**
- 4. L'usucapione dell'uso su un bene di cui all'art. 1021 c.c. su una porzione di bene condominiale..... 34**

1. LA PECULIARE DISCIPLINA DELL'USO DELLA COSA COMUNE IN MATERIA CONDOMINIALE: CLAUSOLA NEGOZIALE E DIRITTO DI USO ESCLUSIVO

A partire dal secolo scorso ha avuto grande diffusione la clausola negoziale contenuta nel regolamento contrattuale¹ di condominio che attribuisce ad una delle unità immobiliari di un edificio un

* Avvocato del Foro di Napoli.

¹ M. Corona, *Il supercondominio (condominio negli edifici, complessi immobiliari ed edifici complessi)*, Milano, 1985, p. 61; G.E. Napoli, *Il regolamento di condominio e il rinvio alle norme sulla comunione*, Artt.

1138-1139, in *Il Codice Civile Commentario* fondato e già diretto da P. Schlesinger continuato da F. D. Busnelli, Milano, 2016, p. 94.

diritto di uso esclusivo e perpetuo² su una porzione di un determinato bene comune e, precisamente, di un'area scoperta destinata a parcheggio, cortile o giardino.

Il condominio si costituisce con il primo atto di vendita di una delle unità immobiliari dell'edificio compiuto dall'unico proprietario-costruttore e pertanto il regolamento contrattuale da lui predisposto viene accettato dagli acquirenti delle singole unità immobiliari che di esso fanno parte al momento della stipula del relativo atto di acquisto.

A differenza di quello assembleare, il regolamento contrattuale può contenere sia clausole di carattere negoziale, vale a dire che stabiliscono pesi, restrizioni o limiti alle proprietà esclusive dei condomini o alle proprietà comuni che clausole che attribuiscono ad alcuni condomini maggiori diritti rispetto agli altri³.

L'ammissibilità del regolamento contrattuale discende dai principi generali in materia di contratto di cui all'art. 1322 c.c. in base al quale le parti hanno il potere di determinare liberamente il contenuto del contratto nei limiti di legge nonché di concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico.

Diversamente, il regolamento assembleare è disciplinato in modo specifico dal Codice Civile (art. 1138 c.c.) e può prevedere soltanto clausole di natura regolamentare, ossia attinenti all'organizzazione del condominio nel suo complesso.

Dunque se il regolamento predisposto dal costruttore (e accettato dai suoi immediati aventi

causa) non contiene clausole negoziali ma esclusivamente disposizioni regolamentari, nonostante la sua fonte pattizia, ben potrà essere modificato dall'assemblea con deliberazione assunta a maggioranza⁴.

È importante sottolineare che l'area su cui è attribuito tale uso deve essere condominiale. Infatti se si tratta di area che per «caratteristiche strutturali e funzionali» è oggettivamente destinata al servizio di una unità immobiliare in proprietà esclusiva, essa, *ab origine*, non è condominiale ma pertinenza di quella che se ne serve sicché in tale eventualità non avrebbe senso riconoscere al titolare di detta unità un diritto di uso che già rientra nelle sue facoltà dominicali.

La suddetta previsione negoziale si prefigge di instaurare un rapporto di pertinenzialità tra l'unità immobiliare principale in proprietà esclusiva e la porzione di area scoperta attribuita in uso in modo che quest'ultimo sia trasferibile insieme al bene principale e sia opponibile ai titolari delle altre unità immobiliari in condominio e ai loro aventi causa⁵.

Più in generale, una clausola di tal specie persegue essenzialmente due finalità: da un lato asserire una o più porzioni di un bene comune a maggior vantaggio soltanto di una delle unità immobiliari dell'edificio in condominio arricchendola di una specifica utilità; dall'altro di regolamentare la proprietà condominiale, al fine di evitare contestazioni e liti in merito alle modalità dell'uso della

² Cass. Civ., Sez. II, 4 ottobre 2004, n. 19829 e Cass. Civ., Sez. II, 10 settembre 2004, n. 18226, entrambe in *Riv. giur. edil.*, 2005, I, rispettivamente p. 770 e p. 772 (solo le massime), Cass. Civ., Sez. II, 18 dicembre 2014, n. 26766, in *Riv. giur. edil.*, 2015, 2, I, p. 371, con nota di P. Scalettaris, *Ancora a proposito dell'ambito di applicazione della disciplina del condominio* e Cass. Civ., Sez. II, 16 ottobre 2017, n. 24301, in *Riv. not.* 2018, 6, II, p. 1191.

³ Cass. Sez. Un., 30 dicembre 1999, n. 943, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 320, in *Foro it.*, 2001, I, c. 3523 e in *Corr. giur.*, 2000, p.

468, con nota di N. Izzo, *Forma e presupposti per la modifica del regolamento di condominio*.

⁴ Cass. Civ., Sez. II, 29 dicembre 2004, n. 24146, in *Notariato*, 2005, p. 361.

⁵ M. Corona, Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 136-2022/C, *La regolamentazione notarile dell'uso esclusivo su beni condominiali dopo la sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite 17 dicembre 2020, n. 28972*.

porzione del bene comune da parte del beneficiario e degli altri condomini⁶.

Sono diverse le ragioni che hanno determinato l'affermarsi di tale prassi contrattuale. Innanzi tutto, il fatto che l'attribuzione di una porzione di una determinata area scoperta comune in uso esclusivo, anziché in proprietà, consente di evitare il frazionamento dell'area e di conservare alla stessa la sua natura condominiale: il che, a sua volta, comporta – oltre ad indubbi vantaggi fiscali per il beneficiario⁷ - che l'utilizzo da parte dell'utente della porzione attribuitagli sia sottoposto al potere di controllo sia dell'assemblea che dell'amministratore di condominio⁸.

In materia sono intervenute le Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza 17 dicembre 2020, n. 28972⁹, le quali hanno statuito che la pattuizione avente ad oggetto la creazione del "diritto reale di uso esclusivo" su di un bene condominiale, in quanto mira alla creazione di una figura atipica di diritto reale limitato, è preclusa dai principi del numero chiuso e di tipicità dei diritti reali¹⁰.

⁶ D. Giurato, *Il diritto di uso esclusivo e perpetuo del bene condominiale: realtà e personalità del diritto tra conformazione e regolamentazione della proprietà comune*, relazione al convegno *Dieci anni dopo la riforma del condominio: antiche questioni irrisolte e nuove problematiche*, tenutosi a Cagliari il 20 maggio 2022.

⁷ G. Pretelli, *Condominio negli edifici, «usi esclusivi» e «usi individuali»* in *Riv. Not.*, 2021, 2, p. 216.

⁸ G. Rizzi, *I posti auto condominiali e la disciplina in tema di conformità catastale*, in *Notariato*, 2019, 1, p. 13.

⁹ Il principio di diritto affermato dalla sentenza delle Sezioni Unite citata è il seguente: «La pattuizione avente ad oggetto la creazione del c.d. "diritto reale di uso esclusivo" su una porzione di cortile condominiale, costituente come tale parte comune dell'edificio, mirando alla creazione di una figura atipica di diritto reale limitato, tale da incidere, privandolo di concreto contenuto, sul nucleo essenziale del diritto dei condomini di uso paritario della cosa comune, sancito dall'art. 1102 c. c., è preclusa dal principio, insito nel sistema codicistico, del *numerus clausus* dei diritti reali e della tipicità di essi».

¹⁰ A. Celeste, *È nulla la pattuizione che conferisce il diritto reale "di uso esclusivo" su una porzione comune dell'edificio*, in *condominioelocazione.it*, fasc. 22 dicembre 2020; A. Ciatti Càimi, *Il diritto di uso esclusivo del condomino* (note a margine di Cass., Sez. Un. 17 dicembre 2020, n. 28972), Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 30-2021/C in *www.notariato.it*; M. Tarantino, *Le*

Nella prassi si utilizza l'elaborato planimetrico riguardante l'intero edificio che contiene la rappresentazione grafica dell'area scoperta comune e di essa viene contornata la specifica porzione attribuita all'utente¹¹.

D'altra parte, è indubbio che il valore economico delle unità immobiliari in condominio è accresciuto, in misura non trascurabile, dall'esistenza di aree pertinenziali destinate a parcheggio, cortile o giardino, seppure in uso esclusivo e non in proprietà, e che i relativi titolari confidano di monetizzare anche la titolarità dell'uso di queste ultime in occasione del trasferimento delle loro proprietà esclusive; né, si può trascurare che il permanere della natura condominiale della porzione dell'area attribuita in uso esclusivo comporta per un verso la necessità di definire i limiti del suo godimento da parte dell'utente e per l'altro di perimetrare le residue facoltà dominicali spettanti agli altri

Sezioni Unite escludono la natura reale del diritto d'uso esclusivo di un bene condominiale, in *Diritto & Giustizia*, fasc. 241, 2020, p. 14; C. Bona, *Otto variazioni sul tema dell'«uso» delle cose comuni nel condominio*, in *Foro it.*, 2021, 3, c. 953 e ss.; R. Franco, *L'uso esclusivo di un bene condominiale non rientra nel novero dei diritti reali*, in *Guida dir.*, 2021, 2, p. 90; R. Calvo, *Comunione e uso esclusivo tra autonomia e tipicità*, in *Giur. it.*, 2021, p. 557 e ss.; M. Carpinelli, *La parabola del diritto "reale" di uso esclusivo su beni condominiali*, in *Nuova giur. civ.*, 2021, 2, p. 243 e ss.; M. Corona, *Le Sezioni Unite e l'uso esclusivo di beni condominiali. Un falso ossimoro fa vacillare la nomofilachia?* in *Amministrare Immobili*, n. 252, marzo 2021; E. del Prato, *Uso esclusivo permanente in favore di un condomino e tipicità dei diritti reali*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2021, 2, p. 427; F. Gallelli, *Diritto reale d'uso esclusivo su una parte comune dell'edificio*, in *Notariato*, 2021, 2, p. 201; G. Liberati Bucciantì, *Sull'invalidità della clausola costitutiva di un diritto reale atipico*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 4, p. 781 e ss.; V. Nardi, *La natura del diritto d'uso esclusivo di un bene comune in ambito condominiale: intervengono le Sezioni Unite*, in *Corr. giur.*, 2021, 10, p. 1211 e ss.; A. Testa, *Il diritto d'uso perpetuo e trasmissibile sugli enti comuni dei fabbricati condominiali: una fattispecie fino a ieri sconosciuta alla giurisprudenza*, in *Notarnews*, n. 1/2021, p. 31.

¹¹ M. Corona, Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 136-2022/C, *La regolamentazione notarile dell'uso esclusivo su beni condominiali dopo la sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite 17 dicembre 2020, n. 28972*.



condomini al fine di evitare l'insorgere di contenziosi in un settore tra i più forieri di liti¹².

Una parte della dottrina ritiene che l'affermazione secondo cui la clausola negoziale costitutiva di un uso esclusivo in ambito condominiale dia vita ad un diritto reale atipico non sia condivisibile sostenendo che l'effettiva natura di tale uso esclusivo vada ricercata nell'ambito della servitù prediale¹³: fondo dominante è l'unità immobiliare in proprietà esclusiva a favore della quale tale uso è attribuito e fondo servente è la porzione del bene condominiale che ne è gravato¹⁴.

Le Sezioni Unite, invece, negano tale qualificazione sostenendo che l'utilità del proprietario del fondo dominante «non può mai tradursi in un diritto di godimento generale del fondo servente» perché ciò «determinerebbe lo svuotamento della proprietà di esso» e richiamano a sostegno del loro assunto due pronunce della giurisprudenza di legittimità, risalenti, rispettivamente, all'inizio degli anni Cinquanta e a metà degli anni Sessanta del secolo scorso¹⁵.

Invero, l'attribuzione dell'uso esclusivo di una porzione di bene condominiale al titolare di una delle unità immobiliari in proprietà individuale non impedisce agli altri condomini di continuare a godere delle ulteriori utilità che il bene comune è in grado di fornire loro¹⁶.

Se dopo aver esaminato il profilo del godimento si passa a considerare un altro tratto caratterizzante il contenuto della proprietà, vale a dire il potere di disposizione, non vi è dubbio che lo jus disponendi sui beni condominiali attribuiti in uso esclusivo spetti alla totalità dei condomini secondo le stesse e identiche regole che valgono per qualsiasi bene comune ex art. 1117 c.c.¹⁷.

Infine non va trascurata la circostanza che alla totalità dei condomini spetta sul bene condominiale un'ulteriore facoltà – considerata dalla dottrina un'espressione tipica del profilo dinamico delle situazioni soggettive in generale – costituita dal potere di controllo che nel caso di specie si esplica rispetto all'utilizzazione del bene comune da parte del condomino al quale sia stato attribuito l'uso esclusivo di utilizzare il bene comune.

Costui infatti deve servirsi di tale bene in modo conforme alla sua destinazione ed evitare sia di recare pregiudizio alla stabilità o alla sicurezza del fabbricato sia di alterarne il decoro architettonico (artt. 1117-ter, ultimo comma, e 1117-quater c.c.).

Tutto ciò dimostra con solare evidenza che l'attribuzione dell'uso in esame non determina lo svuotamento del diritto di comproprietà degli altri condomini e, in definitiva, che non esiste una vera e propria esclusività dell'uso.

In conclusione, se è senz'altro condivisibile l'affermazione delle Sezioni Unite secondo cui non è

¹² M. Corona, *La mutevolezza della compagine condominiale: trasferimento dell'unità immobiliare, nascita dell'obbligo contributivo, ambito del vincolo di solidarietà*, in *Comunione e condominio, Quaderni della Scuola Superiore della Magistratura*, Roma, 2021, p. 228.

¹³ Per l'ammissibilità di servitù prediali gravanti su beni comuni e a favore di uno degli appartamenti dell'edificio in condominio G. Branca, *Comunione. Condominio degli edifici, Art. 1100-1139*, in *Comm. cod. civ.* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna – Roma, 1982 (6a ed.), p. 365 e ss.; L. Salis, in *Condominio e servitù*, in *Riv. giur. edil.*, 1971, p. 167 e ss. (pubblicato con il medesimo titolo anche in L. Salis, *Scritti in materia di condominio*, raccolti da G. M. Uda, Torino, 1997, p. 17 e ss.)

¹⁴ A. Ciatti Caimi, Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 30-2021/C, *Il diritto di uso esclusivo del condominio (dopo la sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione)* in www.notariato.it.

¹⁵ Cass. Civ., 31 maggio 1950, n. 1343, in *Foro it.*, 1950, I, p. 813, che ha giudicato nulla per contrarietà all'ordine pubblico una convenzione con la quale veniva imposta sul fondo servente una servitù che assumeva carattere prevalente ed assorbente delle facoltà dominicali e Cass. Civ., 22 aprile 1966, n. 1037, in *Giust. civ. Mass.*, 1966, p. 592 e in *Mass. Giur. it.*, 1966, p. 460, secondo cui il rapporto di assoggettamento tra due fondi, tipico dell'istituto della servitù, può importare una restrizione ma non la totale elisione delle facoltà di godimento del fondo servente.

¹⁶ G. Petrelli, *Condominio negli edifici, «usi esclusivi» e «usi individuali»*, in *Riv. Not.*, 2021, 2, p. 224.

¹⁷ P. Perlingeri - P. Femia, *Dinamica delle situazioni soggettive*, in *Manuale di diritto civile*, in *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2021, p. 89 e ss. .



concepibile una servitù che per ampiezza del suo contenuto determini il totale azzeramento della situazione dominicale relativa al fondo servente (o, in altri termini, che sia impositiva di un peso la cui incidenza non limiti, ma esaurisca ed assorba l'intero contenuto del dominio sul fondo servente¹⁸, ciò, tuttavia, non si verifica nell'ipotesi di attribuzione dell'uso esclusivo sulle suddette aree scoperte comuni¹⁹.

La casistica è molto ampia ma tali pattuizioni possono essere raggruppate in clausole che stabiliscono il divieto di una o più specifiche destinazioni per tutte le (o alcune delle) unità immobiliari dell'edificio; clausole che impongono una o più specifiche destinazioni per tutte le unità immobiliari dell'edificio; clausole che vietano di detenere o possedere animali domestici²⁰; clausole che proibiscono di esercitare determinate attività all'interno delle unità immobiliari.

¹⁸ R. Triola, *Le servitù*, in *Il Codice Civile Commentario* fondato e già diretto da P. Schlesinger continuato da F. D. Busnelli, *Artt. 1027-1099*, Milano, 2008, p. 8 e ss. .

¹⁹ Cass. Civ., Sez. II, 6 luglio 2017, n. 16698, in *giustiziavile.com* del 30 marzo 2018, con nota di E. Allegra, *La servitù di parcheggio: tra utilitas e commoditas* in *Foro it.*, 2017, 10, I, c. 3027, con nota di C. Bona, *Benvenuta, servitù di parcheggio* che ritiene valida la costituzione della servitù di parcheggio in base all'assunto che lo schema legale delle servitù volontarie lascia ampio spazio all'autonomia privata di stabilire il contenuto del vantaggio per il fondo dominante cui deve corrispondere il peso del fondo servente; Cass. Civ., Sez. II, 18 marzo 2019, n. 7561, in *Riv. not.* 2019, 3, II, p. 548, con nota di N. A. Toscano, *La servitù di parcheggio esiste: una nuova conferma della Corte di Cassazione, in attesa del probabile intervento delle Sezioni Unite*. Nelle citate pronunce la Corte di Cassazione ha riconosciuto che il carattere della realtà non può essere escluso per il parcheggio dell'auto sul fondo altrui quando tale la facoltà sia costruita come vantaggio dello stesso fondo per una sua migliore utilizzazione, come nel caso dell'immobile a destinazione abitativa il cui utilizzo è innegabilmente implementato dalla possibilità, per chi ne sia il proprietario, di parcheggiare l'auto nelle vicinanze dell'abitazione.

In passato, invece, e per lungo tempo la Suprema Corte aveva affermato esattamente il contrario, ossia che il diritto di parcheggiare l'auto costituiva una mera *commoditas* del proprietario dell'immobile e che faceva difetto la realtà intesa come inerenza dell'utilità a favore del fondo dominante. L'ultima decisione conforme a tale orientamento è Cass. Civ., Sez. II, 6

Tutte queste clausole hanno un elemento comune: comportano una restrizione dei poteri e delle facoltà dei condomini sulle rispettive proprietà esclusive e danno vita a delle servitù²¹ reciproche.

L'ammissibilità delle cosiddette servitù reciproche è pacificamente sostenuta dalla giurisprudenza di legittimità: il rapporto di reciprocità tra le unità immobiliari in condominio non opera all'interno di un'unica servitù ma postula due o più servitù distinte, ancorché del medesimo tipo.

In sostanza, tra le diverse unità immobiliari in condominio non vi è un'unica servitù (reciproca), ma tante, distinte e autonome servitù, con lo stesso oggetto: ciò che varia è solo la posizione della singola proprietà esclusiva, che assume la qualità di fondo dominante in una e di fondo servente in tutte le altre²².

Si tratta, infatti, di pesi imposti a tutte o ad alcune unità immobiliari dell'edificio (che rivestono

novembre 2014, n. 23708, in *Riv. not.*, 2014, 6, p. 1202 e id., 2017, 2, II, p. 334, con nota di G. Musolino, *La (impossibilità di costituire una) servitù prediale di parcheggio*; in *Riv. giur. ed.*, 2015, 2, I, p. 208; in *Foro it.*, 2014, 12, c. 3416 con nota di richiami e id., 2015, 2, I, c. 499, con nota di C. Bona, *Per la servitù di parcheggio* e id., 2015, 4, I, c. 1297 con nota di F. Mezzanotte, *Sull'impossibilità della servitù di parcheggio (e sui limiti dell'autonomia privata nel diritto dei beni)*.

²⁰ M. Corona, *Animali domestici e condominio: mutamenti culturali e regole giuridiche*, in *Il condominio cinque anni dopo la legge di riforma: problematiche giuridiche al vaglio di magistrati e professionisti*, a cura di M. Corona, Cagliari, 2019 p. 121 e ss. pubblicato anche in *Riv. giur. sarda*, 2018, 3, p. 227 e ss.

²¹ D. Barbero, *Tipicità, predialità, e indivisibilità nel problema dell'identificazione delle servitù*, in *Foro pad.*, 1957, I, p. 1042; R. Triola, *Le servitù*, in *Il Codice Civile Commentario* fondato e già diretto da P. Schlesinger continuato da F. D. Busnelli, *Artt. 1027-1099*, Milano, 2008, p. 23 e ss., C. M. Bianca, *Diritto civile, 6 La proprietà*, Milano, 2017 (2a ed.), p. 503.

²² G. Branca, *Servitù prediali*, in *Commentario del codice civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, *Libro III, Della proprietà, Art. 1027-1099*, Bologna - Roma, 1967 (4a ed.), p. 4 e ss.; M. Comperti, *Le servitù prediali*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da Rescigno, *Proprietà*, II, Milano, 1990, p. 153 e ss.; A. Jannarelli - F. Macario, *Della proprietà*, in *Commentario del codice civile* diretto da E. Gabrielli, I, Assago, 2012, p.747; S. Cervelli, *I diritti reali*, Milano, 2019 (4a ed.), p. 253; P. Giuliano, *Le servitù: regime e caratteri generali*, in *Diritti reali*, a cura di P. Fava, Milano, 2019, p.953 e ss.



la qualità di fondi serventi) in favore di tutte le altre (che assumono la qualità di fondi dominanti) e viceversa.

Si consideri, per esempio, la clausola del regolamento che stabilisce il divieto di specifiche e determinate destinazioni per tutte le unità immobiliari dell'edificio.

Per ogni unità rispetto alle altre si avrà la costituzione di due distinte servitù, ancorché del medesimo genere: nella prima servitù l'unità che deve sopportare il peso, consistente nel non poter essere destinata ad una o più attività determinate, assume tecnicamente la veste di fondo servente mentre tutte le altre unità a vantaggio delle quali quello stesso peso è imposto ricoprono la qualità di fondi dominanti; nella seconda servitù, invece, si ribaltano i ruoli: l'unità che nella prima è servente diviene dominante e tutte le altre unità che nella prima sono dominanti divengono serventi.

Tale inquadramento è stato univocamente fatto proprio anche dalla stessa Suprema Corte²³, che in passato, invece, aveva avuto un orientamento oscillante tra la riconduzione delle suddette clausole nell'alveo della servitù prediale o nell'ambito delle diverse figure degli oneri reali o delle obbligazioni *propter rem*²⁴.

²³ Cass. Civ., Sez. II, 18 gennaio 2011, n. 1064, in *Banca dati De Jure*; Cass. Civ., Sez. II, 15 febbraio 2011, n. 3705, in *Riv. giur. edil.* 2011, 5, I, p. 876, con nota di M. De Tilla, *Regolamento contrattuale e divieto di detenere animali domestici nell'appartamento*; Cass. Civ., Sez. II, 13 giugno 2013, n. 14898 (in relazione ad un supercondominio), in *Banca dati De Jure*; Cass. Civ., Sez. II, 31 luglio 2014, n. 17493, in *Banca dati De Jure*; Cass. Civ., Sez. II, 19 settembre 2014, n. 19798, in *Banca dati De Jure*; Cass. Civ., Sez. II, 18 ottobre 2016, n. 21024, in *Guida dir.*, 2016, 47, p. 60, con nota di M. Piselli, *Necessario un chiarimento delle Sezioni Unite* e in *Riv. giur. edil.*, 2016, 6, I, p. 1040 e Cass. Civ., Sez. II, 19 marzo 2018, n. 6769, in *Banca dati De Jure*.

Infine merita di essere segnalata la recentissima Cass. Civ., Sez. II, 9 agosto 2022, n. 24526, al momento inedita, che ha pronunciato il seguente principio di diritto «le clausole contenute in un regolamento condominiale di formazione contrattuale, le quali limitino le facoltà dei proprietari delle unità singole di adibire il loro immobile a determinate destinazioni, costituiscono servitù reciproche a favore e contro ciascuna unità immobiliare di proprietà individuale, e sono soggette,

2. LA SENTENZA 7 DICEMBRE 2020 NR. 28972 DELLE SEZIONI UNITE DELLA CORTE DI CASSAZIONE E IL CONCETTO DI USO ESCLUSIVO IN AMBITO CONDOMINIALE

Il secondo punto da rimarcare attiene all'assunto delle Sezioni Unite secondo cui la fattispecie dell'uso esclusivo in ambito condominiale è incompatibile con la disciplina racchiusa nell'art. 1102 c.c. applicabile al condominio grazie all'art. 1139 c.c.

Se si condivide l'impostazione della dottrina maggioritaria che ravvisa in quest'ultimo istituto una forma speciale di comunione²⁵ non c'è da meravigliarsi che tale specialità si riverberi anche nella peculiare disciplina dell'uso della cosa comune in materia condominiale che non è *sic et simpliciter* desumibile dall'art. 1102 c.c. ma deve essere ricostruita alla luce dei diversi e significativi temperamenti posti a tale precetto dalle specifiche disposizioni contenute negli art. 1117 c.c.²⁶

E' appena il caso di ricordare che il condominio costituisce una fattispecie normativa *sui generis*,

pertanto, ai fini dell'opponibilità ultra partes, alla trascrizione in base agli artt. 2643, n. 4) e 2659, primo comma, n. 2) c. c.».

²⁴ F. Romano, *Diritto e obbligazione nella teoria del diritto reale*, Napoli, 1967, p. 86; G. Gandolfi, voce *Onere reale*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 127; A. Natucci, *La tipicità dei diritti reali*, Padova, 1988 (2a ed.), p. 295; A. Fusaro, *Obbligazione «propter rem» ed onere reale*, in *Digesto, disc. priv., sez. civ.*, XII, Torino, 1995, p. 390; C. Romeo, *Obbligazioni propter rem*, in *Tratt. diritti reali* diretto da A. Gambaro e U. Morello, II, Milano, 2011, p. 387 ss.; Cass. Civ., Sez. II, 5 settembre 2002, n. 11684, in *Giur. it.*, 2001, I, c. 446 e in *Arch. loc.*, 2001, p. 417; Cass. Civ., Sez. II, 13 agosto 2004, n. 15763, in *Vita not.*, 2004, p. 1567; G. Balbi, voce *Obbligazione reale* in *Noviss. Dig. it.*, XI, Torino, 1957, p. 666;

²⁵ A. Ciatti Càimi, *Il diritto di uso esclusivo nel condominio (dopo la decisione delle Sezioni unite della Cassazione)*, Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 30-2021/C in *www.notariato.it*; T. Campanile - F. Crivellari e L. Genghini, *I diritti reali, Manuali notari* a cura di L. Genghini, V, Padova, 2011, p. 607.

²⁶ M. Basile, *Regime condominiale ed esigenze abitative*, Milano, 1979, p. 264 e ss.



caratterizzata dalla necessaria coesistenza di proprietà esclusive e proprietà comuni e che tra le une e le altre si realizza un rapporto di interdipendenza che non solo determina l'asservimento di talune parti dell'edificio all'utilità delle unità immobiliari in proprietà esclusiva ma anche che le proprietà individuali subiscano delle limitazioni in quanto all'interno di un edificio in condominio.

Altra dottrina, nel rimarcare che il condominio è una comproprietà del tutto particolare, ravvisa la specificità dell'istituto nella relazione strumentale di accessorietà che lega le cose, gli impianti e i servizi comuni con le unità immobiliari in proprietà esclusiva²⁷.

Una prima differenza in ordine all'«uso» del bene comune in materia di comunione da un lato, e di condominio dall'altro, è riconosciuta anche dalle stesse Sezioni Unite, le quali sottolineano che nella comunione l'uso della cosa comune si accompagna all'obbligo del partecipante di non impedire agli altri contitolari di farne parimenti uso, ossia postula il pari uso di tutti i partecipanti e, dunque, un uso indistintamente paritario, promiscuo e simultaneo²⁸.

Inoltre, nel condominio è la stessa legge (art.1123, secondo comma, c.c.) ad ammettere l'eventualità di un uso più intenso del bene comune da parte di uno o più condomini rispetto agli altri ovvero che il bene comune legittimamente possa

essere sottoposto ad un uso «frazionato» o «turnario», ossia ad un uso ripartito in base a criteri idonei ad assicurare la parità di trattamento tra i singoli condomini²⁹.

Tuttavia tutti questi usi particolari, a giudizio delle Sezioni Unite, non sono tali da scalfire la regola del pari uso sancita dall'art. 1102 c.c.

La norma citata prevede che parti dell'edificio normalmente destinate all'uso comune possano essere attribuite in proprietà esclusiva o destinate all'uso individuale e stabilisce che su di esse il condomino non può eseguire opere che rechino danno alle parti comuni ovvero determinino pregiudizio alla stabilità, alla sicurezza o al decoro architettonico dell'edificio.

Si consideri l'uso esclusivo del lastrico solare attribuito al proprietario dell'ultimo piano dell'edificio che è l'esempio più eloquente della poliedrica attitudine di alcuni beni condominiali a soddisfare sia un interesse individuale del singolo condomino sia un interesse collettivo proprio dell'intera compagine condominiale³⁰.

Dunque, nel condominio la necessaria coesistenza di proprietà esclusive e proprietà comuni comporta che tra le une e le altre si realizzi un particolare rapporto di interdipendenza in base al quale i beni condominiali abbiano una funzione preminentemente ancillare rispetto alle proprietà esclusive potendo anche accadere che alcuni di essi

²⁷ R. Corona, *Il supercondominio (condominio negli edifici, complessi immobiliari ed edifici complessi)*, Milano, 1985, p. 61; A. Scarpa, *La "relazione di accessorietà" quale fondamento tecnico dell'attribuzione del diritto di condominio*, in *Rass. loc. e cond.*, 2001, p. 41; R. Triola, *Beni proprietà e diritti reali, Il condominio*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da M. Bessone, VII, 3, Torino, 2002, p. 1; A. Celeste, *Le parti comuni dell'edificio*, in A. Celeste - A. Scarpa, *Il condominio negli edifici*, Milano, 2017, p. 39 e ss.

R. Corona, *La situazione soggettiva di condominio*, in *Tratt. diritti reali* diretto da A. Gambaro e U. Morello, III, *Condominio negli edifici e comunione*, a cura di M. Basile, Milano, 2012, p. 26 e ss.

²⁸ G. Branca, *Comunione. Condominio degli edifici, Art. 1100-1139*, in *Comm. cod. civ.* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna - Roma, 1982, p. 78 e ss.

²⁹ Cass. Civ., Sez. II, 11 aprile 2006, n. 8429, in *Arch. loc.*, 2007, 3, p. 300; Cass. Civ., Sez. II, 14 luglio 2015, n. 14694, in *Banca*

Dati De Jure. Sull'uso turnario si veda: Cass. Civ., Sez. II, 19 luglio 2012, n. 12485, in *Guida dir.*, 2012, 37, p. 63. Ad esso per esempio, si fa ricorso quando nel cortile condominiale destinato a parcheggio non sia possibile ricavare un numero di posti auto sufficiente a soddisfare simultaneamente le esigenze di tutti i condomini.

³⁰ L'uso è attribuito al condomino non personalmente ma in quanto titolare dell'unità immobiliare in condominio. Il rilievo espresso nel testo è stato formulato dalla stessa Suprema Corte che, pure di recente, ha ribadito che il lastrico solare assolve una funzione di utilità comune a tutti i condomini in quanto «anche se attribuito in uso esclusivo svolge funzione di copertura dell'edificio» Cass. Civ., Sez. II, 21 maggio 2020, n. 9380, in *Banca dati De Jure*.

siano idonei a fornire delle utilità specifiche ad una soltanto delle proprietà individuali del fabbricato pur conservando la loro naturale destinazione a servizio dell'intero condominio.

In altri termini non si tratta – come hanno paventato le Sezioni Unite – di utilizzare l'art. 1126 c.c. quale punto di appoggio per la costruzione di un più ampio diritto reale di uso esclusivo delle parti comuni, in violazione del principio *del numerus clausus* dei diritti reali, ma di una corretta applicazione in via estensiva della norma citata a tutti quei beni condominiali che, come il lastrico solare, siano in grado di fornire delle utilità specifiche ad una delle proprietà esclusive e, nel contempo, alla totalità delle unità immobiliari in condominio³¹.

Il che, del resto, la stessa Corte riconosce quando ammette una cauta applicazione estensiva dell'art. 1126 cod. civ. alle terrazze che fungano da copertura di un edificio, e lo stesso non può non valere – in piena aderenza al pensiero delle Sezioni Unite – anche per il giardino o cortile destinati a copertura dell'autorimessa (o di altro locale) condominiale, i quali, funzionalmente, sono del tutto equiparabili al lastrico solare.

L'art. 1102 c.c., come espressamente riconosciuto dalle stesse Sezioni Unite nella sentenza in questione, è una norma derogabile³² riconducibile alla tipologia delle norme suppletive o comunque dispositive³³.

Quindi, proprio perché è una norma derogabile, non si comprende perché mai nel condominio – nel quale, per giunta, come si è in precedenza evidenziato, l'art. 1102 c.c. non opera *tout court* ma in modo attenuato - dovrebbe essere preclusa la possibilità di disciplinare attraverso una specifica manifestazione di volontà negoziale – contenuta nel regolamento contrattuale di condominio o nel primo atto di vendita di una delle unità immobiliari dell'edificio da parte del costruttore unico proprietario – l'uso esclusivo di quei beni comuni come i lastrici solari ogni altra idonea superficie» capace di soddisfare un interesse individuale del singolo condomino.

L'organo di nomofilachia nella decisione più volte citata ha affermato che di fronte ad un titolo negoziale attributivo dell'uso esclusivo occorre verificare se al momento della costituzione del condominio le parti abbiano voluto, anziché costituire un uso esclusivo su una porzione di bene comune, trasferire la piena proprietà di tale porzione al singolo condomino, ovvero costituire in suo favore un diritto reale d'uso ex art. 1021 c.c.³⁴

3. LE POSSIBILI QUALIFICAZIONI DELL'USO ESCLUSIVO SU UN BENE CONDOMINIALE

Le pattuizioni attributive di un uso esclusivo su una porzione di un bene condominiale rinvenibili

³¹ Il lastrico solare si distingue dalla terrazza di copertura perché quest'ultima offre utilità ulteriori, vale a dire un «comodo accesso e la possibilità di trattenersi» (Cass. Civ., Sez. II, 22 novembre 1996, n. 10323, in *Banca dati De Jure*) e di soggiornarvi comodamente, all'uopo sistemandola nel modo più confortevole (mediante opere di copertura superiore e/o di ornamento e abbellimento e arredandola con sedie, sdrai, divani, poltrone, tavoli ecc.).

³² G. Gabrielli, *Regole condominiali e trascrizione*, in *Riv. not.*, 1, 2006, p. 1.

³³ N. Irti, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Padova, 1990, p. 89.

³⁴ Un più ampio ventaglio di ipotesi si legge nell'ordinanza di rimessione che ha portato alla pronuncia delle Sezioni Unite

n. 28972/2020 (cfr. Cass. Civ., Sez. II, 2 dicembre 2019, n. 31420, in *Riv. not.* 2020, 1, II, p. 281 e ss., con nota di D. Bertani, *Alle Sezioni Unite la decisione circa l'esatta natura giuridica dell'uso esclusivo su parti condominiali*; in *Giur. it.*, 2021, p. 790 e ss., con nota di M. L. Chiarella, *Rimessa alle Sezioni Unite la qualificazione giuridica del c.d. diritto d'uso esclusivo*, e in *Riv. giur. edil.*, 2020, 1, I, p. 83). Infatti in essa si legge che in passato le sezioni semplici della Cassazione hanno «classificato l'uso esclusivo come: (i) semplice clausola atta ad escludere la natura comune della porzione interessata in deroga all'art. 1117 c. c.; (ii) riparto pattizio delle facoltà di godimento della cosa comune in deroga all'art. 1102 c. c.; (iii) diritto reale atipico; (iv) servitù prediale; (v) obbligazione *propter rem*; (vi) diritto reale d'uso ex art. 1021 c. c.; (vii) mero rapporto obbligatorio».

nella prassi contrattuale possono sostanzialmente ricondursi a tre diverse tipologie³⁵ e più precisamente, tale uso potrebbe essere qualificato come servitù prediale, come autonomo e specifico diritto reale “nominato” (e, in entrambi i casi, la sua attribuzione determina, di riflesso, una peculiare conformazione della proprietà della porzione del bene comune che si estrinseca in una riduzione delle facoltà di godimento su di essa spettanti agli altri condomini) o, infine, come pattuizione con efficacia obbligatoria circa l'utilizzo del bene condominiale.

In realtà, astrattamente, è ipotizzabile anche una quarta tipologia: che l'uso esclusivo condominiale coincida con il diritto reale di uso previsto dall'art. 1021 c.c.

Tuttavia, tale diritto reale, poiché ha una durata temporale limitata essendo destinato ad estinguersi con la morte del titolare (artt. 1026 e 979 c.c.) ed essendo incedibile ex art. 1024 c.c. è inidoneo a realizzare gli interessi avuti di mira dalle parti con l'attribuzione dell'uso esclusivo.

Come si è anticipato, la prima eventualità è che l'uso esclusivo sia inquadrabile nell'ambito del contenuto della servitù prediale. In questo caso la clausola negoziale produce una sorta di conformazione dall'esterno della proprietà condominiale, che viene gravata da un altro diritto reale tipico, quale è appunto la servitù prediale, con tutte le relative conseguenze sul piano della disciplina applicabile in tema di durata³⁶, circolazione³⁷, opponibilità e tutela giudiziale.

Come si è sottolineato in precedenza, la clausola attributiva dell'uso può essere contenuta nel regolamento contrattuale di condominio o nell'atto notarile che dà vita allo stesso condominio. Qualunque sia la fonte, trattandosi di una servitù prediale la sua opponibilità è subordinata alla trascrizione nei registri immobiliari ex art. 2643 n. 4) c.c.

In mancanza di trascrizione, tuttavia, la clausola può comunque essere vincolante per la totalità dei condomini se costoro l'abbiano effettivamente accettata in quanto negli atti di vendita compiuti dal costruttore sia stato espressamente richiamato (o anche allegato) il regolamento contrattuale di condominio che la prevede³⁸.

L'inquadramento dell'uso esclusivo nell'ambito della servitù prediale, dunque, è in grado di conservare efficacia nonostante la sentenza delle Sezioni Unite, in considerazione dei rilievi critici mossi a tale pronuncia su questo specifico punto. Al riguardo, però, dato il peso della decisione dell'organo di nomofilachia, può essere utile avere l'accortezza di riqualificare l'uso previsto nel titolo di provenienza nel quale ci si imbatte sostituendo all'aggettivo esclusivo il più corretto e appropriato individuale.

La seconda eventualità ipotizzabile è che l'uso esclusivo sia uno specifico diritto reale nominato. Tale ricostruzione poggia sul rilievo che nell'ambito del condominio il legislatore prevede espressamente una ulteriore e specifica figura di diritto reale, che denomina uso esclusivo ex art. 1126 cc. o,

³⁵ Cass. Civ., Sez. II, 2 marzo 2006 n. 4599, in *Arch. loc.*, 2006, p. 530 e in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 3; Cass. Civ., Sez. II, 26 marzo 2008, n. 5034, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, p. 1266, con nota di D. Tessera, *Differenze tra diritto d'uso e diritti personali di godimento sotto il profilo contenutistico e della disciplina della circolazione*; in *Giur. it.*, 2008, p. 2474 e ss., con nota di S. Conti, *Diritto reale d'uso e diritto personale di godimento*; in *Riv. not.*, 2009, p. 1000 e ss. con nota di G. Musolino, *Il diritto reale d'uso tra realtà e obbligatorietà* e Cass. Civ., Sez. II, 27 aprile 2015, n. 8507, in *Riv. not.*, 2016, 1, p. 45, con nota di G. Musolino, *Diritto di uso. La derogabilità del divieto di cessione*.

³⁶ Come è noto, la servitù ha una durata tendenzialmente perpetua in quanto, se non è costituita con termine finale, si estingue soltanto per confusione o per prescrizione per non uso ventennale.

³⁷ La servitù si trasferisce soltanto con l'alienazione del bene cui inerisce: il titolare dell'uso esclusivo pertanto non può alienarlo autonomamente ma solo insieme all'unità immobiliare in proprietà esclusiva.

³⁸ Cass. Civ., Sez. II, ord. 21 giugno 2022, n. 20007; C. Belli, *Nuove coordinate interpretative della Cassazione sulle clausole regolamentari di esonero del costruttore dal pagamento degli oneri condominiali*, in *www.consulenza.it*, 8 luglio 2022.



più propriamente, «uso individuale» *ex* artt. 1122, primo comma, e 1122-*bis*, secondo comma, c.c.

Di tale figura tuttavia, non è prevista una specifica disciplina, e, pertanto, spetta all'interprete ricostruirla tenuto conto della peculiare natura condominiale del bene che ne è oggetto e dell'indissolubile legame tra quest'ultimo e l'unità immobiliare in proprietà esclusiva al cui servizio è destinato.

Circostanze, l'una e l'altra, che implicano l'inapplicabilità della regolamentazione relativa al diritto d'uso di cui agli artt. 1021 e ss. cod. civ. per quanto attiene alla durata (artt. 1026 e 979 c.c.) alle cause estintive (artt. 1026 e 1014 c.c.) e all'incredibilità (art. 1024 c.c.).

Per contro, tale uso sarà sostanzialmente perpetuo – salva l'estinzione per prescrizione a seguito del mancato esercizio del diritto per venti anni – e destinato a circolare unitamente all'unità immobiliare in proprietà esclusiva cui è attribuito.

Anche in questo caso la clausola negoziale produce una sorta di conformazione dall'esterno della proprietà condominiale che viene gravata da un altro diritto reale nominato³⁹.

Infine, l'opponibilità dell'uso esclusivo in questione che, in quanto diritto reale, è affidata alla trascrizione *ex* art. 2643 n. 4) c.c.

Come è noto, le Sezioni Unite hanno giudicato tale effetto inaccettabile perché in contrasto sia con il disposto dell'art. 1102 c.c. sia con i principi del *numerus clausus* e di tipicità dei diritti reali. In realtà l'art. 1102 c.c. non solo è una norma derogabile ma la sua applicazione nella materia del condominio è per legge soggetta ad una serie di rilevanti temperamenti.

Il principio del numero chiuso dei diritti reali, invece, è del tutto salvaguardato dalla ricostruzione in esame perché nessun nuovo diritto reale viene costituito, come pure è del tutto preservato il principio di tipicità poiché le facoltà di godimento

spettanti alla generalità dei condomini non sono né soppresse né alterate nei loro tratti essenziali ma soltanto diversamente regolamentate.

A ben vedere dunque alla clausola attributiva dell'uso esclusivo si accompagna una ulteriore e autonoma clausola – esplicita o, il più delle volte, implicita – di conformazione della proprietà condominiale.

Qualora sia espressamente prevista anche per tale ulteriore clausola si pone il problema della sua opponibilità alla totalità dei condomini.

In teoria tale risultato può essere assicurato tramite la trascrizione del regolamento contrattuale di condominio che la contenga, ma è assai discusso se e come tale regolamento possa essere trascritto: è appena il caso di ricordare che nelle more di un auspicato intervento legislativo in materia si è proposto di interpretare estensivamente l'art. 2643 n. 3) c.c. che prevede la trascrizione dei contratti che costituiscono la comunione e, in particolare, si è ritenuto che il frammento normativo citato includa anche i contratti che «modificano» o «regolano» la comunione, come appunto i regolamenti contrattuali di condominio.

Come è stato evidenziato in dottrina, tale interpretazione consente di poter trascrivere il regolamento di condominio e attribuisce un autonomo ed effettivo contenuto precettivo all'art. 2643, n. 3) c.c.

La terza è di considerare l'attribuzione dell'uso esclusivo una regolamentazione con mera efficacia obbligatoria dell'utilizzo del bene comune: in tale eventualità la previsione negoziale non incide sul contenuto della proprietà condominiale ma si limita a stabilire un obbligo in capo alla totalità dei condomini impegnandoli a far godere il bene comune esclusivamente ad uno di essi, al quale è attribuito sostanzialmente un diritto personale di godimento.

³⁹ M. Comporti, *Diritti reali in generale*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, già diretto da A.Cicu, F.Messineo e L.Mengoni, continuato da

P.Schlesinger, vol. VIII, Milano, 2011, p. 241 e ss.; A. Luminoso, *La compravendita*, Torino, 2018, p. 165.



In questo caso occorre stabilire se la clausola che lo prevede possa essere contenuta soltanto nel regolamento contrattuale di condominio ovvero se la stessa possa essere inserita anche nel regolamento assembleare: a favore della prima tesi può addursi che la previsione di un uso esclusivo incide in modo significativo sul godimento del bene condominiale riducendo le utilità che da esso possono normalmente trarre tutti i condomini.

Se si condivide l'osservazione, la sede naturale della clausola è il regolamento contrattuale, ossia quello strumento cui è pacificamente riconosciuta la possibilità di prevedere clausole che attribuiscono ad alcuni condomini maggiori diritti rispetto agli altri.

A sostegno della seconda tesi è stato invocato il dettato dell'art.1138, primo comma, c.c. in forza del quale il regolamento assembleare contiene le norme circa l'uso delle cose comuni. Tuttavia anche qualora si optasse per quest'ultima, l'adozione del regolamento assembleare in cui è inserita tale previsione richiede il consenso di tutti i condomini in conformità a quanto stabilito dall'art. 1108, terzo comma, c.c. considerata l'evidente analogia, quanto agli effetti, di tale fattispecie rispetto alla concessione di una locazione ultranovennale.

Infine, per quanto attiene all'opponibilità di tale uso agli aventi causa dai condomini, la soluzione dipende dalla natura che si assegna alla clausola attributiva: se si ritiene che essa abbia carattere contrattuale, la sua opponibilità è governata dagli stessi principi e regole operanti in tema di regolamenti contrattuali; se, invece, si reputa che la stessa abbia natura regolamentare, la sua opponibilità discende dall'art. 1107, secondo comma, c.c. – che, con riferimento al regolamento della comunione, prevede che esso abbia effetto anche per gli eredi e gli aventi causa.

Infatti, come si è sottolineato in precedenza sulla scia della giurisprudenza di legittimità, la distinzione tra regolamento assembleare e regolamento contrattuale di condominio non dipende dalla diversa fonte di produzione (la delibera assembleare in un caso, il contratto nell'altro) ma dal loro differente contenuto. Il regolamento assembleare può recepire soltanto clausole di natura regolamentare, ossia attinenti all'organizzazione del condominio nel suo complesso, mentre il regolamento contrattuale può contenere clausole di carattere negoziale, vale a dire che stabiliscono pesi, restrizioni o limiti alle proprietà esclusive dei condomini o alle proprietà comuni, ovvero che attribuiscono ad alcuni condomini diritti maggiori rispetto agli altri.

4. L'USUCAPIONE DELL'USO SU UN BENE DI CUI ALL'ART. 1021 C.C. SU UNA PORZIONE DI BENE CONDOMINIALE

In tema di conservazione dell'efficacia degli usi esclusivi su beni condominiali costituiti in passato si segnala la recente pronuncia della Corte di Cassazione 21 giugno 2022, n. 19940⁴⁰ nella quale è affermato il seguente principio di diritto: «*il divieto di cessione del diritto reale di uso su una porzione di cortile condominiale attribuito ad uno dei condomini non comporta che non sia configurabile in favore del successore a titolo particolare nella proprietà individuale dell'unità immobiliare, al cui servizio essa è destinata, ... (omissis), l'accessione del possesso agli effetti dell'art. 1146, comma 2, c. c. (nella specie allo scopo di suffragare una maturata usucapione), occorrendo ai fini del cumulo dei distinti possessi del successore e del suo autore unicamente la prova di un "titolo"*

⁴⁰ *Giur.it.*, 2022, p. 2076, con nota di R. Franco, *L'accessio possessionis, il possesso corrispondente al diritto d'uso e l'acquisto per usucapione.*



astrattamente idoneo, ancorché invalido, a giustificare la tradizione del medesimo oggetto del possesso».

Nel caso sottoposto al giudizio della Suprema Corte si verteva sull'utilizzazione di una porzione di cortile, presumibilmente condominiale, antistante una determinata unità immobiliare di proprietà di un singolo condomino e da quest'ultimo adoperata in via esclusiva.

La Corte d'Appello aveva inquadrato l'uso oggetto della lite nell'ambito del diritto reale disciplinato agli artt. 1021 e ss. c.c. e desunto da tale qualificazione il divieto di cessione *ex art.1024 c.c.* e la conseguente nullità dell'atto di disposizione compiuto dall'usuario.

Il giudice di secondo grado, inoltre, aveva desunto dal divieto di cessione del diritto reale d'uso sancito dall'art. 1024 c.c. l'inapplicabilità dell'accessione nel possesso (ai sensi dell'art. 1146, secondo comma, c.c.) da parte del successore a titolo particolare del condomino utilizzatore dell'area.

Quest'ultimo corollario non è stato giudicato corretto dalla Corte di Cassazione che, al contrario, ha ritenuto che, in materia di uso *ex art. 1021 cod. civ.* del bene condominiale, l'avente causa a titolo particolare del condomino alienante la proprietà esclusiva cui accede l'uso possa unire il proprio possesso a quello del suo autore anche al fine di suffragare una maturata usucapione dello stesso diritto d'uso.

Facendo leva sulla ordinanza in commento, di fronte ad un uso esclusivo di natura reale, anche nella denegata ipotesi che si aderisse alla tesi sostenuta dalle Sezioni Unite, può legittimamente sostenersi che l'avente causa a titolo particolare dal titolare di tale diritto possa invocare l'accessione nel possesso *ex art. 1146, secondo comma, c.c.*, e, pertanto, unire il proprio possesso a quello del suo autore al fine di maturarne l'usucapione.

**IL TRUST INTERNO, L'AUTONOMIA PRIVATA E I LORO LIMITI**di **Gaspere SANDULLO*****ABSTRACT**

Obiettivo dell'indagine è l'ardua comparazione e ricostruzione del trust, tanto con riferimento al variopinto quadro normativo, quanto al loro rapporto con le pietre miliari dell'impianto civilistico attuale.

In particolare, si vuol comprendere se il trapianto del trust interno nella tradizione di civil law debba continuare a considerarsi una forzatura o se il dibattito sulla sua ammissibilità possa ritenersi risolto positivamente.

Meritevole di attenzione è, dunque, il sistema valoriale emerso dalla Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985 nonché dalla legge di ratifica del 16 ottobre 1989 n. 364, ricorrendo alla necessità di esplorare la natura semantica e l'omesso inserimento di una puntuale disciplina, malgrado il maggior favor per il trattamento fiscale, frutto della c.d. legge sul «Dopo di noi».

SOMMARIO

1. Albori del trust in common law e il suo recepimento in italia	36
2. Il trust: profili strutturali e sfumature applicative	39
3. Una querelle ancora aperta sul trust interno	44
4. Conclusioni	49

1. ALBORI DEL TRUST IN COMMON LAW E IL SUO RECEPIMENTO IN ITALIA

* Dottore magistrale in Giurisprudenza ed in Scienze politiche.

¹ L. C. PERRIELLO, *Trust e trapianti giuridici*, in *Contratto e Impresa Europa*, 2017, pp. 643 ss.

² Nella rinomata battaglia di Hastings ebbe la meglio Guglielmo il Conquistatore, in quanto, lottando contro il re sassone Aroldo II, si assicurò il controllo dell'Inghilterra. Cfr. F. DI CIOMMO, *I trusts familiari*, in G. BONILINI, *Trattato di diritto*

Per la ricostruzione del trust si rendono necessari brevi cenni storici¹, per cui occorre inquadrare il contesto di partenza² e quello immediatamente successivo, ove ricorreva l'esigenza di atipicità nelle varie situazioni di godimento.

Nel XIII sec. la Chiesa esprimeva il massimo del suo potere e il Re d'Inghilterra intendeva ridurre. Una simile avversità traeva spunto dal fenomeno della c.d. «mano morta»: i sudditi devolvevano i tributi sull'eredità e sui possedimenti al sovrano, mentre lo stesso non valeva per la chiesa con conseguente mancato introito ai danni del regno.

Vi era il timore dei *lord* che il patrimonio e i privilegi feudali potessero diminuire, visto che il loro depauperamento era dovuto in massima parte ai trasferimenti, sempre più frequenti, effettuati in favore della Chiesa.

Nel 1215 il Re d'Inghilterra, quindi, per tentare di porre freno alla sua impopolarità, concluse un accordo con un gruppo di nobili ribelli stabilendo il divieto di donazione posto in favore della Chiesa; il compromesso, però, non ebbe l'esito auspicato poiché il Re morì poco tempo dopo e il figlio mostrò condiscendenza nei confronti dell'ordine religioso.

In seguito, l'arrivo di Edoardo I d'Inghilterra permise il ripristino del previgente divieto: di fatto, gli statuti di *Mortmain* risalenti al 1279 e 1290 diedero del filo da torcere all'accrescimento dei possedimenti facenti capo agli ordini monastici.

In questa lotta fra classi veniva introdotto il trust in quanto strumento di elusione; perciò, il «*cestui a que use le feoffment fuit fait*» divenne formula largamente impiegata nella pratica commerciale. In

di famiglia, Torino, Utet giuridica Ed., 2016, pp. 1817-1818, in cui si afferma che la *Court of Chancery* si occupava delle *questio iuris* «secondo coscienza» disponendo dell'*equity*. D'altronde, i giudici di *common law* risultavano fortemente ancorati al formalismo dei *writ* fino a quando non intervennero i *Judicature Acts*, i quali segnando l'erosione dell'*equity* garantirono l'unificazione delle funzioni.



esso emergeva il rapporto tra due soggetti: *cestui que use* e *cestui que trust*. La Chiesa, assunte le vesti della prima figura, si accaparrava l'abitazione dei feudi, sebbene il titolo spettasse ad un consorzio di giuristi non riconducibili all'ordine religioso e ciò era reso possibile dal trasferimento effettuato dal disponente al *foeffe* per l'amministrazione compiuta a *beneficium* della stessa³.

Quanto esposto evidenzia l'estraneità del *trust* dalla tradizione di *civil law*, sebbene si sia affermato che: «conoscere e comprendere quindi le origini, consente di percepire come familiari realtà che a prima vista sembrano aliene»⁴. Nel diritto comune, frequente era l'impiego della nozione di *commodum* per l'identificazione dell'erede fiduciario - *rectius, fideicommissum fiduciarium* - perciò lascia riflettere il suo rinvenimento nelle disposizioni testamentarie presenti in *common law*.

Del resto, anche il c.d. *use* di matrice inglese sarebbe influenzato dall'*usus* e dall'*usufructus* del diritto romano; invero, si osserva come il rapporto tra proprietario e usufruttuario sia esente da vincoli di amministrazione.

Inoltre, si è individuato un nesso tra il *trust* e il fedecommesso pur risultando evidente la diversa sfera di operatività nonché i rimedi a disposizione: il fedecommesso vanta un'azione di tipo personale, a differenza del beneficiario del *trust* che può

invocare un *actio in rem*; nonostante ciò, con l'evoluzione dell'età classica venne riconosciuta una simile tutela anche al fedecommesso⁵.

Rimanendo in tema, il sistema di *common law* continuò ad affinare le tecniche di separazione del patrimonio sino a giungere all'enunciazione delle «tre certezze» destinate a governare il diritto dei *trusts*⁶.

È adesso doveroso indagare sull'importanza che il *trust* abbia assunto in Italia, soprattutto in virtù delle numerose dispute incentrate sulla sua ammissibilità. Di fatto, l'istituto in parola risulta ancora «incompreso»⁷ in quanto è evidente un problema di legistica, ossia di redazione e interpretazione del testo, più che di incompletezza della fattispecie⁸.

In partenza, si ricorda la tortuosa applicazione del *trust* nei traffici commerciali dal momento che fu impiegato sin dall'età antica come mezzo di aggiramento dei divieti normativi. In molti erano soliti nel denominare *trust* quello che tale non era, come nel campo delle imprese ove il timore di una procedura concorsuale⁹ dirige verso il *non-trust* per poi sfociare nella sentenza dichiarativa di nullità che coerentemente presuppone il suo riconoscimento¹⁰.

Posto ciò, è necessario affermare che nell'istituzione del *trust* i privati debbano soggiacere alle

³ In particolar modo, il *trust* era fatto ad *usum* della Chiesa.

⁴ G. LEPORE, *Trust nel modello inglese e nel modello internazionale: cenni sulle origini storiche*, in AA. VV., *Trust*, Torino, 2007, pp. 6 ss. Perciò risulta possibile il prosieguo della tradizione giuridica romanistica in Inghilterra, quindi, paradossalmente, il *trust* dovrebbe la sua nascita al diritto comune europeo.

⁵ N. LUISI, *Brevi considerazioni sull'origine romanistica della struttura negoziale del trust*, in *Studi Urbinati*, 2016, in pp. 78 ss., in cui viene alla luce l'importanza dei passi di Scevola e, più precisamente, di *Scaev.* 4 resp. D. 31, 89, 7.

⁶ La *certainty of object*, in cui viene messo in risalto il ruolo del beneficiario attribuendogli la facoltà di chiedere il trasferimento della proprietà e la sostituzione del *trustee*, ancor prima del termine ivi stabilito e difformemente dall'idea del *settlor*; la *certainty intention*, da cui scaturisce l'invalidità del «*trust sham*» che ricorre quando il disponente si sia dotato di ampie prerogative intralciando la realizzazione dell'interesse del beneficiario; la

certainty of subject matter, essendo necessario che l'oggetto rispetti i requisiti dell'identificazione o dell'identificabilità. Cfr. G. TERRANOVA, in *Il trust: la circolazione di un istituto dal diritto di equity alle moderne legislazioni offshore*, a cura di R. E. CERCHIA, *Percorsi di diritto comparato*, Milano, Milano University Press Ed., 2021, pp. 205 ss;

⁷ A. VICARI, *Il «dipo» nella (ri)lettura dei trust espressamente istituiti e nella costruzione del contratto di affidamento fiduciario*, in *Studi urbinate*, 2016, pp. 369-370.

⁸ Si tratta, dunque, di un linguaggio omissivo. In questo senso si esprime G. ALPA, *Il linguaggio omissivo del legislatore*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, fasc.2, 2017, p. 1.

⁹ Circa il *trust* liquidatorio, si segnala C. CAVALLINI, *Trust e procedure concorsuali*, in *Riv. soc.*, fasc.6, 2011.

¹⁰ Qualora il *trust* non fosse riconosciuto esso sarebbe *tamquam non esset*, ossia inesistente.

regole espresse dalla Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985 che per l'occasione venne definita «auto-referenziale»¹¹.

Il cammino che porta all'individuazione della corretta qualificazione di essa e delle disposizioni ivi contenute si mostra complesso: infatti, a guisa di esempio, non sempre viene rispettata la parte della Convenzione in cui si recita che il *settlor* possa conservare solo alcune prerogative¹².

Inizialmente, il suo ruolo residuale gli consentiva di colmare le lacune a cui l'ordinamento non poneva rimedio, basti qui pensare all'inapplicabilità del fondo patrimoniale nei confronti delle convivenze *more uxorio*¹³. Al giorno d'oggi, invece, il restauro del *trust* sarebbe imposto dal suo carattere eccentrico e non più marginale, rendendosi quindi necessaria una disamina delle norme convenzionali.

In ordine cronologico, dal combinato disposto tra l'art. 2 e 11¹⁴ della Convenzione non scaturisce la figura del *trust* celebrata in *common law*, ricorrendo, anzi, l'esigenza di fornire una nozione tale da abbracciare anche altre figure presenti in *civil law*¹⁵.

Con riguardo all'art. 4 della Convenzione, occorre affermare che l'atto di dotazione risulta sottoposto alla *lex fori*, onde l'esclusione delle questioni preliminari dell'applicazione della relativa disciplina; se così non fosse, anche le disposizioni

testamentarie rimarrebbero assuefatte dalla disciplina di diritto internazionale privato¹⁶.

All'art. 5, pur vigendo la possibilità di ricomporre il *trust* mediante l'applicazione di differenti disposizioni normative agli altrettanti elementi, è da rammentare la previsione ostativa concernente l'applicabilità della legge «qualora non preveda l'istituto del *trust* (...)»¹⁷.

A norma dell'art. 6, l'atto istitutivo del *trust* soggiace alla legge straniera selezionata dalle parti, per cui l'individuazione della medesima si rivela indispensabile anche ai fini dell'identificazione della responsabilità del *trustee*¹⁸.

A norma dell'art. 7, sovviene l'applicabilità della legge con cui il *trust* presenti maggiori legami, se l'ordinamento di cui trattasi ignora l'esistenza dell'istituto¹⁹.

All'art. 13 si riporta la facoltà degli stati contraenti di non riconoscere il *trust* interno, lasciando presupporre che l'ammissibilità nel panorama italiano sia stata implicitamente prevista, sicché dai lavori preparatori si evincerebbe che l'Italia all'atto della ratifica non abbia optato per il suo disconoscimento.

Ulteriore caposaldo è quello di cui all'art. 15, il quale sfocia nell'elencazione delle materie insusctibili di deroga, anche se siffatte norme imperative non possono intaccare il contenuto minimo essenziale, sicché «il filtro dell'art. 15 non può ostacolare

¹¹ C. FABBRICATORE, *I diritti reali minori, Percorsi della Giurisprudenza*, Napoli, De Frede Ed., 2015, p. 61.

¹² Necessariamente va limitata l'ampiezza dei poteri del *settlor*, dato che questi potrebbero porsi in rotta di collisione con le finalità proprie del *trust*; cfr. Trib. Genova 20 gennaio 2022 n. 114.

¹³ A. TONELLI, *A trent'anni dalla legge n. 364 del 16 ottobre 1989 di ratifica della convenzione sulla legge applicabile al trust ed al loro riconoscimento: il punto sul trust interno*, in *www.ilcaso.it*, 2019, p. 6.

¹⁴ L'art. 11 svolge il delicato compito di imporre l'obbligo del riconoscimento agli stati membri del *trust* costituito nel rispetto delle norme convenzionali. Quest'obbligo sarebbe poi pretermesso, se per un attimo si pensasse di esigere un maggior onere formale, in quanto dall'art. 3 sembra sufficiente la forma scritta.

¹⁵ G. PETRELLI, *Trust interno, art. 2645 ter c.c. e «trust italiano»* in *Rivista di Diritto Civile*, 2016, p. 171.

¹⁶ P. SPOLAORE, *Azione revocatoria di atto istitutivo di trust tra «disposizione», «separazione» e «protezione»*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, fasc.1, 2021, p. 8.

¹⁷ Il riferimento è, testualmente, all'art. 5 della Convenzione dell'Aja.

¹⁸ D. ZANCHI, *La tutela dei creditori e dei legittimari nel trust*, in *Rivista Iustus*, 2016, pp. 86 ss. Uno sguardo si impone sullo *shopping* giuridico, sicché tra le normative maggiormente in voga si segnalano quelle in cui ricorre il limite del dolo o della colpa grave, afferenti allo stato del *Jersey* e di Malta. Anche alla «burlatta» normativa di S. Marino potrebbe farsi riferimento; sul punto F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane Ed., 2021, pp. 989 ss.

¹⁹ Trib. Lodi 21 ottobre 2021 n. 565.



il riconoscimento di un *trust* sul presupposto dell'incompatibilità della separazione patrimoniale e della proprietà funzionalizzata del *trustee* con il principio del *numerus clausus* dei diritti reali»²⁰. Del resto, non potrebbe essere altrimenti, poiché all'inverso e cioè se l'art. 15 incidendo anche sul contenuto minimo, portasse ad un giudizio di incompatibilità con il criterio di tipicità dei diritti reali si tradirebbe la *ratio* della Convenzione dell'*Aja*.

Nell'elencazione dell'ultima norma menzionata vi rientrano anche le garanzie reali e la protezione dei creditori in caso di solvibilità. Queste ipotesi, come si avrà modo di vedere, generano di tanto in tanto qualche sospetto sulla validità del *trust*.

Va poi riportata la differente sfera di operatività dell'art. 15 nei confronti del *trust* internazionale e del *trust* interno: nell'ambito di quest'ultimo l'art. 15 estende la sua portata anche alle norme imperative interne, motivo per cui è da richiamare il rispetto dei requisiti sanciti all'art. 2645-ter c.c., ossia il termine nonché la forma del vincolo di destinazione²¹.

Va chiarito poi che il controllo sul raccordo tra il *trust* e le norme imperative non può che ricadere sul notaio e che dalla violazione di esse discende il mancato riconoscimento del *trust* nell'ordinamento giuridico interno.

Eguale è a dirsi ogni qual volta i diritti dei legittimari risultino lesi dal trasferimento del bene frutto del *trust*. In tal caso, alla tradizionale azione di riduzione si affianca l'azione protesa al disconoscimento del *trust*.

Al fine di comprendere l'importanza del limite posto dalla Convenzione dell'*Aja* si segnala l'impossibilità di aggirare la disciplina di cui all'art. 2447 c.c. in merito ai patrimoni destinati: in particolare, non sarà ad esempio possibile oltrepassare il tetto massimo del 10% del patrimonio netto della società.

Le norme di applicabile necessaria sono fatte salve dal successivo art. 16 che esige un riferimento all'art. 17 della l. 218/1995; risulta pertanto opportuno indagare sull'oggetto e sullo scopo delle norme in questione.

D'altro canto, l'art. 18 completa la scia di regole volte ad assicurare la compatibilità del *trust* con il quadro giuridico interno essendo volto alla tutela dell'ordine pubblico²².

2. IL TRUST: PROFILI STRUTTURALI E SFUMATURE APPLICATIVE

«Il *trust* è un istituto polimorfo²³, in quanto sebbene connotato dal tratto comune di essere un negozio gestorio con funzione attributiva, in concreto, può prestarsi ad attuare le più svariate finalità (...)»²⁴. Questa affermazione riassume l'essenza dell'istituto e ciò risulta testimoniato dalla più recente applicazione pratica nell'ordinamento italiano del «blind *trust*» nell'ambito della giustizia sportiva²⁵ e del «*trust* di scopo» per la diffusione e la valorizzazione dell'attività artistica.

Pertanto, è permesso dire che il *trust* sortisce anche un effetto di salvaguardia della libertà individuale e segnatamente dell'autonomia contrattuale; esso, allora, mette in risalto l'interesse sociale e

²⁰ Con queste parole si esprime G. PETRELLI, *op. cit.*, pp. 178 ss.

²¹ G. PETRELLI, *op. cit.*, p. 200.

²² AA.VV., *I trust interni e le loro clausole*, in *Consiglio Nazionale del Notariato*, 2007, pp. 63-64 ss.

²³ Sempre più ampio è l'utilizzo dei *trusts*, si pensi all'ambito delle coppie di fatto; cfr. F. DI CIOMMO, *op. cit.*, p. 1826; circa le sue innumerevoli sfumature applicative si veda anche M. LUPOI, *Il dovere professionale di conoscere la giurisprudenza e il*

trust interno, in *Vita Notarile*, 2016, p. 154, in cui si menzionano importanti casi di applicazione dell'istituto del *trust* interno, tra cui spicca la *Mediolanum*.

²⁴ F. FERRANDI, *La tutela del legittimario che assuma essere stato lesa dal trust passa per l'azione di riduzione*, in *Diritto & Giustizia*, fasc.32, 2023, p. 2.

²⁵ P. VOSSI, *Il Caso Salernitana: tra merito agonistico, divieto di multiproprietà e blind trust*, in www.studiolegalevossi.com.



collettivo grazie ai suoi numerosi campi di applicazione²⁶.

A chiusura della disamina storica risulta opportuno offrire una definizione: per *trust* si intendono i rapporti giuridici istituiti dal costituente — con atto *inter vivos* o *mortis causa* — e posti sotto il controllo di un *trustee* nell'interesse di un beneficiario o per un fine specifico. Esso presenta le seguenti caratteristiche:

- i beni del *trust* costituiscono una massa distinta e non fanno parte del patrimonio del *trustee*;
- i beni del *trust* sono intestati a nome del *trustee* o di un'altra persona per conto del *trustee*;
- il *trustee* è investito del potere e onerato dell'obbligo di amministrare, gestire o disporre i beni secondo i termini del *trust*²⁷.

L'attività del *trustee* talvolta può essere sottoposta alla vigilanza del *protector*²⁸; ciò si verifica, perlopiù, a causa della scarsa fiducia riposta nei confronti di un *trustee* distante e a volte persino sconosciuto²⁹. Una volta constatato che i poteri attribuiti al *protector* non siano soltanto di tipo obbligatorio, ma anche discrezionale, sarebbe adeguato parlare di un esperto in *investment policy* anziché di «un amico di famiglia»³⁰.

Commentata la figura del *trustee*, si rende necessaria un'analisi strutturale dell'istituto partendo dal carattere del negozio istitutivo del *trust*³¹ e dal successivo negozio di trasferimento; tutto ciò è chiaramente reso complicato dal fatto che l'atto di

destinazione non sia facilmente ascrivibile ad una categoria unitaria³².

Con maggior precisione, si dovrebbe scindere il momento pratico da quello teorico: l'unicità documentale non impedisce l'individuazione del negozio contenente la disciplina gestionale e dell'altro negozio concernente il trasferimento della *res*. In dottrina, quindi, si distingue il momento istitutivo dal momento dispositivo, anche se si tratta di un negozio giuridico complesso munito di una sola causa atta a soddisfare sia l'effetto di destinazione che quello traslativo.

Nelle pronunce recate, la giurisprudenza si è mostrata bendisposta all'accoglimento del *trust*, per quanto non siano mancate decisioni di segno contrario propense all'invalidità dell'atto di alienazione posto in esecuzione del *trust* in quanto negozio astratto di trasferimento³³.

In modo contrario a ciò, molteplici atti uniti dalla stessa causa vanno a comporre l'intricato rapporto giuridico che è il *trust*: se unilaterale è l'atto istitutivo del *trust*, bilaterale è l'atto di alienazione volto al completamento della fattispecie. Sorvolare l'idea dell'astrattezza, sarebbe dunque possibile dato che nell'atto istitutivo si coglie la giustificazione causale dell'atto di attribuzione.

Non verrebbe poi alla luce il sindacato di meritevolezza rispetto all'elemento causale, trattandosi di una valutazione effettuata a monte in sede di ratifica. Di conseguenza, la mancanza della giustificazione causale dell'attribuzione sarebbe da imputare all'invalidità dell'atto istitutivo.

²⁶ G.F. CONDÒ, *I trust interni e gli interessi della collettività: le funzioni sociali del trust*, in *Trust attività fid.*, 2010, p. 478.

²⁷ Art. 2 Convenzione dell'Aja, 1° luglio 1985.

²⁸ T. GALLETTO, *L'avvocato italiano e il trust*, in *Foro Padano*, 2007, p. 7, in cui si allude all'interesse figura dell'avvocato *protector* che, tuttavia, porta con sé conseguenze attinenti alla giurisdizione in caso di una sovrapposizione di ruoli rispetto al *trustee*.

²⁹ M. SALVATORE, *Introduzione all'Istituto del Trust*, in *Commissione Normative a Tutela dei Patrimoni*, 2012, p. 32.

³⁰ E. CORSO, *Gli standards di responsabilità del trustee nell'amministrazione dei beni soggetti a trust*, in *Rivista del Notariato*, 1996, pp. 3 ss.

³¹ M. SALVATORE, *Introduzione all'Istituto del Trust*, in *Commissione Normative a Tutela dei Patrimoni*, pp. 10 ss.

³² P. VIRGADAMO, *La costituzione di patrimoni separati per testamento: appunti e spunti a margine di un recente contributo*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2018.

³³ AA.VV., *I trust*, op. cit., 2007, p. 22.

Non è da escludere, però, che il *trustee* abbia già aderito all'atto iniziale, cosicché quest'ultimo possa definirsi bilaterale e, invero, unilaterale sarebbe l'atto di trasferimento; certo che in assenza di accettazione del *trustee*, anche se trattasi di effetti vantaggiosi, l'atto di trasferimento non potrebbe vantare un'adeguata giustificazione causale.

In realtà, più che un problema di astrattezza, la censura dovrebbe ravvisarsi nella tipicità degli atti unilaterali, sennonché dovrebbe aversi riguardo all'art. 1322 e 1324 c.c. da cui scaturisce la possibile realizzazione di atti unilaterali traslativi «atipici» purché produttivi di effetti positivi.

Valicare la sfera giuridica del terzo producendo effetti pregiudizievoli, quindi, non sarebbe affatto possibile, mentre — secondo il tribunale — ciò si verificava nel caso del *trust*, ove la giustificazione causale dell'atto di trasferimento non garantisce la realizzazione di effetti vantaggiosi.

Nel prosieguo dell'*iter* logico-deduttivo, la liberalità deve ravvivare il trasferimento di un diritto reale; liberalità che, però, sembra non essere compresa nella complessa operazione che è il *trust* che, a sua volta, neppure nell'alveo dell'art. 1333 c.c. potrebbe confluire. Nondimeno, sempre alla ratifica deve aversi riguardo per risolvere siffatta *quaestio iuris*, asserendo l'introduzione dell'inedito assetto causale del *trust*³⁴.

Così non è secondo una teoria più meticolosa: se ciò vale per la causa astratta, lo stesso non è a dirsi per quella in concreto, reputandosi necessaria la constatazione dell'interesse³⁵.

Per stabilire se il trasferimento dei beni in un *trust* sia a titolo gratuito o oneroso³⁶, è importante esaminare con attenzione il suo scopo: dal soddisfacimento dei creditori ne deriva la natura onerosa in quanto volto all'estinzione di un debito, mentre dalla liberalità del trasferimento ne scaturisce la natura gratuita. Una simile conclusione, anziché tenere conto dei motivi che hanno portato al negozio stesso, inevitabilmente concerne la natura dell'atto di trasferimento³⁷.

Invero, gratuità o onerosità dell'accordo non dovrebbero desumersi dai modelli *standard* ed astratti, bensì dall'analisi dell'interesse in gioco³⁸.

Ritornando all'ambiguità caratterizzante il *trustee*, nell'altro ambito del *trust* testamentario, ci si chiede se l'attribuzione dei beni possa rincorrere, sotto il profilo qualificativo, le categorie dell'istituzione ereditaria e legataria: si rimarca che il *de cuius* non voglia indicare il *trustee* come il proprio continuatore giuridico e morale, mentre con riferimento al legato non sembra che la volontà di attribuire i beni sia principale, quanto piuttosto strumentale. Perciò la disposizione effettuata in favore del *trustee* andrebbe relegata a quello che è oramai conosciuto

³⁴ Critico è F. DI CIOMMO, *Struttura causale del negozio di trust ed ammissibilità del trust interno*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2003, pp. 178 ss., quanto al Trib. Belluno, 27 giugno 2002. Depone in questo senso anche C. DE ROSA, *Vincolo di destinazione*, in *Ius*, 2022, p. 4, in cui si chiarisce, ricorrendo al brocardo «*invito beneficium non datur*», il rifiuto del beneficiario non partecipante.

³⁵ C. FABBRICATORE, *I diritti reali minori, Percorsi della Giurisprudenza*, Napoli, De Frede Ed., 2015, p. 64, in cui si identifica la causa in concreto con lo scopo del *trust*.

³⁶ L. PANZANI, *Il trust nell'esperienza giuridica italiana: il punto di vista della giurisprudenza e degli operatori*, in *Giur. merito*, fasc.12, 2010, pp. 18 ss.

³⁷ È importante considerare che la legge potrebbe prevedere una tassazione diversa a seconda che l'atto di trasferimento venga considerato come gratuito o oneroso. A tal proposito,

per un'adeguata ricostruzione dottrinale e giurisprudenziale in merito all'imponibilità degli atti di destinazione, si veda A. BUSANI, *Nei trust è tassato solo il trasferimento ai beneficiari*, in *Archivio storico*, 2021; A. BUSANI, *Rassegna ragionata e ricostruzione critica (alla luce di dottrina, prassi e giurisprudenza di merito) della «terza stagione» della Corte di Cassazione in tema di tassazione dell'atto di dotazione del trust*, in *Rivista di Diritto tributario*, 2020; sul punto anche C. MONACO, *Fattispecie ed effetti fiscalmente rilevanti*, in *Rivista di Diritto finanziario*, 2002; sempre lungo il versante tributario, esemplare è l'esenzione dalla corresponsione del tributo regionale inerente alla tassa automobilistica, per un'autovettura rientrante in un *trust* e volto a fare fronte ad esigenze meritevoli di salvaguardia, cfr. M. LUPOLI, *Il dovere professionale di conoscere la giurisprudenza e il trust interno*, in *Vita Notarile*, 2016, p. 155.

³⁸ Cass., Sez. Un., 18 marzo 2010, n. 6538.



come «nuovo *genus* di operazioni negoziali *mortis causa*»³⁹.

Nel *trust* testamentario, si ravvisano talune peculiarità: infatti, dalla trasmissione patrimoniale *post mortem* al beneficiario dietro l'istituzione del *trust*, risulta discussa la sua natura.

Ciononostante, qualora si accogliesse l'idea dell'atto *inter vivos* si eliminerebbe la preoccupazione di una eventuale violazione dei c.d. «patti successori». Pertanto, se l'istituzione e la dotazione del *trust* costituiscono la causa della trasmissione patrimoniale, la morte del disponente rappresenta il momento in cui questa trasmissione avviene, ben potendo, più correttamente, rilevare come il momento di esecuzione dell'attribuzione patrimoniale⁴⁰.

Così non sarebbe, però, se l'interpretazione dell'art. 458 c.c. avvenisse sistematicamente, tenendo conto del «contratto in frode alla legge» e del «motivo illecito», sicché a nulla varrebbe l'individuazione del momento morte in quanto causa od occasione⁴¹.

Ammirevole è anche la possibilità dell'interessato di far fronte ad una incapacità futura, costituendo un *trust* sospensivamente condizionato all'evento futuro e nominando un *trustee*, il quale potrebbe essere contestualmente indicato come amministratore di sostegno. Nondimeno, è da valorizzare la facoltà dei congiunti di costituire un *trust* dotato di efficacia immediata, riservandosi l'usufrutto e attribuendo la nuda proprietà al *trustee*⁴².

In assenza di una clausola avente ad oggetto la legge applicabile al testamento si pone un problema di individuazione di essa, non potendosi uniformare a quella inerente al *trust*; ne afferma la distinzione proprio l'art. 8 della Convenzione, ove ne circoscrive il perimetro⁴³.

Alle prese con queste perplessità, occorre anche menzionare l'occasione dell'esercizio di una funzione programmatica del legato ad effetti obbligatori per il soddisfacimento degli interessi *post mortem* del *de cuius*, trattandosi di un utile strumento capace di supplire alle lacune del *trust* in funzione successoria⁴⁴.

Nell'indagine⁴⁵ sull'utilizzo dei *trusts* nella protezione dei soggetti più deboli è importante esaminare se i tradizionali strumenti siano in grado di fornire un livello adeguato di tutela; la necessità di salvaguardia dei disabili varia in base alle conseguenze derivanti dalla capacità di prendersi cura dei propri interessi e di conseguenza la complessità della domanda aumenta qualora si tratti di patologie psichiche.

In via preliminare, dunque, si deve constatare che il recupero e il mantenimento della capacità di estrinsecazione della personalità del soggetto affetto da patologie risulti essere un bisogno primario, sicché la risposta proveniente dalle istituzioni non può che essere variegata, graduale e flessibile⁴⁶.

³⁹ S. T. BARBARO, *La costituzione testamentaria di patrimoni separati*, Napoli, 2017, p. 113.

⁴⁰ Cass., Sez. un., 12 luglio 2019 n. 18831; A. BUSANI, E. SMANIOTTO, *Il trust per cedere beni agli eredi non è un patto successorio*, Milano, 2022.

⁴¹ F. GAZZONI, *Tentativo dell'impossibile*, in *Rivista del Notariato*, fasc.1, 2001, p. 4, in cui si denota un utilizzo elusivo del *trust* in funzione successoria.

⁴² G. FERRANDO, *Meccanismi negoziali a protezione dei soggetti deboli*, in *Rivista Trimestrale Diritto Processuale Civile*, 2013, p. 11.

⁴³ F. SEATZU, *Il trust testamentario e la convenzione dell'Aja del 1985 relativa alla legge sui trusts ed al loro riconoscimento: il caso barton*, in *Diritto Commerciale Internazionale*, 2004, pp. 20 ss.

⁴⁴ P. MAZZAMUTO, *Note in tema di legati ad efficacia obbligatoria*, in *Europa Diritto Privato*, 2018.

⁴⁵ Cfr. A. C. DI LANDRO, *Trusts per disabili. Prospettive applicative*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2003.

⁴⁶ Ciò significa preservare e recuperare la possibilità di godere ed esercitare i diritti della personalità, in modo tale che i diversi abili non siano completamente esclusi dal circuito dei rapporti negoziali.

Quanto accennato, è messo a fuoco negli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione⁴⁷; tuttavia, sembrerebbe essere trascurata la possibile persistenza di un certo grado di lucidità e quindi, la capacità di prendere decisioni in merito a questioni minori.

Alla luce del preesistente panorama normativo, il *trust* ben può essere lo strumento capace di offrire una risposta individualizzata a siffatta domanda di protezione, poiché consente di preservare la loro posizione giuridica anche nel caso in cui non siano in grado di prendere decisioni o gestire i propri affari; in questo senso, oltre a soddisfare in tutta flessibilità⁴⁸ le più disparate esigenze economiche, sarebbe necessario anche per assicurare una più ampia assistenza a tutti coloro i quali si trovano in condizioni di particolare vulnerabilità⁴⁹.

In questo quadro si inserisce la c.d. legge sul «Dopo di noi» che per la dottrina denota la legislazione «nominalistica», dato che gli istituti richiamati non risultano regolamentati⁵⁰. Inoltre, i suoi buoni propositi sono stati sottoposti recentemente al vaglio della Corte dei conti, la quale ha intravisto un esiguo numero di beneficiari rispetto a quelli meramente potenziali, oltre che un'elevata frammentazione normativa⁵¹.

Per cui, anche se la legge si propone di garantire l'inclusione sociale e interessanti agevolazioni

fiscali, l'entusiasmo iniziale è subito frenato dall'impellente bisogno rimasto inascoltato di una disciplina *ad hoc*. Con la sua approvazione, quindi, molte persone con disabilità hanno riscosso maggiore attenzione, sebbene ci sia ancora molto da fare⁵².

Per l'individuazione dei suoi beneficiari si rende opportuno un ulteriore passo indietro. Per un lungo periodo, l'assistenza a persone con disabilità è stata pressoché ignorata, tuttavia, nel 1992 il legislatore introduce la definizione di «disabile grave» e nel 2004 la figura dell'amministratore di sostegno, con l'obiettivo di aiutare le persone fragili a godere di una vita indipendente⁵³.

Non è da escludere però, la realizzazione di un interesse secondario rispetto a quello primario concernente il disabile, così come parrebbe possibile l'auto destinazione per quanto essa lasci trasparire qualche perplessità⁵⁴.

Nel merito dell'agevolazione fiscale, volte all'incentivazione di tali iniziative, il legislatore prevede i conseguenti sgravi: per le liberalità in denaro o in natura; per la stipula di polizze assicurative; per la costituzione di *trust* o vincoli di destinazione⁵⁵.

In fin dei conti, per gli interpreti, «nel delineare all'art. 6 tra gli strumenti negoziali il *trust*, il

⁴⁷ Sul punto G. FREZZA, *La c.d. legge sul 'dopo di noi' e la trascrizione dei vincoli di destinazione in Diritto delle Successioni e della Famiglia*, 2021, pp. 1 ss., ove si segnalano importanti spunti normativi che vanno ad aggregarsi a quelli poco sopra richiamati, in particolare si ricorderà la l. 5 febbraio 1992 n. 104, «Legge quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate».

⁴⁸ Un *trust* può anche permettere al beneficiario di gestire autonomamente i propri beni, al contrario di altre soluzioni come la presenza di un esecutore testamentario, di un tutore o di un curatore. Questo accentramento di poteri necessita di un controllo sul suo operato, rendendosi necessaria la nomina di un guardiano.

⁴⁹ Un risvolto pratico è dato dal fatto che sia oramai consueto annesso un allegato all'atto istitutivo del *trust* che descriva le cure necessarie per prendersi cura del disabile: ad esempio,

potrebbe essere necessario fornire accompagnatori, un alloggio adeguato e cure mediche specifiche.

⁵⁰ P. MAZZAMUTO, *Note in tema di legati ad efficacia obbligatoria, in Europa Diritto Privato*, 2018, p. 24.

⁵¹ Corte conti, delibera 23 dicembre 2022 n. 55.

⁵² M. SORBILLI, *La c.d. legge sul "dopo di noi": una nuova tutela delle fragilità sociali*, in *Teoria e Storia del Diritto Privato*, 2020, 7 ss.

⁵³ G. FREZZA, *op. loc. cit.*

⁵⁴ D. MURITANO, *Studio n. 3, La legge 112/16 sul dopo di noi: impressioni, proposte*, in *Consiglio Nazionale del Notariato*, 2017, pp. 17 ss.

⁵⁵ Il vincolo di destinazione può essere disposto per meri scopi elusivi, prevedendo il trasferimento del bene ad un terzo al momento del decesso del beneficiario diversamente abile; si veda T. TASSANI, *Studio n. 33, legge sul "Dopo di noi" e la fiscalità degli strumenti di destinazione patrimoniale*, in *Consiglio Nazionale del Notariato*, 2017, pp. 2 ss.



legislatore guarda e risolve la questione relativa all'ammissibilità del *trust* interno»⁵⁶.

In epilogo, si può dire che il legislatore non abbia riconosciuto il *trust* come soluzione esclusiva per sostenere e proteggere i disabili, basti pensare all'art. 1 della legge *de qua*, il quale prevede la facoltà di costituire «fondi speciali, composti di beni sottoposti a vincolo di destinazione e disciplinati con contratto di affidamento fiduciario». Con riferimento a quest'ultimo, stando l'approssimazione legislativa, la dottrina si interroga sul fatto se esso possa considerarsi o meno un centro autonomo d'imputazione di interessi e se sia idoneo a produrre un effetto di segregazione⁵⁷.

A favore dei disabili si colloca, invero, anche l'art. 2645-ter c.c., sebbene si voglia affermare che il *trust* si presti ad essere più consono⁵⁸.

3. UNA QUERELLE ANCORA APERTA SUL TRUST INTERNO

Nella disamina delle diverse *species* del *genus* principale che è il *trust*, è possibile ribadire come l'alto grado di flessibilità gli permetta di mutare in base al luogo di costituzione, ai soggetti interessati e alle funzioni perseguite.

Occorre dunque individuare le due categorie principali:

- il «*trust* estero», il quale risulta costituito in paesi stranieri e per origine presenta distinti profili di internazionalità⁵⁹;

- il «*trust* interno», a sua volta rigorosamente costituito in Italia, ove l'unico elemento internazionale corrisponde alla legge applicabile al rapporto in questione.

L'ammissibilità di quest'ultimo non si è rivelata pacifica. Anzi, è in virtù di esso che si sono sviluppati i più intensi dibattiti — a volte, dalle tonalità impetuose⁶⁰ — sulla natura della Convenzione. In particolare, la dottrina si è chiesta se quest'ultima debba intendersi come afferente alla materia di diritto internazionale privato o di diritto materiale uniforme.

A tutto ciò deve aggiungersi l'inerzia del legislatore nell'individuazione di una specifica disciplina nonché l'assenza di norme convenzionali sulla tutela di cui il *trust* debba disporre⁶¹.

In grandi linee, l'orientamento minoritario ritiene che il *trust* non possa trovare spazio nell'ordinamento interno, dato che esso si pone in contrasto con i suoi principi inderogabili; una delle varie perplessità attiene alla trascrizione e più in generale all'assenza di una disciplina sostanziale capace di coniugarsi con le norme interne.

L'orientamento maggioritario, invero, ritiene che: «non si può contestare un istituto giuridico destinatario di specifiche disposizioni legislative, di ripetuti arresti giurisprudenziali (...)»⁶².

Con questa premessa è lasciata intuire la difformità ideologica ravvisata in materia, per cui va osservata la giurisprudenza per comprendere il continuo propagarsi del *trust* al fine di rispondere ai

⁵⁶ M. SORBILLI, *La c.d. legge sul "dopo di noi": una nuova tutela delle fragilità sociali*, in *Teoria e Storia del Diritto Privato*, 2020, p. 18.

⁵⁷ N. ATLANTE, L. CAVALAGLIO, *I fondi speciali nel contratto di affidamento fiduciario previsti dalla legge "dopo di noi": una nuova ipotesi di patrimonio separato?* In *Rivista del Notariato*, fasc.2, 2017, pp. 2 ss.

⁵⁸ G. FERRANDO, *Meccanismi negoziali a protezione dei soggetti deboli*, in *Rivista Trimestrale Diritto Processuale Civile*, 2013, p. 11.

⁵⁹ G. CORDA, *Trust*, in *www.exeo.it*, 2014, p. 6.

⁶⁰ D. ROSSANO, *Trust interno e meritevolezza degli interessi*, in *Rivista del Notariato*, 2008, p. 260.

⁶¹ L. PANZANI, *op. cit.*, pp. 6 ss.

⁶² M. LUPOI, *Il dovere professionale di conoscere la giurisprudenza e il trust interno*, in *Vita Notarile*, 2016, in cui ci si riferisce alla Cass. 9 maggio 2014 n. 10105. Non deve andarsi molto indietro nel tempo per notare la riluttanza della giurisprudenza nei confronti del *trust* interno, anche se minoritaria. In realtà, dovrebbe ciò rapportarsi con tutt'altra serie di pronunce contrarie, in cui ci si sbizzarriva nell'istituzione del *trust*, essendo direttamente frutto dell'autorizzazione ovvero dell'omologazione giudiziale.



quesiti che esso ha portato con sé nell'arco di un trentennio.

Rilevando, anzitutto, come soltanto poche decisioni di merito si siano espresse in senso contrario alla legittimità del *trust* interno si approda all'ammissibilità di siffatto strumento, richiamando anche le aperture sulla meritevolezza implicita del *trust*.

Questo assunto supera nettamente la tesi della residualità basandosi su un ragionamento logico deduttivo: non avrebbe il legislatore ratificato la Convenzione, qualora il *trust* non fosse stato ritenuto meritevole di tutela. In verità, dalle decisioni in questione sembra scaturire, non tanto un perfetto negozio giuridico, bensì il diritto di istituire un *trust* e cioè ipotesi atipiche *ex art.* 1322 c.c.⁶³

Risulta utile riportare taluni casi giurisprudenziali⁶⁴: una «sostituzione fedecommissaria» era la censura addotta dalla ricorrente per la caducazione del testamento, in quanto l'intero patrimonio trasmigrava nelle mani di un *trustee*. I giudici ritennero la disposizione valida interpretandola come una «disposizione istitutiva di *trust*», atteso l'obbligo di riconoscere i *trusts* esteri sottoposti a legge straniera e pur rimanendo inatteso l'esercizio dell'azione di riduzione⁶⁵.

Nel prosieguo si sostenne che l'acquisto effettuato da un *trustee* non in proprio ma nella sua qualità fosse trascrivibile, sottolineando che l'istituto del *trust* era stato integrato nell'ordinamento italiano tramite l'adesione alla Convenzione⁶⁶.

La giurisprudenza di legittimità⁶⁷ affrontò il caso avente ad oggetto la creazione di un *trust* per l'amministrazione e la gestione dell'immobile sito in Londra a beneficio della prole, ove ambedue i

coniugi assumevano rispettivamente le vesti di *trustee*. Come esito, si affermò l'applicazione della legge inglese alla fattispecie e d'altra parte, con la medesima pronuncia venne ribadita la competenza del giudice italiano⁶⁸.

Malgrado ciò, autorevoli studi⁶⁹ mostrano come la Convenzione non abbia portato all'introduzione di un *trust* di diritto interno e del resto, dall'esegesi dell'art. 1, negativa sarebbe la risposta data alla natura uniforme. Il testo, pertanto, detterebbe disposizioni comuni aventi il fine ultimo di individuare la legge applicabile; differenze di non poco conto, dal momento che si è soliti invocare la sussistenza di una norma materiale uniforme per giustificare quella che è definita una «bizzarria giuridica»⁷⁰.

Un secondo orientamento asserisce che la Convenzione debba intendersi tanto di diritto internazionale privato, quanto di diritto materiale uniforme⁷¹. Riconoscere il *trust* istituito all'estero che abbia le caratteristiche dettate dalla Convenzione, dimostra come l'Italia ritenga questo istituto meritevole di tutela, ragion per cui non è possibile che un *trust* istituito all'estero possa operare in Italia e che, al contrario, non possa essere direttamente lì istituito. Pertanto, è il caso di ragionare in termini di autonomia e di uguaglianza, atteso che il mancato riconoscimento del *trust* interno darebbe luogo alla violazione del principio di cui all'art. 3 Cost⁷².

Al contrario, si afferma che la disparità di trattamento sarebbe sorretta dalla divergenza tra la

⁶³ A. TONELLI, *op. cit.*, pp. 2 ss.

⁶⁴ C. RINALDI, *Il riconoscimento del trust e i poteri del giudice: primi sforzi della giurisprudenza di legittimità*, in *Giustizia civile*, 2011, pp. 2 ss.

⁶⁵ Trib. Lucca 23 settembre 1997 n. 3391; cfr. AA.VV., *I trust interni e le loro clausole*, in *Consiglio Nazionale del Notariato*, 2007, p. 21.

⁶⁶ Trib. Chieti 10 marzo 2000; Trib. Bologna 18 aprile 2000.

⁶⁷ Cass., Sez. I, 13 giugno 2008 n. 16022.

⁶⁸ Si veda anche Cass., Sez. un., 18 marzo 2019 n. 7621.

⁶⁹ L. PANZANI, *op. cit.*, p. 4.

⁷⁰ *Contra* F. GAZZONI, *Manuale, op. loc. cit.*; questa bizzarria giuridica risulta dovuta alla disposizione di cui all'art. 2 che contraddice il caposaldo di cui all'art. 2740 c.c.

⁷¹ Cioè come legge regolatrice del *trust* istituito in Italia da un disponente e da un *trustee*, entrambi di nazionalità italiana, con riguardo a beni esistenti anche in Italia.

⁷² M. LUPOI, *Trusts*, Milano, Giuffrè Ed., 2001, p. 537.

situazione caratterizzata da elementi di estraneità e situazione interna⁷³.

Indipendentemente dal fatto che la Convenzione abbia voluto legarsi soltanto al *trust* internazionale, in virtù del combinato disposto di cui agli artt. 1322 c.c. e 41 Cost., dovrebbe sostenersi l'ammissibilità del *trust* interno⁷⁴ ponendovi a supporto l'art. 6 nonché l'art. 13 che si paleserebbe come norma di chiusura dal ruolo marginale⁷⁵.

Diversa è, invece, la soluzione a cui si perviene qualora si limiti il concetto di «scelta della legge applicabile» pretendendo un «contrasto tra leggi nello spazio»⁷⁶.

A sventura dell'operatore, le opinioni non cessano. Vi è chi sostiene che l'ammissibilità del *trust* interno porterebbe ad una maggiore rilevanza della scelta della legge straniera, comportando l'introduzione di strumenti giuridici di un altro paese nell'ordinamento interno; tuttavia, a questa affermazione si è contrapposto il punto di vista di coloro i quali ritengono che la Convenzione non preveda un limite simile.

D'altronde l'analisi di ulteriori Convenzioni internazionali, quali quella dell'*Aja* del 1955 sulla vendita di cose mobili, dimostra che i redattori fossero consapevoli del tema. Pertanto, si può concludere affermando che la Convenzione non sembra essere ostile all'utilizzo del *trust* interno, sebbene non sia esclusa la presenza di disposizioni normative capaci di limitarne l'utilizzo⁷⁷.

Si pone l'accento sulla demarcazione tra la «proprietà formale» del *trustee* e il «diritto di credito» del beneficiario, poiché l'idea della *dual ownership* causerebbe notevoli problemi di trasposizione nel sistema italiano, atteso il riferimento dell'art. 832 c.c. al «contenuto del diritto»⁷⁸.

Invero, tanto il *trustee*, quanto il *settlor* sarebbero estromessi dalla titolarità del diritto di proprietà, dato che i beni non farebbero più capo al *trustee*. Per cui, in modo inedito, si afferma che il *trust* debba essere inteso come un «centro autonomo di imputazione, al quale potrebbe ipoteticamente riferirsi la proprietà dei beni». Il legame con la categoria della persona giuridica sarebbe a *fortiori* possibile con riferimento al «*charitable trust*» e peraltro questa prospettiva sarebbe avallata dal silenzio della Convenzione⁷⁹. In realtà una simile ricostruzione appare oramai passata e quindi da rigettare⁸⁰.

La proprietà fiduciaria posta a capo del *trustee* non evoca però tutte le prerogative scaturite dal tradizionale diritto di proprietà. Significativa è infatti l'estinzione del vincolo per il tramite delle clausole di modifica e revoca nonché la previsione della responsabilità da inadempimento ricadente sempre sul *trustee*⁸¹.

Certo che per giustificare l'idea di una proprietà più formale che sostanziale, a questo punto è interessante ricordare che l'evoluzione legislativa⁸² ha segnato l'innesto di figure proprietarie dissimili da quelle tradizionali. In sostegno dell'idea che la concezione della proprietà unica sia obsoleta,

⁷³ U. BERLONI, *op. cit.*, pp. 2-3.

⁷⁴ F. DI CIOMMO, *I trusts*, pp. 1822-1823, in cui non si esita definirlo come un *trust* «tricolore».

⁷⁵ D. ROSSANO, *Trust interno e meritevolezza degli interessi*, in *Rivista del Notariato*, 2008, p. 261.

⁷⁶ U. BERLONI, *op. cit.*, p. 4.

⁷⁷ L. PANZANI, *op. cit.*, p. 4.

⁷⁸ Questa, si scinderebbe nel *legal title* e nell'*equitable interest*, a loro volta oggetto di tutela, rispettivamente, del *common law* e dell'*equity*; cfr. F. DI CIOMMO, *op. cit.*, p. 1819, ove, tra l'altro, si coglie l'occasione di richiamare la Corte giust. 17 maggio 1994, *Webb c. L.D Webb*.

⁷⁹ U. BERLONI, *Risvolti processuali della qualificazione del trust interno come soggetto di diritti*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Civile*, 2005, pp. 7 ss.; è interessante notare come il riconoscimento della soggettività giuridica possa portare con sé notevoli risvolti in chiave tributaria e fiscale.

⁸⁰ *Contra* F. GAZZONI, *op. cit.*, p. 991, all'idea dell'ente giuridico, richiamando a supporto la Cass., Sez. III, 27 gennaio 2017 n. 2043.

⁸¹ F. DI CIOMMO, *Il trust e la sua modificabilità: riflessioni sulla "proprietà" del trustee*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2001, p. 394.

⁸² D. lgs. 9 novembre 1998, n. 427.

vengono citati i casi delle «s.i.m.» e delle «multiproprietà».

Questi casi sembrano respingere le obiezioni all'accettazione del *trust* interno fondate sul principio del diritto di proprietà unitario e sulla limitazione dei diritti reali.

Eppure, siffatte figure normative non sono esempi adatti a questo scopo, poiché il rapporto tra il cliente e la «s.i.m.» è simile al negozio fiduciario di tipo romanistico, così come non ricorre alcuna violazione dell'ordine pubblico dato che una sola entità detiene il diritto di proprietà⁸³.

Secondo parte della dottrina non ricorre alcun pregiudizio al c.d. *numerus clausus* dei diritti reali, vista e considerata la ratifica voluta dal legislatore⁸⁴.

Sotto un altro aspetto, i detrattori del *trust* interno invocano poi a larga voce il *vulnus* al principio di responsabilità patrimoniale, mentre i suoi convinti sostenitori sfociano in una differente interpretazione del dato normativo.

All'inizio, l'art. 2740 c.c. ricopriva il ruolo di pilastro, facendosi discendere l'inammissibilità di qualsiasi atto di destinazione volto a sottrarre uno o più beni alla garanzia patrimoniale generale.

Dopo di ciò, la sua portata dogmatica fu gradualmente modificata con il riconoscimento della facoltà di imprimere un fine determinato alla destinazione⁸⁵.

Si è anche ritenuto che l'effetto voluto dalla Convenzione sia unicamente quello della separazione patrimoniale implicitamente ammessa dalla

ratifica stessa, cosicché possa ritenersi rispettata la riserva di legge⁸⁶.

Inoltre, un'analisi eziologica della Convenzione conduce all'esclusione del contrasto tra l'effetto di segregazione e l'ordinamento interno, poiché in tal caso il legislatore avrebbe assunto un comportamento diverso⁸⁷.

Il superamento del dogma dell'indivisibilità del patrimonio sarebbe quindi imposto dall'emergere di nuove forme di patrimoni separati e quindi dall'efficienza economica derivante dalla segmentazione della responsabilità patrimoniale.

Resistono, ancora una volta, gli operatori contrari alla minimizzazione del canone in questione per via di una mera espansione economica⁸⁸.

Tutto sommato, può dirsi prevalente l'orientamento secondo cui il principio di responsabilità patrimoniale risulta abbandonato al corso degli eventi e alla relatività, considerato l'innesto voluto dal legislatore. Di fatto, tanto la proprietà, quanto il patrimonio, risultano smembrati e distinti in un'ottica funzionale⁸⁹ vista anche l'ampiezza delle eccezioni all'art. 2740 c.c.⁹⁰

Giunge al medesimo risultato, ma intraprende un percorso diverso, l'orientamento secondo cui la separazione patrimoniale non debba essere ricondotta nell'alveo delle eccezioni al principio di responsabilità: essendo un atto di disposizione del patrimonio si rende sufficiente la tutela offerta

⁸³ L. RAGAZZINI, *Trust «interno» e ordinamento giuridico italiano*, in *Rivista del Notariato*, fasc.2, 1999, pp. 17-18.

⁸⁴ R. GIAQUINTO, *Il principio del numerus clausus e la proprietà speciale*, in *www.camminodiritto.it*, 2019, p. 17.

⁸⁵ Un esempio di ciò è l'istituto del fondo patrimoniale ex art. 167 c.c. ove la separazione in un patrimonio specifico è motivata dai bisogni familiari a cui tale fondo è esclusivamente dedicato; cfr. R. MADDALUNA, *I negozi di destinazione patrimoniale e la garanzia patrimoniale generica*, in *Giuricivile*, 2018.

⁸⁶ Trib. Bologna 1° ottobre 2003; A. GAMBARO, *Notarella in tema di trascrizione degli acquisti immobiliari del trustee ai sensi della XV Convenzione dell'Aja*, in *Rivista di Diritto Civile*, p. 263.

⁸⁷ AA.VV., *I trust*, *op. cit.*, p. 56. In questo senso, si tratta di una norma di diritto sostanziale uniforme, sicché la deroga deve rintracciarsi esattamente all'art. 11 della Convenzione.

⁸⁸ M. BIANCA, *Atto negoziale di destinazione e separazione*, in *Rivista di Diritto Civile*, 2007, pp. 168 ss.

⁸⁹ S. PEPE, *Il vincolo di destinazione in funzione successoria*, in *Rivista del Notariato*, 2017, pp. 3-4.

⁹⁰ D. ROSSANO, *Trust interno e meritevolezza degli interessi*, in *Rivista del Notariato*, 2008, p. 262. In proposito, va segnalato che l'orientamento in questione debba fare i conti con chi continua a ritenere la «responsabilità patrimoniale» un principio di ordine pubblico.

dall'azione revocatoria finalizzata al soddisfacimento dell'interesse del creditore anteriore⁹¹.

Inoltre, l'art. 2740 c.c. non andrebbe letto in combinato disposto con l'art. 18 della Convenzione, in quanto la responsabilità patrimoniale non costituirebbe un principio di ordine pubblico⁹².

L'istituto del *trust* incide poi inevitabilmente sull'ordine dei creditori, per cui il riferimento è anche al dogma della *par condicio creditorum*.

In via preliminare occorre però esplorare il divieto del patto commissorio nonché il patto marciano e il bisogno di un sistema di garanzie a passo con i tempi.

Nel versante giurisprudenziale la lettura dell'art. 2744 c.c. risulta essere ampia⁹³, infatti si approda alla nullità della vendita con patto di riscatto anche in base all'inammissibilità delle garanzie reali atipiche⁹⁴.

Nondimeno, a passo con i tempi, si afferma che: «il divieto del patto commissorio non è configurabile qualora il trasferimento avvenga allo scopo di soddisfare un precedente credito rimasto insoluto»⁹⁵.

Venendo al dunque, principio della *par condicio creditorum* risulta violato dal patto commissorio che in quanto tale comporta la riduzione del processo esecutivo di competenza statale. Se così non fosse, sarebbe possibile destinare i beni al soddisfacimento dei creditori in caso di inadempimento, limitando il diritto di disposizione del bene. Pertanto, il divieto in parola viene introdotto sotto forma di misura di tutela per gli interessi, tanto

individuali, quanto sociali, volendosi evitare un sistema alternativo di autotutela del credito⁹⁶.

Da tenere distinto per quanto afferente è il patto marciano⁹⁷ che pur consistendo nell'autotutela esecutiva del creditore si contraddistingue per via della conservazione del valore della *res*. Non stupisce, allora, come anche la posizione giuridica del debitore sia protetta, se si considera la previsione di un corrispettivo commisurato al valore della cosa; al seguito della stima del bene eventuali eccedenze andranno restituite, garantendo equità nell'ambito dei rapporti contrattuali.

Il creditore non potrà appropriarsi dell'immobile indipendentemente dall'importo del debito, poiché qualsiasi eccedenza costituirebbe un arricchimento senza causa. Infine, prendendo le distanze dalla tradizione letterale, parrebbe doversi trattare della figura del «patto commissorio condizionato» istitutivo di un inedito diritto reale di garanzia nonché modificativo dell'ordine dei creditori⁹⁸.

In ambito commerciale, è sempre più frequente il propagarsi di nuovi patti marciari. Un'evoluzione in tal senso deve le sue sorti all'inefficienza delle procedure esecutive, la quale è dovuta alla crisi del mercato immobiliare e alla lentezza soddisfattiva. Emerge un vero e proprio incentivo per la concessione del credito⁹⁹, anche se ricorre il timore che l'inadempimento non sia di una gravità tale da sopportare il richiamo della clausola marciana¹⁰⁰.

Molti altri strumenti sono stati intercalati nella prassi commerciale e tutti sono risultati

⁹¹ P. COPPINI, *Azione revocatoria e destinazione patrimoniale, tra autonomia negoziale e tutela del credito*, in *Contratto e Impresa Europa*, 2021, pp. 143-144.

⁹² AA.VV., *I trust*, *op. cit.*, p. 21.

⁹³ C. FABBRICATORE, *op. cit.*, pp. 72-73.

⁹⁴ Cass. 6 dicembre 1983 n. 7271; Cass. Sez. un., 3 aprile 1989 n. 1611; Cass., Sez. un., 21 aprile 1989, n. 1907.

⁹⁵ Nel senso della progressiva erosione del divieto del patto commissorio si segnala Cass. 17 giugno 2022 n. 19694.

⁹⁶ E. CARBONE, *Debitoris suffocatio e patto commissorio*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Civile*, 2012, pp. 5-6; I. RADOCCIA, *La ratio del divieto del patto commissorio*, in *Giur. mer.*, 1997, p. 3.

⁹⁷ Sul punto G. ALPA, *Il linguaggio omissivo del legislatore*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Civile*, 2017, pp. 9-10.

⁹⁸ G. ALPA, *op. loc. cit.*

⁹⁹ G. D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano*, in *Europa Diritto Privato*, 2017, p. 5.

¹⁰⁰ G. D'AMICO, *op. cit.*, p. 6.



caratterizzati dall'obiettivo comune di favorire lo sviluppo dell'autonomia contrattuale tramite la diffusione di nuove forme di garanzie atipiche. Se ciò è vero dalla parte del creditore, in quanto vengono offerte maggiori garanzie sull'adempimento dell'obbligazione, lo stesso non è dalla parte del garante, in quanto esposto a maggiori abusi. Ecco spiegato il perché il *trust* debba fungere da filo conduttore tra i modelli statici e la realtà dinamica¹⁰¹.

Con l'evolversi del sistema giuridico, ulteriori eccezioni hanno toccato il canone della *par condicio creditorum*, che si ricorda essere diretto pur sempre a garantire l'equilibrio tra i diversi interessi in gioco nell'ambito della procedura espropriativa.

Merita attenzione, dunque, l'evoluzione applicativa del divieto del patto commissorio e l'involuzione dei precetti di cui agli artt. 2740-2741 c.c. Occorre però apprezzare che l'impiego del c.d. *trust* di garanzia non dovrebbe produrre alcuna lesione del divieto *ex art.* 2744 c.c.¹⁰² Eppure, esso talvolta collide con il principio della *par condicio creditorum*, come nel caso in cui ricorra la situazione di insolvenza del debitore, la quale osta all'istituzione del *trust* di garanzia provocandone la nullità¹⁰³.

In particolare, si rintraccia una violazione degli artt. 15 e 18 della Convenzione dell'*Aja*, laddove il *trust* si riveli sostitutivo in toto della procedura concorsuale o comunque capace di pregiudicare il ceto creditorio¹⁰⁴.

Del resto, ciò è quanto affermato dalla giurisprudenza più recente in un caso riguardando il conferimento in *trust* del 60% del capitale sociale onde ottenere il soddisfacimento preferenziale dei creditori in una già prefigurata crisi d'impresa¹⁰⁵.

Ci si chiede se il *trust* liquidatorio lesivo della procedura concorsuale possa essere irricognoscibile *ex art.* 13 della Convenzione e nullo per difetto di causa *ex art.* 1344 c.c. il successivo negozio di trasferimento, oppure se la violazione dell'art. 15, co. 1, lett. e) della Convenzione debba comportarne l'inopponibilità ai creditori e dunque l'esercizio dell'azione di rivendica. In altri termini, sebbene la giurisprudenza¹⁰⁶ indichi la strada da seguire, secondo la dottrina è opportuno sgombrare il campo da ogni equivoco: o il *trust contra legem* è inefficace perché deroga alla legge fallimentare o si si giunge al suo mancato riconoscimento per via dell'insolvenza dell'imprenditore. Perciò, un conto è il corpo di norme di cui agli artt. 15-16 e 18 che coerentemente presuppongono il riconoscimento del *trust*, altro conto è l'art. 13¹⁰⁷.

4. CONCLUSIONI

Per come si è visto, non è indubbio che la Convenzione dell'*Aja* debba intendersi solo di diritto internazionale privato o anche di diritto materiale uniforme.

Malgrado l'impossibilità pratica di una trattazione esaustiva del negozio di destinazione, la questione si è schiusa in due distinti orientamenti.

Il primo orientamento, cioè la certezza e l'immodificabilità del diritto salvo espresso intervento legislativo, auspica una struttura priva di sconfinamenti sotto l'esercizio delle funzioni; l'obiettivo sarebbe, allora, quello di porre fine al fenomeno delle sentenze additive e delle acrobazie giuridiche¹⁰⁸.

Il secondo orientamento, cioè l'integrazione mediante interpretazione, ha introdotto invece una creazione esegetica secondo cui la sigla alla XV

¹⁰¹ F. ROTA, G. BIASINI, *Il trust e gli istituti affini in Italia*, Giuffrè, 2012, p. 109.

¹⁰² E. SIGNORI, *Trust e Impresa in Crisi*, Sapienza Università ed., 2020, pp. 56 ss.

¹⁰³ P. SPOLAORE, M. SABBIONI, *Trust di garanzia istituito da debitore insolvente*, in *ilsocietario.it*, fasc., 2020.

¹⁰⁴ F. TEDIOLI, *Trust con funzione liquidatoria e successivo fallimento dell'impresa*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2010, p. 496.

¹⁰⁵ Trib. Milano, Sez. spec. impresa, 7 marzo 2022.

¹⁰⁶ Cass. Sez. I, 9 maggio 2014 n. 10105.

¹⁰⁷ S. PAGLIANTINI, *Autonomia privata, trust liquidatorio e tutela dei creditori*, in *Giustizia civile*, 2014.

¹⁰⁸ F. GAZZONI, *Tentativo, op. cit.*, p. 5.



Convenzione deve le sue sorti alla necessità di uno *enforcement* nel campo degli investimenti; il mancato riconoscimento del *trust* interno produrrebbe effetti negativi nel sistema italiano, divenendo quest'ultimo meno attrattivo lungo il piano finanziario¹⁰⁹.

Infine, sembra che nemmeno l'art. 2645-ter c.c. abbia condizionato il *trust* interno, già ampiamente riconosciuto dalla Corte di cassazione, dal Consiglio Nazionale del Notariato e dall'Agenzia delle entrate.

Lungo questo versante, deve dirsi che: «esiste un cammino dell'ordinamento verso la specializzazione dei patrimoni», cammino a cui contribuisce la giurisprudenza in funzione suppletiva rispetto alle lacune normative¹¹⁰.

Per concludere, seppure possa sembrare evidente la necessità di una regolamentazione del *trust* interno, la risposta ad una simile domanda, quasi a primo impatto dal sapore teorico, risulta meno scontata.

Di fatto, conferendo la giusta importanza alle fonti tradizionali e ovviando al timore di una continua forma di frammentazione dell'ordinamento, è permesso riconoscere l'esistenza di un ben delineato sistema giuridico applicabile alla fattispecie del *trust* interno; il substrato normativo, costituito dal tradizionale comparto codicistico, sarebbe altresì integrato dal complesso giurisprudenziale e completato dalla prassi degli operatori.

Evitare, dunque, l'inserimento di una legge *ad hoc* non solo sarebbe garantirebbe l'unità del diritto, ma eviterebbe anche la deriva assai rischiosa che il *trust* interno si ritrovi sigillato in un apposito schema restio alla sua medesima evoluzione¹¹¹.

¹⁰⁹ Contra F. GAZZONI, *Il cammello, il leone, il fanciullo e la trascrizione del trust*, in *Rivista del Notariato*, 2002, pp. 3-4, all'affermazione di A. GAMBARO, *Notarella in tema di trascrizione degli acquisti immobiliari del trustee ai sensi della XV Convenzione dell'Aja*, in *Rivista di Diritto Civile*, pp. 257 ss.

¹¹⁰ M. LUPOI, *Gli atti di destinazione nel nuovo art. 2645-ter c.c. quale frammento di trust*, in *Rivista del Notariato*, 2006, p. 467.

¹¹¹ L. GATT, *Il trust c.d. interno: una questione ancora aperta*, in *Notariato*, 2011, pp. 292-293.

**QUAL È IL DIRITTO GIUSTO PER INTERNET?**di **Martina MANGANELLI*****ABSTRACT**

Il presente contributo si pone l'obiettivo di affrontare il delicato tema dei confini tra i diversi mezzi di diffusione del pensiero, fluttuanti e sempre meno netti, le categorie rigide non più rispondenti e la realtà tecnologica in continua evoluzione, che rivelano l'obsolescenza delle vecchie regole poste dal legislatore. Non è possibile rassegnarsi a che l'evoluzione dettata dalla rivoluzione digitale possa inaridire la ragione. Il fine dell'elaborato è dimostrare che esistono gli strumenti per dare una risposta diversa e costituzionalmente adeguata: tra essi sicuramente ci sono i principi del costituzionalismo, il free market basato su una effettiva concorrenza tra le piattaforme e sulla libera circolazione informativa. Con questi strumenti si potrà promuovere uno sviluppo dell'economia digitale che tuteli la concorrenza, che non alimenti il digital divide e che rispetti le libertà fondamentali dell'individuo.

SOMMARIO

1. Premessa	51
2. La self regulation come prospettiva di regolamentazione	54
3. L'oversight board di facebook: il controllo dei contenuti tra procedure private e norme pubbliche	55
4. La coregulation come prospettiva auspicabile	56

* Dottoressa in Giurisprudenza presso Università degli Studi di Milano-Bicocca.

¹ Si tratta di casi limite, ma non rari, se il riferimento è alle indagini che sono state avviate in vari Paesi per verificare la possibile influenza di altri Stati per gli equilibri politici internazionali. In questo filone si colloca anche il libro di A. NICITA, *Il mercato delle verità. Come la disinformazione minaccia la democrazia*, Il Mulino, Bologna, 2021. Lo studioso, ordinario di politica economica alla Lumsa ed ex commissario AGCOM, vede nella realtà digitale un ambiente ostile o comunque pericoloso, nel quale l'utente crede di muoversi liberamente, ma in realtà è guidato dall'algorithm.

² Partiamo dalla lezione di Lessig, secondo il quale sarebbero quattro gli strumenti da impiegare: law, self-regulation, market

5. Chi sarà candidato al ruolo di legislatore sovraordinato?	58
6. La tensione tra l'essere e il dover essere in rete	59
7. Considerazioni conclusive sulla ricerca di una governance in rete	60

1. PREMESSA

Legislatori, autorità e studiosi da tempo si interrogano sulle prospettive di regolazione in Rete, per il timore che quelle che sono percepite come lacune normative espongano la stessa democrazia a gravi rischi¹. Al momento non esiste né una regolazione imperativa tendenzialmente universale, né una regolazione senza confini. Internet si presenta come un puzzle di discipline geograficamente differenziate riferibili ai singoli stati nazionali, in evidente contraddizione con la sua natura a-spaziale, allergica ai localismi regolatori. Questa confusione legislativa è riconducibile, con il limite dell'approssimazione, a due modelli di fondo². Da un lato, abbiamo regole destrutturate sulla governance della Rete e meno invasive delle libertà individuali, che alimentano il movimento circolare di idee, recettore della proposta culturale e informativa³.

and architecture. L. LESSIG, *Code Version 2.0*, Perseus Books Group, New York, 2006, pp. 290 ss. Una proposta ben articolata oltre l'insegnamento di Lessig si deve a C.D. RAAB, P. DE HERT, *Tools for technology regulation: seeking analytical approaches beyond Lessig and Hood*, in R. Brownsword- K. Yeung, *Regulating technologies*, Hart publishing, Oregon, 2008, p. 263 ss.; da ultimo, ma meno convincente, si veda A. MURRAY, *Information technology law*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 62-66.

³ Tra i sostenitori della Rete come realtà extra ordinem, allergica a ogni forma regolativa, si veda: D. R. JOHNSON- D. POST, *Law and Bordes. The rise of Law in Cyberspace*, in Stan L. Rev., 48, 1995-1996. Tra coloro che ritengono possibile la duplice di Internet delle esperienze tratte dal mondo



Dall'altro lato, incontriamo regole severe rispetto alle libertà, potenziali strumenti censori sulle forme nuove di espressione del pensiero⁴. Il ricorso dei governi a tali regolamentazioni si appella ai presunti pericoli alla democrazia ma, in realtà, fa trasparire un'azione finalizzata a minarla per il timore di incontrollabili correnti che agitano la Rete.

Le domande che attraversano il dibattito sulla Rete non trovano una risposta univoca e generalmente condivisa: il diritto del Web deve essere, dunque, affrontato nella consapevolezza della sua straordinaria complessità. Da questo punto di vista, il diritto auspicabile per Internet è il diritto egualitario che non ponga discriminazioni, espressivo di regole che non siano determinate dai confini geopolitici. L'ideazione ed applicazione delle strutture

concreto: E. COHEN, *Cyberspace as/and Space*, in *Colum L. Rev.*, 107, 2007, in part. a p. 216; T. S. WU, *Cyberspace Sovereignty? - The internet and the international system*, in *Harv. Jour. L. Tecn.*, 10, 1997, pp. 662-665. Ancora una posizione diversa è quella di chi ritiene che il ricorso alla self-regulation contenuta in una cornice disegnata in anticipo da un Legislatore: L. LESSIG, *Code Version 2.0*, Perseus Books Group, New York, 2006, pp. 290 ss.

⁴ Gli USA sono stati autori di posizioni censorie sulla rete, in occasione della presentazione del *Protect IP Act*, una proposta di legge che tendeva a sanzionare a vario titolo il trasgressore del diritto d'autore in rete. Rispondeva alla medesima logica anche lo *Stop Online Piracy Act*, 25 ottobre 2011. Su questo testo fu posto il veto dal Presidente Obama. Per un'analisi delle proposte, si veda D. S. LEVINE, *Bring in the Nerds: Secrecy, National Security and the Creation of International Intellectual Property Law*, in *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, vol. 30, 2012, pp. 105-151.

⁵ L'espressione si deve al lavoro di W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, Milano, Quodlibet, 1963. Pubblicato per la prima volta nel 1929, è uno dei vertici speculativi dell'Istituzionalismo Giuridico europeo. Widar Cesarini Sforza, uno dei suoi interpreti più esigenti e lucidi, non si limita a dimostrare che la giuridicità e la normatività si dicono in molti modi e che il pubblico e la politica possono abitare altrove e manifestarsi altrimenti da come l'immaginario della sovranità ci ha imposto di credere. Viene illuminato il piano dei rapporti ordinari per mostrare che le regole che tra di noi istituiamo hanno un tenore giuridico e una consistenza normativa in nessun modo inferiore o subalterna alle leggi dello Stato o alle regole implicite del mercato. Sono norme che si nutrono delle idealità di base: stanno in un continuum con norme etiche, così J. HABERMAS, *Teoria dell'agire comunicativo*, vol II, Il Bologna, Mulino, 1986, p. 1036.

di *governance* democratiche e rappresentative della pluralità degli attori sociali riflette l'universalità della Rete e la sua intolleranza ai confini. È indispensabile che una pluralità di attori possa dialogare per introdurre regole comuni, secondo un modello definito appunto *multistakeholder* e *multilevel*. Soggetti a livelli diversi con molteplici strumenti negoziano per rendere effettivo il patrimonio comune di diritti. La regolamentazione deve essere, da un lato, autoritativa e, d'altra parte, autodeterminazione, al fine di rispettare la multiforme e fluida realtà della continua evoluzione tecnologica. Sarebbe un errore ridurre le regole di Internet al «diritto dei privati»⁵, per la presenza di una volontà normativa pubblica⁶. Questa combinazione di

⁶ Secondo Gallo non risulta «[...] accettabile affidare alle multinazionali informatiche il futuro dei diritti politici, civili e sociali nel mondo virtuale del cyberspazio. Se si seguisse la via della spontanea autoregolamentazione [...], si correrebbe infatti il rischio di concentrare i poteri e le risorse nelle mani delle società multinazionali e degli Stati dominanti, i quali avrebbero così il vantaggio di utilizzare Internet solo per i propri interessi. [...] Sarebbe come lasciare la tutela dei diritti in Rete solo all'iniziativa dei soggetti privati, i quali, in assenza di altre iniziative, appariranno come le uniche istituzioni capaci di intervenire. Sarebbe, in particolare, come accettare una privatizzazione del governo di Internet senza che altri attori, ai livelli più diversi, possano dialogare e mettere a punto regole comuni. In questa situazione tutto avverrebbe, meno che configurare una cittadinanza elettronica democratica. Per evitare questi risultati non resta, quindi, che prendere atto che viviamo ancora in un'epoca tecnologica in cui manca una disciplina super partes che garantisca con pienezza, senza discriminazioni e a livello planetario, i diritti fondamentali di informazione dei cittadini e le libertà degli utenti. Ed occorre anche prendere atto che la questione della democrazia di Internet può essere risolta solo costituzionalizzando la Rete nel senso di porre tali diritti fondamentali al centro del potere informatico degli Stati e delle corporations. Il che – lo ripeto – dovrebbe avvenire non affidandosi alle regole spontanee del mercato, ma regolando tali diritti e tali libertà con norme costituzionali sia statali sia sovranazionali. [...] Il fatto è che, se non si introdurrà in futuro una soddisfacente regolamentazione del cyberspazio su base transnazionale, transgenerazionale e non ideologica, difficilmente la Rete potrà costituire un sicuro spazio di libertà e si presterà, anzi, sempre più a manipolazioni e distorsioni comunicative». F. GALLO, *Lectio magistralis su: Democrazia 2.0. La Costituzione, i cittadini e la partecipazione*, svolta a chiusura del Festival



diritto spontaneo e regole imperative esclude l'accostamento della Rete ad un ordinamento giuridico originario che non tollera ingerenze altrui, a meno che non le accetti⁷. L'obiettivo da perseguire è, pertanto, quello di delineare una cornice giuridica che garantisca il rispetto dei diritti, nella quale le nuove tecnologie non portino ad una concentrazione, bensì ad una diffusione del potere sociale e politico⁸. Soltanto in tal modo si può garantire che Internet non degradi a strumento di diffusione e amplificazione delle disuguaglianze ma continui ad essere veicolo di conoscenza, libertà, e promozione umana, e che il potenziale creativo delle nuove tecnologie accresca le possibilità di confronto aperto fra idee, per una conoscenza libera e pluralista. Tale ragionamento implica che la normazione rimanga a un livello minimo necessario, perché la Rete è uno strumento insostituibile per la crescita individuale e per la promozione dei flussi informativi. Occorre prevenire una severa eteronomia: «*The most participatory form of mass speech yet developed it*

Lector in fabula organizzato dalla Fondazione Giuseppe Di Vagno. Conversano, 15 settembre 2013.

⁷ P. GROSSI, *Un diritto senza Stato*, in Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, XXV, Giuffrè, Milano, 1998, p. 290. L'A. valorizza l'autonomia come motore primo di un numero illimitato di ordinamenti minori e la completa con il concetto di dipendenza. Ne consegue che l'ordinamento autonomo, in quanto soggetto derivato da quello originario, non potrà decidere da sé le regole del suo funzionamento o le condizioni di legittimità dei suoi atti, dovendosi attenere a quelle eteroimposte. Chiare le parole di S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, Sansoni, 1997, che all'equazione «un solo diritto per un solo Stato», sostituisce una pluralità di diritti corrispondenti ad una molteplicità ordinamentale. Ne *I Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1947, p. 29, l'Autore ritorna sul tema aggiungendo che il carattere specifico dell'autonomia di un soggetto risiede non tanto nell'elemento volontaristico, quanto nel fatto oggettivo del suo essere come entità con «certi requisiti di indipendenza e nello stesso tempo, di dipendenza, cioè di limitata indipendenza da un altro ordinamento», quello originario e sovrano.

⁸ Sull'uso strategico della Rete si veda F. VITALI, *La geopolitica economica dei dati e il futuro del dominio*, Roma, Nomos & Khaos, 2012, 207.

⁹ Parole del giudice J. Stevens, *Supreme Court, Reno vs. ACLU*, 521 US 844 (1977), esemplare sull'unicità della Rete.

*entitled to the highest protection from governmental intervention»*⁹. Nel mondo digitale gli anticorpi danno prova di funzionare: tecnologia, giornalismo professionale e partecipativo aiutano a smentire le menzogne¹⁰. Il diritto a non essere disinformati, ipotizzabile secondo taluni in questo scenario, sarebbe da intendere come «diritto a non essere dis informato, cioè a non ricevere sistematicamente, prioritariamente o esclusivamente notizie false, incomplete o comunque idonee a veicolare un'informazione non imparziale»¹¹. Ammessa tale ipotesi, dovrebbe essere introdotto un dovere di informare generalizzato, i cui confini sarebbero da rinvenire in un sistema dei media centralizzato e guidato dall'alto¹². Un rimedio peggiore del male che si intende curare¹³. La realtà di Internet geneticamente è anarchica: rende la rete impermeabile al decisore autorizzativo rispetto alle alternative forme di convivenza. La libertà di parola è meritevole della massima tutela in nome della democraticità dell'ordinamento, i limitati interventi eteronomi, per essere

¹⁰ Il recente premio Nobel per la pace attribuito a due giornalisti, come Maria Ressa e Dmitry Muratov, mostra la necessità di un mestiere indispensabile come quello del cronista, e questo costituisca un robusto contropotere al potere per eccellenza.

¹¹ A. NICITA, *Il mercato delle verità. Come la disinformazione minaccia la democrazia*, Bologna, Il Mulino, 2021.

¹² Come si sa, la libertà di manifestare liberamente il proprio pensiero presuppone il diritto ad essere correttamente informati. Che attori occulti orientino le opinioni attraverso messaggi mirati sulla base di profili personalizzati costruiti su dati raccolti illegalmente o eludendo i limiti legali è inaccettabile. L'elusione informatica è molto più grave di quella fiscale perché falsa direttamente il mercato e la rappresentanza politica. Ormai la questione è all'attenzione dell'opinione pubblica e di molte istituzioni. L'Unione Europea, i Parlamenti nazionali e le autorità indipendenti stanno immaginando nuove normative e strumenti garantistici. La battaglia non sarà facile perché molti degli organi che dovranno deliberare sono composti da eletti che si sono giovati, a volte anche in maniera determinante, dell'opacità della politica digitale. Non sarà facile, ma la partita è aperta e i costituzionalisti hanno un ruolo specifico. P. CIARLO, *Democrazia, partecipazione popolare e populismo al tempo della Rete*, in Rivista AIC, Rivista N°: 2/2018, 03/06/2018.

¹³ Cfr. C. MELZI D'ERIL- G. E. VIGAVANI, *Ma il mercato delle idee è proprio al capolinea? Considerazioni sparse a partire dal volume "Il mercato delle verità" di Antonio Nicita*, MediaLaws, 2021.



legittimi, dovranno superare il test dell'indispensabilità per la difesa di un altro valore di pari importanza. Dunque, se lo stesso risultato fosse conseguibile con un mezzo meno intrusivo dell'etero-normazione, quest'ultima andrebbe messa da parte, perché non supererebbe il banco di prova dell'indispensabilità. Il legislatore dovrà rispettare un rigoroso *self-restraint* per preservare all'autoregolazione minimo getto.

2. LA SELF REGULATION COME PROSPETTIVA DI REGOLAMENTAZIONE

Oggi, l'ipotesi di un diritto globale volto a massimizzare le potenzialità di Internet è una proiezione di principio che esprime una precisa scelta di valori. Per il giurista, accanto alla lettura del diritto, si pone la domanda sull'identificazione dell'«*Heaven of the self regulation*»¹⁴, che si basa sulla dubbia idoneità dell'autoregolazione a creare *ex novo* un ordine equilibrato di regole dirette a orientare le condotte dei consociati verso fini comuni prestabiliti. È in realtà ancora da dimostrare la capacità della rete di proteggere categorie meritevoli di tutela aggiuntiva. Invero, i minori, cittadini della rete o i nuovi operatori economici, uscirebbero perdenti da una negoziazione con i gruppi privati forti, per regole formalmente concordate ma sostanzialmente

disequilibrata nel temperamento di opposti interessi. Ne sia prova il fatto che le esperienze autoregolative, nazionali e straniere, a gestione solitaria hanno prodotto regole egoistiche; un esempio era il nostro «Codice di autoregolazione Internet e minori»¹⁵, a favore degli Internet Providers. La sua natura negoziale negava la forza cogente della legge, privando di ogni efficacia punitiva le sue deboli sanzioni, in sintesi traducendosi in un codice incapace di esercitare adeguata protezione nei confronti delle fasce deboli¹⁶. Il legislatore europeo, quando ha deregolato intere materie, non le ha girate in bianco all'autoregolazione, ma ha introdotto principi guida, obiettivi orientatori e norme prescrittive, in modo da contenere in un perimetro normativo l'autonomia decisoria del regolatore privato. Non vi è stato il ricorso incondizionato al diritto consensuale in presenza di interessi contrapposti riferibili ad attori sociali, non equiordinati sin dall'inizio. Qualsiasi valutazione sulle attitudini protettive dell'autoregolazione impone una riflessione preliminare sul concetto stesso di autoregolazione, il cui denominatore comune è la coincidenza soggettiva tra l'autore delle regole e i suoi destinatari¹⁷. Tale sintesi soggettiva, da elemento strutturale dell'atto regolativo si converte in attributo di efficacia che vincolerà solo le parti negoziali. Questo modello di regolazione non crea diritto

¹⁴ La paternità della tesi si deve all'Electronic Frontier Foundation, il cui leader, J. P. Barlow, arrivò a sostenere che «Governments of Industrial World, you weary giants and steel, I come from Cyberspace, the new home of Mind. On behalf of the future, I ask you of the past to leave us alone. Yet are not welcome among us. You have no sovereignty where we gather».

¹⁵ Codice di autoregolazione Internet e minori, reperibile in www.privacy.it/codinternetminori.html. Per un commento si legga il paper della Fondazione Ugo Bordoni, Codice di autoregolamentazione Internet e minori, 2003, disponibile in www.osservatoriominori.org. Per un raffronto tra queste due esperienze autoregolative, si veda G. DE MINICO, *Il favor constitutionis: realtà o fantasia?*, in *Pol. Dir.*, 2-3, 2012, in part. pp. 242-244.

¹⁶ Dalle autodichiarazioni sull'età di chi si iscrive alle comunità virtuali, reputate da Facebook valide esimenti,

dall'accertamento sull'effettiva età dell'utente, alle clausole di esonero da responsabilità per contenuti illeciti ospitati da YouTube e Google, complici obsolete definizione di broadcaster inapplicabili, a chi a rigore non sarebbe riconosciuto autore dei palinsesti, perché confezionati dalle presunzioni di coincidenza tra la legittimazione legale e la situazione effettiva rispetto ai codici delle TV on demand, alla responsabilità per il contraente forte accordata dagli utenti su diritti inviolabili non suscettibili dunque di atto dispositivo. La normativa sull'inserimento e utilizzo dei dati da parte di Facebook è reperibile all'indirizzo: <http://it.facebook.com/about/privacy>.

¹⁷ Per la prospettiva dei diversi punti di vista pubblicitari e civilistici sul tema, il rinvio è a G. DI MINICO, *Regole. Comando e consenso*, Torino, Giappichelli, 2005.



oggettivo; in sintesi non è fonte del diritto: quando la dualità soggettiva si semplifica nell'unità del regolatore/regolato, il difetto di imperatività delle regole non compromette la forza conformativa dei suoi precetti¹⁸. Infatti, chi detta norme a se stesso è più incline a osservarle; proprio perché i limiti alla sua libertà nascono da un atto proprio di volontà, rispetto ai vincoli impostigli dal potere pubblico, completato dalla forza cogente della sanzione. La dottrina ha coniato l'espressione «*umbrella concept*»¹⁹ per sottolineare una fisionomia mutevole in forza dei destinatari o della funzione²⁰.

3. L'OVERSIGHT BOARD DI FACEBOOK: IL CONTROLLO DEI CONTENUTI TRA PROCEDURE PRIVATE E NORME PUBBLICHE

L'istituzione da parte di Facebook dell'*Oversight Board*²¹, un organismo paragiurisdizionale con il

compito di adottare decisioni motivate e vincolanti in merito ai contenuti pubblicati sui social network²², va collocata nel più ampio quadro della *self-regulation* di Internet. Tale modello di protezione dei diritti di tipo privatistico, alternativo a quello statale non è riconducibile a forme di giustizia arbitrale²³ e si ascrive in un contesto di crisi della sovranità statale e dell'erosione del monopolio statale sulla giurisdizione²⁴. Il mutamento del contesto mondiale sulla scia della «destatalizzazione del diritto»²⁵ rischia di privare di effettività la tutela dei diritti fondamentali, se non si stabilisce un nucleo minimo di garanzie. Se si considera, poi, la complessiva proiezione delle nostre vite sulle piattaforme digitali, allora l'istituzione da parte di Facebook di una propria «Corte» va valutata attraverso un'analisi che parta dalle categorie del costituzionalismo e dalla tutela dei diritti fondamentali dell'individuo nel contesto digitale²⁶. È vero che Facebook è una società privata e, in quanto tale, può

¹⁸ L'assenza di forza legale non esclude la rilevanza giuridica riflessa della soft law, si ricordano, ex multis: F. SNYDER, *Soft law and insitutional practice in the European Community*, in S. Martin, *The construction of Europe: essays in Honour of Emile Noel*, Luwer Academic Publishers, Dordrecht, 1994, p. 198.

¹⁹ L'espressione si deve a L. SENDEN, *Soft law in european community law*, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2004, p. 110.

²⁰ A livello comunitario, una tenue linea di confine la separa dalla soft law, a quale, diversamente dalla prima, si può rivolgere ai cittadini europei, privi di pretese cogenti in virtù dell'atto, come agli Stati membri, non obbligati a conformare la normativa interna al diritto debole. Cfr. G. DE MINICO, *Soft law*, in *Il diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 ore*, diretta da S. Patti, Milano, Il Sole 24 ore, 2008.

²¹ La traduzione italiana ufficiale, presente sul sito istituzionale dell'organo disponibile nelle principali lingue, è quella di «Comitato per il controllo».

²² L'art. 4 dello Statuto dell'*Oversight Board* prevede che la risoluzione di ogni caso sarà vincolante e Facebook la attuerà tempestivamente, a meno che l'attuazione di una risoluzione possa violare la legge. La giurisdizione del Board si estende anche a Instagram, social network acquisito da Facebook Inc. nel 2012 per 1 miliardo di dollari. Cfr. B. UPBIN, *Facebook Buys Instagram For \$1 Billion. Smart Arbitrage*, in *Forbes*, 9 aprile 2012.

²³ Cfr. G. CERRINA FERONI, *L'Oversight Board di Facebook: il controllo dei contenuti tra procedure private e norme pubbliche, Autorità Garante per la Protezione dei Dati Personali*, 16 febbraio 2021, testo

disponibile sul sito del Garante, che descrive il Board come «una vera e propria nuova tipologia di istituzione sociale che si pone come una realtà privatistica alternativa al modulo Stato». Sulla nascita del Board, sia consentito anche rinviare alla riflessione svolta in A. IANNOTTI DELLA VALLE, *A Facebook Court is born: towards the 'jurisdiction' of the future?*, in *EJPLT*, n. 2, 2020, pp. 98 ss.

²⁴ Sulla crisi della sovranità e del monopolio statale della giurisdizione, nel quadro dell'emersione di giurisdizioni private, cfr. F. MARONE, *Giustizia arbitrale e Costituzione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, pp.15-52. Con specifico riguardo al web, cfr. A. GATTI, *Istituzioni e anarchia nella Rete. I paradigmi tradizionali della sovranità alla prova di Internet*, in *Dir. Inf.*, n. 3, 2019, pp.711 ss., che mette in relazione la crisi della sovranità statale con il fenomeno, per sua natura acefalo, di Internet. Cfr. anche L. CASINI, *Lo Stato nell'era di Google*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, n. 4, 2019, pp.1111 ss.

²⁵ In questi termini, S. CASSESE, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un ordine globale*, Roma, Donzelli, 2009, pp. 41-43, che suggerisce «di considerare l'interazione tra frammentazione dei regimi regolatori globali e proliferazione delle corti» anche per «constatare se esistano le condizioni per la formazione di un "diritto globale generale"».

²⁶ In questo senso, T.E. FROSINI, *Il costituzionalismo nella società tecnologica*, in *Dir. Inf.*, n. 4, 2020, p. 466, che chiarisce che «la sfida che nel Ventunesimo secolo attende il costituzionalismo è, prevalentemente, quella riferita alla tecnologia, ovvero come dare forza e protezione ai diritti di libertà dell'individuo in un



legittimamente autoregolamentarsi ma, l'operatività di tale *àγopά* virtuale non riguarda più soltanto la sola piattaforma ma l'intera collettività²⁷. Di per sé, l'emersione di forme para-giurisdizionali private non costituisce necessariamente un *vulnus* al diritto di difesa, potendo condurre a decisioni più rapide, non escludendo un successivo intervento giurisdizionale. In realtà è l'eventuale assenza di garanzie per le parti a suscitare dubbi, a maggior ragione quando sia compromessa la tutela dei diritti fondamentali²⁸. Attraverso sistemi para-giurisdizionali, la *self-regulation* delle Big Tech non è più confinata ad un ruolo di fonte ausiliaria, ma è applicabile dinanzi a un collegio giudicante, seppure formato da soggetti privati²⁹. Il "Diritto di Facebook" o il "Diritto di Google" diverrebbero per così dire in house, dalla fase di normazione alla fase giurisdizionale³⁰. I colossi del Web, in effetti, si pongono come soggetti in grado di dettare norme con efficacia interna di *soft law*³¹, e di costituire organismi para-giurisdizionali, possedendo "le chiavi di casa". A

contesto sociale profondamente mutato dall'innovazione tecnologica e i suoi derivati in punto di diritto».

²⁷ La presa d'atto da parte di Facebook dell'impossibilità di decidere da sé ogni caso relativo alla libertà di espressione sul social network, basandosi sulla propria autoregolamentazione, ha costituito una delle ragioni alla base dell'istituzione del Board, nonostante si possa dubitare che quest'ultima sia risolutiva. Cfr. K. KLONICK, *The Facebook Oversight Board: Creating an Independent Institution to Adjudicate Online Free Expression*, in *The Yale Law Journal*, vol. 129, 2020, p. 2435, che sottolinea: «*The realization that Facebook -for the most part alone, and for the most part through a few people headquartered in Silicon Valley -was the sole creator and decider of the rules governing online speech struck many as deeply problematic*».

²⁸ Cfr. C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Jovene, Napoli, 1977, p. 4. L'A. a ragione legge nella nuda attribuzione del potere normativo a un privato un *vulnus* al principio di uguaglianza.

²⁹ Cfr. M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari, Laterza, 2006, p.66, che chiarisce che la legge è costituita «da una triade fatta da legislazione privata, autogoverno e giudizio arbitrale». In dottrina, si è osservato, inoltre, che «è il risultato dello spazio di autonomia progressivamente lasciato dagli Stati agli operatori economici», così G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, Editori Laterza, 2012, p. 75. Non sono mancate, in dottrina, voci critiche, che manifestano preoccupazione per il crescente successo di una *lex mercatoria* che appare come «la più compiuta

prescindere dall'ordine giuridico di riferimento, nazionale, comunitario, internazionale, tali atti appaiono illegittimi in base al generale principio di autonomia negoziale. La sua accezione positiva riconosce al singolo il potere di dettare regole ai propri interessi, ma quella negativa, il suo lato speculare, gli assegna altresì il potere di respingere le limitazioni alla propria sfera giuridica provenienti da atti negoziali altrui.

4. LA COREGULATION COME PROSPETTIVA AUSPICABILE

Le garanzie europee sono indispensabili in un'ottica autenticamente costituzionale, in quanto l'autoregolazione richiede di essere eteroguidata per proteggere valori e obiettivi di rilevanza costituzionale. L'esperienza europea non condivide un uso disinvolto della *self-regulation*, che come disciplina privata non può estendere l'efficacia alla sfera giuridica di chi è terzo rispetto all'accordo

manifestazione di un diritto che sposa il pragmatismo e rinuncia a ogni pretesa di fondamento per incontrare le attese di un mondo troppo impegnato con i mezzi e i fini immediati per volgere lo sguardo all'indietro, alla ricerca di fondamenti», così M.R. FERRARESE, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, Il Mulino, 2002, p. 87. Partendo da questi presupposti, la critica mossa dall'A. potrebbe essere estensibile anche alle altre forme di diritto che partono "dal basso". In senso contrario, cfr. G. ZACCARIA, op. ult. cit., p.77, che evidenzia che «il diritto non è mai nato dall'alto, ma è sempre scaturito dal basso, da criteri assiologici condivisi e da comportamenti attuati, su cui si radica la sua vincolatività. La radice profonda del fenomeno giuridico è nella fiducia vicendevole tra soggetti che agiscono nel quadro del diritto».

³⁰ La similitudine con una "Corte" è stata evocata in tempi non sospetti dallo stesso CEO di Facebook, Mark Zuckerberg, che in un'intervista di Aprile nel 2018 aveva descritto in questi termini quella che sarebbe divenuta l'Oversight Board: «*imagine some sort of structure, almost like a Supreme Court, that is made up of independent folks who don't work for Facebook, who ultimately make the final judgment call on what should be acceptable speech in a community that reflects the social norms and values of people all around the world*».

³¹ A tal proposito, si rinvia all'indubbia suggestione dell'espressione «*soft law, no law*», cfr. R. BIN, *Soft law, no law*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Giappichelli, Torino, 2009, pp. 31-40.



normativo. L'Unione ha prescritto stringenti condizioni di legittimità per la *self-regulation* se aspira ad elevarsi a regolamentazione *erga omnes*, riguardanti la procedura, la natura sostanziale dell'atto e il suo rapporto con l'etero-normazione. Si possono così elencare: condivisione del momento deliberativo del negozio normativo con tutte le parti del rapporto sostanziale; anticipazioni del negozio ad opera di un atto di eteronomia; e infine secondarietà del negozio al comando politico, il quale non potrà essere preceduto dal primo neanche in caso di sua assenza. Questo secondo tipo di *self-regulation* vanterebbe in realtà un nome proprio: *co-regulation*, per la partecipazione necessaria del soggetto pubblico che orienti la produzione del diritto, e al tempo stesso detti regole immediatamente prescrittive³². Sul punto, la Direttiva (UE) 2018/1808 sui servizi di media audiovisivi, c.d. Direttiva SMAV, che ha modificato la precedente direttiva del 2010 al fine di tener conto dell'evoluzione del mercato, fa riferimento alle procedure di auto-regolamentazione e co-regolamentazione³³. Quest'ultima rivendica l'attitudine a disciplinare una pluralità astratta e indeterminata di rapporti intersoggettivi, oltrepassando la relatività negoziale con l'efficacia generale della fonte del diritto, e dunque appellandosi all'autorità. Il diritto dei privati la accosta alla *self-*

regulation per la provenienza dal basso; d'altro canto, la presenza del soggetto autoritativo nella forza tipica dei suoi atti riduce l'autonomia negoziale di autori privati. Si va da una partecipazione minima del potere pubblico, che si limita a minacciare l'uso della legge se i privati non si autoregolano, definita «*coerced private regulation*»³⁴, fino alla sua estrema manifestazione, che impone al privato un preciso obbligo regolatorio. In particolare, la forma «*mandated private regulation*»³⁵ prevede sanzioni imperative per l'inosservanza delle regole auto-dettate e riserva allo stato avanzati poteri di controllo preventivi e successivi sull'atto privato. In questo caso l'autore delle regole è sì privato, ma non a titolo individuale: è un delegato dello Stato chiamato ad assolvere un compito pubblico. Con la *co-regulation* si ripropone l'antico e mai sopito conflitto tra autorità e libertà: lo Stato non sarà più l'unico autore, superando l'assunto per cui al di fuori dell'ordinamento esista solo illiceità e irrilevanza giuridica³⁶. Il progetto regolatorio si realizza attraverso il tentativo dell'ordinamento di aprirsi ai privati, conservando la responsabilità ultima; e attraverso la necessaria accettazione da parte dei privati di un metodo ispirato al *self-restraint*. Tale sarà il prezzo da pagare per attribuire carattere imperativo e

³² Una proposta ben articolata si deve a: A. MURRAY, *Information Technology Law*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 62-66.

³³ L'art. 3 della L. n. 53/2021, Legge di delegazione europea 2019-2020, definisce criteri e principi direttivi specifici per l'esercizio della delega relativa al recepimento della direttiva (UE) 2018/1808. Il decreto attuativo dovrà in particolare contenere misure per un'adeguata tutela della dignità umana e dei minori in relazione ai contenuti audiovisivi (inclusi i video generati dagli utenti), e alle comunicazioni commerciali da parte delle piattaforme di video-sharing. È indicato che i relativi compiti, anche di promozione di procedure di auto-regolamentazione e co-regolamentazione, siano affidati all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM) (lett. b).

³⁴ Può risultare utile la schematizzazione riportata da C. T. MARSDEN, *Internet Co-Regulation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, p. 52.

³⁵ Dovuto il rinvio a J. BLACK, *Constitutionalising self-regulation*, in Mod. L. Rev., 1996, vol. 59, n. 1, pp. 25 ss.; R. BALDWIN-

M. CAVE, *Understanding regulation*, Oxford University Press, Oxford, 1999, p.125, privilegiano un'impostazione generale.

³⁶ Limpide le parole di T.E. FROSINI, *Elogio della sovranità*, in *Federalismi.it*, n. 12, 2013, osserva come la sovranità sia un concetto cangiante nel tempo, dal momento che «nel corso della storia si è affrancata nella dimensione territoriale e di governo dello Stato, per poi sciogliersi nella titolarità in capo al popolo attraverso la declinazione del costituzionalismo liberale». Sulla mutevolezza del concetto di sovranità, cfr. M.S. GIANNINI, *Sovranità*, cit., p. 227, che afferma che «anche il contenuto della sovranità, come accade per ogni nozione giuridica di vertice, è soggetta alle variabili, dipendenti e indipendenti, spazio-temporali; rispondere che ogni ordinamento ha le proprie supreme potestà pubbliche sarebbe errato, poiché le supreme potestà pubbliche dello Stato non sono tali perché supreme, ma perché sono dello Stato». Stato, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, Giuffrè, 1997.



generale alle proprie regole, altrimenti volontarie e relative.

5. CHI SARÀ CANDIDATO AL RUOLO DI LEGISLATORE SOVRAORDINATO?

La domanda che emerge è la seguente: chi potrà essere il candidato ideale al ruolo di legislatore sovraordinato? L'interrogativo è centrale per l'aterritorialità della rete, che si riflette sulle condotte che, perfezionatesi in un territorio delimitato, diffonderanno i loro effetti simultaneamente nello spazio globale della rete. Così come la formazione dello Stato moderno si era accompagnata all'affermazione della sovranità come suo essenziale presupposto³⁷, così oggi la tendenziale inadeguatezza degli Stati nazionali nel contesto globale deriva dalla crisi della sovranità statale³⁸. Una regolazione sì sovrana, con un'operatività estesa alla totalità dello spazio in Rete, dovrà essere delineata senza zone d'ombra che possano alimentare comportamenti e condotte altrove proibiti³⁹. La

³⁷ F. BILANCIA, *Sovranità*, in *Rivista AIC*, 03/2017, p. 3: «Un primo punto fermo che si intende qui assumere, pertanto, è la coincidenza temporale, caratterizzante la stessa genesi materiale – se non teoretica – del diritto pubblico, tra la formazione delle entità statali e la comparsa del concetto di sovranità». In tal senso, l'A. condivide l'affermazione secondo cui «State and sovereignty emerge as concepts of modern Western rationalism» di M. LOUGHLIN, *Why Sovereignty?*, in R. RAWLINGS, P. LEYLAND, A.L. YOUNG, *Sovereignty and the Law. Domestic, European and International Perspectives*, Oxford, 2013, p. 34. Secondo M.S. GIANNINI, *Sovranità* (dir. vig.), in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 224 ss., la sovranità «è l'espressione dinamica della statalità». Per G. BERTI, *Sovranità*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. 1, Milano, Giuffrè, 2007, p. 1067, «la sovranità è un flusso che prorompe dal vertice organizzativo dello Stato e si distribuisce tra le varie funzioni che questo svolge verso la società e verso gli uomini che la compongono».

³⁸ T.E. FROSINI, *Elogio della sovranità*, in *Federalismi.it*, n. 12, 2013, osserva come la sovranità sia un concetto cangiante nel tempo, dal momento che «nel corso della storia si è affrancata nella dimensione territoriale e di governo dello Stato, per poi sciogliersi nella titolarità in capo al popolo attraverso la declinazione del costituzionalismo liberale». Sulla mutevolezza del concetto di sovranità, cfr. M.S. GIANNINI, *Sovranità*, cit., p. 227, che afferma che «anche il contenuto della sovranità, come accade per ogni nozione giuridica di vertice, è soggetta alle

manca di confini è l'attributo immancabile di questo nuovo ordo iuris: il legislatore non potrà essere rappresentato dagli Stati o dall'Unione europea; ma dalla comunità internazionale nella sua interezza o in un'articolazione minore, ancora da designare⁴⁰. L'elezione della comunità internazionale ad autrice privilegiata delle future regole sulla Rete, in virtù dell'autorità che travalica i confini, appare in linea con il profilo a-spaziale di Internet⁴¹. La mancanza attuale di una disciplina che aspiri alla *co-regulation* è l'inevitabile conseguenza dell'assenza di una voce legislativa sovranazionale; invece la presentazione di regole consensuali decise da una sola parte del rapporto intersoggettivo è una precisa scelta dei colossi del Web, che non intendono affatto negoziare la *regulation* con gli Internet users. Risultato: regole consensuali vincolanti anche cittadini estromessi dalla loro ideazione, in virtù di un comando, non del consenso, alla stregua di un qualunque precetto etero-imposto.

variabili, dipendenti e indipendenti, spazio-temporali; rispondere che ogni ordinamento ha le proprie supreme potestà pubbliche sarebbe errato, poiché le supreme potestà pubbliche dello Stato non sono tali perché supreme, ma perché sono dello Stato».

³⁹ Cfr. G. DE MINICO, *Internet e le sue fonti*, Osservatorio sulle fonti, fasc. 2/2013 in G. DE MINICO, *Internet. Regola e anarchia*, Napoli, Jovene, 2012.

⁴⁰ Interessante la ricostruzione della studiosa, M. VIGGIANO, *Internet. Informazione, regole e valori costituzionali*, Napoli, Jovene, 2010, pp. 57 ss. Così G. TEUBNER, *Diritti ibridi: costituzionalizzare le reti di governance private*, in *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione*, Roma, Armando Editore, 2005, p. 128. L'autore propone almeno due alternative in merito all'autorità sovranazionale incaricata di stendere il *Bill of Rights* di Internet. Teubner non mette in dubbio la necessità di una regolazione oltre i confini, riguardando invece l'identità dell'autore sovranazionale: la comunità sovranazionale autoritativa o gli attori globali di Internet?

⁴¹ La necessità di individuare un legislatore ad hoc per la rete, nasce dal fatto che non convince l'ipotesi di fotocopiare discipline disegnate per i mezzi tradizionali e applicarle con automatismo a una realtà unica nel suo genere internet. L'esperienza americana ha infatti dimostrato che non funziona trasferire sic et simpliciter le regole del contesto materiale a internet.



6. LA TENSIONE TRA L'ESSERE E IL DOVER ESSERE IN RETE

In conclusione, il discorso sulle regole future riguarda l'avvenire, cioè il dover essere della Rete. Le proiezioni future potranno avverarsi se nella prognosi ex-ante si assuma un parametro di giudizio aderente ai fatti. È difficile pensare che i paesi fermamente convinti della necessità di difendere la Rete con attività di polizia, in nome di presunte minacce alla sicurezza e alla ragione di stato, presteranno il loro consenso agli auspicati tavoli del negoziato. A questi ultimi non si applicheranno le discipline, imperative o auto-dettate, in mancanza del loro consenso, e pertanto i loro territori digitali saranno protetti da invisibili muraglie cinesi, con opere di filtraggio attraverso sistemi di navigazione selettiva⁴². Questo fosco orizzonte sancirebbe il fallimento del libero mercato delle idee, il c.d. «*marketplace of ideas*»⁴³, in base al quale nel confronto aperto emerge l'opinione più affidabile. Tale convinzione liberale si fonda sul presupposto che gli individui, in quanto esseri razionali, sono capaci di

discernere i prodotti e i servizi migliori in un mercato libero e concorrenziale. Oggi viceversa, nel «mercato delle verità», non vi sarebbe alcuno scambio di opinioni; ogni gruppo polarizzato ruota intorno al credo da imporre agli altri. In assenza di contraddittorio, le falsità non sarebbero riconosciute né espulse, ma metabolizzate dal gruppo bersaglio, nutrendo un effetto di estremizzazione.

In realtà, l'orientamento sembra incline ad un eccessivo timore degli effetti dell'Oceano Web. La dieta mediatica non è solo digitale, per cui le preoccupazioni in materia non sempre sono rispondenti: secondo l'Istat, il 90% degli italiani si informa attraverso la televisione generalista, che non dunque è un relitto del passato⁴⁴. Inoltre, esistono una serie di luoghi, fuori dai media, che incidono sulle convinzioni di ognuno, dalla famiglia alla scuola alle altre formazioni sociali, sportive, culturali e politiche⁴⁵. Nonostante i tanti dubbi e perplessità, Internet resta uno strumento formidabile per lo sviluppo dei diritti nei confronti dei quali è necessaria una costante attività sia in termini di esercizio che di ricerca di forme di tutela⁴⁶. Non si potrà che

⁴² Sarà invece possibile che sulla rete si riproduca quella bipartizione, che all'indomani del secondo conflitto mondiale, divise Occidente e paesi del mondo sovietico. Con la differenza che la guerra fredda in internet opporrà come avversario l'Occidente allargato un protagonista prima sconosciuto: il mondo arabo solidale con una parte della realtà orientale.

⁴³ Questa metafora tra il mercato dei beni e quello delle idee si legge già nella dissenting opinion del giudice J. Holmes rispetto alla decisione della Supreme Court of the United States, 250 US 616, *Brahm vs. United States*. Sicché oggi in tutto il mondo, e non da ultimo negli Stati Uniti, si discute accanitamente non più sulla necessità, ma sui modi con i quali regolare efficacemente l'uso di Internet. Per alcuni questo non significa negare il paradigma del marketplace of ideas, dove al pensiero spetta una speciale tutela in vista della sua funzione sociale, ma sconfessare la retorica deregolatoria della quale il I emendamento è stato arbitrariamente elevato a simbolo. Per altri ciò rappresenta invece la dimostrazione del fatto che è il modello stesso del marketplace ad essere sbagliato, in quanto nel dibattito la verità non sarebbe affatto destinata a trionfare. Per un approccio dichiaratamente ostile al paradigma del marketplace of ideas v. A. KOLTAJ, *New Media and Freedom of Expression. Rethinking the Constitutional Foundations of the Public Sphere*, Oxford-Chicago, 2019, 10, secondo il quale l'apertura del dibattito non

porta necessariamente né alla verità, né alla individuazione della migliore decisione nelle materie di pubblico interesse.

⁴⁴ Si consulti il sito <http://dati.istat.it/>, e più precisamente la sezione relativa alla popolazione e alle famiglie.

⁴⁵ Del resto, alcuni fatti recenti, come la pandemia e le elezioni americane, inducono a non essere troppo pessimisti. La prima non ha invero provocato le tensioni sociali temute; la grande maggioranza, almeno in Italia, ha creduto alla scienza e contro-narrazioni fantasiose hanno fatto presa su frange assai minoritarie. Allo stesso modo, l'ossessiva mistificazione della realtà da parte di Trump e dei suoi seguaci ha prodotto una frattura profonda nella società americana. Tuttavia, al momento del voto, costui ha subito una cocente disfatta ed è stato il primo presidente uscente dai tempi di Bush padre a non essere stato rieletto.

⁴⁶ Per dimostrare ciò, C. SUNSTEIN, *Republic.com 2.0*, Princeton University Press, Princeton, 2007, pp. 221-227. Nelle pagine finali l'autore richiama il pensiero di Benjamin Franklin, che in risposta alla folla che chiedeva cosa i padri fondatori avessero dato agli americani, rispose: «Una repubblica, sempre che sappiate mantenerla». La Costituzione quindi non era nient'altro che uno strumento in mano ai cittadini: da questi ultimi ne dipendeva la sorte, la fortuna. A tal fine, una



rispettare il connotato essenziale della rete, cercando di individuare una disciplina che attui l'uguaglianza sostanziale, in difesa delle categorie meritevoli di protezione. L'a-territorialità rimane una mera petizione di principio, se l'accesso alle risorse si diversifica tra territori favoriti e territori svantaggiati. E l'universalità è concetto ingannevole se va a occultare dislivelli tra deboli e forti, e che la governance della rete fa capo a questi ultimi. L'alternativa verte sul destinatario delle regole in *bonam partem*: soggetto debole meritevole di una legislazione premiale o quello forte, che dunque riceverà un surplus di benefici⁴⁷? Nel primo caso la tecnica sarà stata il volano per una crescita socialmente distribuita, nel secondo il moltiplicatore del benessere⁴⁸. L'uguaglianza sostanziale dovrebbe dunque essere la chiave di volta dell'architettura regolatoria per riscattare il Web dall'immagine di terreno popolato dal liberismo egoistico, e fare esperienza di virtù civili e politiche⁴⁹.

repubblica richiede un'arena in cui cittadini che hanno differenti esperienze e punti di vista possono incontrarsi e dibattere.

⁴⁷ In generale, su come orientare la tecnica della regolazione della Rete sia consentito il rinvio a G. DE MINICO, *New Social rights and Internet: which policy combine them?*, in *Int. Comm. L. Rev.*, 1, 2013.

⁴⁸ Un buon esempio si trova proprio nell'esperienza italiana, ad esempio quella relativa ai minori caratterizzata da un rincorrersi confuso tra legislatore (D. Lgs. N. 44/10) e autorità AgCom, solidali nel rinunciare a pretendere dall'evoluzione tecnologica quanto avrebbe potuto dare. In realtà, ci si è fermati all'apparenza di presunte proiezioni, certamente congeniali con gli interessi economici di chi avrebbe dovuto pagare i costi di efficaci accorgimenti tecnici, ma inidonee a realizzare la tutela promessa. Si sarebbe potuto fare meglio come si dimostra l'anglosassone OFCOM, che si è spesa per un'innovazione tecnologica a favore di minori, riuscendo a coniugare in una discreta misura di equilibrio il diritto alla protezione rafforzata dei primi con il diritto della persona adulta di ricevere le manifestazioni del pensiero sensibili. Innumerevoli sarebbero gli esempi di una tecnica giocata al ribasso, finti rimedi, adatti non a riequilibrare le disparità iniziali, ma a dilatarle al punto da rendere i già diseguali ancora più diversi.

⁴⁹ Su questi profili regolatori e di compatibilità costituzionale, il rinvio è a G. DE MINICO, *Diritti Regole Internet*, in *www.costituzionalismi.it*, 2011.

7. **CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE** **SULLA RICERCA DI UNA GOVERNANCE IN RETE**

Proprio per questo occorre anticipare le condizioni future operative, incorporando responsabilmente la protezione dei diritti. Il principio di precauzione costituzionale invoca la sostituzione del principio di «libertà illimitata» con quello di «libertà responsabile»⁵⁰. Il ruolo del diritto costituzionale del nuovo secolo è in conclusione finalizzato a farsi carico della libertà, per il futuro delle nostre società. Secondo questa chiave di lettura, sarà importante che l'ordinamento introduca una serie di garanzie, ma allo stesso tempo sarà compito degli individui potenziare il dibattito e le occasioni di confronto, nonché rispondere ai doveri. Solo un insieme di strumenti normativi e istituzionali rispondenti allo stesso codice linguistico della tecnologia, potrà modificarne il Code e sottrarsi al rischio che si espone alle condizioni di libertà e dignità⁵¹. Tra

⁵⁰ Il principio che potremmo definire il cuore del costituzionalismo nella nuova dimensione tecnologica nella sua formulazione si chiama il principio di precauzione, elaborato nel campo del diritto dell'ambiente. Il fatto che nel momento presente non possediamo ancora prove scientifiche certe che determinate tecnologie possono risultare dannosi per l'uomo e per le sue libertà fondamentali ovvero che lo stato non siamo ancora in grado di immaginare sistemi efficaci di regolazione non può essere motivo valido per non porre regole precauzionali. E a ben pensare l'analogia tra il tema del governo giuridico della tecnologia e quello dell'ambiente molto più pertinente di quanto si possa immaginare. Se consideriamo il rapporto tra uomo e ambiente la traiettoria è stata quella di una prima fase in cui ha dominato l'idea che l'ambiente fosse nient'altro che una risorsa limitata a disposizione delle scelte umane. Oggi dopo anni di sviluppo affidato solo al mercato ci troviamo invece nella condizione opposta per cui tutte le nostre scelte sia a livello globale che locale sono e saranno sempre più imposte dalla scarsità delle risorse ambientali. Quello che pensavamo fosse un mero mezzo da usare a piacimento è diventato il vero padrone del nostro futuro. La stessa evoluzione sta venendo della tecnologia coi mezzi che sembravano essere il fattore di un potenziamento infinito delle nostre libere scelte rischiano di diventare il vero fattore di una nuova riduzione in schiavitù.

⁵¹ Nella stessa prospettiva, S. RODOTA', *Una costituzione per Internet?*, in *Politica del diritto*, 2010, n. 3, pp. 337-351, che portò



questi si può pensare alla scelta di imporre trasparenza all'algorithmo per difendere le libertà democratiche, maggiore chiarezza sulla provenienza dei contenuti per contrastare le centrali di disinformazione, l'onere delle piattaforme di rivelare la fonte in caso di violazione di diritti pena l'assunzione di responsabilità civili, potenziamento dei media di servizio pubblico, sostegno all'editoria e al giornalismo professionale e lotta ai monopoli privati⁵². La soluzione proposta a livello europeo per le grandi piattaforme online con il *Digital Services Act*⁵³, affiancato dal *Digital Markets Act*⁵⁴, appare ad oggi quella più promettente, per quanto non ancora sufficiente per traghettarci verso un nuovo pluralismo 2.0: trasparenza piena, accessibilità dei dati e degli algoritmi, informazioni complete agli utenti, autonomia nella scelta del grado di profilazione, accesso ai propri dati, chiarezza sulle inserzioni pubblicitarie,

alla Carta dei Diritti in Internet. La Dichiarazione dei diritti di Internet sviluppata dal Parlamento italiano sanciva all'art. 1 «Sono garantiti in Internet i diritti fondamentali di ogni persona riconosciuti dalla Dichiarazione universale dei diritti umani delle Nazioni Unite, dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, dalle costituzioni nazionali e dalle dichiarazioni internazionali in materia». Fra questi diritti non può che rientrare la «pietra angolare dell'ordinamento democratico» (Corte Cost. sent. n. 84/1969): la libertà di manifestazione del pensiero.

⁵² Come sostiene T. WU, *La maledizione dei giganti. Un manifesto per la concorrenza e la democrazia*, Bologna, Il Mulino, 2021. Che cosa accade quando si indeboliscono i controlli sulla dimensione e il potere dei giganti industriali? Che cosa succede quando i paesi, nel nome del globalismo, sovvenzionano generosamente le proprie aziende più ricche e potenti? Le risposte sono evidenti. Se guardiamo ai mercati globali assistiamo al dominio di monopoli e oligopoli ristretti, risultato di decenni di concentrazioni in settori quali l'agricoltura, la finanza e la farmaceutica. È poi sotto gli occhi di tutti il potere sulle nostre vite delle grandi piattaforme tecnologiche, come Google e Facebook, e l'incredibile concentrazione della ricchezza globale in poche mani. Tim Wu invita a riscoprire le tradizioni anti-monopolio che hanno portato pace e prosperità nel passato: i monopoli rappresentano una vera e propria minaccia per la stabilità economica e la libertà in tutto il mondo e i paesi democratici, se vogliono sopravvivere, devono muoversi rapidamente contro concentrazione di ricchezza e potere privato, per scongiurare i loro pericolosi effetti sul sistema politico.

⁵³ *Proposal for a Regulation on a Single Market For Digital Services (Digital Services Act)*, 15 Dicembre 2020. Proposto dalla

nonché contrasto alle strategia di disinformazione e all'hate speech online. L'obiettivo professato dal *Digital Services Act* è «Stabilire regole uniformi per un ambiente online sicuro, prevedibile ed affidabile, in cui i diritti fondamentali sanciti nella Carta siano effettivamente protetti»⁵⁵. Regole che assicurino il diritto a non essere disinformato, tenendo insieme l'agorà pubblica della nostra libertà d'espressione e la moderazione trasparente e non discriminatoria dei contenuti secondo codici di co-regolazione e procedure verificabili da autorità terze indipendenti. Il Dsa stabilisce, infatti, obblighi asimmetrici per i providers, in funzione tanto della natura dei servizi prestati quanto delle dimensioni dei prestatori, e fissa le regole per l'attuazione e il rispetto di tali obblighi. Costituisce un primo tentativo di regolazione che, pur con limiti e omissioni, sembra andare nella direzione giusta. Naturalmente non è

Commissione UE nell'ambito del pacchetto sul digitale, il *Digital services act* (DSA) intende svecchiare il quadro normativo dell'UE sui servizi digitali, fermo alla direttiva 2000/31/CE sull'e-commerce, assicurando che le norme europee siano adeguate all'era digitale.

⁵⁴ Il *Digital Markets Act* stabilisce norme armonizzate contro le pratiche sleali e prevede un meccanismo di applicazione basato su indagini di mercato. Lo stesso meccanismo garantirà l'aggiornamento degli obblighi stabiliti nel regolamento in funzione della realtà digitale in costante evoluzione. Nell'accordo provvisorio raggiunto il 24 marzo 2022, Consiglio ed Parlamento hanno definito le regole per limitare lo strapotere delle grandi piattaforme digitali in Europa, i cosiddetti *gatekeeper*. In base all'identikit elaborato dalle istituzioni UE, rientrano tra i *gatekeeper* i social network e i motori di ricerca, *core platform services*, con una capitalizzazione di mercato minima di 75 miliardi di euro o un fatturato annuale minimo di 7,5 miliardi di euro. Queste aziende devono fornire anche determinati servizi, browser, messenger o social media, con un minimo di 45 milioni di utenti mensili nell'UE e 10mila utenti business annuali. Inoltre, i rappresentanti delle istituzioni europee hanno concordato che i grandi servizi di messaggistica dovranno collaborare con le piattaforme più piccole per garantire l'interoperabilità dei servizi. In questo modo gli utenti potranno scambiare file, video e messaggi scegliendo tra una gamma più ampia di app.

⁵⁵ Paragrafo 34 della Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a un mercato unico dei servizi digitali (legge sui servizi digitali) e che modifica la direttiva 2000/31/CE.



sufficiente, servono politiche pubbliche che diano nuovo slancio all'informazione di qualità, al servizio pubblico radiotelevisivo, alla *Digital Literacy*⁵⁶, senza alimentare al contempo la polarizzazione degli esperti, ma incoraggiando il dibattito e la trasparenza nelle decisioni pubbliche. Occorre persuadere e convincere, non con la presunzione della verità, ma attraverso l'esemplificazione degli eventi e l'analisi di impatto di politiche pubbliche trasparenti e misurabili. In questa cornice i cui confini sono sempre meno netti, la realtà tecnologica in continua evoluzione rivela l'obsolescenza delle vecchie regole poste dal legislatore e l'inadeguatezza di una rigida eteronomia. Fin dalle Prime Leggi Scritte⁵⁷, il furto è stato punito severamente, ma non per questo è cessato. Bisogna essere fiduciosi nel fatto che i poteri della rete possano trovare adeguati bilanciamenti⁵⁸. Esistono gli strumenti per dare una risposta diversa e costituzionalmente adeguata: tra essi sicuramente ci sono i principi del costituzionalismo, il free market basato sull'effettiva concorrenza tra le piattaforme e sulla libera circolazione informativa. L'auspicio è di promuovere lo sviluppo dell'economia digitale in modo tale da tutelare la concorrenza, non alimentare il *Digital*

Divide e rispettare le libertà fondamentali dell'individuo⁵⁹.

⁵⁶ L'espressione risale a P. GILSTER, *Digital Literacy*, John Wiley & Sons Inc, 1997, l'ha definita come: «la capacità di comprendere e utilizzare le informazioni, in diversi formati, a partire da una vasta gamma di fonti accessibili tramite computer». Nel 2004 un altro studioso, T. WILHELM, ha suggerito che una persona con una alfabetizzazione digitale dovrebbe essere in grado di «accedere, gestire, integrare, valutare e creare le informazioni». La Cornell University, nel 2009, l'ha definita come «la capacità di trovare, valutare, utilizzare, condividere e creare contenuti utilizzando le tecnologie dell'informazione e Internet».

⁵⁷ Il Codice di Hammurabi è una fra le più antiche raccolte di leggi scritte, risalente al XVIII secolo a.C. e appartenente alla civiltà babilonese.

⁵⁸ Il più pericoloso dei poteri della rete è quello di manipolare il voto. Questo potere può determinare la fine della democrazia. Orwell lo aveva già intuito, ma se possibile la rete è andata anche oltre. Si tratta di riconsiderare la categoria della "democrazia totalitaria" utilizzata per indicare quei sistemi istituzionali che nel rispetto formale delle procedure della democrazia instaurano dei sistemi nella sostanza totalitari.

⁵⁹ Emerge, infatti, il fenomeno del *Digital Divide*, configurabile in una dimensione cognitiva, fondata sul mancato possesso di conoscenze minime indispensabili nella capacità di navigare in Rete e in una dimensione infrastrutturale, basata sulla carente disponibilità di adeguati sistemi di connessione alla Rete. L. NANNIPIERI, *La dimensione costituzionale del digital divide*. In particolare, gli ostacoli cognitivi alla proiezione dell'individuo nello spazio virtuale, in M. NISTICO', P. PASSAGLIA, *Internet e Costituzione*, Torino, Giappichelli, 2014, pp. 189 ss. Il trend negativo di analfabetismo digitale provoca rischiosi fattori di esclusione sociale, precludendo le potenzialità di crescita economica e sociale oggi sempre più influenzate dall'efficace sfruttamento delle tecnologie, con gravi ricadute negative sul crollo del PIL, sulla tenuta dei settori produttivi a rischio recessione e sui livelli occupazionali a causa della mancata riqualificazione della forza lavoro in linea con quanto descritto dal *World Economic Forum*, secondo cui a partire dal 2022 verranno create nuove opportunità professionali collegate al settore digitale che richiederanno competenze specialistiche ICT. Cfr. Commissione europea, *Spring 2020 Economic Forecast: A Deep And Uneven Recession, An Uncertain Recovery*.



LA (PSEUDO) INCENTIVAZIONE DEI SISTEMI DI RISOLUZIONE ALTERNATIVA DELLE CONTROVERSIE SECONDO LA RIFORMA CARTABIA

di **Roberta METAFORA***

ABSTRACT

La riforma Cartabia punta forte sulla gestione negoziale delle controversie tramite i meccanismi alternativi di risoluzione della lite. Nel contributo, dopo una breve panoramica sull'evoluzione normativa che ha interessato questi strumenti, vengono analizzati pro e contro delle modifiche alla luce degli obiettivi di efficienza nell'ambito del settore della giustizia. Le conclusioni non possono non evidenziare che il principale scopo che ha animato il legislatore della riforma nel modificare gli istituti della mediazione e della negoziazione assistita è stato quello di deflazionare il carico contenzioso attualmente esistente presso gli uffici giudiziari del nostro Paese, così di fatto non riuscendo a realizzare quella che è la vera finalità di questi istituti.

SOMMARIO

1. Breve premessa.....	63
2. L'obbligatorietà degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie	64
3. Le ADR e la riforma cartabia	65
4. Una diversa chiave di lettura. La proposta di conciliazione del giudice... ..	66
5. ... e la mediazione delegata	68
6. Gli indici di mediabilità	72
7. Segue. La negoziazione assistita nella materia laburistica	74
8. L'attività di istruzione stra-giudiziale di cui ai novellati artt. 4-bis e 4-ter del d.l. n. 132/2014	75
9. Brevi osservazioni conclusive	76

1. BREVE PREMESSA

A partire dalla fine del primo decennio del secolo, si è assistito ad un progressivo aumento dell'interesse del legislatore italiano rispetto agli istituti di risoluzione alternativa delle controversie; all'evidente scopo di deflazionare il carico contenzioso civile, si è perfezionato tramite l'adozione del D.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, di attuazione della Legge delega 18 giugno 2009, n. 69, l'inserimento all'interno dell'ordinamento giuridico italiano dell'istituto della mediazione civile e commerciale quale sistema di risoluzione delle controversie relative a diritti disponibili alternativo al processo civile. Oltre ad aver disciplinato la mediazione c.d. spontanea (i.e. svolta a seguito della libera iniziativa delle parti) e quella conseguente all'inserimento volontario di una clausola di mediazione nel contratto, nello statuto o nell'atto costitutivo dell'ente, il legislatore delegato del 2010 ha altresì previsto la possibilità per il giudice di invitare alle parti a svolgere una procedura di mediazione (c.d. mediazione delegata), nonché ha imposto in numerose controversie l'obbligo per le parti di tentare di risolvere la lite mediante il procedimento di mediazione prima dell'instaurazione del processo (c.d. mediazione obbligatoria).

L'interesse del legislatore per l'implementazione dei sistemi di definizione alternativa alla sentenza è alla base anche dell'introduzione dell'art. 185-bis nel tessuto del codice di rito ad opera del d.l. 21 giugno 2013 n. 69, conv. in l. 9 agosto 2013, n. 98, volto alla definizione conciliativa di cause già pendenti su impulso del magistrato. Tale innovazione normativa sottende un notevole cambiamento culturale nella percezione del ruolo del magistrato, nell'ottica di quella c.d. cultura mite nella gestione delle controversie civili che vede la negoziazione e l'accomodamento del conflitto quale



valida alternativa alla definizione in sede giurisdizionale contenziosa¹.

Nel 2014, il legislatore, evidentemente ispirato dall'omologo istituto del diritto francese, ha poi introdotto nel capo II del d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito con modificazioni in L. 10 novembre 2014, n. 162, la disciplina della procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati, volta a permettere la stipulazione di una convenzione tramite la quale le parti di un contenzioso in cui non sia ancora adito il giudice o un arbitro, si impegnano ad operare congiuntamente e in buona fede per la risoluzione amichevole della loro lite.

Da ultimo, in attuazione degli obiettivi previsti nell'ambito del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, finalizzato a realizzare una imponente opera di modernizzazione del nostro Paese sotto vari profili, sono stati promulgati la Legge delega 26 novembre 2021, n. 206 e il relativo D.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 di riforma del processo civile, i quali dedicano ampio spazio agli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie al dichiarato scopo di realizzare una giustizia che mantenga la promessa di trasparenza e prevedibilità della durata di procedimenti civili.

2. L'OBBLIGATORietà DEGLI STRUMENTI DI RISOLUZIONE ALTERNATIVA DELLE CONTROVERSIE

Nonostante la contraria indicazione proveniente dalla legge delega n. 69/2009 ed ancora

prima di quello europeo², il legislatore italiano ha, nei primi anni di applicazione, concepito gli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie quali mezzi essenzialmente volti al deflazionamento del contenzioso.

Al riguardo, è emblematica la vicenda relativa all'introduzione della mediazione obbligatoria. Introdotta dall'art. 5, comma 1 del d.lgs. n. 28/2010 ed espunta per effetto della declaratoria di incostituzionalità ad opera di C. cost. 6 dicembre 2012, n. 272³, la mediazione obbligatoria è stata subito reintrodotta nel 2013. Con il già citato D.l. 21 giugno 2013, n. 69, è stato infatti introdotto nell'art. 5 il comma 1-bis, per il quale, «*Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, è tenuto, assistito dall'avvocato, preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto ovvero il procedimento di conciliazione previsto dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'articolo 128-bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, per le materie ivi regolate. [...]*».

Analogamente è stata prevista l'obbligatorietà della negoziazione assistita relativamente alle: i) di risarcimento del danno da circolazione di veicoli e

* Professore associato di Diritto processuale civile presso il Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università degli studi Suor Orsola Benincasa.

¹ Delia, *Il senso della giustizia ed il valore della conciliazione*, in *Questione Giustizia*, 8 novembre 2015.

² È noto che l'art. 60 della L. n. 69/2009 e ancor prima la Direttiva UE n. 2008/52 non avevano autorizzato il Governo ad introdurre l'obbligatorietà della mediazione.

³ La previsione della mediazione come condizione di procedibilità suscitò, oltre che la reazione della dottrina (si v. tra i molti, Scarselli, *L'incostituzionalità della mediazione di cui al d.lgs. 28/10*, in *Foro it.*, 2011, V, 54 ss. e Caponi, *La mediazione*

obbligatoria a pagamento: profili di costituzionalità, in *www.judicium.it.*) anche quella della giurisprudenza di merito (v. *ex multis* T.A.R. Lazio, n. 268 del 2011, in G.U. del 28 dicembre 2011, n. 54), la quale sollevò questione di legittimità costituzionale dell'art. 5, comma 1 del d.lgs. n. 28/2010, per contrasto non solo con gli artt. 76 e 77 della Costituzione in tema di legislazione delegata, ma anche per violazione del principio di uguaglianza e del diritto di difesa ai sensi degli artt. 3 e 24 Cost. La Corte costituzionale, con la sentenza 6 dicembre 2012, n. 272, in *Giur. it.*, 2013, 605 ss. dichiarò l'illegittimità dell'art. 5, comma 1, citato per eccesso di delega.



natanti; ii) di pagamento somma non eccedente 50.000 euro, salvo che essa non si fondi su uno dei rapporti per i quali è prevista la mediazione obbligatoria, o le procedure conciliative elencate dall'art. 5, comma 1-bis, d.lgs. 28/2010); iii) relative ai contratti di trasporto o sub-trasporto, eccezion fatta per l'attivazione dell'azione diretta di cui all'art. 7-ter del d.lgs. 21 novembre 2005, n. 286 (art. 1, comma 249, l. 23 dicembre 2014, n. 190). Al contrario, ai sensi dell'art. 3, comma 1, d.l. 132/2014, tra i giudizi che esulano dall'ambito di applicazione della negoziazione assistita obbligatoria vi sono le controversie concernenti obbligazioni contrattuali derivanti da contratti conclusi tra professionisti e consumatori. Infine, il settimo comma dell'art. 3 sottrae alla negoziazione assistita le cause in cui la parte può stare in giudizio personalmente.

Dalla lettura delle norme emerge che la decisione del legislatore di sottoporre a mediazione o negoziazione assistita obbligatoria certi rapporti giuridici (quali le controversie condominiali o la separazione ed il divorzio) e non altri (come è stato sino ad oggi per le cause di lavoro), dipende necessariamente da scelte di politica del diritto che sarebbe semplicistico considerare del tutto "arbitrarie"; senonché, non appare dubbio che la ragione principale che ha mosso il legislatore verso tale direzione è quello di ridurre l'arretrato giudiziario, come è dato evincersi dalle Relazioni illustrative che hanno accompagnato l'introduzione della normativa interna in tema di mediazione e negoziazione assistita⁴.

Ora, se il fine di deflazionare il carico contenzioso è certamente legittimo, esso non può essere l'unico, giacché non tutte le materie in cui si registra un forte carico di giudizi pendenti possono essere efficacemente indirizzate verso forme di ADR.

Insomma, la finalità di degiurisdizionalizzare non può essere generica ed indiscriminata, tenuto conto che alcune tipologie controversie mal si prestano ad essere risolte tramite forme conciliative, essendo la modalità aggiudicativa l'unica strada per queste concretamente praticabile.

3. LE ADR E LA RIFORMA CARTABIA

La finalità di deflazionare il carico contenzioso è altresì alla base della recente riforma del processo civile e degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie.

Dai dati statistici forniti dal Ministero della giustizia (e richiamati dalla Commissione Luiso) sulla mediazione obbligatoria nel 2020 emerge con evidenza come la mediazione viene avviata, nella grande maggioranza dei casi, solo nelle materie ove la mediazione è obbligatoria: si tratta dell'87,1% delle mediazioni avviate, anche se solo nel 28% di queste l'accordo è stato raggiunto.

Per tale motivo e considerando che le materie in cui viene prevista l'obbligatorietà della mediazione rappresentano solo circa il 15% di tutto il contenzioso civile, la legge delega ha imposto l'ampliamento dell'elenco delle materie sottoposte alla mediazione obbligatoria includendovi anche quelle dell'area dei contratti di durata in cui le parti sono legate da rapporti stabili, quali franchising, consorzi, contratti d'opera, di rete, società di persone e subfornitura, a eccezione dei casi per i quali la legge preveda altre specifiche procedure obbligatorie di soluzione stragiudiziale delle controversie (art. 1, comma 4, lett. c, l. n. 206/2021).

La novità di per sé desta qualche perplessità: non appare condivisibile ad esempio la perdurante presenza delle controversie in materia di

⁴ Stando alla Relazione Illustrativa al Decreto legislativo n. 28/2010 (in https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_2_1.page?contentId=SAN92862&previousPage=mg_1_2_1), il comma 1 dell'art. 5 «intende [...] allargare a una vasta serie di rapporti la condizione di procedibilità,

sul presupposto che solo una simile estensione possa garantire alla nuova disciplina una reale spinta deflattiva». In senso analogo si esprime la Relazione al D.l. 12 settembre 2014, n. 132 (consultabile alla pagina <https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/DF/305861.pdf>).



responsabilità medicosanitaria e quelle in materia bancaria e finanziaria, considerato gli scarsi risultati sino ad oggi ottenuti.

Invero, la scelta del legislatore si giustifica proprio in virtù delle rilevazioni statistiche, dalle quali emerge che anche rispetto alle materie che hanno dato gli esiti meno fruttuosi la percentuale di accordo aumenta notevolmente quando le parti hanno accettato di sedersi al tavolo delle trattative. Poiché uno degli obiettivi della riforma è stato quello di rafforzare l'effettività del primo incontro tra le parti appare allora verosimile, anche alla luce di quanto affermato dalla Relazione illustrativa al d.lgs. 149/2022⁵ che il mantenimento di tali materie all'interno del perimetro della mediazione obbligatoria si sia basato sull'auspicio che le novità normative introdotte possano incrementare gli esiti positivi della mediazione anche in queste materie.

Se non appare dubbio che l'incidenza deflativa del contenzioso degli uffici giudiziari rappresenta l'obiettivo fondamentale dell'intervento riformatore non mancano anche una serie di indici dal quale si desume lo sforzo del legislatore della riforma di dar vita ad un vero e proprio cambio di passo nell'approccio agli strumenti di risoluzione stragiudiziale delle controversie.

Si pensi solo per fare un esempio all'aspetto definitivo: il legislatore li qualifica quali mezzi complementari alla giurisdizione, in tal modo escludendo che questi debbano contrapporsi alle tradizionali forme di tutela giurisdizionale; ancora, si consideri che con la riforma vengono previsti nuovi incentivi fiscali, viene estesa l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato anche al caso di conciliazione della lite ed inoltre viene prevista la possibilità

di utilizzare forme di accesso alla mediazione telematica.

4. UNA DIVERSA CHIAVE DI LETTURA. LA PROPOSTA DI CONCILIAZIONE DEL GIUDICE...

Resta però fermo che le proposte media-conciliative avranno tante più possibilità di essere accettate quanto più saranno congrue, ragionate ed equilibrate rispetto alle contrapposte posizioni delle parti.

Che poi detti istituti siano in grado di incidere anche sulle tempistiche razionalmente esigibili di definizione dell'arretrato civile più risalente e, in definitiva, sugli stessi livelli di soddisfazione dell'utenza del servizio giustizia è un effetto indiretto anche se non di secondaria importanza.

Per poter tuttavia permettere la reale ed effettiva adozione di tali strumenti da parte dei cittadini, occorre un diverso approccio metodologico sia da parte del legislatore sia da parte degli operatori pratici del diritto.

Un primo passo verso questo nuovo modo di intendere gli strumenti complementari alla giurisdizione è rappresentato dalle prassi virtuose che si sono sviluppate in alcuni tribunali (in special modo del mezzogiorno della penisola) relativamente all'applicazione dell'art. 185-*bis* c.p.c.

Come è noto, l'art. 185-*bis* c.p.c. affida al giudice il compito di formulare alle parti, «ove possibile, avuto riguardo alla natura del giudizio, al valore della controversia e all'esistenza di questioni di facile e pronta soluzione di diritto, una proposta transattiva o conciliativa»⁶.

⁵ Tali materie, per la natura del rapporto controverso, sono state ritenute dalla Relazione illustrativa particolarmente compatibili con la negoziazione del conflitto guidata dal professionista mediatore.

⁶ Quella riportata nel corpo del testo è l'attuale formulazione della norma: originariamente, l'art. 185-*bis* c.p.c., per come introdotto dal d.l. 21 giugno 2013, n. 69 sanciva un obbligo in

capo al giudice di effettuare una proposta conciliativa alle parti in lite a prescindere dalla natura e dalle caratteristiche della causa. Oggi, invece, l'istituto ha natura facoltativa («ove possibile») e il ricorso a quest'ultimo è rimesso alla discrezionalità del giudice, la quale è, a sua volta, condizionata da criteri valutativi normativamente fissati: «natura del giudizio, valore



Se nel generale tentativo di conciliazione sancito dall'articolo 185 c.p.c. il giudice essenzialmente stimola le parti a cercare una soluzione transattiva o conciliativa per la composizione della controversia, con l'art. 185-*bis* c.c. è egli stesso a dover effettuare una proposta di conciliazione, ricercando un equilibrio tra i contrapposti interessi dei contendenti⁷. Egli inoltre conserva tale potere per tutto il corso del giudizio sino al termine della fase istruttoria (*i.e.* alla rimessione della causa in decisione)⁸, rivolgendosi direttamente alle parti.

È stato notato che l'adozione dello strumento conciliativo di cui all'art. 185-*bis* c.p.c. permette di abbandonare le tipiche dinamiche avversariali del processo, in favore della ricerca di una possibile soluzione condivisa, con un innegabile vantaggio non solo in termini di riduzione dei tempi e dei costi della giustizia, ma anche di soddisfazione dell'utenza del servizio giustizia⁹.

La procedura conciliativa, dunque, non costituisce una forma di denegata giustizia e non si concretizza quale strada parallela rispetto alla giurisdizione. Al contrario, frequentemente, essa si mostra più adatta alla risoluzione di determinate liti, per una serie di ragioni.

In primo luogo, vi sono delle controversie particolarmente complesse nelle quali in capo a ciascun contendente vi sono sia profili di pregio sia profili di censura. In questi casi occorre che il giudice ristabilisca anzitutto la comunicazione fra le parti e così facendo, non raramente, si riesce a raggiungere un bilanciamento dei contrapposti interessi vantati in giudizio¹⁰.

In secondo luogo, la composizione delle controversie attraverso la strada conciliativa non è solo più flessibile e vantaggiosa, ma attribuisce alle parti anche la possibilità di ristabilire l'equilibrio sociale in breve tempo e senza pregiudizio dei loro diritti¹¹.

In terzo luogo, con riferimento a determinate tipologie di controversie la prosecuzione del giudizio, a prescindere dall'esito dello stesso, potrebbe essere infruttuosa perché antieconomica: è il caso delle c.d. *small claims*.

Quanto appena esposto evidenzia il superamento del tradizionale orientamento che contrappone la c.d. "giustizia negoziale" alla c.d. "giustizia statutale", dal momento che il modello conciliativo si è mostrato idoneo a coesistere con il processo civile¹².

Senonché, la concreta formulazione di un'ordinanza ex art. 185-*bis* c.p.c. presuppone da parte del magistrato un attento studio della causa, nella prospettiva di una sua integrale definizione riveniente dall'adesione delle parti ad una proposta conciliativa che avrà tante più possibilità di essere accettata quanto più sarà congrua, ragionata ed equilibrata rispetto alle contrapposte posizioni delle parti, oltre che aderente alle già acquisite emergenze processuali.

Ora però, manca nel nostro paese un approccio di tipo "non litigioso" ai conflitti; questo retaggio culturale influenza negativamente la formazione dei magistrati. Questi ultimi, difatti, già durante il tirocinio sono attentamente preparati alla gestione e allo studio dei fascicoli, alle modalità di acquisizione dei mezzi istruttori e alle tecniche di redazione della decisione, ma non certo all'attività

della controversia, esistenza di questioni di facile e pronta soluzione».

⁷ Corte d'Appello di Bari, sent. 23 marzo 2022, n. 475.

⁸ Oggi invero il primo comma della norma prevede la facoltà del giudice di formulare la proposta di conciliazione sino al momento in cui fissa l'udienza di rimessione della causa in decisione; si tratta di un mero adeguamento conseguente alle modifiche che hanno interessato la fase decisoria del processo di primo grado.

⁹ Delia, *loc. ult. cit.*

¹⁰ Caponi, *La giustizia civile alla prova della mediazione*, in *Foro it.*, 2010, V., p. 90.

¹¹ Di Marco, *La conciliazione: analisi di un istituto ancora in ombra*, in *Obbligazioni e contratti*, 2007, 6.

¹² Campanale, *Giustizia della decisione, giustizia della persuasione. Un'introduzione*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 6.



di conciliazione delle liti, che resta così sostanzialmente affidata alla loro sensibilità e alle forme di organizzazione del ruolo che ciascuno di essi ritiene di adottare¹³.

Pertanto, tra i motivi dello scarso successo della conciliazione giudiziale nel nostro ordinamento deve essere ricompresa non solo la radicata resistenza della classe forense verso le misure di risoluzione delle controversie alternative alla giurisdizione, ma anche la diffidenza delle parti nei confronti di un soggetto che non ritengono a tal fine appositamente preparato.

Dunque, è solo tramite un'adeguata formazione culturale dei magistrati che questi strumenti endo-processuali potranno trovare effettiva attuazione.

5. ... E LA MEDIAZIONE DELEGATA

Il tentativo di affidare la soluzione dei processi civili pendenti a strumenti di risoluzione alternativi alla giurisdizione è altresì alla base della mediazione delegata, sino ad oggi regolata dall'art. 5, comma 2 del d.lgs. n. 28/2010, come modificato dal d.l. n. 69/2013 e, a partire dal 1° luglio 2023, dai nuovi artt. 5-*quater* e 5-*quinqes* del decreto citato. Con l'istituto in discorso viene affidato al giudice della causa in corso il compito di valutare l'opportunità di invitare le parti a svolgere un procedimento di mediazione laddove ritenga che le stesse possano trovare maggiore soddisfazione in un accordo conciliativo in luogo di una sentenza¹⁴.

Stando all'originaria formulazione dell'art. 5, comma 2, d.lgs. n. 28/2010, il giudice di merito, finanche in appello, «*valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti*», poteva invitare queste ultime a dar vita ad un procedimento di mediazione dinanzi ad uno degli organismi abilitati. Se tutte le parti in lite aderivano a tale

invito, la causa veniva rinviata ad altra udienza, al fine di consentire l'espletamento della procedura.

L'invito formulato dal giudice non era tuttavia vincolante per i contendenti, i quali potevano scegliere se aderirvi o meno, tanto che, nel caso di rifiuto, erano completamente indenni da effetti processuali sfavorevoli, salva la responsabilità processuale per mala fede di cui all'art. 96 c.p.c.

Con la l. n. 98/2013, di conversione del d.l. n. 69/2013 è stato tuttavia modificato in maniera incisiva l'istituto in esame, trasformandosi l'invito del giudice in un ordine, giacché è stato stabilito che egli, in presenza delle medesime condizioni poc'anzi indicate, può senz'altro «*disporre l'esperimento del procedimento di mediazione*».

L'attuale disciplina, dunque, non richiede più il consenso delle parti, potendo il giudice ordinare d'ufficio l'instaurazione della procedura conciliativa sia in primo che in secondo grado. Tra l'altro, egli ha il potere di ordinare l'avvio del tentativo di mediazione anche laddove esso sia stato già esperito *ante causam* ed esso sia fallito e ciò tanto nelle materie soggette a condizione di procedibilità, quanto in quelle non soggette a condizione di procedibilità, qualora ravvisi la sussistenza dei presupposti per la conciliazione tra le parti sulla base di elementi dagli stessi portati in giudizio¹⁵.

Si è dunque in presenza di un vero e proprio comando, impartito attraverso un'ordinanza che può essere emessa fino a quando la causa non entra nella fase decisoria.

Con la stessa ordinanza, il giudice assegna alle parti un termine di quindici giorni per presentare la domanda di mediazione di fronte ad un apposito organismo e, al contempo, rinvia la causa ad una successiva udienza.

Emerge dunque con chiarezza che anche in questa ipotesi, come nella mediazione obbligatoria

¹³ Cortesi, *I metodi di risoluzione alternativa delle controversie: Focus su mediazione, negoziazione assistita e conciliazione giudiziale*, in *Quaderni della Scuola superiore della magistratura*, Roma, 2022, 43 e ss.

¹⁴ Luiso, *La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, Milano, 2021, 63.

¹⁵ Trib. Monza, ord. 24 giugno 2020.



ex lege, l'avvio della procedura compositiva è condizione di procedibilità della domanda giudiziale, finanche in appello.

Pertanto, alla prima udienza utile, il giudice verificherà il rispetto ad opera delle parti del comando da lui impartito con l'ordinanza, e se ravvisa che le parti non hanno esperito il tentativo di mediazione, allora potrà definire il giudizio dichiarando l'improcedibilità dell'azione.

È da escludere che il giudice possa imporre condizioni ulteriori e diverse rispetto a quelle previste per la mediazione obbligatoria, disponendo ad esempio che la mediazione delegata si svolga dinanzi ad un particolare organismo, oppure che il primo incontro abbia un particolare contenuto, oppure ancora che il mediatore debba formulare una proposta di conciliazione.

In altre parole, la legge non dà al giudice alcun potere di incidere sulla disciplina normativa, potendo solo rendere obbligatoria una mediazione che non lo è secondo l'elencazione contenuta nell'art. 5 del d.lgs. n. 28/2010. La scelta di disporre la mediazione nelle ipotesi in cui essa non è obbligatoria è infatti frutto del potere discrezionale del giudice, il cui esercizio non richiede una specifica motivazione e che come tale non è sindacabile in cassazione¹⁶.

Una questione su cui la giurisprudenza e la dottrina si sono a lungo pronunciate riguarda il contenuto che deve avere l'ordinanza con cui il giudice impone alle parti di eseguire il tentativo di mediazione; al riguardo, l'orientamento giurisprudenziale oggi prevalente individua all'interno di questi provvedimenti un contenuto necessario, consistente nell'ordine, sempre presente, che il giudice rivolge alle parti in causa di effettuare la mediazione, mettendo a loro disposizione il termine di quindici giorni e fissando una successiva udienza a distanza di almeno tre mesi.

Si è a lungo discusso se detto termine abbia o meno carattere perentorio. Sul punto la giurisprudenza di merito ha assunto, nel tempo, posizioni diverse, considerando, a volte, tale termine come perentorio e, altrettante volte, come ordinatorio.

È chiaro che la diversa qualificazione giuridica ha delle conseguenze processuali: nel primo caso, l'attività di mediazione deve obbligatoriamente essere eseguita in quel determinato lasso di tempo pena l'improcedibilità della domanda giudiziale, la quale, tra l'altro, si profilerebbe come ingiusta laddove la mediazione, anche se avviata in ritardo, si fosse comunque svolta e conclusa tra le parti entro l'udienza di rinvio del giudice; nel secondo caso, invece, qualora i quindici giorni non dovessero essere rispettati, non sarebbe previsto alcun effetto sfavorevole in capo alle parti in lite.

A fondamento della tesi della perentorietà del termine¹⁷ è stato osservato che, pur in mancanza di indicazione espressa, il regime di perentorietà può essere desunto in via interpretativa tutte le volte in cui, per lo scopo che persegue e la funzione che adempie, il termine debba essere rigorosamente osservato. Del resto, sarebbe illogico ritenere che, a fronte della previsione della sanzione di improcedibilità per mancato esperimento della mediazione e di un termine relativamente ristretto per l'inizio del procedimento, si lasciasse poi alla libera valutazione dell'onere la scelta arbitraria del tempo in cui iniziarlo.

Dunque, per quest'indirizzo, il termine *de quo* ha natura perentoria, il che troverebbe conferma dalla gravità della sanzione prevista nel caso del suo spirare inutilmente, vale a dire l'improcedibilità della domanda giudiziale, la quale comporta la necessità di emettere una sentenza di puro rito, così impedendo al processo di pervenire al suo naturale epilogo. Tale conseguenza, come è evidente, mal si

¹⁶ Cass. 10 marzo 2023, n. 7269.

¹⁷ V. da ultimo Corte d'Appello di Brescia del 17 dicembre 2021, n. 1667.



concilia con la violazione di un termine meramente ordinatorio.

Senonché, la Suprema Corte è intervenuta in materia, affermando che il decorso del termine di quindici giorni non rende, di per sé, la domanda giudiziale improcedibile¹⁸.

In primo luogo, la S.C. ha affermato che per stabilire se si sia verificata o meno la condizione di procedibilità della domanda giudiziale, occorre considerare che l'art. 5, comma 2, seconda parte, d.lgs. n. 28/2010 stabilisce che «*l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda*» e che ai sensi del comma 2-bis della stessa norma «*quando l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale la condizione si considera avverata se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza l'accordo*». Da tali disposizioni, dunque, si desume che il legislatore ha ricollegato la procedibilità della domanda al solo evento dell'esperimento del procedimento di mediazione e non al mancato rispetto del termine di presentazione della domanda di mediazione.

Deve pertanto escludersi il carattere perentorio del termine di quindici giorni, fissato dal giudice ai sensi del d.lgs. n. 28 del 2010, art. 5, comma 2, in considerazione della mancanza di qualsivoglia indicazione normativa in tal senso, nonché alla luce della circostanza che l'attivazione della mediazione delegata non costituisce attività giurisdizionale.

Ancora, per la S.C., la natura non perentoria trova conforto nella *ratio legis* sottesa alla mediazione obbligatoria *ope iudicis* che è quella della ricerca della soluzione migliore possibile per le parti, dato un certo stato di avanzamento della lite e certe sue caratteristiche, per cui va privilegiata una interpretazione del dato normativo che favorisca l'effettivo esperimento della mediazione.

Ne segue che il giudice solo se all'udienza fissata da egli fissata con il provvedimento con cui aveva disposto l'invio delle parti in mediazione riscontra che il procedimento non è stato iniziato o non si è concluso per una colpevole inerzia iniziale di una delle parti dovrà accertare il mancato avveramento della condizione di procedibilità e dunque chiudere il giudizio in rito.

Oltre all'imposizione dell'ordine rivolto alle parti di proporre domanda di mediazione, l'ordinanza del giudice può presentare anche un contenuto variabile, riguardante tutti quegli inviti, solo eventuali, che il giudice può avanzare: ad esempio, l'invito rivolto al mediatore a garantire la partecipazione personale delle parti¹⁹ o l'invito rivolto al mediatore a verbalizzare in maniera precisa e circostanziata le motivazioni dedotte dalle parti circa il fallimento del tentativo di mediazione²⁰.

Dunque, come è evidente, il procedimento di mediazione delegata seguirà le regole generali previste per le altre tipologie di mediazione, senza alcuna deroga.

La correttezza di tale affermazione trova conferma dal superamento di quell'orientamento giurisprudenziale a mente del quale doveva ritenersi legittima la previsione contenuta nell'ordinanza del giudice di prevedere obbligatoria per il mediatore la formulazione di una proposta di conciliazione anche in assenza di una concorde richiesta delle parti²¹. In merito, l'art. 9, comma 4 del Regolamento unitario per gli Organismi di Mediazione Forensi costituiti dai Consigli dell'Ordine degli Avvocati approvato dal Consiglio Nazionale Forense in occasione della seduta amministrativa del 21 gennaio 2022 ha definitivamente confermato l'impossibilità per il mediatore di procedere in tal senso se tutte le parti in mediazione non glielo richiedono espressamente, perché, altrimenti, egli

¹⁸ Cass. 14 dicembre 2021, n. 40035.

¹⁹ Trib. Vasto, ord. 23 giugno 2015.

²⁰ Trib. Ascoli Piceno, ord. 22 dicembre 2015.

²¹ Trib. Vasto, ord. 23 giugno 2015 cit.; Trib. Gorizia, ord. 3 giugno 2021.



acquisterebbe le vesti, che non gli competono, di “ausiliario” del giudice. Ne consegue che tale possibilità deve essere esclusa anche quando il giudice rivolge tale invito nell’ordinanza con cui dispone l’esecuzione della mediazione.

Allo scopo di valorizzare ed incentivare la mediazione demandata dal giudice, il legislatore delegato ha trasfuso nel nuovo art. 5-*quater* la disciplina contenuta nell’originario art. 5, comma 2, d.lgs. n. 28/2010, confermandosi così il potere del giudice, anche in sede di appello, di disporre, con ordinanza motivata, nella quale dare conto delle circostanze valutate (relative alla natura della causa, allo stato di istruzione della stessa e al comportamento delle parti), l’esperimento del procedimento di mediazione.

Stando all’art. 5-*quater* cit., il «*giudice, anche in sede di giudizio di appello, fino al momento della precisazione delle conclusioni, valutata la natura della causa, lo stato dell’istruzione, il comportamento delle parti e ogni altra circostanza, può disporre, con ordinanza motivata, l’esperimento di un procedimento di mediazione. Con la stessa ordinanza fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all’articolo 6. La mediazione demandata dal giudice è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. Si applica l’articolo 5, commi 4, 5 e 6. All’udienza di cui al comma 1, quando la mediazione non risulta esperita, il giudice dichiara l’improcedibilità della domanda giudiziale.*».

È possibile evidenziare delle differenze tra questa disposizione e quella precedentemente in vigore. Innanzitutto, i criteri in base ai quali il giudice decide se ordinare ai contendenti in lite l’esperimento del tentativo di mediazione saranno più ampi, perché oltre alla natura della causa, allo stato dell’istruzione e al comportamento delle parti, anche «ogni altra circostanza» sarà in grado di convincere il giudice circa la presenza di concrete possibilità di successo di una composizione in via bonaria.

Inoltre, se sino al 30 giugno 2023 il giudice può ordinare l’attivazione della procedura di mediazione prima dell’udienza di precisazione delle conclusioni o, in mancanza, prima della discussione della causa, egli, a partire dal 1° luglio 2023, potrà spingersi fino al momento prima delle precisazioni delle conclusioni, il quale deve intendersi, relativamente al nuovo rito ordinario, riferito al termine di sessanta giorni prima dell’udienza di rimessione della causa in decisione come previsto dal novellato art. 189 c.p.c. per il deposito di note scritte contenenti la precisazione delle conclusioni.

Resta ferma la possibilità per il giudice di disporre la mediazione delegata anche in appello, nonostante la scarsa utilizzazione dell’istituto in questo grado del processo.

Pochi sono i provvedimenti editi in materia²² e talvolta, l’incombente è stato ordinato alle parti sul malcelato presupposto di definire la causa in tempi rapidi a fronte della mole dei giudizi pendenti davanti alla Corti d’Appello, che sono quelle, tra i vari uffici giudiziari, che hanno sofferto di più le lungaggini processuali, anche a seguito delle varie riforme del processo civile.

Tuttavia, vi è da chiedersi come sia possibile discorrere di «*facilitazione dell’accesso alla giustizia*», in relazione ad una lite che non soltanto è già stata instaurata in sede giurisdizionale, ma si trova perfino in sede di impugnazione. In tale fase del processo, infatti, le parti sono disposte contro voglia ad accogliere l’invito - che, peraltro, non è più tale - del giudice di appello, nel senso che, demandate in mediazione, difficilmente potranno trovare un accordo, «*in quanto almeno una, ossia l’appellato, si trova in una posizione di indubbio favore, risultando vincitore in primo grado e con “in mano” una sentenza provvisoriamente esecutiva (vantaggio che, del resto, lo stesso appellato ha tutto l’interesse a consolidare in via definitiva)*»²³.

²² Si v., tra tutti, App. Milano 22 marzo 2016.

²³ Celeste, *La mediazione delegata in appello nei nuovi rapporti di vicinato*, in *Imm. e propr.*, 2018, 456 ss.



Nonostante le critiche avanzate, la riforma assegna un ruolo da protagonista alla mediazione in generale ed in specie a quella delegata, incentivandola anche attraverso la formazione degli operatori e l'istituzione di percorsi di formazione in mediazione per i magistrati. A tal proposito, il primo comma del nuovo art. 5-*quinquies* del d.lgs. n. 28 del 2010 prevede che: «*Il magistrato cura la propria formazione e il proprio aggiornamento in materia di mediazione con la frequentazione di seminari e corsi, organizzati dalla Scuola superiore della magistratura, anche attraverso le strutture didattiche di formazione decentrata*». Tra l'altro, tale formazione e i contenziosi definiti con mediazione verranno presi in considerazione ai fini della valutazione della carriera dei magistrati stessi: «*Ai fini della valutazione di cui all'articolo 11 del decreto legislativo 5 aprile 2006, n. 160, la frequentazione di seminari e corsi di cui al comma 1, il numero e la qualità degli affari definiti con ordinanza di mediazione o mediante accordi conciliativi costituiscono, rispettivamente, indicatori di impegno, capacità e laboriosità del magistrato. Le ordinanze con cui il magistrato demanda le parti in mediazione e le controversie definite a seguito della loro adozione sono oggetto di specifica rilevazione statistica*».

Saranno anche concretizzabili progetti di collaborazione tra il capo di ogni ufficio giudiziario e le università, gli ordini professionali degli avvocati, gli organismi di mediazione, gli enti di formazione nonché altri enti ed associazioni professionali e di categoria, «*per favorire il ricorso alla mediazione demandata e la formazione in materia di mediazione*».

Se tale norma da una parte sembra avere l'obiettivo di superare la drastica alternativa tra la formazione istituzionale e l'apprendimento pratico, dall'altra pone il problema della profonda differenza tra il processo e la procedura di mediazione, concepita quale luogo in cui il mediatore tenta di instaurare un dialogo tra le parti, di certo non competitivo, avendo come obiettivo non la vittoria, bensì la composizione della lite tramite un accordo che sia per i litiganti soddisfacente. Sotto questo

profilo, difatti, i giuristi risultano essere i soggetti meno adatti a gestire simili percorsi, avendo quale unico vantaggio quello di comprendere le pretese giuridiche da cui i litiganti partono, pretese che, in quanto tali, non dovrebbero entrare nella gestione del tavolo delle trattative.

In conclusione, se la sfida che il legislatore deve porsi non è quella del mero abbattimento del contenzioso all'interno degli uffici giudiziari, ma di un vero e proprio ammodernamento e allineamento agli *standard* europei del modello italiano di processo, sembra congruo assegnare a quest'ultimo una funzione residuale quando la disponibilità delle situazioni sostanziali permette di scegliere vie alternative; a condizione, però, che ciascuna di tali scelte sia congegnata come opportunità da vagliare liberamente e non debba mai presentarsi né rivelarsi come un ripiego.

6. GLI INDICI DI MEDIABILITÀ

A tal riguardo, il monitoraggio dei verbali di conciliazione e delle ordinanze di mediazione rappresenta un'utile occasione di riflessione. Tramite esso è possibile individuare degli indici utili ai fini della mediabilità delle controversie.

Tra questi è possibile ricordare: le c.d. novità nel contraddittorio (le istanze di prosecuzione o riassunzione del giudizio, per l'avvicinarsi dei soggetti coinvolti nel contraddittorio e quindi l'introduzione di elementi nuovi tra le parti o i loro difensori), le quali costituiscono un'opportunità per la formulazione di una proposta conciliativa. Lo stesso può ripetersi laddove venga ampliato il *thema decidendum* per l'effetto della proposizione delle domande riconvenzionali o di eccezione di compensazione, ecc.

Ancora, può essere un utile spunto ai fini della proposizione di una proposta conciliativa il maturare delle preclusioni che, semplificando il *thema probandum*, permettono diagnosi definitive traducibili in forma conciliativa.



Ancora, un'altra leva conciliativa può essere rappresentata dall'intervenire nel corso del giudizio di mutamenti giurisprudenziali o da novità legislative che lasciano intravedere uno sbocco definitivo o, al contrario, la sussistenza di un quadro legislativo o giurisprudenziale stabile.

Ancora, le parti possono essere indotte ad accordarsi tenendo conto dell'alea del processo, dei vantaggi della conciliazione quale il contenimento dei costi e tempi del processo, della sussistenza delle questioni processuali ostative alla definizione della causa nel merito.

Quanto appena osservato ha una rilevanza non trascurabile anche nella mediazione e nella negoziazione assistita.

Al riguardo occorre però distinguere.

La mediazione si rivela lo strumento più adatto a gestire i conflitti tra persone che hanno relazioni continuative (*ongoing relationships*), come nel caso di conflitti familiari o di lavoro. La sua principale qualità sta nella capacità di riorientare le parti l'una verso l'altra non attraverso l'imposizione di regole, ma aiutandole a raggiungere una nuova e condivisa percezione della loro relazione, una percezione che riorienterà le loro reciproche disposizioni e attitudini. Il mediatore, infatti, invece di indurre le parti ad accettare regole formali per gestire le loro relazioni future, le aiuta a liberarsi dall'ingombro delle regole e ad accettare invece una relazione di reciproco rispetto.

Discorso parzialmente diverso deve essere condotto riguardo alla negoziazione assistita, la quale si caratterizza per essere utile nel trattamento dei conflitti in cui le parti realizzano scambi e compromessi pur senza condividere un obiettivo comune; per questo motivo, la negoziazione è meno adatta nel caso in cui le relazioni tra gli attori del conflitto siano più intense, salvo che le parti non intendano estinguere il loro rapporto.

La negoziazione, infatti, appare utile anche nelle controversie in cui sono coinvolti rapporti c.d.

di durata (come quelli di famiglia), purché la si limiti alle fasi di costituzione o di cessazione del rapporto e non per la regolamentazione di essi.

Di ciò ne è conferma il successo che ha incontrato nella pratica la negoziazione assistita in materia familiare. Se è vero che i rapporti familiari mal si prestano ad essere efficacemente regolamentati tramite procedure aggiudicative, trattandosi di un ambito della vita sociale dei singoli in cui, per eccellenza, prevale una forma di organizzazione fondata su scopi condivisi, proprio nel momento dello scioglimento del vincolo acquistano rilievo le regole formali. Tale considerazione spiega perché le negoziazioni assistite abbiano operato con maggiore successo in un settore in cui meno efficace non è solo l'aggiudicazione, ma anche – quanto meno per taluni aspetti – la mediazione: il riferimento è alla separazione o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, che per sua natura richiede numerosi formalismi.

Senonché, se è vero che la negoziazione assistita è uno strumento assai duttile, è del pari indiscutibile che essa non è in grado di operare efficacemente in tutte le tipologie di controversie: il pensiero corre all'art. 3 del d.l. n. 132/2014, il quale obbliga ad esperire il previo tentativo di negoziazione assistita in tutte le ipotesi in cui si intenda esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in materia di risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti o proporre in giudizio una domanda di pagamento a qualsiasi titolo di somme non eccedenti cinquantamila euro. Nel primo campo, i rapporti squilibrati di potere tra imprese di assicurazione e cittadini hanno determinato il fallimento della mediazione obbligatoria prima e della negoziazione assistita poi; nel secondo, la possibilità di avvalersi di numerosi mezzi di tutela giurisdizionale aventi carattere rapido e urgente (si pensi uno per tutti al decreto ingiuntivo) condiziona negativamente il ricorso a tali forme di ADR.



7. **SEGUE. LA NEGOZIAZIONE ASSISTITA NELLA MATERIA LABURISTICA**

Ancora, si pensi alle controversie di lavoro. Con la recente riforma del processo civile, il legislatore ha aperto alla possibilità di fare ricorso alla negoziazione assistita in tale settore, introducendo nel corpo del D.l. n. 132/2014 cit. l'art. 2-ter, che disciplina l'utilizzo della negoziazione assistita nell'ambito delle controversie di lavoro di cui all'art. 409 c.p.c. quale procedimento alternativo a quello previsto dall'art. 412-ter c.p.c., con la garanzia della difesa tecnica dell'avvocato che assiste ciascuna parte e con l'ulteriore garanzia della possibilità della parte che ritiene di avvalersene, di essere assistita da un consulente del lavoro. Si tratta dunque di un procedimento facoltativo, essendo espressamente affermato che esso non costituisce condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

Essa inoltre deve riguardare controversie relative a diritti disponibili, come prevede in linea generale l'art. 2, co. 2, lett. b) del d.l. n. 132/2014.

A tal riguardo, deve però osservarsi che tale limitazione, seppur necessaria, porrà qualche problema pratico, essendo difficile nell'ambito laburistico l'individuazione di una netta linea di confine tra diritti disponibili ed indisponibili. Come è stato osservato in dottrina²⁴, infatti, «*la natura indisponibile del diritto non è una naturale conseguenza dell'inderogabilità della normativa*», ponendosi pertanto nella pratica il problema della negoziabilità del diritto controverso.

Inoltre, perché detta forma di risoluzione delle controversie di lavoro possa effettivamente funzionare occorre che all'accordo così raggiunto sia applicabile il regime di stabilità previsto dall'art. 2113, comma 4, c.c., a mente del quale viene esclusa per certe tipologie di accordi facilitativi

l'automatica invalidità conseguente alle rinunzie o transazioni aventi per oggetto diritti del prestatore di lavoro derivanti da disposizioni inderogabili della legge e dei contratti o accordi collettivi concernenti i rapporti di cui all'articolo 409 c.p.c. Pertanto, lo schema di decreto legislativo di riforma del processo civile presentato alle Camere della Repubblica il 2 agosto 2022 aveva previsto la modifica dell'art. 2113, comma 4, c.c. includendo tra le eccezioni alla regola dell'invalidità delle rinunzie e le transazioni anche gli accordi conciliativi intervenuti a seguito di una procedura di negoziazione assistita. Tale modifica è stata tuttavia giudicata irragionevole dalle Commissioni Giustizia di Camera e Senato, le quali hanno chiesto al Governo di prevedere in luogo della modificazione all'art. 2113 c.c. la trasmissione dell'accordo entro 10 giorni ad una delle Commissioni di Certificazione dei contratti di lavoro di cui all'art. 76 d.lgs. n. 276/2003 onde ottenere l'attestazione che il contratto che si vuole sottoscrivere abbia i requisiti di forma e contenuto richiesti dalla legge.

Dalla norma, tuttavia, non si evincono gli esatti confini delle funzioni attribuite alle commissioni di certificazione. Considerando la delicatezza degli interessi in gioco, si potrebbe pensare di attribuire a tali commissioni una funzione certificativa relativa alle rinunce e transazioni, *ad adiuvandum* a fronte delle cennate difficoltà a distinguere tra disponibilità e indisponibilità del diritto. Se così fosse tuttavia l'inoppugnabilità di cui all'art. 2113, co. 4, c.c. sarebbe da porre in relazione con l'intervenuta certificazione dell'accordo e questo doppio passaggio rendere questo passaggio finale estremamente farraginoso. Potrebbe allora ipotizzarsi che il ruolo delle commissioni sia da intendersi con funzioni che esulano dalla certificazione e siano limitate ad un puro aspetto conservativo dell'accordo.

²⁴ Vanz, in *Il processo civile dopo la riforma Cartabia. D.Lgs 10 ottobre 2022, n. 149 aggiornato alle modifiche introdotte dalla Legge di Bilancio*

(*Legge 29 dicembre 2022, n. 197*), a cura di Didone e De Santis, Padova, 2023, 661.



Siffatta modifica, poi recepita nel D.lgs. n. 149/2022 di riforma del processo civile, molto probabilmente farà sì che le parti non saranno interessate ad utilizzare questo strumento di risoluzione delle controversie, così rendendo la novella legislativa di fatto irrilevante.

8. L'ATTIVITÀ DI ISTRUZIONE STRAGIUDIZIALE DI CUI AI NOVELLATI ARTT. 4-bis E 4-ter DEL D.L. N. 132/2014

La novità normativa che, forse, di più tradisce il reale intento del legislatore è tuttavia rappresentato dalla c.d. «attività di istruzione stragiudiziale», che può essere prevista dalle parti della convenzione per la procedura di negoziazione assistita la preveda espressamente.

Ai sensi dell'art. 4-bis del d.l. n. 132/2014 come introdotto dal decreto di riforma, le parti possono prevedere all'interno della convenzione di negoziazione la possibilità di acquisire dichiarazione ad opera di terzi su fatti specificamente individuati e rilevanti in relazione all'oggetto della controversia presso lo studio professionale degli avvocati delle parti o presso il Consiglio dell'ordine degli avvocati, nel rispetto del principio del contraddittorio.

Il comma 2 della norma impone il rispetto di alcuni standard nell'acquisizione della prova.

Una volta rese le dichiarazioni, esse saranno raccolte in un documento, il quale, previa integrale lettura, sarà sottoscritto dal dichiarante e dagli avvocati (commi 4 e 5).

Quanto al regime di efficacia delle dichiarazioni rese, stabilisce il comma 6 che il documento che le contiene costituisce piena prova di quanto in esso attestato; inoltre, esso può essere prodotto in giudizio al fine di essere valutato dal giudice secondo il suo prudente apprezzamento, ai sensi dell'art. 116, primo comma, c.p.c. Il giudice può

anche disporre che l'informatore sia escusso come testimone.

La norma prende poi in considerazione il caso in cui l'informatore non si presenti o si rifiuti di rendere dichiarazioni, prevedendo che in tale eventualità la parte che ritiene necessaria la sua deposizione può chiedere, nel giudizio instaurato a seguito del mancato raggiungimento dell'accordo, che il giudice ne ordini l'audizione (comma 7). Nel medesimo comma è poi prevista la possibilità per la parte interessato di attivare un procedimento di istruzione a futura memoria ai sensi dell'art. 692 c.p.c., che in tal caso potrà essere richiesto non già per il fondato timore che i testimoni stiano per mancare, ma in ragione del loro rifiuto di rendere le deposizioni in sede di procedura stragiudiziale.

La convenzione di negoziazione potrà poi altresì prevedere anche la possibilità per ciascun avvocato di invitare la controparte a rendere per iscritto dichiarazioni su fatti, specificamente individuati e rilevanti in relazione all'oggetto della controversia, ad essa sfavorevoli e favorevoli alla parte nel cui interesse sono richieste.

Una volta rese, le dichiarazioni saranno verbalizzate per iscritto e il relativo documento sarà sottoscritto dalla parte e dall'avvocato che la assiste anche ai fini della certificazione dell'autografia.

Per espressa previsione normativa (art. 4-ter, comma 2), la dichiarazione così resa ha il valore di confessione stragiudiziale di cui all'art. 2735 c.c.

Particolarmente gravi sono le conseguenze del rifiuto della parte a rendere la dichiarazione, prevedendosi che «il rifiuto ingiustificato di rendere dichiarazioni sui fatti di cui al comma 1 è valutato dal giudice ai fini delle spese del giudizio, anche ai sensi dell'articolo 96, commi primo, secondo e terzo, del codice di procedura civile» (comma 3).

Siffatta previsione, invero, lascia perplessi: in un contesto ove già è stabilito che il giudice può valutare il rifiuto di negoziare come motivo di responsabilità aggravata o di concessione dell'esecutività



provvisoria a un decreto ingiuntivo (art. 4, comma 1, l. n. 162/2014, non modificato dalla Riforma), prevedere l'applicazione dell'art. 96 anche alla parte che si sottrae all'interrogatorio stragiudiziale chiesto dalla controparte allo scopo di ottenere una confessione sembra francamente eccessivo, soprattutto quando si consideri che tali prove sono poi utilizzabili nel successivo eventuale processo che verrà attivato a seguito del fallimento della procedura di negoziazione.

Più in generale, può poi osservarsi come la possibilità di utilizzare le risultanze istruttorie acquisite stragiudizialmente all'interno del giudizio se da un lato costituisce un fattore di accelerazione dei tempi processuali, dall'altro riduce le garanzie difensive e il contraddittorio affidandoli nelle mani dei difensori.

A ciò si aggiunga che, come è stato plasticamente osservato²⁵ sperare «che nel contesto della negoziazione assistita parti e difensori s'impegnino a "vuotare il sacco" e a ricostruire i fatti controversi, con puro metodo adversarial e senza alcun coordinamento di un soggetto terzo, consentendo che le prove formatesi e le dichiarazioni rese vengano poi acquisite nel successivo processo coram iudice in caso di mancata conciliazione, appare wishful thinking francamente utopistico e, per vero, assai poco coerente con le finalità conciliative della negoziazione assistita, cui dovrebbero rimanere tendenzialmente estranei l'apparato e l'armamentario retorico della dialettica processuale e che dovrebbe, semmai, restare protetta dai successivi svolgimenti contenziosi, esattamente come avviene per la mediazione, soggetta a riservatezza e a divieti di utilizzazione delle dichiarazioni e delle attività anche istruttorie svolte in seno alla stessa, a mente degli artt. 9 e 10 d.lgs n. 28/2010, come peraltro prevede anche l'art. 9 d.l. n. 32/2014 per la negoziazione assistita da avvocati, proprio allo scopo di agevolare un dialogo schietto e franco tra le parti, con incontri anche separati, senza il timore di esprimersi e, ancor meno, di rendere dichiarazioni con efficacia

confessoria o di dare corso a prove contrarie ai propri interessi».

9. BREVI OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

Alla luce delle riflessioni svolte nei precedenti paragrafi, è ben evidente che il principale scopo che ha animato il legislatore della riforma nel modificare gli istituti della mediazione e della negoziazione assistita è stato quello di deflazionare il carico contenzioso attualmente esistente presso gli uffici giudiziari del nostro Paese.

Purtroppo, la scelta compiuta si mostra, già sulla carta, poco efficace: se davvero avesse voluto scommettere sui sistemi di risoluzione alternativa delle controversie, il legislatore avrebbe dovuto prevedere degli incentivi alla risoluzione alternativa delle controversie diversi da quelli attualmente previsti, riducendo le ipotesi di obbligatorietà e favorendo e semplificando i meccanismi procedurali, allo scopo di favorire la spinta conciliativa sottesa alla mediazione e alla negoziazione assistita.

Come è stato efficacemente notato, le ADR andrebbero «valutate sul piano qualitativo, dal momento che risultano sottesi alla risoluzione delle controversie attraverso una modalità dialogica di approccio, espressione sia del principio di solidarietà sociale ex art. 2 Cost. che rimedio complementare agli altri mezzi di tutela apprestati dall'ordinamento. [...] Il loro impiego, insomma, deve essere favorito solo qualora esso non rappresenti un ostacolo per l'accesso alla giurisdizione, ma piuttosto una garanzia ulteriore e complementare a essa»²⁶.

²⁵ Tedoldi, *Le ADR nella delega per la riforma del processo civile*, in *Questione giustizia*, 2021, fasc. 3, 150.

²⁶ Frosini, *Un diverso paradigma di giustizia: le Alternative dispute resolution*, in *AIC*, 2011, 6.



PREMESSA UN'ESPOSIZIONE DEI CARATTERI TIPICI NONCHÉ DELLA FUNZIONE DEL REATO COMPLESSO, SI SOFFERMI IL CANDIDATO SUL DELITTO DI OMICIDIO VOLONTARIO COMMESO DALL'AUTORE DEL DELITTO DI ATTI PERSECUTORI NEI CONFRONTI DELLA STESSA PERSONA OFFESA

di **Roberta ROSSI***

ABSTRACT

Il concorso in magistratura tenutosi nel mese di maggio 2023 ha visto la somministrazione di tracce di carattere generale, definite dai più di impostazione codicistica, volte alla ricostruzione ragionata degli istituti. La traccia di diritto penale estratta per la seconda prova verteva sul rapporto tra l'omicidio volontario commesso dall'autore del delitto di atti persecutori nei confronti della stessa persona offesa, richiedendo altresì che il candidato si soffermasse sulla disciplina del reato complesso. Ebbene, benchè la traccia fosse ricostruibile dal candidato con il solo ausilio del codice, tuttavia, la giurisprudenza più recente (Cass., Sez. un., 15 luglio 2021 (dep. 26 ottobre 2021), n. 38402, Pres. Cassano, Rel. Zaza) soccorreva il medesimo, indicandone il percorso logico-argomentativo.

SOMMARIO

1. Il reato complesso: tratti tipici	77
2. La funzione del reato complesso	78
3. Lo stato dell'arte sull'art. 575, 576 co.1 n.5.1 c.p.: l'ordinanza n. 14961/2021 della sezione v della cassazione	79
4. Cass., sez. Un., 15 luglio 2021 (dep. 26 ottobre 2021), n. 38402.....	80
5. Conclusioni	80

1. IL REATO COMPLESSO: TRATTI TIPICI

L'art. 84 c.p., espressamente rubricato "Reato complesso", ne ipotizza la ricorrenza ogniqualvolta la legge consideri come elementi costitutivi o come circostanze aggravanti di un solo reato, fatti che costituirebbero, di per se stessi, reato. Secondo consolidati orientamenti giurisprudenziali, il reato complesso racchiude in sé anche reati che tutelino beni giuridici differenti¹. La dottrina e la Giurisprudenza individuano l'esistenza del c.d. reato complesso in senso lato, che sarebbe composto di un fatto penalmente rilevante cui se ne aggiunge uno che, di per sé, non lo è (come accade, ad esempio, per il reato di esercizio arbitrario delle proprie ragioni: in tale fattispecie delittuosa, infatti, elemento non penalmente rilevante è la volontà di fare o meno ricorso al giudice). Nondimeno, dottrina minoritaria ricorre all'applicazione dell'art. 15 c.p., cosicché reato complesso sarebbe solamente quello in senso stretto², ricorrendo un'ipotesi di concorso apparente di norme in tutti gli altri casi.

Il reato c.d. complesso può essere distinto in **eventualmente complesso** ovvero **necessariamente complesso**: ricorrerà quest'ultima ipotesi in caso di reati espressamente delineati quali complessi (come, per esempio, il delitto di cui all'art. 628 c.p., che combina in sé il disvalore dei reati di furto e di violenza privata, attribuendo

* Avvocato del Foro di Brescia, Vicedirettrice De Iustitia.

¹ Cass. Pen., SS.UU., 16.12.2010 (dep. 25.2.2011), n. 7537/2011, pres. Lupo, rel. Fiale, ric. Pizzuto.

² Mentre il concorso apparente di norme si determina allorché «due o più disposizioni coesistenti sembrano adattarsi

ad un medesimo caso ma una soltanto è applicabile» (F. ANTOLISEI) il reato complesso costituisce una ipotesi tipizzata di essa; Cfr: R.A. FROSALI, Concorso di norme e concorso di reati, Milano, 1971, pp. 73-75; T. PADOVANI, Diritto penale parte generale, Milano, 2019, pp. 449-450.



rilevanza autonoma e una cornice edittale specifica, oppure i delitti di autoriciclaggio e riciclaggio, che racchiudono una pluralità di condotte criminose come, ad esempio, quella di appropriazione indebita). La seconda forma di reato complesso è data, invece, dalla situazione in cui due autonome figure di reato contribuiscono –in maniera diversa –, alla sua formazione (similmente a quanto accade in caso di reato omissivo improprio, generato dal combinato disposto della fattispecie di parte speciale con l'art. 40 cpv c.p.).

Può accadere, difatti, che mentre l'una le fornisce uno o più elementi costitutivi l'altra contribuisca con quelli accessori, di natura circostanziale, come nel caso del furto aggravato dalla violazione di domicilio (art. 625, comma 1, c.p.), frutto della combinazione tra il furto semplice di cui all'art. 624 c.p. (elemento costitutivo) e la violazione di domicilio (declinata come circostanza aggravante) di cui all'art. 614 c.p.³

Quanto ai profili di procedibilità, infine, è pacifico (art. 170 c.p.) che, se uno dei reati costituenti la fattispecie complessa è procedibile d'ufficio, allora tale regime si applicherà altresì al reato complesso.

2. LA FUNZIONE DEL REATO COMPLESSO

Per lungo tempo si è detto che l'art. 84 c.p. fosse un'inutile ripetizione di quanto già stabilito per il concorso di reati, posto che, invero, ben si poteva ricorrere alla disciplina sul concorso apparente di norme ex art. 15 c.p.

Tuttavia, la scelta del Legislatore si è dimostrata, al contrario, molto oculata: il reato complesso, infatti, assolve alla funzione di bilanciare la pretesa punitiva con il reale disvalore del fatto,

escludendo l'applicazione della disciplina del concorso di reati. Infatti, tale pretesa di equità e ragionevolezza della pena, in ossequio anche al principio del *ne bis in idem* – che, indubbiamente, si vedrebbe violato da un diverso procedere, finendo per punire due volte gli stessi fatti – trova un riscontro anche all'interno di altre norme del codice. Ad esempio, l'art. 301 co. III c.p., posto nel capo V del Libro II, nella disciplina dei delitti contro la Personalità interna dello Stato, esclude l'applicazione della disciplina ex art. 84 c.p., prediligendo quella del concorso di reati, ogniquale volta l'offesa sia rivolta alla vita, all'incolumità, alla libertà o all'onore. Se, quindi, per i delitti maggiormente offensivi come quelli del Libro II Legislatore ha inteso applicare la disciplina del concorso di reati in luogo di quella per il reato complesso, escludendola espressamente, allora è pacifico ritenere che ci si trovi innanzi ad ipotesi connotate da maggiore gravità e, di conseguenza, la funzione a fondamento dell'art. 84 c.p. imponga un trattamento sanzionatorio di minore severità in tutti i diversi casi.

Infatti, il concorso di reati comporterebbe una pretesa punitiva più afflittiva, posto che si procederebbe al c.d. cumulo materiale e ciò priverebbe di senso la scelta del Legislatore, che, al contrario, ha provveduto ad una unificazione normativa di fatti che integrerebbe autonome fattispecie incriminatrici⁴. Alcuni, tuttavia, hanno obiettato che la funzione, al contrario, sarebbe di maggiore afflizione ma tale assunto, secondo la dottrina maggioritaria, non regge, in quanto dipende da caso a caso e, comunque, lo stesso art. 84 c.p. impone i limiti massimi di cui gli artt. 78 e 79 c.p. qualora la legge, nella determinazione della pena, si riferisca alle pene previste dai singoli reati che lo costituiscono. Da ciò emerge pacificamente, quindi, che la

³ E. CAMPOLI, Reato complesso, in La Bussola, Il Penalista, [https://ilpenalista.it/bussola/reato-complezzo#:~:text=Una%20specie%20del%20reato%20\(necessariamente,rispetto%20al%20sequestro%20di%20persona\).](https://ilpenalista.it/bussola/reato-complezzo#:~:text=Una%20specie%20del%20reato%20(necessariamente,rispetto%20al%20sequestro%20di%20persona).)

⁴ S. PROSDOCIMI, Reato complesso, in Dig. disc. pen., 1994, p.7



funzione del reato c.d. complesso è quella di proporzionare la pena e contenerla, in un'ottica *di favor rei*, data l'unitarietà dei fatti.

Infatti, proprio richiamando la funzione di mitigazione della pena e di rispetto del principio del *ne bis in idem*, nonché il limite sistematico imposto anche dal principio di proporzionalità, si può risolvere l'interferenza tra norme incriminatrici attraverso l'unificazione legale di plurimi fatti di reato caratterizzati da un elemento di connessione tale da contrassegnare in termini di novità l'essenza dell'illecito: non si avrà una somma delle pene ma una sintesi delle stesse⁵. Questo è stato anche il ragionamento alla base della recente pronuncia della SS.UU.

3. LO STATO DELL'ARTE SULL'ART. 575, 576 CO.1 N.5.1 C.P.: L'ORDINANZA N. 14961/2021 DELLA SEZIONE V DELLA CASSAZIONE

Proprio tale unificazione normativa di fatti ha aperto un dibattito non indifferente circa il delitto p. e p. dall'art. 575, 576 co. 1 n. 5.1. c.p. Tale fattispecie integra un'ipotesi di reato complesso c.d. *circostanziato*, in quanto il delitto così composto porta in sé il disvalore anche del delitto di atti persecutori *ex art. 612 bis c.p.*

L'interrogativo se il delitto *ex art. 575, 576 co. 1 n. 5.1. c.p.* rientri, tuttavia, in un'ipotesi di reato complesso ovvero di un necessario concorso di reati è stato oggetto di una recente pronuncia delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione, la quale è stata chiamata dalla V Sezione a dirimere un contrasto sul punto⁶.

È necessario introdurre il contrasto chiarendo che il Legislatore non sembra aver inteso punire

indistintamente le condotte persecutorie in quanto tali, quanto, piuttosto, valorizzare la gravità della progressione criminosa culminata nel più grave delitto di omicidio.

Sul punto, tuttavia, non vi è sempre stata unanimità di visione, dal momento che, infatti, la Quinta Sezione della Suprema Corte ha deciso di rimettere la questione alle Sezioni Unite. Oggetto del quesito a quest'ultime sottoposto è stato: «*Se, in caso di concorso tra i fatti-reato di atti persecutori e di omicidio aggravato ai sensi dell'art. 576, comma primo, n. 5.1, cod. pen., sussista un concorso di reati, ai sensi dell'art. 81 c.p., o un reato complesso, ai sensi dell'art. 84, comma 1, cod. pen., che assorbe integralmente il disvalore della fattispecie di cui all'art. 612-bis cod. pen. ove realizzato al culmine delle condotte persecutorie precedentemente poste in essere dall'agente ai danni della medesima persona offesa*».

Infatti, un primo orientamento negava l'assorbimento del delitto di stalking in quello di omicidio aggravato ai sensi dell'art. 576 c. 1 n. 5.1. c.p., in quanto le due fattispecie non si troverebbero tra loro in rapporto di specialità. In particolare, la sentenza n. 20786/2019 della Suprema Corte, dando rilievo al dato letterale, ancorava l'elemento aggravatore di carattere soggettivo alla mera identità tra l'autore del delitto di omicidio e quello del reato di atti persecutori. Pertanto, data la maggiore offensività della condotta, i fatti previsti e puniti *ex art. 612 bis c.p.* non sarebbero assorbiti ma, al contrario, concorrerebbero con il delitto di omicidio aggravato.

Ex adverso, il più recente ed opposto orientamento (Cass. Pen. n. 30931/2021), qualificava l'art. 576 co. 1 n. 5.1. c.p. quale reato complesso *ex art. 84 c.p.*, poiché, secondo quanto motivato, la morte della medesima persona offesa anche dal delitto di stalking sarebbe la conseguenza della progressione criminosa posta in essere, finendo per

⁵ REDAZIONE DIKE, Traccia di diritto penale concorso Magistratura 2023, disponibile al link: <https://dikegiuridica.it/tracce-diritto-penale-magistratura-2023/>

⁶ Cass. Pen. Sez. V, ordinanza n. 14961/2021.



assorbire il disvalore delle condotte persecutorie con la funzione di contenere, quindi, la pretesa punitiva imponibili, evitando un *ne bis in idem*.

4. CASS., SEZ. UN., 15 LUGLIO 2021 (DEP. 26 OTTOBRE 2021), N. 38402

Le Sezioni Unite n. 38402/2021, chiamate a dirimere il contrasto illustrato, all'udienza del 15 luglio 2021 hanno preferito il secondo orientamento, affermando che il riferimento normativo della questione va individuato esclusivamente nell'art. 84 c.p., nonché fornendo un'interpretazione convincente anche dal punto di vista interpretativo sistematico.

Infatti, secondo l'argomentare della Corte, il fatto che la fattispecie di atti persecutori sia richiamata citando direttamente la norma incriminatrice e facendo riferimento tanto all'autore del reato quanto alla medesima persona offesa implica che *«la predetta fattispecie è [...] inequivocabilmente riportata all'interno della fattispecie aggravatrice nella sua integrale tipicità»*.

Pertanto, l'omicidio è aggravato non per la qualifica personale rivestita dal soggetto agente (come sostenuto, invece, dal primo orientamento in discussione), quanto, piuttosto, per il fatto persecutorio commesso. Viene assorbito l'intero fatto tipico che deve essere integrato totalmente, non la qualità del soggetto agente o i suoi precedenti penali.

Dunque, essendo per le SS.UU. certamente presenti gli elementi strutturali del reato complesso all'interno della fattispecie di cui all'art. 576 c. 1 n. 5.1. c.p., occorre che la norma sia interpretata anche alla luce del requisito sostanziale del reato complesso, ossia l'unità contestuale e finalistica dei reati di omicidio e di atti persecutori, in coerenza anche con la ratio dell'aggravante: i fatti di omicidio e di atti di persecutori devono presentare una contestualità spazio-temporale e devono porsi altresì in una prospettiva finalistica unitaria (se l'omicidio

della vittima è avvenuto a distanza consistente di tempo dai fatti rilevanti ai sensi dell'art. 612-bis c.p. si avrà invece concorso di reati, in quanto in situazioni del genere *«non si realizzerebbe il requisito minimo dell'unitarietà del fatto rappresentato dalla contestualità dei due reati»*).

5. CONCLUSIONI

La decisione delle Sezioni Unite convince per un duplice ordine di ragioni: da un lato, è una pronuncia che rimarca il principio per cui si deve essere puniti per ciò che si fa e non per ciò che si è (nel caso concreto, quindi, per il solo fatto di essere "stalker"), in ossequio ai principi di materialità ed offensività. In secondo luogo, la pronuncia è confortata dal dato letterale, che conferma ulteriormente l'intenzione legislativa di punire le vicende progredite e culminate nell'omicidio volontario ai danni della medesima persona offesa (precisazione, tra l'altro, operata in sede di conversione della legge introduttiva della norma) quale fatto unitario, sottraendolo al contempo alla disciplina del concorso di persone e alla conseguente applicazione del regime del cumulo delle pene, conseguenza di un diverso procedere in sede di pronuncia giurisdizionale di condanna.

**IL LOCUS COMMISSI DELICTI NEL METAVERSO: ETEROTOPIA O NON LIEU?***di **Federica DE SIMONE******ABSTRACT**

There is yet no unanimity on the possible positive and negative developments and impacts that metaverse technology may have on humankind, but there is a clear need for the rapid adoption of a shared regulation capable of preventing the risks of harm to fundamental rights and ensuring the protection of rights in general. The legal questions that arise are not insignificant, and they also affect criminal science, regarding the resilience of both fundamental principles and the institutes proper to criminal law like the place where the offense was committed. The basic question is whether the tools offered by law today can be considered sufficient for the purpose of regulating the metaverse and the necessary protections, or whether the introduction of a specific discipline, capable of going beyond the traditional categories in favor of a law of the digital, is indispensable.

SOMMARIO

1. Cenni introduttivi.....	81
2. Il carattere transnazionale del mondo virtuale	85
3. I criteri di immissione e percezione ...	86
4. Lo spazio del metaverso: pubblico o privato?.....	90
5. Brevi considerazioni conclusive	91

* Il presente scritto costituisce una versione rivisitata di un contributo di prossima pubblicazione nel volume V. NUZZO, M. RUBINO DE RITIS, A. FUCILLO (a cura di), *Diritto e universi paralleli. I diritti costituzionali nel Metaverso*, Napoli, ESI, in corso di stampa.

** Ricercatrice di Diritto penale presso l'Università della Campania Luigi Vanvitelli, Dipartimento di Giurisprudenza.

¹ Non c'è unanimità di vedute sul tema dello sviluppo tecnologico in antropologia e sociologia, ma su tutte spicca la ricostruzione di Ian McNeil, che ha individuato sette età tecnologiche dell'umanità. Per approfondimenti, si veda I. MCNEIL, *An Encyclopedia of the History of Technology*, Londra, Routledge, 1990.

1. CENNI INTRODUTTIVI

Smartphone, connessioni veloci, piattaforme social, pagamenti digitali e monete virtuali, sistemi biometrici, computer quantistici e intelligenza artificiale sono solo alcune delle innovazioni che portano a considerare lo sviluppo tecnologico degli ultimi cinquant'anni senza precedenti e con il più alto impatto sulla storia dell'umanità. Con le dovute proporzioni in termini di stato della conoscenza, invenzioni come il fuoco, la ruota e la stampa – solo per citarne alcune – hanno avuto effetti altrettanto dirimpenti, ma appartiene ai tempi moderni la brevità dell'arco temporale in cui tali novità si sono affermate, la quantità di scoperte effettuate simultaneamente e la velocità con cui sono state implementate nel quotidiano di ognuno¹.

Comune a tutte le epoche, invece, la capacità di immaginare l'avvenire soprattutto attraverso le narrazioni di fantascienza, che hanno portato a rappresentare scenari futuri poi divenuti realtà². È quanto avvenuto anche per la realtà virtuale e per la realtà aumentata, universi paralleli in cui costruire un mondo digitale alternativo da vivere tramite le sembianze di un *avatar* e che hanno preso vita sia in letteratura sia nell'arte filmica già dal finire del secolo scorso³.

² Seppure il termine fantascienza sia stato utilizzato per la prima volta nel 1926, è dalla notte dei tempi che l'uomo racconta di mondi fantastici e futuristici. Basti pensare al romanzo *Storia vera* di Luciano di Samosata, scrittore vissuto nel II secolo d.C., che raccontò di sbarchi sulla luna e all'opera del Filosofo Bacone, *La nuova Atlantide*, scritta nel 1624 e che anticipa alcune scoperte tecnologiche dei nostri giorni. Cfr. <https://www.ilsolo24ore.com/art/storia-vera-luciano-e-nasa-ADtfxDn> e P. ROSSI (a cura di), *La Nuova Atlantide e altri scritti*, in *Scritti filosofici*, Torino, Utet, 2009, pp. 1975-2016.

³ Qualcosa di simile al Metaverso, infatti, è stato immaginato già sul finire degli anni Novanta nel celebre film *Matrix* e nel



Il Metaverso non ha fatto irruzione nella vita dell'uomo all'improvviso, ma è frutto di un'idea già immaginata dalla mente umana e in parte realizzata negli scorsi decenni, seppure in forme abbastanza rudimentali⁴. Se manca un'unanimità di vedute sui possibili sviluppi e sull'impatto che tale tecnologia potrà avere, è convinzione diffusa che sia urgente adottare in tempi brevi una regolamentazione condivisa in grado di prevenire violazioni dei diritti fondamentali e di assicurare, più in generale, una tutela adeguata dei diritti.

L'Unione europea, cogliendo tale esigenza, ha recentemente adottato il *Digital Service Package*, composto dal *Digital Service Act* (DSA)⁵ incentrato sulla creazione di uno spazio digitale sicuro per utenti e imprese, e dal *Digital Markets Act* (DMA)⁶ tendente ad assicurare condizioni di parità per tutte le aziende digitali. Nelle pieghe della nuova

regolamentazione rientra anche il Metaverso, come piattaforma digitale, spazio condiviso dagli utenti e possibile mercato virtuale, in attesa di una regolamentazione *ad hoc* annunciata entro il 2023⁷. L'intento dell'Unione europea è stato esplicitato dal Commissario del Mercato Interno Thierry Breton, secondo cui *questo nuovo ambiente virtuale deve comprendere i valori europei fin dall'inizio. Le persone dovrebbero sentirsi tanto sicure nel mondo virtuale come lo sono in quello reale*⁸.

Le questioni giuridiche che il metaverso solleva non sono di poco conto e pongono interrogativi anche alla scienza penalistica italiana, seppure quest'ultima sembrerebbe affrontare separatamente e a velocità diverse il rapporto tra nuove tecnologie e principi generali da un lato, e quello tra nuove tecnologie, fattispecie criminose e amministrazione della giustizia dall'altro⁹.

2010 dallo scrittore Ernest Cline nel suo cyber thriller *Ready Player One*, di cui è stata curata una trasposizione filmica diretta da Spielberg nel 2018.

⁴ Le piattaforme *Second life* e *MySpace* hanno anticipato il mondo virtuale del Metaverso agli inizi degli anni 2000 ma forse i tempi non erano maturi per una simile innovazione e non hanno avuto seguito nel tempo.

⁵ Regolamento Ue 2022/2065 del 19 ottobre 2022, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022R2065&from=EN>.

⁶ Regolamento Ue 2022/1925 del 14 settembre 2022, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022R1925&from=EN>.

⁷ Al Metaverso è stata dedicata l'interrogazione parlamentare E-000656/2022, con la duplice richiesta di avviare uno studio circa il suo funzionamento e i rischi potenziali per i cittadini, e di adottare una regolamentazione specifica. Cfr. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2022-000656_IT.html. Se, inizialmente, la Commissione europea aveva risposto negativamente, ritenendo sufficiente un monitoraggio della nuova piattaforma e la contestuale applicazione dei nuovi strumenti normativi, un inaspettato e repentino *reversal* ha portato alla lettera di intenti con cui la stessa Commissione ha annoverato tra le iniziative chiave del 2023 anche quella sui mondi virtuali come il Metaverso. Cfr. https://www.key4biz.it/wp-content/uploads/2022/09/SO-TEU_2022_Letter_of_Intent_EN_0.pdf.

⁸ Cfr. <https://www.agendadigitale.eu/cultura-digitale/il-metaverso-questo-sconosciuto-ecco-perche-e-impensabile-normarlo-ora/>.

⁹ L'interesse del Diritto penale per le nuove tecnologie è testimoniato soprattutto a livello sovranazionale. Si veda, per

esempio, l'adozione di regolamentazioni specifiche, come la Risoluzione del Parlamento europeo del 6 ottobre 2021, intitolata *L'intelligenza artificiale nel diritto penale e il suo utilizzo da parte delle autorità di polizia e giudiziarie in ambito penale*. Sul fronte delle riflessioni dottrinarie in tema di principi generali e nuove tecnologie, i contributi non sono ancora molto numerosi. Tra gli altri v. C. CUPELLO, *La sfida dell'intelligenza artificiale al diritto penale*, in <https://www.sistemapenale.it/it/scheda/cupelli-la-sfida-dell-intelligenza-artificiale-al-diritto-penale>, 21 aprile 2023; F. BASILE, *Intelligenza artificiale e diritto penale: qualche aggiornamento e qualche nuova riflessione*, in G. BALBI, F. DE SIMONE, A. ESPOSITO, S. MANACORDA (a cura di), *Diritto penale e intelligenza artificiale. Nuovi scenari*, Torino, Giappichelli, 2022; C. PIERGALLINI, *Intelligenza artificiale: da 'mezzo' ad 'autore' del reato?*, in *Riv. It., Dir. Proc. Pen.*, 2020; S. RIONDATO, *Robot: talune implicazioni di diritto penale*, in P. MORO, C. SARRA (a cura di), *Tecnodiritto*, Milano, Franco Angeli, 2020; V. MANES, *L'oracolo algoritmico e la giustizia penale: al bivio tra tecnologia e tecnocrazia*, in U. RUFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, Giuffrè, 2020, pp. 547 ss.; L. PICOTTI, *Diritto penale e tecnologie informatiche: una visione di insieme*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (a cura di), *Cybercrime*, Milano, Utet, 2019, pp. 35 ss.; C. BURCHARD, *L'intelligenza artificiale come fine del diritto penale? Sulla trasformazione algoritmica della società*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2019, 62, 4, pp. 1909 ss. In tema di fattispecie penali, nuove tecnologie e giustizia, *ex multis* F. DE SIMONE, *L'implementazione delle nuove tecnologie nelle politiche anticorruzione*, in, in G. BALBI, F. DE SIMONE, A. ESPOSITO, S. MANACORDA (a cura di), *Diritto*, cit.; F. BOTTALICO, *Il furto di identità digitale*, in G. SIGIGNANO, A. DI MAIO (a cura di), *Nuove problematiche in tema di reati informatici*, Milano, La Tribuna, 2022, pp. L. DELLA



L'approfondimento della compatibilità dei nuovi strumenti con i principi del sistema sembra infatti non essere ancora diventato centrale nel dibattito, mentre, soprattutto il moltiplicarsi degli strumenti internazionali in materia ha sollecitato il legislatore a intervenire, introducendo nuovi reati e modificando quelli già esistenti nel tentativo di arginare l'espansione della criminalità cibernetica e, al contempo, ha fornito molti spunti all'elaborazione dottrinale.

Rispetto ai fondamenti dell'ordinamento penale, i principi di materialità e di offensività sembrano soffrire particolarmente quando posti in correlazione con i fatti che coinvolgono le nuove tecnologie e ciò con evidenza ancora maggiore nella dimensione virtuale. A livello globale, è ancora privo di soluzione il problema della responsabilità rispetto ai fatti commessi dai sistemi di intelligenza artificiale, tema che, nel nostro sistema, potrebbe costituire un punto di frizione prima ancora che con il principio di colpevolezza, con il principio di personalità della responsabilità penale, sancito dall'art. 27 co. 1 Cost.¹⁰ Trasposta nel metaverso, la questione si pone in termini analoghi anche per il mondo virtuale, sia nel caso in cui l'*avatar* assuma le vesti di soggetto agente, sia nell'eventualità che

diventi esso stesso vittima di reato. Prima ancora di affrontare il problema della regola da applicare - se debba farsi ricorso a quella già prevista per le persone giuridiche dal D.lgs. n. 231/2001, come suggerito da parte della dottrina¹¹, o se sia più appropriato servirsi della teoria della rappresentanza o della disciplina prevista in tema di responsabilità per i danni cagionati dagli animali, o se la soluzione migliore sia introdurre una forma autonoma di personalità elettronica¹² - è necessario esaminare alcune questioni tecniche.

Al momento solo l'uomo può essere titolare di un *avatar* nel metaverso, ma esperimenti recenti suggeriscono che a breve anche l'intelligenza artificiale potrebbe disporre di uno proprio e questo complica non poco le cose in termini di riconoscimento della responsabilità, non essendoci ancora unanimità di vedute su chi debba essere responsabile per l'operato dell'intelligenza artificiale in generale. Non sono state però prese in conto due eventualità tutt'altro che remote. La prima riguarda la possibilità che non si riesca a distinguere tra un *avatar* gestito dall'uomo e uno gestito dall'intelligenza artificiale¹³. La seconda che anche nel metaverso si agisca in anonimato o che non sia possibile tracciare i dati e risalire al titolare dell'*avatar*,

RAGIONE, *Il delitto di frode informatica: l'art. 640 ter c.p.*, in G. SICIGNANO, A. DI MAIO (a cura di), *Nuove problematiche*, cit., pp. 61 ss.; F. DE SIMONE, *I delitti contro l'integrità dei dati dei programmi e dei sistemi informatici: gli attacchi "Denial of Service"*, in G. SICIGNANO, A. DI MAIO (a cura di), *Nuove problematiche*, cit., pp. 43 ss.; A. ESPOSITO, *Il cyberbullismo*, in G. SICIGNANO, A. DI MAIO (a cura di), *Nuove problematiche*, pp. 143 ss.; G. GENTILE, *Il furto di dati informatici*, in G. SICIGNANO, A. DI MAIO (a cura di), *Nuove problematiche*, cit., pp. 89 ss.; R. GIORDANO, A. PANZAROLA, A. POLICE, S. PREZIOSI, M. PROTO (a cura di), *Il diritto nell'era digitale. Persona, Mercato, Amministrazione, Giustizia*, Milano, Giuffrè, 2022; M. CROCE, *Cyberlaundering e valute virtuali. La lotta al riciclaggio nell'era della distributed economy*, in *Sist. pen.*, n. 4, 2021, 129 e ss.; M. GIUCA, *Criptovalute e diritto penale nella prevenzione e repressione del riciclaggio*, in *Dir. pen. cont. riv. trim.*, 2021; T. PIETRELLA, *Reati informatici e concorso di norme: come l'evoluzione tecnologica informa il diritto penale. Il caso delle botnets*, in *Discrimen* 2 dicembre 2021; E. RIVA, *Le fattispecie di danneggiamento informatico: una comparazione tra Italia e Cina*, in *Sistema pen.*, 2021,

4, pp. 105 ss.; O. DI GIOVINE, *Il "Judge-bot" e le sequenze giuridiche in materia penale (intelligenza artificiale e stabilizzazione giurisprudenziale)*, in *Cass. Pen.*, 2020, pp. 952 e ss.; M. CATERINI, *Il giudice penale robot*, in *La legisl. Pen.*, 19.12.2020; M. GIALUZ, *Quando la giustizia penale incontra l'intelligenza artificiale: luci e ombre dei risk assessment tools tra Stati Uniti ed Europa*, ivi, 29 maggio 2019.

¹⁰ Cfr. A. CAPPELLINI, *Machina delinquere non potest. Brevi appunti su intelligenza artificiale e responsabilità penale*, in *Criminalia*, 2018, pp. 499 ss.

¹¹ D. INGARRICA, *Metaverso criminale. Quali interazioni nel presente nazionale e quali sfide globali del prossimo futuro*, in *Giur. Pen. Web*, 2022, 9, pp. 8 ss.

¹² S. CHESTERMAN, *Artificial Intelligence and the problem of Autonomy*, 2019, in *Journal on Emerging Technologies*, 2020, 1, 2, pp. 222 ss.

¹³ Si veda S. ATERNO, *Profili penali della vita nel metaverso*, in G. CASSANO, G. SCORZA (a cura di), *Metaverso. Diritti degli utenti - piattaforme digitali - privacy - diritto d'autore - profili penali - blockchain e NTF*, Pisa, Pacini Giuridica, 2023, p. 427.



posto che anche la tecnologia della *blockchain* non fornisce garanzie assolute di inviolabilità¹⁴.

Considerando invece l'aspetto del rapporto tra nuove tecnologie e fattispecie criminose, il diritto penale si è confrontato già da tempo con la criminalità informatica¹⁵ e con la dimensione virtuale, ad esempio quando nel 1993 è stato introdotto il reato di accesso abusivo a un sistema informatico o telematico (art. 615 *ter* c.p.), equiparando di fatto il domicilio digitale a quello fisico o, ancora, quando nel 2006 è stato previsto il delitto di pedopornografia virtuale (art. 600 *quater*)¹⁶.

La necessità di regolare ipotesi riscontrabili nel metaverso, sia attraverso previsioni normative *ad hoc* sia tramite l'interpretazione estensiva di fattispecie già previste, è imposta dai fatti. La casistica registra già una denuncia sporta da una ricercatrice per una violenza sessuale di gruppo subita nel metaverso dal proprio *avatar* a opera di altri *avatar*, durante lo svolgimento di alcuni test nella realtà

virtuale¹⁷. È vero che la violenza sessuale¹⁸ è una di quelle fattispecie di più difficile proiezione nella dimensione virtuale: in base al testo della fattispecie, la realizzazione del fatto tipico dovrebbe escludersi già in astratto, vista l'assenza di fisicità nel mondo virtuale e, dunque, la mancanza di materialità tipizzante, ma è altrettanto vero che la manipolazione costante da parte della giurisprudenza dei requisiti normativi, ha già portato la Cassazione a riconoscere la configurabilità della violenza sessuale in assenza di contatto fisico in relazione a un fatto realizzato tramite *chat*¹⁹.

Il metaverso potrebbe essere anche il luogo di commissione di fatti commessi contro la pubblica amministrazione. Dal momento che alcune pubbliche amministrazioni hanno esternato l'intenzione di inaugurare sportelli pubblici nel metaverso, non è soltanto un'ipotesi astratta il problema della configurabilità, ad esempio, di casi di corruzione, o di corruzione tra privati²⁰.

¹⁴ F. SARZANA DI SANT'IPPOLITO, M.G. PIERRO, I.O. EPICOCO, *Il Diritto del Metaverso. NFT, DeFi, GameFi e privacy*, Torino, Giappichelli, pp. 79 ss.

¹⁵ I cosiddetti *cybercrime* non sono inquadrabili in una categoria definita giuridicamente. Sul punto si veda R. FLOR, *La legge penale nello spazio, fra evoluzione tecnologica e difficoltà applicative*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, *Cybercrime*, cit., p. 151 e L. PICOTTI, *La nozione di criminalità informatica e la sua rilevanza per le competenze penali europee*, in *Riv. Trim. dir. Pen. economia*, 2011, 4, pp. 827 ss.

¹⁶ Un *corpus* di norme, codicistiche ed extra codicistiche, sono state nel tempo introdotte nell'ordinamento per disciplinare svariate ipotesi di reati informatici. Basti pensare ai casi di accesso abusivo e violazione di sistemi informatici, alle ipotesi di distruzione e danneggiamenti degli stessi, nonché alle fattispecie di frode informatica o di diffusione di virus. L'elencazione ha solo valore esemplificativo e si rinvia alla bibliografia di riferimento, non essendo questa la sede per un approfondimento sul tema. *Ex multis*, L. PICOTTI, *Cybercrime und strafrecht digitalisierung, globalisierung und risikoprävention. festschrift fuer ulrich sieber zum 70. geburtstag*, Berlino, Duncker & Humblot, 2021, pp. 807-830; L. PICOTTI, *Cybercrime e diritto penale*, in C. PARODI, V. SELLAROLI (a cura di), *Diritto penale dell'informatica. Reati della rete e sulla rete*, Milano, Giuffrè, 2020, pp. 709-723; A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, *Cybercrime*, cit.

¹⁷ Per prevenire casi simili il gestore della piattaforma ha introdotto la possibilità per gli *avatar* che si sentano minacciati, di ricorrere a una *safe zone*. Sul punto si veda A. CONTINIELLO, *Le*

nuove frontiere del diritto penale nel Metaverso. Elucubrazioni metagiuridiche o problematica reale?, in *Giur. Pen. Web*, 2022, 5, pp. 1 e ss. In generale v. G. ALESCI, *Meta - reato tra presente e futuro: alcune riflessioni critiche*, in V. NUZZO, M. RUBINO DE RITIS, A. FUCILLO (a cura di), *Diritto*, cit.

¹⁸ Sul punto ampiamente G. BALBI, *I reati contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale in una prospettiva di riforma*, in *Sist. Pen.*, 3 marzo 2020. Si veda anche S.R. PALUMBIERI, *I delitti contro la libertà sessuale* (voce), in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (a cura di), *Diritto Penale*, Milano, Utet, 2022, pp. 6171 ss.

¹⁹ Sulla necessità o meno che ci sia un contatto fisico per integrare gli estremi della violenza sessuale, in un caso di scambi di messaggi allusivi a mezzo di una chat, si veda Cass., Sez. III, 8 settembre 2020 n. 25266, secondo cui l'indebita interferenza nella sfera sessuale del soggetto passivo presa in considerazione dall'art. 609-bis c.p. risulta integrata anche in assenza di contatto fisico, ogniqualvolta gli atti sessuali coinvolgano la corporeità della persona offesa e siano finalizzati e idonei a compromettere il bene primario della libertà individuale nella prospettiva di soddisfare o eccitare il proprio istinto sessuale.

²⁰ Alcune pubbliche amministrazioni, come la Regione Piemonte, hanno mostrato l'intenzione di inaugurare uffici pubblici nel Metaverso. In particolare, il Consorzio Sistemi Informativi Piemonte e alcune aziende sanitarie stanno investendo risorse per sfruttarne le potenzialità, offrendo la possibilità di accedere a servizi pubblici come il pagamento di bolli e ticket. Cfr. <https://www.agendadigitale.eu/cittadinanza-digitale/il-futuro>



Al di là dei profili di tipicità e, più in generale, di responsabilità penale, va affrontato anche un altro aspetto rilevante: come si possa identificare il luogo in cui è da considerarsi avvenuto il fatto verificatosi nel metaverso, qualora venga ritenuto reato. Ed è proprio sul cd. *locus commissi delicti* che questo contributo focalizzerà l'attenzione.

Non è questa la sede per discutere sulla definizione e sull'essenza dello spazio del metaverso. Da una prospettiva filosofica, esso potrebbe esemplificare uno degli spazi eterotopici teorizzati da Foucault nel suo essere un luogo frutto di connessioni tra gli spazi in cui si assiste a una sospensione, se non proprio a una neutralizzazione, dei rapporti umani che vi si riflettono, alla stessa stregua di uno specchio, di un cimitero o anche di una prigione²¹. Si potrebbe, invece, accogliere una sua lettura in chiave antropologica e ritenere il metaverso come un luogo non identitario e costruito per un fine specifico, come avviene per i mezzi di trasporto o anche per i luoghi di svago²².

In concreto, per l'utente del *web* in generale e per quello del metaverso ancora di più, la rilevanza delle coordinate spazio-temporale è molto ridotta, essendo preminente la dimensione immersiva *tout court*²³.

Il diritto, piuttosto, ne coglie le esigenze di regolamentazione, recependo le spiegazioni tecniche offerte dalle scienze dure e la definizione largamente condivisa che Michel Ball ha indicato nel

celebre libro *Metaverse*²⁴. Per il diritto penale in particolare, comprendere con precisione che tipo di luogo è il Metaverso e individuare dei confini in senso tradizionale è di fondamentale importanza. Da questo dipende, infatti, l'identificazione della legge nazionale da applicare e, conseguentemente, l'individuazione della giurisdizione competente.

2. IL CARATTERE TRANSAZIONALE DEL MONDO VIRTUALE

La particolare struttura del metaverso e l'irrelevanza dei confini geografici rispetto all'operatività di alcune fattispecie di reato impone una riflessione sul tema della transnazionalità e sull'opportunità di fare ricorso a parametri internazionali condivisi da prevedere appositamente per la realtà virtuale, piuttosto che alle regole generali e ai principi contenuti nelle singole normative, peraltro non armonizzate tra loro²⁵.

La complessità della questione è emersa già in occasione della regolamentazione dei *cybercrime*, la cui dimensione transfrontaliera è stata da subito evidente e per i quali nel 2001 è stata adottata la Convenzione sulla Criminalità Informatica²⁶. Pur contenendo una previsione in merito alle possibilità di *accesso transfrontaliero a dati informatici immagazzinati con il consenso o quando pubblicamente disponibili* (art. 32), il documento non definisce il concetto di transfrontalierità e si limita a indicare alcuni criteri per stabilire la competenza degli Stati (art. 22)²⁷.

della-pa-nel-metaverso-come-cambiano-i-servizi-e-il-nostro-rapporto-coi-social/.

²¹ Per il concetto di eterotopia si veda M. FOUCAULT, *Spazi altri. I luoghi delle eterotopie*, Vaccaro S. (a cura di), Milano, Mimesis, 2001.

²² Per la teoria sul 'non luogo' si veda M. AUGÉ, *Non luoghi. Introduzione a una antropologia della surmodernità*, D. ROLLAND, C. MILANI (Traduzione a cura di), Milano, Eleuthera, 2009.

²³ Cfr. G. PICA, *I reati nella società dell'informazione*, in S. ALEO, G. PICA, *Diritto penale. Parte Speciale II*, Padova, Cedam, 2012, pp. 1015 ss.

²⁴ M. BALL, *Metaverso. Cosa significa, chi lo controllerà e perché sta rivoluzionando le nostre vite*, G. MANCUSO (Traduzione a cura di),

Milano, Garzanti, 2022. Secondo l'autore, il metaverso è una rete massiccia e interoperabile di mondi virtuali 3d con rendering in tempo reale che possono essere vissuti in modo sincrono e persistente da un numero effettivamente illimitato di utenti con un senso di presenza individuale e con continuità di dati quali identità, storia, diritti, oggetti, comunicazioni e pagamenti.

²⁵ In dottrina si veda A. DI MARTINO, *La frontiera e il diritto penale, Natura e contesto delle norme di "diritto penale transnazionale"*, Torino, Giappichelli, 2006.

²⁶ Cfr. <https://www.coe.int/web/cybercrime/home>.

²⁷ Cfr. R. FLOR, *Cyber-criminality: le fonti internazionali ed europee*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, *Cybercrime*, cit., pp. 97 ss.; L. PICOTTI, *La ratifica della Convenzione*



È possibile ricavare una definizione di reato transnazionale dalla disciplina dettata per far fronte alle esigenze di repressione di fattispecie comuni, in cui le condotte anche solo in parte travalicano i confini degli Stati o producono i loro effetti in territori diversi.

È quanto avvenuto per i reati della criminalità organizzata, per i quali la Convenzione delle Nazioni Unite sottoscritta a Palermo nel 2000 elenca all'art. 3 i criteri in base ai quali gli Stati considerano di natura transnazionale un reato. La Convenzione fornisce una definizione di reato transnazionale che, seppure nel caso di specie è riferito alla criminalità organizzata, potrebbe avere carattere generale. L'art. 3 co. 2 afferma che un reato è di natura transnazionale se a) è commesso in più di uno Stato; b) è commesso in uno Stato ma una parte sostanziale della sua preparazione, pianificazione, direzione o controllo avviene in un altro Stato; c) è commesso in uno Stato, ma in esso è implicato un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato d) è commesso in uno Stato ma ha effetti sostanziali in un altro Stato.

Stando così le cose, i *cybercrime* sono in *re ipsa* transnazionali per la maggior parte dei casi e tali saranno con ogni probabilità anche i reati commessi nel Metaverso, considerato il carattere ubiquitario delle connessioni su cui si fonda il funzionamento dei loro apparati. Si può verificare – ad esempio – che la sede legale della piattaforma e i sistemi informatici da cui dipende la realtà virtuale si trovino in uno Stato diverso da quello in cui risiedono l'autore del reato o il soggetto passivo, ma potrebbe anche avvenire che il reato sia iniziato nel mondo reale e poi, proseguito nel mondo virtuale, o viceversa. Basti pensare al caso di un'associazione criminale già costituita, che utilizzi il metaverso per organizzare l'esecuzione di reati che potrebbero

tanto essere commessi nella realtà, tanto nel virtuale.

Queste specificità spingono con tutta evidenza a prevedere una regolamentazione *ad hoc* per tali ipotesi che tenga in conto proprio il carattere transnazionale del mondo virtuale, poste le evidenti ricadute che si potrebbero avere in termini di difficoltà a individuare esattamente il *locus commissi delicti* e i rischi anche di violazione di principi generali come il *ne bis in idem*. La Convenzione di Palermo pone agli Stati obblighi di modifica della propria giurisdizione, che tuttavia l'Italia già rispetta, vista la regolamentazione nazionale esistente in materia.

Il riconoscimento del carattere transnazionale in capo al metaverso, affinché espliciti degli effetti in concreto anche sotto il profilo della cooperazione internazionale, richiederebbe tuttavia da parte di ciascuno Stato l'individuazione, o l'introduzione, delle singole fattispecie criminose in base alle quali poter perseguire i fatti commessi in tale contesto.

3. I CRITERI DI IMMISSIONE E PERCEZIONE

Il tema del *locus commissi delicti* riferito all'ambiente del metaverso può seguire, a mio avviso, due differenti direttrici di indagine.

La prima considera l'ambiente virtuale diverso e ulteriore rispetto all'ambiente reale, ma pur sempre un luogo nel quale si svolgono attività anche simili a quelle poste in essere nel contesto reale, tra cui la commissione dei reati. Ciò rende plausibile e coerente l'estensione dei criteri normativi già contemplati nel codice penale, seppure con la prevalenza di alcuni di essi per le peculiarità che si possono riscontrare nel nuovo spazio.

La seconda, invece, nega la natura di luogo al metaverso, preferendo una ricostruzione in termini di despazializzazione, per cui si rende necessaria

Cybercrime del Consiglio d'Europa. Profili di diritto sostanziale, in *Dir. Pen. e processo*, 2008, 6, pp. 700 ss.



una regolamentazione specifica diversa da quella esistente.

Le ragioni in base alle quali credo sia preferibile aderire a questa soluzione sono due. La prima è costituita dalla necessità di introdurre una disciplina ritagliata sulle esigenze regolative di un contesto per il quale un adeguamento alle disposizioni previste in un momento storico in cui il fenomeno era sconosciuto parrebbe insoddisfacente. Secondariamente, una scelta di questo tipo potrebbe risolvere anche alcune questioni che, in rapporto a talune fattispecie, ne rendono già difficile la disciplina nello spazio inteso in senso tradizionale e che verrebbero ulteriormente a complicarsi per la particolare natura del metaverso.

Penso ai problemi di tutela effettiva dei beni a titolarità diffusa, sia a quelle situazioni in cui il soggetto passivo è indeterminato²⁸.

Tuttavia, allo stato attuale, - sia che si scelga di guardare al metaverso come a un “luogo”, ancorché connotato da caratteristiche estremamente peculiari, sia che si preferisca ritenerlo un “non luogo” o un’eterotopia – ritengo più semplice, nell’immediato, disciplinare lo spazio virtuale accanto a quello fisico e a quello digitale secondo le regole vigenti, aggiungendovi dei correttivi indicati in tempi recenti dal formante giurisprudenziale.

Il legislatore penale già nel 1930 considerava il concetto di spazio disancorato dai confini geografici e nazionali, tant’è che il codice, per alcuni, accoglie un principio di territorialità temperata²⁹, per altri, esprime una tendenziale adesione al principio di universalità³⁰, comunque caratterizzandosi per l’accentuata estensione dei criteri in base ai quali incardinare la giurisdizione italiana, anche se il reato è commesso in territorio estero. Sotto quest’ultimo profilo, inoltre le dinamiche di

attribuzione sono ulteriormente sbilanciate dall’accoglimento del principio di ubiquità, che stabilisce parametri di individuazione del *locus commissi delicti* tali da permettere di ritenere commessi in territorio italiano un grandissimo numero di reati, anche quelli che in gran parte si siano svolti all’estero.

L’efficacia nello spazio della legge penale italiana, alle condizioni previste dagli artt. 7, 8, 9 e 10 c.p., si estende già di per sé ben oltre i confini nazionali.

I criteri utilizzati dal codice penale sono in grado di definire lo spazio del metaverso, contribuendo a risolvere l’incertezza interpretativa in merito al *locus commissi delicti*, tanto nella dimensione elettronica e digitale, quanto nella dimensione virtuale.

Il principio di ubiquità prevede due criteri ai fini della sua individuazione: o guardare al luogo in cui è stata posta in essere in tutto o in parte l’azione o l’omissione che costituisce il reato, o fare riferimento al luogo in cui si è verificato l’evento che è conseguenza dell’azione o dell’omissione.

Ragionando dei reati commessi nel Metaverso, l’assenza di una dimensione materiale non permette di collocare in concreto la condotta dell’autore del reato in un territorio fisicamente individuato e allo stesso modo non consente di determinare il luogo dove si sono prodotti gli effetti del reato. Tuttavia, gli *avatar*, anche nella loro qualità rispettivamente di “autore” e “vittima” di reato, non sono soggetti di diritto – o almeno non ancora. I termini del discorso vanno allora spostati sui loro titolari, ponendo in essere una sorta di *fictio iuris* e ritornando così in una dimensione ben connotata spazialmente. Bisognerà allora guardare al luogo in cui si trova il proprietario dell’*avatar* che ha commesso il fatto o al luogo in cui si trova il titolare

²⁸ Sul punto si veda F. CAMPLANI, *Locus commissi delicti, norme di collegamento e reati informatici a soggetto passivo indeterminato*, in *Arch. Pen.*, 2020, 2, pp. 9 ss.

²⁹ Cfr. G. FIANDACA, G. LEINER, *Sub art. 6 c.p.*, in FORTI G., SEMINARA S., ZUCCALÀ G., *Commentario breve al codice penale*, Milano, Cedam, 2017, pp. 36 ss.

³⁰ Così G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2020, p.p. 136 ss.



dell'avatar vittima, pur essendo l'azione o l'omissione avvenuti altrove?

In realtà anche questi parametri non offrono una valida soluzione e, d'altronde, la stessa giurisprudenza per il caso dell'accesso abusivo a un sistema informatico *ex art. 615 ter c.p.* ne ha evidenziato i limiti. Nel rigettare gli orientamenti che collocano il *locus commissi delicti* ora nel luogo in cui si trova il server, ora nel luogo in cui si trova il soggetto agente, la Cassazione afferma che *l'accesso inizia con l'unica condotta umana di natura materiale, consistente nella digitazione da remoto delle credenziali di autenticazione da parte dell'utente, mentre tutti gli eventi successivi assumono i connotati di comportamenti comunicativi tra il client e il server.*

L'ingresso o l'introduzione abusiva, allora, vengono ad essere integrati nel luogo in cui l'operatore materialmente digita la password di accesso o esegue la procedura di login, che determina il superamento delle misure di sicurezza apposte dal titolare del sistema, in tal modo realizzando l'accesso alla banca-dati. Da tale impostazione, coerente con la realtà di una rete telematica, consegue che il luogo del commesso reato si identifica con quello nel quale dalla postazione remota l'agente si interfaccia con l'intero sistema, digita le credenziali di autenticazione e preme il tasto di avvio, ponendo così in essere l'unica azione materiale e volontaria che lo pone in condizione di entrare nel dominio delle informazioni che vengono visionate direttamente all'interno della postazione periferica³¹.

Formulato in termini così ragionevoli, questo criterio, che vorrei definire dell'*immissione*³², potrebbe sembrare risolutivo anche per le ipotesi riferite al metaverso, se non fosse che il soggetto agente ben potrebbe far ricorso alle numerose possibilità offerte dalla tecnica per occultare la provenienza

del segnale o, più semplicemente, collegarsi utilizzando apparati di altri. Non resterebbe, allora, che fare riferimento alla regola alternativamente indicata dal dettato dell'art. 6 c.p., guardando al luogo dove si sono prodotti gli effetti del reato che, non potendo essere il metaverso stesso, dovrebbe coincidere con il luogo in cui si trova il soggetto passivo. Tuttavia, potrebbe accadere che anche il tal caso l'identificazione del *locus commissi delicti* non sia di immediata evidenza, potendo, per esempio, le vittime essere più di una e non tutte collegate alla piattaforma al momento della commissione del fatto, ovvero gli effetti potrebbero prodursi in un momento successivo rispetto a quando viene ricevuto il comando informatico. Ne deriva che i due parametri individuati alternativamente dalla disciplina codicistica potrebbero, in alcuni casi, non trovare applicazione lasciando irrisolta la questione, come avviene laddove li utilizzassimo per i reati di opinione e per la fattispecie di diffamazione commessi *on line*.

Sembra allora interessante analizzare la soluzione adottata dalla giurisprudenza di legittimità in tema di diffamazione *online*, per un fatto commesso da un cittadino a mezzo di un sito straniero, quando l'offesa ricade su uno o più soggetti che si trovano sul territorio nazionale. La Corte nel 2008 ha ritenuto che *in tali casi il Giudice italiano è competente a conoscere della diffamazione compiuta mediante l'inserimento nella rete telematica (Internet) di frasi offensive e/o immagini denigratorie, anche nel caso in cui il sito web sia stato registrato all'estero e purché l'offesa sia stata percepita da più fruitori che si trovano in Italia; invero, in quanto reato di evento, la diffamazione si consuma nel momento e nel luogo in cui i terzi percepiscono la espressione ingiuriosa³³.*

³¹ Cass, Sez. Un., 24 aprile 2015 n. 17325 confermata da Cass., Sez. V, 21 luglio 2015 n. 31677. Cfr. R. FLOR, *I limiti del principio di territorialità nel "cyberspace". Rilevi critici alla luce del recente orientamento delle sezioni unite*, in *Dir. Pen. processo*, 2015, 10, pp. 1296 ss.

³² La scrivente prende spunto per la definizione del criterio in esame dall'appellativo 'immiss' (dal latino *immitto*, *immitis*,

introdurre) dato inizialmente al tasto invio inserito sulle tastiere dei computer e che solo successivamente è stato denominato 'enter'. Cfr. W. MARASCHINI, C. SCAGLIARINI, *Algoritmi in Pascal*, Torino, Paravia ed., 1995, pp. 3 ss.

³³ Cass., Sez. II, 25 settembre 2008 n. 36721. In questo senso in precedenza anche Cass., Sez. V, 21 giugno 2006 n. 25875, secondo cui *la diffamazione, in quanto reato di evento, si consuma nel*



Trovarebbe in tal caso applicazione quello che, a mio avviso, potremmo chiamare il *criterio della percezione*, secondo cui è necessario guardare al luogo in cui l'offesa viene percepita, che non necessariamente coincide con il luogo in cui si trovava la vittima al momento della commissione del fatto. Non è da sottovalutare neanche la potenzialità di un simile parametro rispetto alla questione del giudice naturale precostituito, laddove il *cyberspazio* ben si presta a ipotesi in cui il soggetto agente preordina le fasi di perfezione e consumazione del reato al fine di incidere sulla scelta della giurisdizione.

Si tratta di un parametro ulteriormente confermato dalla stessa Cassazione in alcune pronunce successive relative a casi simili, per i quali i giudici hanno ritenuto che il luogo da prendere in considerazione sia quello in cui viene percepito il dato informatico a mezzo del quale è stata perpetrata l'offesa³⁴. Ad analoga soluzione era precedentemente giunta la giurisprudenza tedesca per un caso ancora più complesso relativo al delitto di *incitamento delle masse*. Nello specifico, il fatto è stato compiuto da un territorio estero a opera di un cittadino tedesco che ha diffuso su un sito registrato in Germania opinioni negazioniste in tema di *Shoah*, con l'ulteriore complicazione che l'ordinamento dello Stato in cui il fatto è stato commesso non prevedeva la punibilità della condotta, incriminata invece dal legislatore tedesco. Anche in tal caso, i giudici hanno applicato il *criterio della percezione*, ritenendo che dovesse trovare applicazione la normativa del Paese nel cui territorio l'offesa poteva essere percepita e produrre i suoi effetti³⁵.

Una soluzione di questo tipo potrebbe trovare un'ampia applicazione soprattutto in un prossimo futuro, quando sarà possibile accedere al metaverso esclusivamente per mezzo di un visore, per le

ipotesi in cui il dispositivo di *virtual reality* (VR) sia utilizzato dall'estero. Nel caso della realtà aumentata, infatti, la distanza tra spazio reale e spazio virtuale sarà quasi del tutto annullata, così come la percezione di alterità tra individui e *avatar*³⁶. Ciò costituirà un ulteriore nodo problematico rispetto alla possibilità di individuare il luogo del commesso reato, che potrebbe essere sciolto proprio ricorrendo alla determinazione del luogo in cui viene percepita l'offesa e che costituirebbe una soluzione trasversale alle concezioni di metaverso inteso sia come ulteriore e diverso esempio di spazio, sia come un non luogo³⁷.

Com'è noto, ai sensi dell'art. 7 c.p., la legge penale italiana trova applicazione incondizionata anche per alcune fattispecie, come i delitti contro la personalità dello Stato italiano e i delitti commessi da pubblici ufficiali a servizio dello Stato, abusando dei poteri o violando i doveri inerenti alle loro funzioni, quando siano commessi, dal cittadino o dallo straniero, in territorio estero. Al riguardo occorre ragionare sull'eventualità che tali ipotesi delittuose possano essere commesse nel metaverso e sulla disciplina da applicare.

La soluzione appare dipendere dal modo di concepire lo spazio virtuale. Ove si volesse riconoscere al metaverso la natura di "luogo", si potrebbe guardare alla sede della società che controlla la piattaforma o al luogo in cui è situato l'apparato informatico utilizzato, ovvero fare ricorso al criterio di immissione. Quanto, invece, al criterio della percezione dell'offesa, questo non si coniuga bene con il fondamento delle norme in esame, nella misura in cui l'estensione della giurisdizione italiana è giustificata dalla gravità dei reati contemplati e dalla dimensione pubblicistica dei beni offesi, che sotto un profilo logico-ermeneutico relegano in

momento e nel luogo in cui i terzi percepiscono la espressione ingiuriosa. Si veda anche R. FLOR, *La legge*, cit., pp. 155 ss.

³⁴ Cass., Sez. I, 26 gennaio 2011 n. 2739; Cass., Sez. I, 26 aprile 2011 n. 16307; Cass., Sez. V, 21 luglio 2015 n. 31677.

³⁵ Sul punto ampiamente F. CAMPLANI, *Locus*, cit., pp. 19 ss.

³⁶ Sul punto si veda E. DINCELLI, A. YAYLA, *Immersive virtual reality in the age of the Metaverse: A hybrid-narrative review based on the technology affordance perspective*, in *The Journal of Strategic Information System*, 2022, 31, 2.

³⁷ Si veda S. ATERNO, *Profili*, cit., p. 424.



secondo piano le questioni legate a problemi percettivi dell'offesa. D'altronde, sotto il profilo pratico, la rilevanza della questione è ridimensionata dal fatto che si tratta di reati punibili a prescindere dal luogo di commissione.

4. LO SPAZIO DEL METAVERSO: PUBBLICO O PRIVATO?

La disciplina di alcune fattispecie richiede che la condotta sia posta in essere in luoghi pubblici o aperti al pubblico, come è il caso della contravvenzione di *molestia o disturbo alle persone* prevista dall'art. 660 c.p. o anche degli atti osceni ex art. 527 c.p. Entrambe le ipotesi ben potrebbero trovare verifica nell'ambiente del metaverso, per il quale si pone preliminarmente la questione di come intendere tale spazio.

In merito alla distinzione tra luogo pubblico e luogo aperto al pubblico, una recente sentenza di legittimità³⁸, ponendosi in una prospettiva di continuità con le Sezioni Unite del 2019³⁹, ha ribadito che il luogo pubblico coincide con uno spazio aperto e liberamente fruibile dalle persone, in cui ognuno può transitare e trattenersi senza che occorra nessun permesso in particolare. Diversamente, il luogo aperto al pubblico è fruibile da chiunque indistintamente, sempre che sia munito dell'autorizzazione eventualmente richiesta, ovvero del biglietto con cui si acquista l'ingresso. Di contro, il luogo è privato quando l'accesso è consentito solo a un numero determinato di persone nominativamente individuate⁴⁰.

Una pronuncia del 2014 in merito all'operatività dell'art. 660 c.p. per i casi di molestie operate a mezzo internet o *social network* non ha affrontato il problema dell'equiparazione in via interpretativa delle comunicazioni telematiche alle comunicazioni telefoniche. Piuttosto, per ricondurre le

condotte realizzate su piattaforme come *Facebook* all'ipotesi delle molestie o disturbo alle persone è necessario operare un'assimilazione dello spazio digitale allo spazio fisico e considerarlo come un luogo aperto all'accesso di chiunque utilizzi la rete. Secondo la Cassazione *di fatto, sembra innegabile che la piattaforma sociale Facebook rappresenti una sorta di agorà virtuale, una "piazza immateriale" che consente un numero indeterminato di "accessi" e di visioni, resa possibile da un'evoluzione scientifica, che certo il legislatore non era arrivato ad immaginare. Ma che la lettera della legge non impedisce di escludere dalla nozione di luogo e che, a fronte della rivoluzione portata alle forme di aggregazione e alle tradizionali nozioni di comunità sociale, la sua ratio impone anzi di considerare*⁴¹.

Ai fini della decisione non è dirimente la questione se il *social network* sia un luogo pubblico o un luogo aperto al pubblico, tanto che la Corte non opera alcuna distinzione al riguardo, preferendo porre l'accento sulla natura di luogo aperto, ma a me appare evidente che *Facebook* rientri nella seconda categoria, poiché non qualsiasi utilizzatore ha accesso alla piattaforma, bensì solo il soggetto registrato.

Un discorso simile, allora, può essere riferito anche al mondo virtuale. Sia che si faccia riferimento al metaverso centralizzato gestito da una sola entità (come nel caso di *Meta*), sia che ci si riferisca alle piattaforme decentralizzate amministrare da più gestori (come nel caso di *Decentraland*), l'utente non può accedere liberamente come si è soliti fare sul *web*, ma è sempre richiesta l'iscrizione. Questo fa del metaverso un luogo aperto al pubblico con tutte le conseguenze del caso, escludendo che possano considerarsi luogo pubblico gli spazi aperti e comuni dove gli *avatar* si incontrano.

A ben vedere, però, a differenza dei *social network*, nel metaverso accanto agli spazi aperti al

³⁸ Cass., Sez. I, 16 febbraio 2021 n. 6089.

³⁹ Cass., Sez. Un., 28 marzo 2019 n. 46595.

⁴⁰ Cass., Sez. Un., 31 marzo 1951 n. 8.

⁴¹ Cass., Sez. I, 12 settembre 2014 n. 37596.



pubblico sarebbe possibile individuare anche spazi privati. È ammessa, infatti, la compravendita di luoghi virtuali dove – ad esempio – svolgere la propria attività, come ha recentemente fatto uno studio legale italiano, che intende adibire lo spazio acquistato nel metaverso a sede virtuale per le consulenze legali, o alcuni studi medici per le consulenze di telemedicina. In tali casi si tratterebbe di uno spazio privato a cui possono avere accesso solo *avatar* precedentemente individuati che hanno ottenuto magari un appuntamento virtuale e, in quanto tale, sarebbe sottratto alle regole proprie degli spazi pubblici con la conseguente esclusione dell'operatività di alcune ipotesi di reato – e la configurabilità di altre.

5. BREVI CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

La regolamentazione giuridica di fenomeni di nuova emersione porta con sé il rischio di imbrigliare strumenti che per loro natura nascono liberi. Tale convinzione ha inizialmente riguardato anche il *web*, tanto che *per interi lustri, ad ogni bivio, tra regolamentare o non regolamentare in maniera stringente l'ecosistema digitale che cresceva e si sviluppava attorno a quella rete che chiamavamo Internet, i più di noi suggerivano, senza esitazione, la strada della deregulation. "La tecnologia è neutra", [...], tocca agli uomini decidere come utilizzarla e*

⁴² Così G. SCORZA, *In principio era Internet e lo immaginavamo diverso*, in *Riv. It. Inform. Dir.*, 2022, 1, pp. 13 ss.

⁴³ Cfr. L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, Raffaello Cortina ed., 2017, secondo cui i confini tra la vita online e quella offline tendono a sparire e siamo ormai connessi gli uni con gli altri senza soluzione di continuità, diventando progressivamente parte integrante di un'"infosfera" globale. Questo passaggio epocale rappresenta niente meno che una quarta rivoluzione, dopo quelle di Copernico, Darwin e Freud.

⁴⁴ I timori che i mondi virtuali possano tradursi in luoghi pericolosi non sono appannaggio esclusivo del diritto. Recenti studi di sociologia e psicologia, infatti, denunciano i rischi che potrebbero derivare dal condurre una vita parallela nel Metaverso, tra cui l'indebolimento delle relazioni interpersonali, l'aumento della tendenza all'evasione e allo svago, il pericolo che le persone diventino sempre meno capaci di affrontare la

*riuscire a orientarla alla massimizzazione del bene comune nell'interesse dei più*⁴². Tuttavia, alle soglie della quinta rivoluzione industriale, in cui mondo reale, biologico e digitale tendono a coincidere in un'unica dimensione e in cui l'uomo vive in modo crescente una esperienza *onlife*⁴³, gli studiosi sono sempre più persuasi della necessità di una regolamentazione efficace delle nuove tecnologie.

I recenti allarmi⁴⁴ lanciati da più parti sui rischi che potranno derivare dall'uso massivo dei sistemi di intelligenza artificiale rendono quanto mai attuali le parole di Rodotà, secondo cui governare le nuove scoperte significa garantire i diritti e le libertà di ciascuno⁴⁵. Ne è ben consapevole l'Unione europea, che ha recentemente adottato il primo Regolamento al mondo sull'intelligenza artificiale, meglio noto come *AI ACT*, fondato su una valutazione di rischio dei diversi sistemi di intelligenza artificiale e finalizzato a istituire un quadro giuridico uniforme assicurando che lo sviluppo, la commercializzazione e l'uso di tali sistemi avvengano in conformità con i valori e i diritti costituzionali dell'UE⁴⁶.

In questi scenari di innovazione, cambiamenti e timori si colloca anche il metaverso, realtà forse più complessa di quanto oggi si riesca a cogliere e sul quale lo stesso fondatore si è così espresso: *Critically, no one company will run the metaverse — it will be an "embodied internet," Zuckerberg said, operated by many*

realtà. Cfr. T. OLEKSY, A. WNUK, M. PISKORSKA, *Migration to the metaverse and its predictors: attachment to virtual places and metaverse-related threat*, in *Computers in Human Behavior*, 2022; M. MASTROGIOVANNI, *Intermedialità e rimediazione nel metaverso una ricognizione bibliografica ragionata (con qualche proposta)*, in *Riv. Interd. Com.*, 2022, 4, pp. 96.

⁴⁵ Si veda S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, Il Mulino, 2021.

⁴⁶ Si veda <https://artificialintelligenceact.eu/>. Il Parlamento europeo aveva già espresso riserve rispetto all'impiego di simili sistemi nella giustizia penale e, in proposito, aveva approvato nel 2021 la *Risoluzione sull'intelligenza artificiale nel diritto penale e il suo utilizzo da parte delle autorità di polizia e giudiziarie in ambito penale*, in https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0405_IT.pdf.



*different players in a decentralized way*⁴⁷. Dunque, una nuova dimensione di internet, letteralmente ‘*incarnato*’, in cui i partecipanti non si limitano a guardare, ma sono essi stessi parte dell’esperienza e in cui possono essere commessi reati alla stessa stregua del mondo reale. Sarà, allora, necessario verificare quanto il metaverso riprodurrà in positivo e in negativo quello che accade nella vita reale, posto che non potrà sottrarsi al sindacato del diritto attuale nel caso in cui le similitudini diventino sempre più evidenti. Ciò a cominciare dall’identità digitale, che potrebbe ricadere nell’ambito di operatività dell’art. 2 Cost., nella stessa misura di quanto avviene per l’identità personale⁴⁸.

L’interrogativo di fondo allora è se gli strumenti offerti oggi dal diritto possano essere considerati sufficienti ai fini della regolamentazione del Metaverso e delle tutele necessarie o sia indispensabile l’introduzione di una disciplina specifica, capace di superare le categorie tradizionali a favore di un diritto del digitale, un po’ come accaduto per il diritto della navigazione, quando ci si è resi conto che lo spazio marino non poteva essere assimilato a quello terrestre e che le regole previste per quest’ultimo non funzionavano per il primo. Ma se per il diritto del mare si è posto un problema di diversità di spazio, i processi digitalizzati sono talmente dilatati da annullare quasi i parametri spazio-temporali e la possibilità di agire da remoto in un mondo virtuale restituisce una dimensione planetaria della vita che condurremo nell’immediato futuro. Forse le prime a cadere saranno proprio le barriere

nazionali e politiche e allora il *locus commissi delicti*, tra i tanti istituti con cui condividerà il destino, probabilmente apparterrà a un’altra epoca.

Sembra, allora, condivisibile la proposta della creazione di una giurisdizione elettronica diretta alla regolamentazione delle pubbliche relazioni che si svolgono nella dimensione elettronica, digitale e virtuale, di cui il metaverso è l’esempio più diretto di sviluppo cosmopolita dell’umanità. Grazie a esso si potrebbe addivenire a una sorta di *cittadinanza mondiale*, in cui le persone elettroniche acquisiranno *status* e diritti, mentre le persone umane ne perderanno alcuni propri del diritto naturale e del diritto positivo, acquisendone di nuovi⁴⁹, da far valere in un unico nuovo meta-luogo.

⁴⁷ Così MARK ZUCKERBERG in una recente intervista, in <https://www.theverge.com/22588022/mark-zuckerberg-facebook-ceo-metaverse-interview>.

⁴⁸ Cfr. D. INGARRICA, *Metaverso*, cit., p. 6.

⁴⁹ Così O. KOSTENKO, *Electronic jurisdiction, metaverse, artificial intelligence, digital personality, digital avatar, neural networks: theory, practice, perspective*, in *World Science Journal*, 2022, 73, 2, pp. 10 ss. L’autore ha elaborato sei postulati in materia di Metaverso che ben potrebbero assumere a criteri guida nell’elaborazione di una regolamentazione condivisa. In sintesi afferma che: il Metaverso è la tecnologia dello sviluppo cosmopolita dell’umanità;

Il soggetto chiave nel Metaverso è umano, ma personalità elettroniche e *avatar* elettronici saranno la chiave del Metaverso; le nuove tecnologie necessitano di forme di controllo e deterrenza umani; lo sviluppo di biorobot, robot Android, sistemi e organismi biomeccanici richiede lo sviluppo di norme etiche e indicatori legali per l’uso di questi dispositivi; le armi autonome non dovrebbero essere autorizzate ad attaccare oggetti e soggetti in modo indipendente e autonomo; è necessario sviluppare norme di E-giurisdizione ed E-giustizia, in quanto elementi chiave delle pubbliche relazioni elettroniche nei Metaverso.

**LE MISURE DI PREVENZIONE ATIPICHE**di **Ersiliana VIRARDI*****ABSTRACT**

This work deals with the particular debated issue of atypical prevention measures, focusing the analysis on the debate on security and public order which from the perspective of the Legislator, are used as instruments of legitimizing the introduction of measures restricting individual freedom, fuelling doubts on the construction of a real criminal law of enemy.

SOMMARIO

1. Premessa	93
2. Una normativa sul tipo d'autore: gli ultras	94
3. Le misure di prevenzione c.d. atipiche in materia di violenza negli stadi	95
4. Il divieto di accesso alle manifestazioni sportive: c.d. D.A.SPO.	95
5. L'obbligo di comparizione presso gli uffici di polizia	98
6. Inosservanza delle misure	99
7. Il particolare istituto di gradimento, c.d. D.A.SPO. Societario	100
8. La teoria del diritto penale del nemico	102
9. Cenni conclusivi sul sistema preventivo	102

* Praticante Avvocato.

¹ M. PELISSERO, *Il diritto penale preventivo nell'epoca dell'insicurezza*, in *Ragion pratica*, 2018, 1, 80 ss.² *Ibidem*³ A. COSTARINI, *Il Daspo è una "sanzione penale" agli effetti della CEDU? Riflessi in materia di ne bis in idem processuale*, in *Dir. pen. e proc.*, 8, 2019, 1158 ss.**1. PREMESSA**

Il tema, ancora oggi dibattuto, della sicurezza e dell'ordine pubblico, appare ormai ridotto a mero strumento di legittimazione per l'introduzione nel nostro ordinamento di disposizioni stringenti ed incisive delle libertà individuali e dei diritti dei singoli. In tale prospettiva, si assiste ad un allontanamento dal concetto di ordine pubblico, definito da Binding, "Krummelkammer" del diritto penale¹, accentuando quello di sicurezza pubblica che tuttavia comunemente al primo, risulta caratterizzato da indeterminatezza.

Il ricorso alla sicurezza pubblica richiama la percezione, in chiave soggettiva, del senso di insicurezza collettiva, qualificandola quale bene giuridico individuale, tuttavia "improprio e irrazionale"².

Una tale scelta riflette innanzitutto un ampliamento dell'area del penalmente rilevante, con la costruzione di fattispecie delineante su specifiche figure di soggetti ritenuti socialmente pericolosi, nonché nell'implementazione di strumenti di tipo "para-penale"³ come le sanzioni amministrative con funzione punitiva e le misure di prevenzione *ante o praeter delictum*⁴.

In un tale contesto, il sistema preventivo costituisce il perno delle politiche criminali securitarie, in virtù di una raggiunta consapevolezza della potenzialità afflittiva diretta a reprimere la pericolosità percepita in seno a taluni soggetti. Proprio per tali ragioni, il novero delle misure è stato ampliato, comprendendo accanto alle misure tradizionali⁵ del foglio di via, dell'avviso orale e della

⁴ Per una trattazione completa si rimanda a T. GUERINI, *Le misure di prevenzione*, in T-GUERINI-G. INSOLERA, *Diritto penale e Criminalità organizzata*, Bologna, 2019⁵ Con D.L n. 119/2014, al comma 2, viene disposta l'applicazione delle misure preventive tradizionali, della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza e dell'obbligo di soggiorno nel comune di residenza o di dimora abituale, prevedendo:



sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, di cui agli artt. 2, 3 e 6 del c.d. Codice Antimafia, D.lgs n. 159/2001, anche provvedimenti che vietano l'accesso a soggetti pericolosi in determinati spazi delle città, quali il D.A.SPO.

2. UNA NORMATIVA SUL TIPO D'AUTORE: GLI ULTRAS

Il crescente intensificarsi di episodi di devianza criminale in seno alle manifestazioni sportive ha reso necessario l'intervento del Legislatore ordinario, seppur caratterizzato da un'iniziale inerzia quale conseguenza dell'errata convinzione che si trattasse di materia appartenente alla giurisdizione sportiva.

Appare inevitabile richiamare il parallelismo⁶ con la materia della criminalità organizzata, cui si evidenziano direttrici comuni nella predisposizione di una normativa di contrasto fondata sulla tipologia d'autore del reato. Il tifo organizzato, infatti, assume una declinazione nemicale, il cui contrasto si fonda sul sacrificio di libertà personali⁷, con marginale gradazione rispetto alla condotta realizzata – si pensi alle diverse condotte, ulteriori rispetto alle

ipotesi di scontri ed aggressioni, rientranti nel concetto di “violenza” quali il lancio di oggetti in campo, le intimidazioni, gli striscioni a sfondo razziale, discriminatorio o intimidatorio – tanto da far assurgere l'idea di *ultras* a paradigma di una pericolosità sociale⁸ idealmente ovvero astrattamente accertata, quale giustificazione all'utilizzo di misure limitative delle libertà personali. Quest'ultime sono state tracciate seguendo un approccio diversificato: di matrice psicologica, rapportando l'estrinsecazione dei fenomeni violenti ad una specifica patologia⁹, seguito successivamente ad uno di matrice prettamente sociologica, fino ad implementarne il contenuto attraverso un approccio di tipo misto, dove ruolo centrale ha assunto il tema della criminalità comune ovvero organizzata, data la contiguità di tale fenomeno agli episodi sviluppatasi nell'ambito delle manifestazioni sportive e più ampiamente ramificatosi all'interno dello stesso settore.

Da tali premesse prende corpo il sistema preventivo di tipo securitario, c.d. atipico¹⁰, che costituisce ancora oggi una *vexata quaestio*, sulla quale la dottrina non ha mancato di sollevare dubbi di legittimità, rispettivamente fondati sul mancato

All'articolo 4, comma 1, lettera i), del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, dopo le parole: «che hanno preso parte attiva, in più occasioni, alle manifestazioni di violenza di cui all'art. 6 legge 13 dicembre 1989, n. 401» sono aggiunte le seguenti: «nonché alle persone che, per il loro comportamento, debba ritenersi, anche sulla base della partecipazione in più occasioni alle medesime manifestazioni, ovvero della reiterata applicazione nei loro confronti del divieto previsto dallo stesso articolo, che sono dediti alla commissione di reati che mettono in pericolo l'ordine e la sicurezza pubblica, ovvero l'incolumità delle persone in occasione o a causa dello svolgimento di manifestazioni sportive».

⁶ Parallelismo che spesso si assottiglia, fino ad assistere ad una vera e propria compenetrazione tra le varie misure, posto che il Giudice della prevenzione, ai sensi dell'art. 8, comma 5, del D.lgs n. 159/2001, può dettare prescrizioni specifiche con una motivazione adeguata che le giustifichi alla luce della pericolosità del soggetto e dei conseguenti pericoli per la società. Sul punto Cass. pen. Sez. II, 31 marzo 2022, n. 18264.

⁷ Sul punto cfr. F. CURI, “*La fretta che l'onestade ad ogni atto di smanga*”: alcune osservazioni sulla recente legislazione in tema di violenza negli stadi, in Cass. pen., 2007, 2261

⁸ Si rimanda per un'analisi sociologica a L. BIFULCO, *La sicurezza negli stadi in Italia. Tifo, violenza, diritto e misure di contrasto*, in *Sociologia del diritto*, 3, 2018, 159 ss.

⁹ J.A. HARRINGTON, *Soccer Hooliganism*, Bristol, 1968

¹⁰ L'atipicità si rapporta alla differente applicazione di tali misure, rispetto alle misure di prevenzione c.d. tipiche contenute nel Codice Antimafia, la cui funzione si sostanzia nell'evitare la commissione di reati da parte di categorie di soggetti, specificamente individuati, ritenuti socialmente pericolosi. Le misure atipiche invece presuppongono la commissione del reato, e la cui applicabilità viene comunque circoscritta a determinate categorie di soggetti, sul punto FIANDACA G-MUSCO E, *Diritto penale*, pt. g.⁸, Bologna, 2019; In giurisprudenza si veda Cass. pen. Sez. VI, 20 marzo 1996, n. 1195, in Cass. pen., 1997, 1494 ss. secondo cui la previsione dell'art. 6 L. 401/1989 “ha introdotto nell'ordinamento una misura di prevenzione, sia pure atipica, che presenta analogie con l'obbligo o il divieto di soggiorno” (previsti ora dall'art. 6 D.lgs n. 159/2011)



bilanciamento tra il fine perseguito attraverso l'applicazione della misura e le limitazioni arrecate ai destinatari, creando un *vulnus* nella sfera di libertà del singolo ed altresì sull'anomalo inserimento di un regime caratterizzato da specialità in un contesto estraneo a quello sistematico del nostro codice¹¹.

3. LE MISURE DI PREVENZIONE C.D. ATIPICHE IN MATERIA DI VIOLENZA NEGLI STADI

Con l'emanazione della L. 13 dicembre 1989, n. 401 il Legislatore pone una prima base normativa atta a contrastare gli episodi violenti negli stadi, attraverso le disposizioni di cui agli artt. 6, 7 e 8.

La formulazione, oggetto di recente modifica ad opera dell'art. 13 d.l. 14 giugno 2019, n. 53 (convertito con modificazione dalla L. 8 agosto 2019, n. 77), di cui all'art. 6, comma 1, prevede la facoltà in capo al Questore di imporre il divieto di accesso alle manifestazioni sportive (c.d. D.A.SPO.), per determinate categorie di soggetti, espressamente individuati dal presente comma e la cui applicabilità viene estesa dal comma 1-ter, "anche alle manifestazioni sportive che si svolgano all'estero, specificamente indicate" cui si aggiunge la prescrizione di tipo accessoria *ex* comma 2, dell'obbligo di comparizione nell'ufficio o comando di polizia, che tuttavia rispetto al D.A.SPO si pone in rapporto di «eventuale consequenzialità»¹².

Risulta ad oggi, altresì unanime in giurisprudenza¹³, dopo varie oscillazioni, la natura atipica¹⁴ e preventiva di dette misure, seppur entrambe presentano peculiarità proprie.

Il D.A.SPO nei lavori preparatori della L. 401/1989 si configurava quale misura accessoria rispetto alla sorveglianza speciale con collocazione all'interno del generale sistema di misure preventive dettato dalla legge n. 1423/1956¹⁵ (oggi Codice Antimafia). In sede di approvazione si è optato per la polarizzazione dal sistema generale preventivo, elevandola a misura autonoma di prevenzione, rispondente alla logica di proporzionalità tra situazione di pericolo e l'intervento preventivo, dettato dalla stessa capacità della misura di impedirne la realizzazione.

L'obbligo di comparizione presso il posto di polizia, implicando un complesso intreccio tra fase amministrativa di competenza del Questore e fase giurisdizionale, sembra porsi quale *tertium genus*¹⁶ tra le misure di prevenzione applicate dal Questore e quelle applicate dall'Autorità Giudiziaria.

4. IL DIVIETO DI ACCESSO ALLE MANIFESTAZIONI SPORTIVE: C.D. D.A.SPO.

Il D.A.SPO impone il divieto per il soggetto pericoloso di poter accedere nei luoghi in cui si svolgono le manifestazioni sportive. Data la natura preventiva della misura *de qua*, è stato evidenziato che

¹¹ S. SEMINARA, *Codice penale, riserva di codice e riforma dei delitti contro la persona*, in *Riv. It. proc. pen.*, II, 2020, 423 ss.

¹² L.M. FLAMINI, *Diritto penale dello sport*, Piacenza, 2020, 414 ss.

¹³ Anche la giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo si è espressa sul tema con sentenza 8 novembre 2018, Serazin c. Croazia, affermando la natura sostanzialmente preventiva di tali misure e negando ogni valenza sanzionatoria delle stesse. Ciò implica sul piano processuale la non violazione del *ne bis in idem*, che nel caso di specie era stato lamentato dal ricorrente, un tifoso croato sottoposto a processo penale per aver cagionato disordini durante una partita di calcio (con condanna a 25 giorni di reclusione, condizionalmente sospesi) nonché alla pena accessoria prevista dalla sez. 32 della legge croata sulla prevenzione dei disordini nel corso degli

eventi sportivi, avente ad oggetto il divieto di assistere alle partite della squadra per la durata di un anno, con annesso obbligo di comparizione nell'ufficio di polizia, sul punto A. COSTARINI, *Il Daspo è una "sanzione penale" agli effetti della CEDU? Riflessi in materia di ne bis in idem processuale*, in *Dir. pen. e proc.*, 8, 2019, 1158 ss.; A. GALLUCCIO, La Corte EDU esclude la natura penale del DASPO e conseguentemente la violazione del principio "ne bis in idem" in caso di misura disposta per fatti oggetto di condanna penale, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 2019

¹⁴ L'atipicità viene desunta non solo per la differente *sedes materiae*, ma anche per gli specifici soggetti cui si rivolge ed in capo ai quali debba essere effettuata la valutazione di pericolosità.

¹⁵ S. DEL CORSO, *Commenti articolo per articolo*, cit. 113 ss.

¹⁶ L.M. FLAMINI, *Diritto penale dello sport*, Piacenza, 2020, 418



l'irrogazione della stessa prescinde dalla raccolta di prove certe e inconfutabili, ricadendo altrimenti in un provvedimento di tipo sanzionatorio-repressivo, risultando sufficiente la presenza di elementi presuntivi, gravi, precisi e concordanti¹⁷ ai fini dell'applicabilità della stessa entro i limiti temporali ex comma 5, art. 6 L. n. 401/1989.

Tale comma stabilisce una durata non inferiore ad un anno e non superiore a cinque anni, nei casi di ipotesi tradizionale, in cui il soggetto si veda irrogare la misura per la prima volta. Accanto all'ipotesi classica si riscontrano altre tre tipologie¹⁸, quali ramificazioni caratterizzate da peculiarità proprie quali: il c.d. D.A.SPO. preventivo, cui alla lett. b) comma 1, art. 1 L. n. 401/1989, la cui irrogazione viene prevista nei confronti di coloro che "sulla base di elementi di fatto, risultino aver tenuto [...] una condotta evidentemente finalizzata alla partecipazione attiva a episodi di violenza, minaccia o di intimidazione, tali da porre in pericolo la sicurezza pubblica o da creare turbative per l'ordine pubblico"; il c.d. D.A.SPO. giudiziario¹⁹, che costituisce misura accessoria ad una sentenza di condanna ed anche di patteggiamento; il c.d. D.A.SPO. internazionale relativo al divieto di assistere alle manifestazioni sportive tenute all'estero

ovvero applicabile dalle autorità competenti dell'UE per manifestazioni tenutesi in Italia²⁰.

Tale ultima disposizione ha suscitato alcune perplessità, trovando priva di fondamento giuridico una sostanziale devoluzione all'organo straniero dell'irrogazione di provvedimenti che ben potrebbero essere emessi dall'Autorità italiana²¹. Si è quindi optato per una lettura del disposto in termini di cooperazione tra gli Stati membri dell'UE nel più ampio quadro di contrasto e prevenzione a fenomeni violenti durante le manifestazioni sportive, coerente con il disposto della Risoluzione adottata dal Consiglio Europeo del 9 giugno 1997²².

Una lacuna tuttavia permane, cui viene rimesso all'interprete il compito di colmarla, ossia l'individuazione del soggetto destinatario del provvedimento adottato dall'Autorità straniera. Ed invero, l'applicabilità di una tale misura a soggetto italiano implicherebbe un'abdicazione da parte dello Stato italiano di prerogative interne, non ammissibile, il che porta a concludere che l'applicazione di detta misura potrà aversi solo nei confronti del cittadino dello Stato di appartenenza dell'Autorità amministrativa che provvede all'irrogazione. A tali tipologie si affianca quella del c.d. D.A.SPO. di gruppo²³, introdotto dall'art. 2 D.L. 119/2014, la quale ha contribuito a suscitare le censure della

¹⁷ T.A.R. Catania, sez. IV, 25 marzo 2019, n. 625, in Foro Amm., 2019, III, 612: Sia nella ipotesi di DASPO emanato a seguito di denuncia o condanna (art. 6 comma 1 L. n. 601/1989, primo e secondo periodo) sia nella ipotesi di DASPO emanato sulla base di elementi di fatto dai quali risulti che un soggetto abbia tenuto una condotta "evidentemente" finalizzata alla partecipazione attiva ad episodi di violenza (art. 6, comma 1, terzo periodo), la normativa in esame non prescinde, né potrebbe in virtù di una sua lettura costituzionalmente orientata, dall'esistenza di elementi da cui in ogni caso si desuma che il soggetto abbia personalmente posto in essere una condotta idonea ad integrare uno dei reati specificamente indicati dalla norma ovvero una condotta evidentemente finalizzata alla partecipazione attiva ad episodi di violenza.

¹⁸ P. GRILLO-R. GRILLO, *Diritto penale dello sport*, Milano, 2019, 110 ss.

¹⁹ Sulla diversa natura tra "DASPO giudiziario" e "DASPO amministrativo" si veda Cass. pen. Sez. III, 11 aprile 2022, n.

13675, in Onelegale : "nel c.d. Daspo del Questore, si è al cospetto di un provvedimento amministrativo discrezionale, anche se ancorato a presupposti fattuali e giuridici rispetto ai quali è previsto un controllo giurisdizionale, mentre, nel caso del c.d. "daspo giudiziario", si è in presenza [...], di una misura di prevenzione atipica che scaturisce ex lege dalla ritenuta sussistenza del reato"

²⁰ Introdotto con L. 210/2015

²¹ F. CURI, "La fretta che l'onestade ad ogni atto dismanga"cit. 2266 ss.

²² Risoluzione 97/C 193/01 del 9 giugno 1997: "sulla prevenzione e repressione degli atti di teppismo in occasione delle partite di calcio"

²³ P. GARAFFA, *La nuova normativa contro la violenza negli stadi, qualche piccolo passo in avanti ed un grosso passo indietro*, in www.diritto-penalecontemporaneo.it



dottrina in ordine, nella specie, al rilevato contrasto con il principio di personalità della responsabilità penale sancito dall'art. 27 Cost., ed avallato dalla stessa Corte di Cassazione²⁴, di talché occorrerà accertare l'effettivo contributo personale del soggetto alla condotta di gruppo posto che “anche la funzione preventiva personale, per perseguire il proprio scopo deve essere indirizzata avverso il soggetto che ha manifestato comportamenti sintomatici di pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblico”²⁵. A titolo esemplificativo, si richiama la vicenda che ha interessato un gruppo di tifosi del Bari, che in relazione a fatti di aggressione e lancio di fumogeni, al termine della gara relativa al campionato di serie B Frosinone-Bari (13 settembre 2014), si vedevano irrogare il D.A.SPO di gruppo da parte dell'autorità amministrativa, successivamente annullato dall'autorità giudiziaria per inconsistenza di prove al riguardo²⁶.

Per quanto attiene il giudizio di pericolosità, di competenza del Questore su cui pende l'effettuazione di un bilanciamento di interessi tra la tutela dell'ordine pubblico e l'interesse privato del soggetto alla libera circolazione e al libero accesso alle strutture sportive, sulla scia di quanto affermato dalla Corte di legittimità²⁷ dovrà essere motivato in modo analitico. Contestualmente, la rilevata facoltà per il Questore di emanare il provvedimento, fa discendere la conclusione per cui non occorre limitarsi ad accertare che il soggetto rientri tra le

categorie indicate dal 1° comma dell'art. 6 L. 401/2001 ai fini dell'irrogazione del D.A.SPO. ma occorrono ulteriori elementi²⁸, la cui individuazione, nel silenzio del Legislatore, è rimessa all'interprete.

Richiamando l'ipotesi delineata dalla lett. a) comma 1, art. 6 Legge in esame, la dottrina ha infatti segnalato come la presenza di una denuncia²⁹ non possa assumersi a requisito sufficiente per l'irrogazione del D.A.SPO qualora non sia accompagnata da un'indagine sulla personalità dell'indiziato, altrimenti si correrebbe il rischio di annettere “ogni altro elemento di pericolosità”³⁰.

Tale indagine dovrà vertere sulla propensione del soggetto alla realizzazione di condotte lesive o quanto meno che mettano in pericolo l'ordine e la sicurezza pubblica. Simile conclusione dovrà adottarsi anche qualora sia intervenuta una sentenza di condanna, che seppur idonea a dimostrare l'effettiva realizzazione di uno dei reati previsti dal disposto della L. 401/1989, non necessariamente implica che il soggetto possa essere ritenuto pericoloso per il particolare contesto relativo alle manifestazioni sportive³¹. Nell'ipotesi inversa invece, ossia quando il soggetto sia stato assolto dal reato che aveva determinata l'applicazione della misura, la Corte di Cassazione, con sentenza del 21 gennaio 2020, n. 9006, ha affermato che “il proscioglimento dai fatti-reato che hanno determinato l'applicazione del divieto di accesso ai luoghi di svolgimento

²⁴ Cass. pen. 3 febbraio 2016, n. 22266; Cass. pen. 24 maggio 2018, n. 46981.

²⁵ T.A.R. Pescara, sez. I, 13 novembre 2018, n. 340 in *Redazione Giuffrè*, 2019

²⁶ Cfr. P. GARAFFA, *La nuova normativa contro la violenza negli stadi*, cit.: TAR Lazio, I Sez. distaccata Latina, n. 29 del 14/01/2015, che ha accolto la richiesta di sospensione del provvedimento in via cautelare.

²⁷ A. MACCHIA, nota a SS.UU. 12 novembre 2004, n. 44273 in *Dir. e Giust.*, 2004, 45, 34

²⁸ In tal senso T.A.R. Pescara, sez. I, 15 ottobre 2018, n. 295, in *Redazione Giuffrè*, 2018: laddove si afferma la necessità della motivazione, non essendo sufficiente il semplice richiamo alla denuncia.

²⁹ Al fine di evitare un'irragionevolezza del sistema si opta per un'interpretazione sistematica del termine denuncia, valorizzando lo scopo per cui è finalizzata, ossia l'espletamento delle indagini. In tal senso un ancoraggio al dato letterale di denuncia, che ai sensi del c.p.c. equivale all'atto con cui i pubblici ufficiali e gli incaricati di pubblico servizio o i privati comunicano al p.m. le notizie di reato, presupporrebbe l'esclusione di procedere all'irrogazione di un D.A.SPO. per quei procedimenti per cui il p.m. prende notizia di reati anche di propria iniziativa, sul punto L.M. FLAMINI, *Diritto penale dello sport*, cit. 427; si veda anche TAR Bologna, sez. I, 21 settembre 2019, n. 715

³⁰ L.M. FLAMINI, *Diritto penale dello sport*, cit. 427

³¹ T.A.R. Pescara, sez. I, 15 ottobre 2018, n. 295, in *Redazione Giuffrè*, 2018



di manifestazioni sportive (DASPO) non determina l'automatica decadenza del provvedimento, in quanto lo stesso non è basato sull'accertamento giudiziale dei fatti presupposti e può essere revocato o modificato, ai sensi dell'art. 6, co. 5, legge 13 dicembre 1989, n. 401, col venir meno o col mutamento delle condizioni che ne hanno giustificato l'emissione³².

5. L'OBBLIGO DI COMPARIZIONE PRESSO GLI UFFICI DI POLIZIA

L'obbligo di comparizione presso gli uffici di polizia è stato introdotto nell'impianto normativo ex L. 401/1989, al comma 2, ad opera dell'art. 1, d.l. 22 dicembre 1994, n. 717, per far fronte all'*escalation* del fenomeno violento estrinsecatosi durante le manifestazioni sportive.

³² Nello stesso senso TAR Pescara, Sez. I, 15 ottobre 2018, nonché Consiglio di Stato, Sez. III, 7 maggio 2019, n. 2916

³³ Cass. pen., Sez. III, 23 giugno 2020, n. 19057 sull'annullamento della convalida dell'obbligo ex art. 6 co. 2 L. 401/1989 (richiamando Cass. pen., Sez. III, 27 gennaio 2016, n. 6440, afferma la violazione dell'art. 178 co 1 lett c) c.p.p. che prescrive la nullità degli atti adottati in violazione delle disposizioni concernenti l'intervento, l'assistenza e la rappresentanza dell'imputato, ove nel caso di specie la convalida era intervenuta prima delle prescritte 48 ore)

³⁴ 2. Alle persone alle quali è notificato il divieto previsto dal comma 1, il questore può prescrivere, tenendo conto dell'attività lavorativa dell'invitato, di comparire personalmente una o più volte negli orari indicati, nell'ufficio o comando di polizia competente in relazione al luogo di residenza dell'obbligato o in quello specificamente indicato, nel corso della giornata in cui si svolgono le manifestazioni per le quali opera il divieto di cui al comma 1.

2-bis. La notifica di cui al comma 2 deve contenere l'avviso che l'interessato ha facoltà di presentare, personalmente o a mezzo di difensore, memorie o deduzioni al giudice competente per la convalida del provvedimento.

3. La prescrizione di cui al comma 2 ha effetto a decorrere dalla prima manifestazione successiva alla notifica all'interessato ed è immediatamente comunicata al Procuratore della Repubblica presso il tribunale, o al Procuratore della Repubblica presso il tribunale per

i minorenni, se l'interessato è persona minore di età, competenti con riferimento al luogo in cui ha sede l'ufficio di questura. Il pubblico ministero, se ritiene che sussistano i presupposti di cui al comma 1, entro quarantotto ore dalla notifica del provvedimento ne

L'incisività di tale misura atipica sulla libertà personale sancita dall'art. 13 Cost., postula una serie di garanzie per il soggetto destinatario che discendono direttamente dalla disposizione costituzionale: quali la provvisorietà della misura, la sussistenza di casi di necessità ed urgenza che giustifichino un simile sacrificio per la libertà personale espressamente previsti dalla legge, la comunicazione entro quarantotto ore all'autorità giudiziaria che provvederà alla convalida entro le quarantotto ore successive³³. Discende poi la possibilità di ricorrere in Cassazione ex art. 111 Cost.

Orbene, tali principi trovano parziale collocazione nel testo dell'art. 6 commi da 2 a 5 L. 401/1989³⁴, mancando un riferimento esplicito alle situazioni di necessità ed urgenza, rimesse in questo caso alla valutazione del Questore. A fugare ogni dubbio, soccorre l'intervento della Corte

chiede la convalida al giudice per le indagini preliminari. Le prescrizioni imposte cessano di avere efficacia se il pubblico ministero con decreto motivato non avanza la richiesta di convalida entro il termine predetto e se il giudice non dispone la convalida nelle quarantotto ore successive. Nel giudizio di convalida, il giudice per le indagini preliminari può modificare le prescrizioni

di cui al comma 2.

4. Contro l'ordinanza di convalida è proponibile il ricorso per Cassazione. Il ricorso non sospende l'esecuzione dell'ordinanza.

5. Il divieto di cui al comma 1 e l'ulteriore prescrizione di cui al comma 2 non possono avere durata inferiore a un anno e superiore a cinque anni e sono revocati o modificati qualora, anche per effetto di provvedimenti dell'autorità giudiziaria, siano venute meno o siano mutate le condizioni che ne hanno giustificato l'emissione. In caso di condotta di gruppo di cui al comma 1, la durata non può essere inferiore a tre anni nei confronti di coloro che ne assumono la direzione. *(Nei confronti della persona già destinataria del divieto di cui al primo periodo è sempre disposta la prescrizione di cui al comma 2 e la durata del nuovo divieto e della prescrizione non può essere inferiore a cinque anni e superiore a dieci anni)*. La prescrizione di cui al comma 2 è comunque applicata quando risulta, anche sulla base di documentazione videofotografica o di altri elementi oggettivi, che l'interessato ha violato il divieto di cui al comma 1. Nel caso di violazione del divieto di cui al periodo

precedente, la durata dello stesso può essere aumentata fino a otto anni.



Costituzionale³⁵, la quale ha affermato che il carattere facoltativo di tale misura obbliga il soggetto titolare del potere di emanarle ad effettuare la precipua valutazione, la quale dovrà altresì essere oggetto di motivazione con riguardo all'adozione del provvedimento.

La Corte ha ritenuto che il mancato riferimento da parte del Legislatore, non costituisca motivo di censura, avendo il disposto di cui all'art. 13 Cost. natura precettiva³⁶. Dubbi tuttavia permangono sull'individuazione dei caratteri di necessità ed urgenza, posto che tale misura sarà adottata al verificarsi della condotta violenta.

Passando ai presupposti applicativi, il primo risulta costituito dalla presenza del provvedimento che vieta l'accesso alle manifestazioni sportive ex comma 1, dato il rapporto di accessorialità che lega le due misure.

Valgono anche in questo caso le considerazioni svolte con riguardo alla valutazione della personalità del soggetto al fine di ottenere una prognosi, negativa o positiva, circa la pericolosità del tifoso.

Accertata l'applicazione della misura *de qua*, occorrerà stabilirne la durata nonché le modalità di presentazione, che possono anche essere molteplici nel corso della medesima giornata in cui si terrà la manifestazione sportiva oggetto del divieto di accesso, nonché avere ad oggetto competizioni disputate fuori casa e all'estero ovvero partite "amichevoli"³⁷, per cui in caso di obbligo di comparizione presso un ufficio di polizia anche in concomitanza con partite c.d. esterne, all'inizio e al termine di ogni incontro, ai fini della legittimità del provvedimento sarà necessaria un'adeguata motivazione in ordine alla pericolosità del sottoposto³⁸. In ordine

a tale ipotesi occorrerà tener conto del luogo in cui la manifestazione sportiva avrà luogo nonché degli orari lavorativi del soggetto destinatario della misura, orientandosi nel rispetto dei canoni di necessità ed adeguatezza.

Ai sensi del 3° comma si stabilisce a che la prescrizione dell'obbligo di comparizione presso gli uffici di polizia, adottata dal Questore sia immediatamente comunicata al procuratore della Repubblica presso il Tribunale (o presso il tribunale dei minorenni) competenti con riferimento al luogo in cui ha sede l'ufficio della questura. Un primo filtro sarà effettuato dal pubblico ministero, il quale, se dovesse ritenere sussistenti i presupposti per l'applicabilità della misura, ne chiederà la convalida entro 48 ore al giudice per le indagini preliminari.

La procedura di convalida si caratterizza per la sua celerità, concludendosi con un provvedimento adottato sulla base di un contraddittorio eventuale³⁹ e comunque cartolare⁴⁰.

6. INOSSERVANZA DELLE MISURE

La formulazione di cui all'art. 6 comma 6 della L. 401/1989 dispone che "Il contravventore alle disposizioni di cui ai commi 1 e 2 è punito con la reclusione da uno a tre anni e con la multa da 10.000 euro a 40.000 euro⁴¹. Le stesse disposizioni si applicano nei confronti delle persone che violano in Italia il divieto di accesso ai luoghi in cui si svolgono manifestazioni sportive adottato dalle competenti Autorità di uno degli altri Stati membri dell'Unione europea".

Occorre rilevare che seppur permante, nell'attuale formulazione il termine "contravventore" il

³⁵ Corte Cost. 4 dicembre 2002, n. 512 in giuriscost.org

³⁶ A. BONOMI-G. PAVICH, *Daspo e problemi di costituzionalità*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2015

³⁷ Cass. pen., Sez. III, 14 febbraio 2023, n. 12356

³⁸ Cass. pen., Sez. III, 14 febbraio 2023, n. 12357

³⁹ Corte Cost. 16 aprile 1998, n.114 e Corte Cost. 29 aprile 1998, n. 136 in cortecosituzionale.it per cui la Corte Costituzionale ha ritenuto adeguate le garanzie difensive apprestate

dal suddetto procedimento, considerando che la misura *de qua* apporti una lesione minima del diritto di libertà personale per cui non sarà necessario assicurare le stesse garanzie previste per la convalida del fermo o dell'arresto.

⁴⁰ L.M. FLAMINI, cit. 496

⁴¹ Così come modificato dall'art. 2 comma 1, lett. c) d.l. 8/2007 convertito con modificazioni dalla L. 41/2007



Legislatore ha provveduto con il d.l. 336 del 2001, convertito con modificazioni dalla l. 377/2001 a disporre la natura delittuosa⁴² della fattispecie in luogo di quella contravvenzionale.

La fattispecie così delineata rientra tra i reati di pericolo il cui disvalore è costituito dall'inottemperanza, volontaria e consapevole, delle prescrizioni impartite dall'autorità competente⁴³, prescindendo dalle motivazioni che hanno indotto il soggetto ad infrangere il divieto, fatta salva la ricorrenza di ipotesi autonomamente scriminanti⁴⁴.

A causa delle molteplici innovazioni in materia relative per natura ed entità alle pene edittali previste dalla norma, risultano plausibili problemi interpretativi in relazione al principio di applicazione della legge più favorevole.

L'individuazione della stessa è subordinata ad una valutazione in concreto, relativamente ai risultati che si raggiungerebbero dall'applicazione della fattispecie assoggettata all'esame del giudice, di talché risulta contraddittoria la decisione con cui la Corte di Cassazione⁴⁵ partendo dalle premesse qui esposte, abbia poi affermato la correttezza della decisione assunta dal Giudice di merito – ossia l'applicazione della normativa vigente al momento del fatto, di natura contravvenzionale – sulla base

dell'asserita incisività del trattamento sanzionatorio stabilito con le modifiche del 2001.

Ancora, il comma 6 art. 6 sembrerebbe prevedere due distinte ipotesi di reato⁴⁶, ed invero la stessa Corte di legittimità ha precisato che “la violazione del divieto di accesso ai luoghi dove si svolgono determinate competizioni integra un reato autonomo da quello configurato dall'inottemperanza alla prescrizione di comparire personalmente nell'ufficio di polizia competente, in concomitanza con lo svolgimento delle suddette gare, attesa la radicale diversità delle condotte costitutive delle due fattispecie”⁴⁷.

Il fatto che solo la violazione del D.A.SPO. comporterebbe la presenza del soggetto sottoposto allo stesso all'interno del luogo in cui si svolge la manifestazione sportiva, creando nell'immediato una situazione di sostanziale pericolo, avrebbe dovuto determinare un trattamento più grave, con relativa diversificazione rispetto alla fattispecie di mancata presentazione dinanzi agli uffici di polizia.

7. IL PARTICOLARE ISTITUTO DI GRADIMENTO, C.D. D.A.SPO. SOCIETARIO

⁴² In tema di violazione del DASPO giudiziario si veda Cass. pen. Sez. III, 11 aprile 2022, n. 13675 (la Corte ha confermato la condanna dell'imputato ex art. 6 co. 6 L. 401/1989, applicando di fatto la fattispecie prevista per la violazione del divieto questorile)

⁴³ Con sentenza del 23 gennaio 2023, la Corte di Cassazione ha affrontato la problematica relativa ad Daspo con contestuale obbligo di presentazione presso gli Uffici di polizia in concomitanza con gli incontri di una determinata squadra di calcio, qualora detta squadra abbia successivamente cessato la sua attività. Tale circostanza, afferma la Corte, determina la perdita di efficacia dell'ordinanza del Questore con la conseguenza che nel caso di mancata presentazione non è configurabile il reato previsto dall'art. 6 co. 6 L. 401/1989

⁴⁴ L.M. FLAMINI, cit. 566, riporta Cass. pen. Sez. III, 4 marzo 2014, n. 11566 laddove il reato era stato ritenuto ravvisabile nell'attività di bagarinaggio compiuta da un soggetto a cui era stato interdetto l'accesso anche in aree limitrofe allo stadio.

⁴⁵ Cass. pen. Sez. I, 2 ottobre 2003, n. 40915, in Cass. pen., 2005, 854, con nota di C. LAZZARI, La legge più favorevole al reo al vaglio della “astratta” concretezza della Cassazione.

⁴⁶ Entrambe non si ritengono integrate qualora la manifestazione sportiva non abbia avuto luogo. Sul punto Cass. sez. III, 8 gennaio 2014, n. 3713, CED, Cass. 258317 relativamente al caso di un soggetto sottoposto ad entrambe le misure, accusato di aver partecipato ad un corteo di tifosi recatisi dallo Stadio Meazza di Milano al fine di manifestare avverso la sospensione della partita Inter-Lazio. Tuttavia si ritiene che solo qualora il provvedimento di differimento della gara sia stato adottato dall'Autorità pubblica prima dell'apertura dell'impianto possa ritenersi che l'obbligo di presentazione venga meno.

⁴⁷ Cass. pen. Sez. III, 19 novembre 2013, n. 47112, CED. Cass. 25787



Con protocollo d'Intesa tra il Ministro dell'Interno, il Ministro per lo Sport, il CONI, la F.I.G.C., le Leghe Professionistiche, la Lega Nazionale Dilettanti, l'A.I.A., l'A.I.C e l'A.I.A.C. per il "Il Rilancio della Gestione tra partecipazione e Semplificazione" del 4 agosto 2017, è stato previsto il particolare istituto del gradimento attraverso cui le società possono regolamentare la cessione dei titoli di accesso alle manifestazioni sportive.

Tale istituto, definito anche come D.A.SPO. societario permette alle società sportive di allontanare dall'impianto sportivo determinati soggetti che abbiano posto in essere condotte rilevanti collegate direttamente alla manifestazione calcistica⁴⁸.

Ai fini dell'emanazione del provvedimento inhibitorio la società valuterà: a) dolo o colpa della violazione, in relazione ad un'evidente premeditazione; b) la tipologia del bene giuridico "aggredito"; c) i casi di recidiva; d) il comportamento successivo che sostanzialmente un ravvedimento operoso ovvero un'indubbia volontà di collaborare per eliminare o attenuare le possibili conseguenze derivanti dall'illecito in danno della Società sportiva, ivi compresa l'ammissione delle proprie responsabilità e il concreto ravvedimento/pentimento da parte

⁴⁸ Ai sensi dell'art. 2 Codice di gradimento della Juventus F.C.: sono rilevanti ai fini della valutazione di cui all'art. 1 tutte le condotte collegate direttamente ad un evento calcistico a prescindere dal luogo e dal tempo in cui sono tenute, e pertanto anche se poste in essere al di fuori dell'impianto sportivo, incluse le fasi di trasferte, o comunque in relazione ad eventi diversi dalle gare. È evento calcistico ogni iniziativa o momento organizzato dalla Società Sportiva, non identificandosi perciò nelle sole occasioni ufficiali. A tal fine sono discriminate tutte le condotte contrarie ai valori dello sport ed al pubblico pudore, nonché tutte quegli atti che nella loro espressione sostanzialmente comportamenti discriminatori su base razziale, territoriale, etnica e religiosa verso la tifoseria della squadra avversaria, le istituzioni e la società civile, o che in contrasto con i principi di probità e correttezza istighino alla violenza in ogni sua espressione. Sono altresì colpite tutte quelle azioni volte a denigrare, offendere o contestare in maniera plateale, persone, autorità e istituzioni pubbliche o private, nonché la Società Sportiva, i suoi dipendenti e/o rappresentanti, il personale di sicurezza e gli steward presenti all'interno dell'impianto ove si svolge l'evento

dell'interessato; e) il ruolo tenuto dal soggetto, nella duplice possibile veste di istigatore, ovvero di mero partecipante⁴⁹.

Ai fini di detta valutazione la società potrà ravvisare le condotte punibili per mezzo: a) delle segnalazioni provenienti dai servizi di stewarding, del dipartimento Supporter Liaison Officer e/o di altro personale del club, responsabile della sicurezza per conto della Società sportiva; b) delle immagini provenienti dall'impianto di video sorveglianza; c) dalle immagini diffuse tramite social network da cui è possibile identificare il soggetto ritenuto responsabile; d) le fonti aperte, in caso di fatti pubblicamente accertati.

La presente disciplina differisce dal c.d. D.A.SPO. ordinario per la specificità dell'applicazione, oggetto del divieto di accesso è infatti il solo impianto della Società che ha emesso lo stesso provvedimento (trattasi quindi di un divieto circoscritto alle sole partite giocate "in casa" dalla società).

Trattasi altresì di provvedimento dal contenuto e natura prettamente privatistica, con il quale ogni società può stabilire quali siano i comportamenti rilevanti ai fini dell'irrogazione del provvedimento⁵⁰.

calcistico, che comportino penalizzazioni amministrative per la Società Sportiva o che arrechino nocumento agli interessi e all'immagine della stessa (ivi comprese, a titolo esemplificativo e non esaustivo, la violazione del Regolamento d'uso dell'Impianto, la diffusione non autorizzata di immagini ritenute lesive dei diritti radiotelevisivi di dati a scopo di *betting*, l'attività di bagarinaggio e la cessione o acquisto del titolo di accesso attraverso canali non ufficiali o le piattaforme di vendita online che alimentano il fenomeno del *secondary ticketing*, l'introduzione all'interno dell'impianto privi di un valido titolo di accesso e/o con titolo di accesso su cui è indicato un nominativo non corrispondente alla propria identità, l'invasione del campo o l'entrare o il tentare in aree proibite, la conduzione all'interno e/o in prossimità dell'impianto di attività commerciali o promozionali non autorizzate dalla Società Sportiva).

⁴⁹ Regolamento cessione dei titoli di accesso-stagione 2019-2020 Juventus.

⁵⁰ La prima ad averlo emanato è stata la Juventus F.C. S.p.A. avverso un sostenitore che ha richiamato i tragici fatti di Superga simulando un areo: la misura in questo caso è stata prevista per la durata di 5 anni.



Tale provvedimento ovviamente non inciderà sull'eventuale adozione delle misure previste dall'art. 6 L. 401/1989.

8. LA TEORIA DEL DIRITTO PENALE DEL NEMICO

La teoria di un diritto penale del nemico, prospettata da Jakobs⁵¹ oltre trent'anni fa, riecheggia nuovamente nelle legislazioni penali contemporanee, seppur la stessa nasca rispetto ad un fenomeno ben preciso che autonomamente si prospetta quale antipodo della società: il terrorismo.

Tale teoria assume quale di chiave di lettura la concezione della persona come nemico, tesa ad annullarne lo *status* di cittadino in virtù del suo operare in un contesto atto a sovvertire l'ordinamento legale e giuridico, per cui, come tale meritevole di una concreta quanto rigida risposta punitiva, seppur in spregio ai principi che governano la materia penale. Non è un caso che negli anni, il proliferarsi dell'utilizzo della legislazione di emergenza, seppur diversificata per settori, abbia quale direttrice comune, l'individuazione del tipo d'autore del reato, dal quale discende la costruzione di normative *ad hoc*, di maggior allarme sociale.

Esaminando la materia oggetto di nostro interesse, e, quindi, la figura dei tifosi violenti, occorrerà procedere alla comparazione della disciplina presente nel nostro ordinamento con le coordinate proprie del diritto penale del nemico, il quale si caratterizza per: 1) “*ampia anticipazione della punibilità*” 2) “*riduzioni di pena non proporzionate al grado di anticipazione*”, 3) “*passaggio ad una normativa di diritto penale*

ad una di lotta, come in materia di criminalità economica, di terrorismo, di criminalità organizzata, ma anche pur con contorni meno caratterizzati, reati sessuali e altri reati pericolosi, fino alla lotta del delitto in sé”; 4) “*progressivo superamento di garanzie processuali*”⁵².

Apparirebbe, *prima facie*, che la nostra legislazione reincarni le coordinate proprie di un diritto penale del nemico. Volgendo lo sguardo verso i principi che animano il nostro ordinamento, la considerazione di persona che presuppone tale teorica appare in netto contrasto con il nostro sistema giuridico, laddove anche il fine ultimo della pena si pone quale garante della qualificazione della persona, la quale subisce e sconta la pena a fine rieducativo e di reinserimento nella società, momento in cui il singolo riacquista la propria capacità di autodeterminarsi in relazione alla scelta di delinquere nuovamente o astenersi da tali condotte.

La normativa riferibile alla tifoseria violenta non può inserirsi nelle coordinate del diritto penale del nemico: l'estremizzazione di tale “*etichetta*” non convince nell'inquadramento di normative che dovrebbero invece essere sempre ricondotte nel più ampio vaglio di legittimità in seno ai diritti fondamentali dell'individuo nonché in ambito processuale entro il vettore segnato dal principio di proporzionalità, valorizzando la natura stessa del diritto penale quale *Giano bifronte*⁵³, di arma e garanzia.

9. CENNI CONCLUSIVI SUL SISTEMA PREVENTIVO

Il sistema preventivo così delineato suscita alcune considerazioni di sorta rispetto al generale

⁵¹ AA.VV. *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, 2007, 13: Hobbes e Kant riconoscono l'esistenza di un Diritto penale del cittadino, rivolto alle persone che non delinquono in maniera sistematica, per principio, e di un Diritto penale del nemico rivolto a coloro che realizzano condotte devianti per principio; questo esclude, laddove quello conserva, in capo al reo, la titolarità dello status di persona. Il Diritto penale del cittadino è Diritto anche relativamente al trattamento del reo; egli resta infatti titolare dell'attributo di

persona. Il Diritto penale del nemico è Diritto in un senso diverso; cfr. D. VALITUTTI, *Il reato associativo come diritto penale del nemico: problemi e prospettive giusfilosofiche*, in *Pol. Dir.*, 2016, I-II, 259 ss.

⁵² V. MILITELLO, *Lotta alla criminalità organizzata*, in *Riv. It. proc. dir. pen.*, II, 2020, 786 ss.

⁵³ FIANDACA G-MUSCO E, *Diritto penale*, pt. g.⁸, Bologna, 2019



sistema di prevenzione contenuto nel D.lgs 159/2011, c.d. Codice antimafia, con il quale condivide perplessità e criticità.

La sistematica espansione delle misure preventive⁵⁴ ne ha ridimensionato natura e presupposti di applicabilità, tanto da renderle “*nell’applicazione giurisprudenziale, figure onnivore capaci di espandersi al di fuori della cerchia criminologicamente connotata dei soggetti a marginalità sociale*”⁵⁵.

Considerazione valevole soprattutto con espresso riferimento al D.A.SPO., soggetto ad un dilatamento del perimetro di applicabilità che si estende fino a ricomprendere ipotesi ben lontane dal concetto di pericolosità, configurandosi quali fattispecie da reprimere. Si pensi da ultimo al D.L. 14/2017, convertito in Legge n. 48/2017, che introduce il c.d. Daspo urbano⁵⁶, ossia l’allontanamento o il divieto di accesso in determinati luoghi della città di cui si intenda preservare il decoro, esperibile nei confronti di soggetti emarginati, quali i clochard o le prostitute.

Una tale misura prescinde da una concreta prognosi di pericolosità dei soggetti destinatari, finendo per stigmatizzarne la posizione occupata nella nostra società, decisamente contrastante con i principi su cui si fonda uno Stato di diritto.

Tornando alle misure atipiche, ciò che più rileva è la carenza di garanzie difensive in capo ai soggetti destinatari e correlativamente un ridimensionamento del principio di legalità con riguardo specifico al tema della libertà personale⁵⁷.

Appare inverosimile che l’applicazione di tali misure sia rimessa alla discrezionalità del Questore, non prevedendo specificamente i casi che

implicherebbero l’irrogazione della sola misura del divieto di accesso agli eventi sportivi ovvero la correlata misura accessoria dell’obbligo di comparizione, determinando una carenza di tassatività ex art. 13 Cost.

Viene prevista esclusivamente la facoltà di presentare memorie, avverso il provvedimento inerente l’obbligo di comparizione, per cui tuttavia non viene individuato alcun termine dilatorio entro le quali queste possano essere presentate, portando alla probabile conseguenza che il provvedimento venga convalidato – il termine per la convalida è di 48 ore, ma potrebbe accadere che la stessa intervenga ancora prima che le stesse siano trascorse – senza che il soggetto abbia esperito “l’unico” strumento di difesa in suo possesso⁵⁸.

L’innegabile violazione del diritto di difesa a fronte di simili ipotesi è stata superata, nuovamente, dalla Suprema Corte⁵⁹ la quale ha espressamente previsto che il giudice per le indagini preliminari non possa adottare l’ordinanza di convalida prima che siano decorse le 48 ore dalla notifica del provvedimento in esame.

Ad avvalorare il principio de quo, soccorre la previsione di nullità in caso di violazione del medesimo.

Ancora, si segnala la mancata possibilità per l’interessato di prendere visione del fascicolo del procedimento, in relazione alla misura di cui al 2° comma, art. 6 L. 401/1989 il che implica una serie di difficoltà per lo stesso nel formulare le proprie difese⁶⁰. Su tale specifico ambito però appare utile

⁵⁴ G. GRASSO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali nel sistema costituzionale*, in www.sistemapenale.it, 2018

⁵⁵ M. PELISSERO, *La “fattispecie di pericolosità”: i presupposti di applicazione delle misure e le tipologie soggettive. I destinatari della prevenzione praeter delictum; la pericolosità di prevenire e la pericolosità di punire*, in *Riv. It. Dir. Proc. pen.*, 2017, I, 145 ss.

⁵⁶ M. PELISSERO, *La sicurezza urbana: nuovi modelli di prevenzione?*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 7, 845.

⁵⁷ P. GARAFFA, *Misure anti violenza nello sport*, in *RDES*, 1, 2010, 132 ss.

⁵⁸ *Ibidem*

⁵⁹ Cass. Pen. Sez. III, 27 gennaio 2016, n. 6440, in *CED Cass. pen.*, 2016

⁶⁰ P.V. MOLINARI, *Sempre senza pace la tormentata convalida della prescrizione di comparizione personale della legge anti violenza nello sport*, in *Cass. Pen.*, 2009, 2595



richiamare lo sforzo giurisprudenziale⁶¹ atto a condurre la disciplina entro i minimi canoni di legalità, affermando il principio di diritto per cui il soggetto sottoposto al procedimento relativo all'applicazione dell'obbligo di comparizione presso gli uffici di polizia debba essere messo in condizione di prendere visione della documentazione su cui si basa l'irrogazione del provvedimento di cui è destinatario, anche allo stesso fine di presentare memorie difensive, il cui ruolo, contrariamente, verrebbe pressoché eluso.

Proprio con riguardo a queste ultime, è ad oggi pacifico l'obbligo in capo al giudice per le indagini preliminari di darne conto in motivazione, il cui mancato assolvimento costituisce motivo di ricorso in Cassazione.

Ad un tale quadro si accompagna poi la mancata previsione di un'udienza dinnanzi al G.i.p. in sede di convalida, in luogo di una decisione *de plano*.

Non si riscontrano motivazioni atte a giustificare un trattamento differenziato rispetto alle misure previste dal codice rito per la convalida dell'arresto e del fermo⁶² che con tale procedimento condivide tratti comuni.

Anomala poi la scelta di individuare quale unico mezzo di impugnazione avverso il provvedimento in esame presso gli uffici di polizia, il ricorso per Cassazione, il cui termine per la presentazione è di 15 giorni, dal momento che trattasi di procedimento in camera di consiglio.

Il sacrificio delle garanzie difensive è stato giustificato dalla Corte costituzionale attraverso il richiamo alle esigenze di celerità, che tuttavia contrastano con il principio sancito dalla stessa Corte per cui il diritto alla difesa è inviolabile, ed altresì con l'affermazione della stessa per cui la tutela

sancita dall'art. 24, comma 2 Cost. deve essere effettiva ed integrale per tutti i procedimenti aventi ad oggetto la libertà personale⁶³, pur prevedendo diverse modalità di estrinsecazione della stessa in base al procedimento avviato.

Conclusivamente è possibile affermare che grazie all'intervento ermeneutico svolto dalla Suprema Corte, gli ostacoli all'esercizio effettivo di difesa siano stati parzialmente rimossi, seppur permangono profili di criticità.

In tal senso, appare inverosimile che il recente intervento del Legislatore in materia, con D.L. 14 giugno 2019, convertito con modificazioni dalla L. 8 agosto 2019, n. 77, non abbia codificato i principi di diritto espressi dalla Suprema Corte, limitandosi ad un parziale e minimo intervento circoscritto alle disposizioni di cui ai commi 1, 5, 8-*bis*, per il quale si auspica un intervento correttivo volto a razionalizzare la materia.

L'impianto normativo presenta infatti ancora tratti ben lontani da un ipotizzato bilanciamento tra le esigenze di tutela nei confronti dei soggetti destinatari di misure preventive, con esplicito riferimento all'interesse dello stesso a non vedersi compresse le proprie libertà, ed esigenze di pubblica sicurezza ovvero ordine pubblico che sembrano sempre più canoni astratti e malleabili, seppur abbracciati da una giurisprudenza che legittima – ma d'altro canto ha posto rimedio alle storture legislative che attraverso la predisposizione di tali misure, o per meglio dire, attraverso “una truffa delle etichette” hanno costruito istituti sostanzialmente repressivi – un tale sistema preventivo quale strumento atto a neutralizzare un pericolo di offesa per i suddetti beni giuridici.

Le criticità finora esposte soccomberebbero a fronte di un'estensione della disciplina predisposta

⁶¹ Cass. pen. Sez. III 11 giugno 2015, n. 29301, in CED Cass. pen. 2015

⁶² Sul punto si veda L. BRESCIANI, *Commenti articolo per articolo del d.l. 22 dicembre 1994, n. 717*, in Leg. Pen., 1995

⁶³ Corte Cost. 26 maggio 1995, n. 195 in giurcost.org



per il sistema preventivo generale – con il quale tuttavia condivide le problematiche relative alla loro applicabilità, prescindendo da un concreto accertamento circa la responsabilità penale del soggetto – alle misure preventive atipiche, garantendo maggior rispetto del diritto di difesa del singolo che non può affievolirsi dinnanzi alle succitate esigenze di celerità.



LA COMPATIBILITÀ DELLA CIRCOSTANZA AGGRAVANTE TELEOLOGICA TRA IL REATO-SCOPO E IL REATO-ASSOCIATIVO NELLA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ

di **Marco MISITI***

ABSTRACT

Con il presente contributo ci si propone di risolvere la questione circa la compatibilità della circostanza aggravante della connessione teleologica, di cui all'art. 61, n. 2, c.p., con i rapporti tra reato-scopo e reato-associativo. In particolare, verranno esaminati alcuni orientamenti giurisprudenziali contenuti in pronunce che, seppure non in via principale, espongono argomentazioni valide anche per il citato tema. Dopo aver esposto l'orientamento, attualmente prevalente, che afferma la compatibilità tra i predetti termini del confronto, si esamineranno i possibili effetti che conseguono alla contestazione della citata circostanza, quantomeno sul versante della connessione tra procedimenti e della determinazione della competenza del giudice, della circolazione dei risultati dell'attività di intercettazione e della retrodatazione dei termini di durata delle misure cautelari.

SOMMARIO

1. Premessa	106
2. Le varie ipotesi della circostanza aggravante di cui all'art. 61, n. 2, c.p. e, in particolare, quella della nesso teleologico	107
3. Può un reato-scopo essere commesso al fine di eseguire un reato-associativo? ..	108
3.1. La teoria della incompatibilità ontologica e cronologica della connessione teleologica tra reato-scopo e reato-associativo	109
3.2. La teoria della compatibilità ontologica della connessione teleologica tra reato-scopo e reato-associativo	110
3.3. L'inversione dei ruoli tra reato-associativo e reato-scopo nel particolare caso della contestazione della circostanza	

aggravante di cui all'art. 7, d.l. n. 152 del 1991, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 203 del 1991 **112**

4. Le conseguenze dell'ammissione dell'applicazione del nesso teleologico nei rapporti tra reato-scopo e reato-associativo **113**

4.1. Effetti in materia di determinazione della competenza **114**

4.2. La circolazione probatoria delle risultanze delle intercettazioni tra procedimenti connessi **115**

4.3. La retrodatazione dei termini delle misure cautelari ai sensi dell'art. 297 c.p.p. **116**

5. Conclusioni **118**

1. PREMESSA

La complessità della realtà spesso supera quanto si possa anche solo immaginare. Ciò avviene in generale per il diritto – e perciò anche per quello penale – poiché il legislatore prevede una disciplina in astratto degli istituti, che però nel loro reciproco interagire danno vita a questioni nuove e di difficile risoluzione.

È proprio in questi termini che si è posta la problematica concernente la compatibilità della circostanza aggravante della connessione teleologica con i rapporti tra reato-scopo e reato-associativo e, in particolare, se l'art. 61, n. 2, c.p., – nella parte in cui fa riferimento alla commissione di un reato «per eseguirne un altro» – sia applicabile a tali ipotesi. Un problema che si pone su due fronti: sul piano logico, se un reato successivo possa essere realizzato per la esecuzione di uno precedente; sul piano della



struttura dei reati, se un reato successivo possa essere realizzato per la protrazione di uno già consumato.

La questione, non sempre attenzionata dalla dottrina, ma che è stata affrontata da alcune pronunce della giurisprudenza di legittimità anche in tempi recenti, presuppone per un suo chiaro approfondimento l'esposizione delle caratteristiche essenziali delle ipotesi integranti la circostanza aggravante di cui all'art. 61, n. 2, c.p., con particolare riferimento a quella della connessione teleologica. Si potrà successivamente analizzare il tema della compatibilità di essa con i rapporti tra reato-associativo e reato-scopo, nonché tra reato-scopo e reato-associativo. Infine, si esamineranno le conseguenze derivanti dalla ritenuta applicabilità alla seconda ipotesi della citata circostanza aggravante della connessione teleologica.

2. LE VARIE IPOTESI DELLA CIRCOSTANZA AGGRAVANTE DI CUI ALL'ART. 61, N. 2, C.P. E, IN PARTICOLARE, QUELLA DELLA NESSO TELEOLOGICO

L'art. 61, n. 2, c.p. prevede una circostanza aggravante ed elenca una serie di ipotesi fra loro non sovrapponibili, nonostante le stesse siano previste sotto il medesimo numero. In particolare, si distingue tra connessione teleologica e consequenziale¹.

La prima ricorre quando un reato sia commesso per eseguirne un altro. Caso paradigmatico è quello del furto di un'auto da utilizzare nella commissione di un omicidio. La seconda la si ha

quando il reato in ipotesi aggravato sia stato commesso per occultarne un altro o per assicurare a sé o ad altri il prodotto, il profitto, il prezzo o l'impunità di altro reato. In ogni caso, è possibile in tutte queste ipotesi distinguere due reati: il reato-mezzo, ossia quello che è stato commesso per uno dei citati fini; il reato-fine, ossia quello in direzione del quale è stato realizzato il reato-mezzo.

La differenza fra l'ipotesi teleologica e consequenziale attiene principalmente al momento di commissione del reato-mezzo: nella prima ipotesi, esso è stato commesso prima dell'eventuale commissione del reato-fine; nella seconda ipotesi, al contrario, il reato-mezzo segue il reato-fine, il quale deve essere stato già commesso, non essendo data la possibilità che si voglia occultare un reato non ancora realizzato, assicurare un prodotto, profitto o prezzo di un illecito penale che non si è verificato, o assicurarsi l'impunità per un illecito non ancora posto in essere.

Sebbene sia possibile effettuare questa distinzione sul piano dogmatico e temporale, il riconoscimento di una ipotesi piuttosto che dell'altra non produce particolari conseguenze sul piano applicativo. Infatti, in ogni caso, si avrà sempre un aumento di pena fino a un massimo di un terzo; l'applicazione della circostanza aggravante non risente di eventuali dichiarazioni di estinzione del reato o di assenza di condizioni di procedibilità del reato-fine; infine, non assume rilevanza il conseguimento del proposito relativo al reato-fine².

Comune alle varie ipotesi è anche la rilevanza del solo dato finalistico, ossia l'attività con la quale l'autore del reato-mezzo direziona la propria condotta verso un reato-fine. Si realizza così una sorta

* Dottore magistrale in Giurisprudenza, già tirocinante ex art. 73 del D.L. n. 69 del 2013 presso Corte di cassazione.

¹ Si esprime in questi termini sia E. MEZZETTI, *Diritto penale. Dottrina, casi e materiali*, Bologna, Zanichelli Editore, 2020, p. 535; sia T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, Giuffrè Editore, 2019, pp. 312 ss., sia G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale: parte generale*, Milano, Giuffrè

Editore, 2022, pp. 681 s. Sul punto si veda altresì A. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale. Questioni fondamentali di parte generale*, Torino, Giappichelli Editore, 2018, pp. 500 ss.

² Si veda sul punto sentt. Cass. pen., Sez. V, n. 7327, ud. 20/01/2004, dep. 20/02/2004; Cass. pen., Sez. V, n. 11497, ud. 26/09/2000, dep. 10/11/2000; Cass. pen., Sez. VI, n. 5797, ud. 17/03/1995, dep. 18/05/1995.



di parallelismo con il dolo specifico: come in quest'ultimo istituto non rileva la verifica dell'obiettivo perseguito dal soggetto agente, anche nelle ipotesi della circostanza aggravante di cui all'art. 61, n. 2, c.p., non è necessario che si produca l'effetto desiderato dall'autore del reato-mezzo³.

3. PUÒ UN REATO-SCOPO ESSERE COMMESSO AL FINE DI ESEGUIRE UN REATO-ASSOCIATIVO?

Così ricostruite le caratteristiche della circostanza aggravante dell'art. 61, n. 2, c.p. e, in particolare, della ipotesi della connessione teleologica, ci si può a questo punto domandare se essa sia compatibile con i rapporti che si possono instaurare tra reato-associativo e reato-scopo.

La questione è di facile risoluzione se si analizza l'ipotesi del reato-associativo strumentale alla esecuzione del reato-scopo. Infatti, il rapporto di strumentalità della connessione teleologica è del tutto sovrapponibile a quello sussistente tra reato-associativo e reato-scopo: tre o più soggetti si associano fra di loro realizzando una organizzazione di mezzi e persone al fine di realizzare un programma indefinito di reati. L'associazione e i mezzi a essa

disponibili diventano perciò lo strumento per la consumazione di ulteriori reati. Si può perciò affermare sul piano logico che il reato-associativo sia il mezzo per la realizzazione dei reati-scopo, poiché la commissione del primo è il tramite per la esecuzione dei secondi.

Pertanto, vi è sempre un rapporto di strumentalità tra il reato-associativo e il reato-scopo, con la conseguenza che non si può ritenere applicabile al primo la circostanza aggravante dell'art. 61, n. 2, c.p., nella parte in cui fa riferimento alla commissione di un reato per eseguirne un altro. Infatti, altrimenti argomentando, si andrebbero a legittimare automatismi⁴, in genere mal tollerati nel diritto penale. La strumentalità tipica della circostanza aggravante della connessione teleologica viene perciò assorbita nella descrizione della struttura del reato associativo e resa elemento necessario dello stesso. Ne deriva che, se si ammettesse l'applicabilità della citata circostanza aggravante a tale ipotesi di rapporti, si avrebbe una doppia valutazione dello stesso elemento in danno dell'imputato.

La questione è di gran lunga più complessa se si guarda in termini opposti ai rapporti tra i due illeciti: può un reato-scopo, oggetto dell'indeterminato programma criminoso, essere commesso per eseguire il reato-associativo⁵? In altri termini, ci si

³ Si veda sul punto E. VENAFRO, *Art. 61. Circostanze aggravanti comuni*, in *Codice penale. Tomo I (Artt. 1-360)*, a cura di T. PADOVANI, Milano, Giuffrè Editore, 2019, pp. 530 ss., secondo la quale, in relazione alle ipotesi di connessione teleologica, rileva la sussistenza di una «connessione criminosa in senso meramente soggettivo». Tale connotazione finalistica e intenzionalistica è stata affermata anche dalla recente giurisprudenza di legittimità, la quale, in Cass. pen., Sez. un., n. 53390, ud. 26/10/2017, dep. 24/11/2017, ha ritenuto configurabile la possibilità di una diversa identità soggettiva tra l'autore del reato-fine e quello del reato-mezzo, a condizione che quello che ha commesso quest'ultimo «abbia avuto presente l'oggettiva finalizzazione della sua condotta alla commissione o all'occultamento di un altro reato». La pronuncia è in realtà relativa alla configurabilità della connessione di cui all'art. 12, lett. c), c.p.p., ma non a caso richiama anche la giurisprudenza

registrata in relazione alla circostanza aggravante di cui all'art. 61, n. 2, c.p.

⁴ Nello stesso si esprime, seppure non costituisce oggetto principale della pronuncia, Cass. pen. Sez. I, n. 6530, ud. 18/12/1998, dep. 02/02/1999, la quale, in relazione al computo dei termini di durata delle misure ai sensi dell'art. 297 c.p.p., ha negato l'applicabilità dell'art. 61, n. 2, c.p. al reato di associazione per delinquere poiché quest'ultima «è già di per sé finalizzata alla commissione di reati, per cui sarebbe incongruo considerarla aggravata ex art. 61 n. 2. cod. pen. a cagione della presenza di una tale finalità».

⁵ È opportuno effettuare alcune ridefinizioni al fine di una più chiara comprensione della terminologia in seguito adottata. In particolare, per reato-scopo si farà riferimento all'illecito penale oggetto del programma delinquenziale dell'associazione criminosa. Per reato-mezzo si farà invece riferimento all'illecito penale aggravato dalla circostanza di cui all'art. 61, n. 2,



chiede se, rovesciando l'ordinario rapporto di strumentalità esistente tra il reato-associativo e il reato-scopo, si possa applicare la circostanza aggravante della connessione teleologica nei confronti del secondo.

La questione non è mai stata oggetto diretto di pronunce della Corte di cassazione, la quale si è espressa su tematiche diverse, ma con argomentazioni valedoli anche per l'applicazione della circostanza aggravante di cui all'art. 61, n. 2, c.p. In particolare, esse hanno attenzionato la possibilità di ritenere sussistente una connessione teleologica tra reato-scopo e reato-associativo, ai sensi dell'art. 12, lett. c), c.p.p., ai fini dell'applicazione dell'art. 297, comma 3, c.p.p. o dell'art. 270 c.p.p., per come da ultimo interpretato dalla giurisprudenza di legittimità.

Il fatto che le argomentazioni esposte in tali pronunce possano essere da queste estrapolate e applicate al tema ora in esame è suffragato dalla formulazione delle citate disposizioni e dalla interpretazione fornita dalla giurisprudenza di legittimità. Infatti, l'art. 12, lett. c), c.p.p. richiama, ai fini della sussistenza di una connessione tra procedimenti, l'ipotesi in cui uno dei reati sia stato commesso per eseguire o per occultare gli altri, impiegando una terminologia analoga a quella contenuta nell'art. 61, n. 2, c.p.; l'art. 297, comma 3, c.p.p., richiama a sua volta l'art. 12, lett. c), c.p.p., che, come detto, rinvia implicitamente alla ipotesi della circostanza aggravante della connessione

teleologica; infine, l'art. 270 c.p.p., consente l'utilizzazione dei risultati delle attività captative in altro procedimento tutte le volte in cui sussista una ipotesi di connessione di cui all'art. 12 c.p.p. e, perciò, anche nel caso in cui un reato sia stato commesso per eseguirne un altro.

3.1. LA TEORIA DELLA INCOMPATIBILITÀ ONTOLOGICA E CRONOLOGICA DELLA CONNESSIONE TELEOLOGICA TRA REATO-SCOPO E REATO-ASSOCIATIVO

Secondo una prima impostazione giurisprudenziale⁶, costituisce una contraddizione in termini l'affermazione secondo la quale il reato-scopo può essere commesso per eseguire il reato-associativo.

Innanzitutto, la circostanza aggravante della connessione teleologica richiederebbe una precisa scansione temporale della sequenza di realizzazione dei reati: prima dovrebbe essere commesso il reato-mezzo; poi, eventualmente, il reato-fine.

Ebbene, tale impostazione sostiene che sia impossibile che un reato-scopo possa essere commesso prima del reato-associativo, proprio in ragione della ordinaria – se non addirittura naturale – strumentalità del secondo rispetto al primo. Così intesa la questione, l'incompatibilità si verifica sia sul versante cronologico, richiedendo l'art. 61, n. 2, c.p., che il reato-mezzo sia commesso prima della

c.p., in quanto strumentale alla esecuzione di altro reato. Infine, per reato-fine si intenderà quell'illecito penale a cui è finalizzata la commissione del reato-mezzo. In poche parole, si farà in seguito riferimento a due binomi terminologici: reato-associativo e reato-scopo; reato-mezzo e reato-fine, sul piano del nesso teleologico di cui all'art. 61, n. 2, c.p. Perciò, in relazione ai rapporti tra reato-associativo e reato-scopo, si può affermare che il primo costituisca sempre il reato-mezzo, e il secondo il reato-fine. Successivamente, invece, si pone il diverso quesito se il reato-scopo possa rappresentare il reato-mezzo mentre il reato-associativo integrare il reato-fine.

⁶ Per un'ampia casistica sul punto si vedano le seguenti pronunce: Cass. pen., Sez. I, n. 1815, ud. 26/03/1998, dep.

27/04/1998, in tema di associazione di stampo mafioso e omicidi; Cass. pen., Sez. V, n. 495, ud. 25/01/2000, dep. 09/03/2000, in materia di associazione di stampo mafioso e omicidi; Cass. pen., Sez. I, n. 12715, ud. 06/03/2008, dep. 25/03/2008, sempre in materia di associazione di stampo mafioso e omicidi; Cass. pen., Sez. I, n. 8451, ud. 21/01/2009, dep. 25/02/2009, in materia di rapporti tra vari reati associativi, omicidi, reati in materia di armi e occultamento di cadavere; Cass. pen., Sez. I, n. 18340, ud. 11/02/2011, dep. 10/05/2011, in materia di vari reati di stampo associativo, armi ed estorsioni.



consumazione del reato-fine; sia sul versante ontologico, non potendosi immaginare una strumentalità del reato-scopo rispetto a un'associazione già esistente⁷.

La questione è stata spesso⁸ affrontata dalla giurisprudenza in stretta relazione alla possibilità di ricostruire una continuazione tra reato-associativo e reato-scopo o viceversa. Spesso, perciò, le affermazioni contenute in tali pronunce – anche per quanto concerne le massime da esse estrapolate – finiscono per porsi un problema di prevedibilità del reato-scopo al momento della realizzazione dell'associazione.

3.2. LA TEORIA DELLA COMPATIBILITÀ ONTOLOGICA DELLA CONNESSIONE TELEOLOGICA TRA REATO-SCOPO E REATO-ASSOCIATIVO

Alla prima ricostruzione poc'anzi esposta se ne è contrapposta una seconda, la quale ritiene che non sussistano ragioni per escludere in astratto la possibilità che un reato-scopo sia commesso per eseguire il reato-associativo.

In particolare, tale impostazione si basa sulla natura permanente del reato-associativo, ossia la circostanza che, una volta sorta l'associazione, la sua esecuzione si protrae nel tempo. Di conseguenza, sarebbe irrilevante il fatto che il reato-associativo si sia consumato prima del reato-scopo, poiché la realizzazione di quest'ultimo potrebbe pur

sempre essere strumentalmente legata alla permanenza dell'associazione.

Infine, la teoria della compatibilità ritiene che la strumentalità ordinaria del reato-associativo al reato-scopo non escluda la strumentalità anomala – ma pur sempre possibile – del reato-scopo al reato-associativo. In altri termini, sarebbe possibile un ribaltamento dei ruoli, mediante la funzionalizzazione del reato-scopo alla protrazione della esecuzione dell'associazione o al rafforzamento di quest'ultima. Si inverte perciò la prospettiva: se nella normalità dei casi sarebbe il reato-associativo a rappresentare il reato-mezzo e il reato-scopo a fungere da reato-fine, è possibile che, in alcune ipotesi, il reato oggetto del programma criminoso sia il reato-mezzo per la esecuzione del reato-associativo.

Se tale teoria afferma a gran voce la possibilità di ricostruire in astratto la sussistenza di ipotesi di nesso teleologico tra il reato-scopo e quello associativo, al tempo stesso si preoccupa di fissare condizioni rigorose per il loro accertamento in concreto.

È stato perciò stabilito che un omicidio possa essere ritenuto strumentale al reato-associativo qualora sia stato commesso per garantire la sopravvivenza della stessa associazione. Ancora, si afferma che la detenzione di armi commessa in relazione a un'associazione per delinquere caratterizzata dall'uso ordinario della violenza possa di per sé giustificare il riconoscimento del nesso teleologico⁹.

⁷ Sul punto, in un caso di prospettazione difensiva circa la qualificabilità di un omicidio come commesso per eseguire l'associazione mafiosa, la giurisprudenza di legittimità ha affermato che «ai fini della connessione teleologica, sarebbe eventualmente l'omicidio, commesso dopo la associazione, a costituire il reato fine». Si veda sul punto, seppure l'oggetto principale della pronuncia verta sui termini di durata delle misure *ex art.* 297 c.p.p., Cass. pen., Sez. I, n. 12715, ud. 06/03/2008, dep. 25/03/2008.

⁸ Si veda sul punto Cass. pen. Sez. I, n. 18340, ud. 11/02/2011, dep. 10/05/2011, che a sua volta richiama un precedente sul punto, Cass. pen., Sez. I, n. 8451, ud.

21/01/2009, dep. 25/02/2009, il quale però non esplicita le ragioni della esclusione della ipotesi di connessione teleologica, limitandosi a riportare quanto affermato dal giudice di appello cautelare.

⁹ Per questa particolare ipotesi si veda Cass. pen., Sez. VI, n. 2526, ud. 01/07/1999, dep. 21/07/1999, la quale, in relazione al computo dei termini di durata delle misure ai sensi dell'art. 297 c.p.p., ritiene che l'antiorità cronologica dell'associazione non sia elemento di per sé solo idoneo ad escludere *a priori* la possibilità di ritenere sussistente un nesso teleologico significativo, ai fini della retrodatazione delle misure custodiali, tra reato-scopo e reato-associativo. Sempre sul tema

Tale impostazione è stata accolta anche in un recente arresto della Corte di cassazione¹⁰ in tema di utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni in altro procedimento connesso. Tale pronuncia ha preso posizione sulla possibilità di configurare una connessione teleologica tra il reato-scopo e il reato-associativo, superando le obiezioni della opposta teoria esposta nel precedente paragrafo.

La sentenza si distingue anche per i reati provvisoriamente contestati in relazione ai quali è stato riconosciuto il nesso teleologico. Se, infatti, nella giurisprudenza precedentemente richiamata il reato-scopo era costituito da un illecito a consumazione istantanea e monosoggettivo, nel caso concreto il giudicante ha riconosciuto il citato legame teleologico tra due diversi reati-associativi, e perciò permanenti.

Secondo quanto ricostruito nel capo provvisorio di imputazione, l'ipotesi accusatoria consisteva nella costituzione di un'associazione per delinquere semplice, realizzata come strumento servente ad un'ulteriore associazione di stampo mafioso che, tra i propri obiettivi illeciti, si era prefissa l'acquisizione diretta e indiretta di attività economiche. L'associazione per delinquere semplice avrebbe perciò realizzato vari illeciti, tra cui emissione di fatture per operazioni inesistenti, attraverso le quali veniva accumulato credito IVA con cui compensare i debiti con l'Erario. Le somme illecite così ottenute sarebbero state poi ripartite sia all'interno dell'associazione per delinquere semplice, sia all'interno dell'associazione per delinquere di stampo mafioso.

dell'applicazione dell'art. 297, comma 3, c.p.p., con puntualizzazioni incidentali sulla possibilità di riconoscere la sussistenza di una connessione teleologica tra reato-scopo e reato-associativo, si vedano anche le seguenti pronunce: Cass. pen., Sez. VI, n. 43, ud. 13/01/1997, dep. 13/03/1997, in tema di reato associativo di stampo mafioso e tentato omicidio realizzato in un contesto di guerra di mafia; Cass. pen., Sez. VI, n. 2526, ud. 01/07/1999, dep. 21/07/1999, in tema di associazione di stampo mafioso e reati in materia di armi; Cass. pen., Sez. I,

La riprova della strumentalità dell'associazione per delinquere semplice sarebbe dimostrata, secondo l'ipotesi accusatoria, dalla presenza in entrambe le organizzazioni di un medesimo soggetto, partecipe dell'associazione mafiosa e promotore della ulteriore organizzazione illecita.

Se il giudice del riesame aveva ricostruito una ipotesi di nesso teleologico tra l'associazione per delinquere semplice e quella di stampo mafioso, il ricorrente, al contrario, sosteneva l'incompatibilità strutturale del citato legame nei rapporti tra i due illeciti.

In particolare, nel ricorso si deduceva che, dal punto di vista ontologico, il reato-mezzo è sempre rappresentato dal reato-associativo (nel nostro caso, quello di stampo mafioso) la cui strumentalità ai reati-scopo (nel nostro caso, l'associazione per delinquere semplice) non rileva ai fini di una connessione teleologica. Inoltre, il ricorrente notava come l'illecito da identificare, secondo la tesi accolta dal giudice del riesame, nel reato-fine (l'associazione di stampo mafioso) era precedente alla consumazione dell'ipotetico reato-mezzo (l'associazione per delinquere semplice). Tali aspetti dimostrerebbero, secondo le doglianze difensive, i vizi di motivazione in cui sarebbe incorso il giudice del riesame.

Con la citata pronuncia, la Corte di cassazione affronta le argomentazioni sostenute dal ricorrente, coincidenti con quelle della teoria della incompatibilità, e le confuta a partire dal dato testuale della normativa. Infatti, il giudice di legittimità richiama gli artt. 61, n. 2, c.p., e 12, lett. c), c.p.p., nella parte in cui si riferiscono a un reato commesso al fine di

n. 6090, ud. 08/11/1999, dep. 28/12/1999, in materia di reato associativo e omicidi, in cui si ritiene in astratto configurabile il nesso teleologico, ma lo si è escluso nel caso concreto; Cass. pen., Sez. I, n. 48190, ud. 23/10/2013, dep. 03/12/2013, in materia di reato associativo di stampo mafioso, favoreggiamento e procurata inosservanza di pena.

¹⁰ Si richiama in proposito Cass. pen., Sez. I, n. 38771, ud. 07/04/2022, dep. 13/10/2022.



“eseguire”, e non “consumare”, un altro reato. Non assume alcuna rilevanza il tempo della consumazione del reato-associativo, poiché, secondo la Corte di cassazione, essa non influenza il concetto di esecuzione richiamato dal nesso teleologico. Infatti, la strumentalità può attenersi anche alla protrazione della esecuzione di un reato già consumato. Ciò può avvenire anche nei rapporti tra un reato-scopo e un reato-associativo: la natura permanente del secondo fa sì che il primo possa essere commesso con l’obiettivo di garantire la prosecuzione dell’esecuzione del reato-associativo stesso.

Quasi ribaltando le argomentazioni della teoria della incompatibilità, la sentenza precisa che è proprio l’argomento dell’anteriorità cronologica del reato-associativo a suscitare confusione: un aspetto, dice la Suprema Corte, è quello relativo all’ordinario rapporto tra il reato-associativo e i reati-scopo, altro profilo è quello concernente la sussistenza di una strumentalità del secondo per il mantenimento dell’organizzazione criminosa.

3.3. L’INVERSIONE DEI RUOLI TRA REATO-ASSOCIATIVO E REATO-SCOPO NEL PARTICOLARE CASO DELLA CONTESTAZIONE DELLA CIRCOSTANZA AGGRAVANTE DI CUI ALL’ART. 7, D.L. N. 152 DEL 1991,

CONVERTITO, CON MODIFICAZIONI, DALLA LEGGE N. 203 DEL 1991

Meritevole di trattazione separata è l’ipotesi in cui, secondo quanto affermato dalla giurisprudenza di legittimità¹¹, venga contestata la circostanza aggravante¹² di cui all’art. 7, d.l. n. 152 del 1991, convertito con modificazioni dalla l. n. 203 del 1991, attualmente regolato all’art. 416-bis.1 c.p. Come previsto dalla citata disposizione, si applica la citata circostanza aggravante qualora il reato sia stato commesso al fine di agevolare l’attività di un’associazione di stampo mafioso¹³.

La finalizzazione del reato-scopo all’agevolazione del reato-associativo, resa palese dalla previsione della citata circostanza aggravante, comporta «l’inversione dei ruoli di reato-mezzo e reato-fine che si manifesta talora nell’ambito del rapporto associativo», come affermato dalla citata pronuncia. Sul punto si è ulteriormente precisato che questa inversione sarebbe resa possibile proprio dalla natura permanente del reato-associativo. Ne consegue la configurazione in astratto della eventualità che «dopo il costituirsi dell’associazione, la sopravvivenza di questa sia la finalità perseguita attraverso la commissione di altri reati».

In altri termini, secondo il citato orientamento giurisprudenziale, la natura squisitamente finalistica¹⁴ della citata ipotesi di circostanza aggravante sarebbe idonea a rovesciare gli ordinari rapporti che legano il reato-associativo ai reati-scopo, a snaturarne i legami di strumentalità e a rendere

¹¹ *Ex multis*, Cass. pen., Sez. I, n. 48190, ud. 23/10/2013, dep. 03/12/2013.

¹² Per un’analisi approfondita della citata circostanza aggravante si rinvia a A. MACCHIA, P. GAETA, “*Al fine di...*”: ancora qualche riflessione su aggravante di agevolazione mafiosa e metodo giurisprudenziale, *Cassazione penale*, 1 settembre 2021, n. 9 del 2021, pp. 2659 ss.; a D. PERRONE, *La natura “ambivalente” dell’aggravante dell’agevolazione mafiosa e l’applicabilità ai concorrenti*, *Giurisprudenza italiana*, 1 giugno 2020, n. 6 del 2020, pp. 1485 ss., circa la natura della citata aggravante; a R. BARTOLI, M. PELISSERO, S. SEMINARA, *Diritto penale. Lineamenti di Parte Speciale*, Torino, Giappichelli Editore, 2022, pp. 853 ss.

¹³ La disposizione in questione prevede anche l’ulteriore ipotesi in cui il reato sia commesso avvalendosi delle modalità mafiose di cui all’art. 416-bis c.p.

¹⁴ Per un’approfondita ricostruzione sulla natura della circostanza aggravante in esame si rinvia a I. MERENDA, *Concorso di persone e aggravante dell’agevolazione mafiosa: riflessioni a margine della pronuncia delle Sezioni unite*, *Archivio penale*, 27 aprile 2020, n. 1 del 2020, pp. 4 ss. L’Autrice, in particolare, indica varie pronunce giurisprudenziali in cui si è propeso, a seconda dei casi, per la natura oggettiva o soggettiva. Le Sezioni unite sul punto si sono poi espresse a favore della natura soggettiva.



prospettabile la sussistenza di una connessione teleologica.

È interessante notare, nonostante tale circostanza non sia necessariamente indice di maggiore persuasività o bontà delle argomentazioni proposte, che la possibilità di questa inversione dei ruoli è stata anche condivisa da due diverse Sezioni nell'ambito dello stesso procedimento¹⁵.

Ebbene, le argomentazioni svolte dall'orientamento giurisprudenziale appena richiamato sulla circostanza aggravante attualmente prevista dall'art. 416-*bis*.1 c.p. coincidono con quelle della impostazione della compatibilità in astratto della circostanza aggravante della connessione teleologica tra reato-scopo e reato-associativo. Infatti, in entrambe le ipotesi si verifica un ribaltamento degli ordinari ruoli tra i due reati determinato dalla natura permanente di quello associativo.

In altri termini, si potrebbe affermare che, se un reato-scopo può essere realizzato al fine di agevolare un'associazione mafiosa nonostante l'anteriorità cronologica di quest'ultima, la sequenza temporale di commissione dei reati non è elemento sufficiente per negare che un reato oggetto del programma dell'organizzazione criminosa possa essere strumentale alla esecuzione dell'associazione per delinquere, con conseguente applicazione della circostanza aggravante di cui all'art. 61, n. 2, c.p.

¹⁵ Si fa riferimento, in particolare, alle pronunce Cass. pen., Sez. I, n. 27658, ud. 12/04/2013, dep. 24/06/2013, e Cass. pen., Sez. V, n. 37452, ud. 13/05/2014, dep. 10/09/2014. Si noti come la prima pronuncia si limiti solamente a rilevare in astratto la possibilità per l'aggravante di cui all'art. 7 del d.l. n. 152 del 1991, convertito con modificazioni dalla legge n. 203 del 1991, di determinare l'inversione dei rapporti tra reato-associativo e reato-scopo, normalmente qualificabili, rispettivamente, come reato-mezzo e reato-fine. Infatti, nella prima sentenza il giudicante rilevava solamente una totale mancanza di argomentazione da parte del giudice del provvedimento impugnato rispetto alla questione della connessione qualificata di cui all'art. 12, lett. c), c.p.p. La seconda sentenza, invece, approfondisce la questione e cassa l'argomentazione del giudice del rinvio che sosteneva un'assoluta incompatibilità del nesso

4. LE CONSEGUENZE DELL'AMMISSIONE DELL'APPLICAZIONE DEL NESSO TELEOLOGICO NEI RAPPORTI TRA REATO-SCOPO E REATO-ASSOCIATIVO

A seguito della sentenza n. 38771 del 2022 della Corte di cassazione si può perciò ritenere prevalente l'indirizzo giurisprudenziale che ammette la possibilità di riconoscere la sussistenza di una connessione teleologica tra reato-scopo e reato-associativo e, seppur non esplicitamente, di applicare la circostanza aggravante di cui all'art. 61, n. 2, c.p. È perciò opportuno chiedersi quali effetti conseguano dall'accoglimento della teoria della compatibilità.

Il primo effetto, di immediata percezione, attiene al piano sanzionatorio. Infatti, riconoscere la sussistenza di un nesso teleologico tra i citati reati comporta inevitabilmente un aumento di pena in virtù dell'applicazione dell'art. 61, n. 2, c.p., fattasi eccezione per le ipotesi in cui l'effetto di essa sia neutralizzato o prevaricato a seguito del bilanciamento con circostanze attenuanti¹⁶ ai sensi dell'art. 69, commi 2 e 3, c.p.

Sono però ipotizzabili, adottando una visione sistematica, anche ulteriori effetti di non secondaria rilevanza: la determinazione della competenza per connessione ai sensi dell'art. 12 c.p.p., a eccezione

teleologico nei rapporti tra reato-scopo e reato-associativo, dovuta alla necessaria consumazione antecedente del reato-associativo. Infatti, la Quinta Sezione penale dà conto di un indirizzo giurisprudenziale, «per vero non unanime, ma condivisibile per il pregio delle argomentazioni addotte a sostegno», secondo il quale è possibile che si verifichi un'inversione degli ordinari rapporti tra reato-associativo e reato-scopo ogni volta che quest'ultimo sia finalizzato alla sopravvivenza dell'associazione criminosa.

¹⁶ In tema di bilanciamento tra circostanze si rinvia a C. F. GROSSO, M. PELISSERO, D. PETRINI, P. PISA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè Editore, Milano, 2023, pp. 500 ss. e a E. MEZZETTI, *Diritto penale. Dottrina, casi e materiali*, Bologna, Zanichelli Editore, 2020, pp. 565 ss.



delle ipotesi in cui il giudice investito della questione ritenga, allo stato degli atti, manifestamente insussistente la citata circostanza aggravante; l'esclusione di una diversità tra procedimenti ai sensi dell'art. 270 c.p.p., con conseguente utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni senza le condizioni rigorose di cui alla citata disposizione; infine, la retrodatazione dei termini delle misure cautelari.

Infatti, l'aver commesso un reato per eseguirne un altro, ai sensi dell'art. 61, n. 2, c.p., coincide con una delle ipotesi alternative previste all'art. 12, lett. c), c.p.p., a sua volta richiamata espressamente dall'art. 297 c.p.p., in tema di termini di durata delle misure cautelari, e condizione per la circolazione probatoria delle risultanze in altro procedimento, in virtù dell'interpretazione dell'art. 270 c.p.p. fornita dalla giurisprudenza di legittimità. Di conseguenza, la contestazione dell'aggravante di cui all'art. 61, n. 2, c.p. può comportare il riconoscimento automatico¹⁷ della citata ipotesi di connessione, con le conseguenze in tema di individuazione della competenza, circolazione probatoria delle risultanze delle intercettazioni, e infine retrodatazione dei termini delle misure cautelari.

4.1. EFFETTI IN MATERIA DI DETERMINAZIONE DELLA COMPETENZA

Secondo Primo effetto appena richiamato consiste nell'attrazione della competenza dinanzi a un

unico ufficio giudiziario, in virtù del criterio di cui all'art. 12, lett. c), c.p.p. Sebbene l'art. 4 c.p.p. escluda che possano assumere rilevanza le circostanze che non siano autonome o ad effetto speciale, la citata disposizione in tema di connessione contiene una norma speciale che, in quanto tale, deroga alla generale irrilevanza degli elementi circostanziali e consente alla contestazione dell'aggravante della connessione teleologica di determinare l'individuazione del giudice competente a norma degli artt. 13 e seguenti c.p.p.¹⁸

Si noti che, nel caso di riconoscimento di un nesso teleologico, può darsi che uno dei due reati sia di competenza della Corte di assise. Di conseguenza, in applicazione dell'art. 15 c.p.p., sarà questo giudice ad essere competente per tutti i reati connessi, con conseguente attrazione anche della competenza territoriale.

Per quanto concerne la diversa ipotesi in cui la competenza per materia spetti alla medesima tipologia di giudice, quello territorialmente competente verrà individuato a norma dell'art. 16 c.p.p. Conseguentemente, dovrà individuarsi il reato più grave, il quale andrà ad attrarre la competenza di tutti i reati avvinti dal vincolo della connessione.

Una volta determinato il giudice competente, nulla osta a che i reati connessi siano oggetto di un unico procedimento riunito, nei casi in cui ricorrano le ulteriori condizioni di cui all'art. 17 c.p.p.

È opportuno notare, tra l'altro, che diversi reati-associativi¹⁹ sono previsti nelle disposizioni di

¹⁷ In tal senso si veda Cass. pen., Sez. un, n. 53390, ud. 26/10/2017, dep. 24/11/2017, nel quale si afferma, in relazione alla ipotesi di reati commessi da soggetti diversi, che la «spia» della finalizzazione di un reato per eseguire o occultare un altro «ben può essere ricercata, ma non solo, nella contestazione della circostanza aggravante di cui all'art. 61 c.p., n. 2, nelle ipotesi di connessione sovrapponibili a quelle di cui all'art. 12 c.p.p., lett. c)».

¹⁸ A tale conclusione si può pervenire seguendo un ragionamento analogo a quello svolto da G. M. BACCARI, *La cognizione e la competenza del giudice*, «Trattato di procedura penale», diretto da G. UBERTIS E G. P. VOENA, vol. II, Milano, Giuffrè Editore, 2011, p. 150, in tema di continuazione. L'Autore, infatti,

sostiene che l'introduzione postuma della continuazione tra le ipotesi di connessione ai sensi dell'art. 12, lett. b), c.p.p., ha reso superflua la previsione, contenuta nell'art. 4 c.p.p., della irrilevanza dell'art. 81 c.p. ai fini della determinazione della competenza. Si può perciò ritenere che la disposizione di cui all'art. 12, lett. c), c.p.p., deroghi alla regola della irrilevanza degli elementi circostanziali ai sensi dell'art. 4 c.p.p.

¹⁹ Si pensi all'associazione di stampo mafioso di cui all'art. 416-bis c.p.; all'associazione per delinquere semplice finalizzata a commettere reati in materia di immigrazione di cui all'art. 12, commi 1, 3 e 3-ter d.lgs. n. 286 del 1998; all'associazione per delinquere semplice finalizzata a commettere i reati di cui agli artt. 473 e 474 c.p.; all'associazione per delinquere finalizzata



cui all'art. 51, commi 3-*bis*, 3-*ter* e 3-*quater*, c.p.p. Ne consegue, per un verso, l'attribuzione delle funzioni di pubblico ministero a un magistrato della Procura della Repubblica presso il Tribunale di capoluogo di distretto; per altro verso, la determinazione della competenza²⁰ di giudice per le indagini preliminari e giudice dell'udienza preliminare²¹ a un magistrato del Tribunale del capoluogo di distretto, ai sensi dell'art. 328, commi 1-*bis* e 1-*quater*, c.p.p.

Di conseguenza, il riconoscimento della circostanza aggravante della connessione teleologica tra reato-scopo e reato-associativo, e perciò di una ipotesi di connessione ai sensi dell'art. 12, lett. c), c.p.p., può dare luogo a una moltitudine di esiti dal punto di vista della determinazione dei soggetti competenti ad esercitare l'azione penale o a decidere nel corso del procedimento penale.

4.2. LA CIRCOLAZIONE PROBATORIA DELLE RISULTANZE DELLE INTER- CETTAZIONI TRA PROCEDIMENTI CONNESSI

a commettere reati in materia di stupefacenti, di cui all'art. 74 d.P.R. n. 309 del 1990; all'associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri, di cui all'art. 291-*quater* d.P.R. n. 43 del 1973; all'associazione per delinquere con finalità di terrorismo, di cui all'art. 270-*bis* c.p. Non a caso la casistica richiamata in materia di riconoscimento del nesso teleologico tra reato-scopo e reato-associativo ha spesso avuto ad oggetto associazioni di stampo mafioso. Il problema della competenza distrettuale è inoltre destinato ad ampliarsi se si tiene conto della ulteriore circostanza per la quale anche i reati-scopo potrebbero rientrare nella casistica prevista dall'art. 51, commi 3-*bis*, 3-*quater* e 3-*quinqüies*, c.p.p. Si pensi, in particolare, ai reati aggravati dalla circostanza di cui all'art. 416-*bis*.1 c.p., o a reati caratterizzati da condotte con finalità di terrorismo, di cui all'art. 270-*sexies* c.p.

²⁰ Essa è da annoverarsi tra le ipotesi di competenza funzionale. Sul punto, si veda G. M. BACCARI, *La cognizione e la competenza del giudice*, «Trattato di procedura penale», diretto da G. UBERTIS e G. P. VOENA, vol. II, Milano, Giuffrè Editore, 2011, pp. 133 s. In particolare, l'Autore afferma che tali ipotesi di determinazione della competenza funzionale del giudice per le fasi precedenti al primo grado costituiscano una deroga al normale criterio *per relationem*. Si parla in proposito di competenza

Seconda conseguenza, di non secondaria rilevanza, concerne il fenomeno dell'acquisizione ad un procedimento delle risultanze di intercettazioni disposte in altro procedimento.

In particolare, la formulazione attuale dell'art. 270 c.p.p. stabilisce la regola generale della inutilizzabilità dei risultati delle captazioni in procedimenti diversi, salvo il caso eccezionale in cui gli stessi siano rilevanti²² e indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in fragranza e dei reati previsti all'art. 266, comma 1, c.p.p.²³

È evidente che se l'art. 270 c.p.p. prevede il citato divieto generalizzato nei soli casi di procedimenti diversi, se difetta quest'ultimo requisito non è necessario che ricorrano particolari condizioni per la circolazione degli esiti delle intercettazioni. Non altrettanto palese, però, è il significato da attribuire al sintagma "procedimento diverso", tanto che sul punto si era registrato un contrasto giurisprudenziale.

Sul punto sono intervenute le Sezioni Unite²⁴. In particolare, sono tre gli orientamenti

per "trascinamento" determinato dalle attribuzioni del pubblico ministero, come affermato dal predetto Autore pp. 245 ss.

²¹ Sul punto è opportuno notare che il 328, comma 1-*bis*, c.p.p., si riferisce espressamente solo alla funzione di giudice per le indagini preliminari. È tuttavia intervenuta prima la giurisprudenza, e poi il legislatore con una norma di interpretazione autentica di cui all'art. 4-*bis*, d.l. n. 82 del 2000, convertito dalla l. n. 144 del 2000, a stabilire che la disposizione si riferisse anche al giudice dell'udienza preliminare.

²² Il riferimento alla rilevanza delle risultanze delle intercettazioni, così come il riferimento ai reati di cui all'art. 266, comma 1, c.p.p., è stato introdotto con il d.l. n. 161 del 2019, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 7 del 2020. Infatti, la formulazione previgente dell'art. 270 c.p.p. poneva la sola condizione della indispensabilità per l'accertamento dei delitti per i quali è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza.

²³ Per l'analisi di tali problematiche concernenti la utilizzabilità delle risultanze delle intercettazioni in procedimento diverso si rinvia a L. CUSANO, E. PIRO, *Intercettazioni e videoregistrazioni. Manuale professionale*, Milano, Giuffrè Editore, 2020, pp. 656 ss.

²⁴ Si fa in particolare riferimento a Cass. pen., Sez. un., n. 51, ud. 28/11/2019, dep. 02/01/2020. Per un commento a questa sentenza si rinvia a S. PARZIALE, C. M. COVA, *Le Sezioni*



giurisprudenziali emersi prima dell'adozione di tale pronuncia e da questa richiamati.

Secondo una prima impostazione, ai fini della individuazione della diversità del procedimento non rilevano criteri formali, quali il numero di iscrizione della notizia di reato, ma criteri sostanziali, quali la sussistenza tra le indagini di connessioni di tipo probatorio, oggettivo e finalistico rilevanti ai sensi dell'art. 12 c.p.p., e non anche ai sensi dell'art. 371, comma 2, lett. b) e c), c.p.p.

Secondo una seconda teoria, il criterio di giudizio rilevante per la soluzione della problematica attiene alla unitarietà iniziale del procedimento. Infatti, non sussiste un diverso procedimento ogni qualvolta le risultanze delle intercettazioni siano utilizzate nei confronti di reati la cui esistenza sia resa nota dall'attività captativa. In assenza di tale unitarietà, trovano applicazione le regole di cui all'art. 270 c.p.p., con conseguente applicazione delle condizioni più rigorose.

Secondo una terza e ulteriore impostazione, il sintagma "diverso procedimento" deve essere letto alla luce dei fatti oggetto della notizia di reato. Non possono essere utilizzate, se non alle condizioni di cui all'art. 270 c.p.p., le risultanze delle intercettazioni nei confronti di un reato diverso, ossia non relativo alla notizia di reato oggetto dell'iniziale procedimento in cui sono state disposte le intercettazioni.

Le Sezioni Unite hanno condiviso il primo orientamento, affermando il principio di diritto secondo il quale non possono essere considerati

diversi i procedimenti connessi ai sensi dell'art. 12 c.p.p.

Le stesse Sezioni Unite hanno però avuto cura di precisare, al fine di evitare forme di aggiramento delle garanzie previste nella disciplina delle intercettazioni e giustificanti i limiti ai diritti di cui all'art. 15 Cost. e 8 CEDU, che anche il reato connesso debba presentare i requisiti di ammissibilità²⁵ di cui agli artt. 266 e 267 c.p.p.

Alla luce di quanto finora osservato, è lampante la rilevanza che assume l'ammissione della compatibilità del nesso teleologico tra reato-scopo e reato-associativo. Infatti, a seguito del riconoscimento della sussistenza della circostanza aggravante del nesso teleologico, e perciò della ipotesi di connessione di cui all'art. 12, lett. c), c.p.p., la circolazione delle risultanze delle intercettazioni viene svincolata dal rispetto delle più stringenti condizioni previste all'art. 270 c.p.p. Se si ritiene, infatti, che il reato-scopo possa essere commesso per eseguire il reato-associativo, le risultanze delle intercettazioni potranno circolare fra i due procedimenti, seppure l'attività captativa non fosse stata autorizzata in relazione a uno dei due reati.

4.3. LA RETRODATAZIONE DEI TERMINI DELLE MISURE CAUTELARI AI SENSI DELL'ART. 297 C.P.P.

Quanto finora osservato in materia di effetti conseguenti alla compatibilità del nesso teleologico

Unite sulla disciplina di utilizzazione delle intercettazioni in altro procedimento: il divieto ex art. 270, co. 1, c.p.p. non opera nel solo caso in cui fra i reati contestati nei due procedimenti sussista un rapporto di connessione ex art. 12 c.p.p., Giurisprudenza penale web, 8 febbraio 2020, n. 2 del 2020. Si veda anche G. DE AMICIS, Il regime della "circolazione" delle intercettazioni dopo la riforma, Cassazione penale, 1 ottobre 2020, n. 10 del 2020, pp. 3526 e ss.

²⁵ Si noti, tra l'altro, come la modificazione della qualificazione giuridica del fatto da un reato "autorizzabile" a uno "non autorizzabile" non comporta automaticamente, secondo la giurisprudenza, un giudizio di inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni. Si veda sul punto Cass. pen., Sez. VI, n. 23244,

ud. 20/01/2021, dep. 14/06/2021, secondo la quale vanno distinte le ipotesi fisiologiche di modificazione del titolo di reato per elementi sopravvenuti dalle ulteriori ipotesi in cui il fatto-reato per cui si richieda autorizzazione sia diverso da quello storico oppure in cui la qualificazione fornita dal pubblico ministero sia inesatta. Critico nei confronti della sentenza appena citata è V. SANTORIELLO, *La Cassazione esclude l'applicabilità del principio di diritto enucleato nella sentenza "Cavallo" in materia di intercettazioni quando, dopo l'attività di captazione, l'imputazione venga riqualificata in altra non annoverata nello speciale elenco di cui all'art. 266 c.p.p.*, *Giurisprudenza penale web*, 1 settembre 2021, n. 9 del 2021.



tra reato-scopo e reato-associativo produce per lo più effetti negativi per l'imputato. Infatti, come notato, si avrà un aumento del trattamento sanzionatorio, uno spostamento della competenza per materia e per territorio – con conseguente distoglimento dal giudice naturale precostituito per legge – e infine l'utilizzabilità a condizioni meno rigorose delle risultanze captative autorizzate in altro procedimento.

Tuttavia, la teoria della compatibilità del nesso teleologico può anche condurre alla produzione di effetti che, sebbene non possano definirsi propriamente favorevoli ai fini della negazione della responsabilità penale dell'imputato, sono senza alcun dubbio positivi sulla sua generale posizione nel procedimento penale.

Si fa riferimento alla possibilità, prevista dall'art. 297, comma 3, c.p.p., di anticipare la data di decorrenza dei termini delle misure cautelari nel caso di più ordinanze emesse nei confronti della medesima persona. Tale fenomeno riguarda sia il caso in cui i fatti posti alla base delle ordinanze cautelari siano i medesimi, seppure diversamente circostanziati o qualificati; sia l'ipotesi in cui i fatti siano diversi, ma caratterizzati da un vincolo di connessione rilevante ai sensi dell'art. 12, lett. b) e c)²⁶, c.p.p.

L'art. 297 c.p.p. si pone come obiettivo quello di prevenire un possibile abuso dell'azione cautelare da parte del pubblico ministero, configurabile qualora si posticipi, mediante un vero e proprio aggiramento della normativa del settore, il momento di scarcerazione dell'indagato/imputato per il

superamento dei termini di cui agli artt. 303 ss. c.p.p.²⁷ Si fa riferimento a tale fenomeno con il nome di “contestazioni a catena”²⁸, il quale si realizza mediante l'emissione, prima della scadenza dei termini di una misura cautelare già disposta, di una nuova ordinanza cautelare o per il medesimo fatto, o per un fatto, diverso ma connesso, che sia stato realizzato prima dell'adozione dell'antecedente ordinanza cautelare.

Nel caso in cui si verifichi una delle ipotesi regolate dall'art. 297 c.p.p., i termini della misura cautelare saranno considerati unici, pari a quelli relativi al reato più grave, e il *dies a quo* dei citati termini verrà individuato in quello della esecuzione della prima ordinanza cautelare.

La casistica, in esito anche alle pronunce della Corte costituzionale, è triplice²⁹.

Nel caso in cui, nello stesso procedimento penale, non sia stato ancora disposto il rinvio a giudizio per i fatti oggetto della prima ordinanza cautelare, trova sempre applicazione il meccanismo di cui all'art. 297 c.p.p., con conseguente produzione degli effetti precedentemente richiamati.

Se invece nel procedimento in cui è stata adottata la prima ordinanza cautelare è già stato disposto il rinvio a giudizio, l'operatività dell'art. 297 c.p.p. è subordinata alla sussistenza di elementi, prima dell'adozione del decreto di rinvio a giudizio, dai quali si potesse all'epoca desumere la commissione dei fatti posti alla base della seconda ordinanza cautelare.

L'ultima ipotesi, introdotta con la sentenza della Corte costituzionale n. 408 del 2005,

²⁶ Limitatamente però alla sola ipotesi di realizzazione di un reato per eseguirne un altro.

²⁷ Per una più approfondita disamina dell'evoluzione storica e delle ragioni sottese agli interventi normativi sul punto si rinvia a C. CONTI, *Le contestazioni a catena nell'applicazione della custodia cautelare: dalla repressione di un abuso ad un automatismo indifferenziato*, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Ottobre-Dicembre del 2001, n. 4, pagg. 1275 ss.

²⁸ Si veda in proposito P. CORSO, *Le misure cautelari*, in AA. VV., *Procedura penale*, Torino, Giappichelli Editore, 2021, pp. 404 ss.

Si rinvia anche a P. TONINI, C. CONTI, *Manuale di procedura penale*, Milano, Giuffrè Editore, 2022, pp. 507 ss. Per un esame approfondito dell'istituto si veda anche E. APRILE, *Le misure cautelari nel processo penale*, «Pratica giuridica. Dottrina e giurisprudenza nella casistica», diretta da O. FANELLI, vol. 19, Milano, Giuffrè Editore, 2006, pp. 278 e ss.

²⁹ Per una panoramica della casistica si può vedere Cass. pen., Sez. II, n. 25611, ud. 04/05/2022, dep. 05/07/2022.



concerne il fenomeno di emissione di ordinanze cautelari per fatti diversi anche non connessi, quando al momento della prima ordinanza cautelare fossero presenti gli elementi per emettere anche la seconda ordinanza cautelare. Tale condizione si applica solo nei casi di ordinanze emesse in unico procedimento poiché, nel caso in cui vi siano procedimenti formalmente diversi, è altresì necessario che gli stessi siano pendenti dinanzi alla medesima autorità giudiziaria e che la loro separazione possa essere riconnessa a una scelta del pubblico ministero.

Alla luce di quanto esposto, è evidente che il riconoscimento della circostanza aggravante della connessione teleologica tra reato-scopo e reato-associativo, e perciò della ipotesi di connessione di cui all'art. 12, lett. c), c.p.p., influenzi l'ambito applicativo della disciplina di cui all'art. 297 c.p.p. Infatti, se la terza casistica appena esposta non presuppone l'esistenza di un legame di connessione, al contrario essa è necessaria per le prime due ipotesi. Di conseguenza, ammettere il nesso teleologico nei rapporti tra i citati reati consente di anticipare i termini di decorrenza con unificazione della loro durata.

5. CONCLUSIONI

Nonostante l'orientamento prevalente sembra ammettere l'applicabilità della circostanza aggravante della connessione teleologica al reato-scopo rispetto al reato-associativo³⁰, non si esclude che, in futuro, alcune pronunce si possano discostare da tale impostazione.

Sarebbe perciò opportuno un intervento delle Sezioni Unite sul punto, mediante il quale, per un verso, si opti definitivamente per una delle due teorie; per altro verso, nel caso in cui si ritenesse

ammissibile l'applicabilità della circostanza aggravante della connessione teleologica alla casistica in esame, se ne stabiliscano le condizioni per un suo riconoscimento.

Infatti, la permanenza di uno stato di incertezza espone l'indagato/imputato a conseguenze non prevedibili e, soprattutto, alla possibilità che si aderisca ad una teoria piuttosto che all'altra a seconda della questione in discussione: incompatibilità, se si discute della retrodatazione dei termini delle misure cautelari ai sensi dell'art. 297 c.p.p.; compatibilità, se si discute della circolazione delle risultanze delle intercettazioni, ai sensi dell'art. 270 c.p.p.

³⁰ A favore della bontà della teoria della compatibilità ontologica-cronologica si era già espresso anche S. PRESTIPINO, *Nota in tema di misure cautelari personali*, *Giurisprudenza italiana*, 1 agosto 2002, n. 8-9 del 2002, pp. 515 ss. Si noti però come autorevole dottrina sostenga l'impossibilità ontologica di ritenere possibile un nesso teleologico tra reato-scopo e reato-associativo. Si veda

sul punto G. INSOLERA, *Per favore, non trattiamo il teleologismo ad orecchio*, *Archivio penale*, Maggio-agosto 2020, n. 2 del 2020, p. 5, secondo il quale il predetto nesso è «da individuarsi tra condotte illecite individuali, non tra condotte illecite individuali e operatività di un ente».



ATTENDIBILITÀ DEI TESTIMONI VULNERABILI NEI REATI SESSUALI: CASS. SEZ. 4 SENTENZA NR. 4928/2023

di **Sara FUSCOLETTI***

ABSTRACT

The aim of this contribution is to highlight the Supreme Court's most recent orientation on the reliability of vulnerable witnesses in sexual offences, considering the particular case in which the family context of conflict between the parents can invalidate the statements made by the victim and her reliability.

SOMMARIO

1. Premessa	119
2. La nozione di vittima vulnerabile	119
3. La tutela della vittima del reato nel codice di rito	121
4. La carta di noto	123
5. Il caso di specie	123
6. L'orientamento della suprema corte	125

1. PREMESSA

Con la presente nota a sentenza si intende porre in evidenza il più recente arresto della giurisprudenza di legittimità in tema di attendibilità dei testimoni vulnerabili nei reati sessuali.

In particolare, la Corte di Cassazione – ripercorrendo gli orientamenti giurisprudenziali sul tema e richiamandosi ad essi – ha preso posizione in relazione alla valutazione delle dichiarazioni testimoniali del minore-persona offesa dei reati sessuali e all'attendibilità di questi testimoni c.d. fragili rispetto alle dichiarazioni rese.

Inoltre, la Suprema Corte ha avuto modo – come si vedrà – di pronunciarsi nuovamente sul

valore da attribuire ai protocolli contenuti nella Carta di Noto che, come ci si appresta a sottolineare, gioca un ruolo fondamentale in questo ambito del diritto particolarmente delicato.

Ancor prima di affrontare tali tematiche, si ritiene opportuno analizzare – seppur sommariamente – lo sviluppo del concetto di vulnerabilità alla luce della normativa internazionale e nazionale e come il codice di rito italiano abbia accolto l'evoluzione normativa sovranazionale a tutela della vittima del reato.

2. LA NOZIONE DI VITTIMA VULNERABILE

In primo luogo, occorre delineare quale sia la nozione di “vittima vulnerabile” nel nostro sistema processualpenalistico.

In particolare, con il termine “vulnerabilità” si intende – in via del tutto generica – una condizione di debolezza e fragilità che caratterizza la persona offesa dal reato. Più nello specifico, con il termine “vittima vulnerabile” si intende chi, per determinate caratteristiche legate al soggetto stesso (minore età o infermità di mente) o al tipo di violenza, ha subito un trauma come conseguenza del fatto di reato e corre il rischio di subire un nuovo ed ulteriore trauma a causa del processo penale e della necessità di far riemergere i ricordi legati ai fatti occorsi (c.d. “vittimizzazione secondaria”).

È con la decisione quadro 2001\220 GAI del 15 marzo 2001 che l'Unione Europea ha provveduto ad elaborare una vera e propria Carta dei diritti delle vittime, obbligando così gli Stati a



conformare il proprio sistema interno alle richieste dell'ordinamento sovranazionale¹.

Non solo, ma la definizione di vittima vulnerabile trova il proprio riferimento giuridico anche in numerosi atti internazionali. Si pensi, senza pretesa di esaustività, all'art. 3 del Protocollo delle Nazioni Unite alla convenzione di Palermo contro il crimine organizzato e transazionale del 2000, nel cui testo si utilizza l'espressione "abuso di posizione di vulnerabilità"².

Anche a livello giurisprudenziale vi sono delle pronunce di fondamentale importanza che meritano di essere considerate in questa sede.

Si pensi alla c.d. sentenza Pupino, cioè la sentenza del 15 giugno 2005 della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, in tema di audizione protetta delle vittime vulnerabili. Con questa pronuncia si sottolinea, infatti, la necessità di utilizzare una modalità di audizione della vittima che si adegui alla sua condizione (pur nel necessario rispetto del diritto dell'imputato al contraddittorio).

Si pensi, inoltre, all'arresto della Corte Costituzionale con la sentenza n. 63/2005 che, trattando del concetto di vulnerabilità, sottolinea il legame intercorrente tra questa condizione e quella di infermità mentale. In altre parole, secondo la Consulta, l'infermità di mente è la condizione di vulnerabilità della vittima che esige una tutela rafforzata per quel che concerne la sua audizione.

Di conseguenza, la Corte Costituzionale – in virtù dell'art. 3 Cost. e al fine di evitare la richiamata vittimizzazione secondaria – ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 398, comma 5 bis c.p.p. "nella parte in cui non prevede che il giudice possa provvedere nei modi ivi previsti all'assunzione della prova ove fra le persone interessate ad esse vi sia un maggiorenne infermo di mente, quando le esigenze di questi lo rendono necessario ed opportuno"³.

L'importanza della sentenza già citata è quella di aver permesso di individuare ulteriori categorie di soggetti passibili di rientrare nella nozione di vulnerabilità, ed evitare – al contrario – di creare una categoria di individui a numero chiuso.

Pertanto, la nozione di "vittima vulnerabile" nel tempo si è arricchita includendo non solo il minore e il soggetto affetto da infermità di mente, ma anche le vittime di reati sessuali, di violenza domestica e maltrattamenti, di tratta e riduzione in schiavitù, di mafia, di terrorismo ecc.

In conclusione, quindi, nei casi in cui si ha a che fare con dichiarazioni delle c.d. vittime vulnerabili, è d'obbligo sottolineare che si tratta di fonti dichiarative diverse da quelle ordinarie che abbisognano di particolari tutele.

Per questo, come si vedrà più avanti, si è giunti a prevedere una serie di norme processuali che consentano di garantire la dignità e la personalità del soggetto che effettua le dichiarazioni ed evitare la già richiamata vittimizzazione secondaria⁴.

* Avvocato, iscritta all'Albo degli Avvocati di Civitavecchia, specializzata in Professioni Legali presso l'Università Sapienza di Roma.

¹ Decisione Quadro del Consiglio del 15 marzo 2001 relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale 2001/220/GAI, Gazzetta ufficiale delle Comunità Europee, su www.eur-lex.europa.eu.

² "Ai fini del presente Protocollo: a) «tratta di persone» indica il reclutamento, trasporto, trasferimento, l'ospitare o accogliere persone, tramite l'impiego o la minaccia di impiego della forza o di altre forme di coercizione, di rapimento, frode, inganno, abuso di potere o di una posizione di vulnerabilità o tramite il dare o ricevere somme di denaro o vantaggi per ottenere il consenso di una persona che ha autorità su un'altra a

scopo di sfruttamento. Lo sfruttamento comprende, come minimo, lo sfruttamento della prostituzione altrui o altre forme di sfruttamento sessuale, il lavoro forzato o prestazioni forzate, schiavitù o pratiche analoghe, l'asservimento o il prelievo di organi (...)", Protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale per prevenire, reprimere e punire la tratta di persone, in particolare di donne e bambini, su www.fedlex.admin.ch.

³ Corte Costituzionale, sentenza n. 63/2005. Per un commento alla pronuncia, V. Tondi, *L'incidente probatorio «speciale» torna al vaglio della Corte costituzionale*, su sistemapenale.it.

⁴ Per un commento sul tema, si veda Maria Monteleone Vera Cuzzocrea, *La vittima nell'impatto con il sistema giudiziario*:



3. LA TUTELA DELLA VITTIMA DEL REATO NEL CODICE DI RITO

Per quanto concerne i riflessi pratici che la tematica in questione impone, occorre evidenziare quali siano le più importanti disposizioni contenute all'interno codice di rito poste a tutela della vittima del reato e del testimone vulnerabile. Tali disposizioni sono state introdotte di recente o quantomeno integrate a seguito dell'evoluzione della normativa e della giurisprudenza sovranazionali, con particolare riferimento a quelle di matrice europea⁵.

Per quanto riguarda la fase delle indagini preliminari, sulla quale ci si soffermerà maggiormente, e per quei delitti che coinvolgono soggetti vulnerabili, vi sono una serie di fonti normative che hanno portato alla modifica del codice di procedura penale.

Si pensi, innanzi tutto, alla Legge n. 172/2012, con la quale l'Italia ha ratificato la Convenzione del Consiglio d'Europa del 2007 per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale (cd. Convenzione di Lanzarote).

Si pensi anche alla Convenzione del Consiglio d'Europa del 11 maggio 2011 sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica (cd. Convenzione di Istanbul), ratificata dall'Italia con il d.l. 14 agosto 2013, n. 93, convertito in L. 15 ottobre 2013, n. 119, la quale si occupa della violenza nei confronti delle donne, di quella domestica e della violenza di genere, accomunando la violenza fisica a quella psicologica⁶.

Con il d.lgs. n. 212 del 15 dicembre 2015, il legislatore ha recepito la Direttiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012⁷ – fonte europea di riferimento che ha consentito di innovare maggiormente il nostro codice di rito – con la previsione di norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI. Lo scopo precipuo di tali normative è quello di garantire alle vittime di reati parità di condizioni in materia di informazione, assistenza e protezione.

Occorre specificare che in tutta la normativa sovranazionale appena richiamata il riferimento è sempre alla “vittima” del reato, nozione certamente più estesa e comprensiva di quella di persona offesa dal reato e danneggiato dal reato che, invece, sono presenti nel nostro codice di procedura penale⁸.

Analizzando brevemente alcune delle disposizioni più importanti sul tema, e sempre con riferimento alla fase delle indagini preliminari, vengono in rilievo le disposizioni sull'escussione dei minori nelle prime fasi dell'acquisizione della notizia di reato.

L'art. 351 co. 1 *ter* c.p.p. prevede che, quando si procede in relazione ad alcuni reati particolarmente delicati (nei procedimenti per i delitti previsti dagli articoli 572, 600, 600-*bis*, 600-*ter*, 600-*quater*, 600-*quaterco*.1, 600-*quinquies*, 601, 602, 609-*bis*, 609-*quater*, 609-*quinquies*, 609-*octies*, 609-*undecies* e 612-*bis* del codice penale) la P.G. assuma informazioni da persona minorenni, anche quando la stessa non sia persona offesa, avvalendosi dell'ausilio di un esperto in psicologia o in psichiatria

vulnerabilità e rischi di vittimizzazione secondaria, su www.processopenaleegiustizia.it.

⁵ Per un maggiore approfondimento sul tema, L. LUPARIA (a cura di), *Lo Statuto o statuto europeo delle vittime di reato - Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, CEDAM, 2016.

⁶ L. LUPARIA (a cura di), già cit.

⁷ M. Bouchard, *Sulla vulnerabilità nel processo penale. Breve guida giuridico-filosofica sulla vulnerabilità della vittima di reato*, su www.dirittopenaleuomo.org.

⁸ Ad esempio, l'art. 2 della Direttiva 2012/29/UE definisce la vittima come “persona fisica che ha subito un danno, anche fisico, mentale o emotivo o perdite economiche causati direttamente dal reato”.



nominato dal pubblico ministero. Tale disposizione è stata introdotta a seguito del recepimento della Convenzione di Lanzarote, che si pone in continuità con le linee guida contenute nella Carta di Noto.

Inoltre, il legislatore è anche intervenuto sull'art. 392 co. 1 *bis* c.p.p., prevedendo che, nel caso in cui si proceda per gli stessi delitti richiamati dall'art. 351 co. 1 *ter* c.p.p., si possa richiedere l'incidente probatorio per acquisire la testimonianza della persona minore di età al di fuori dei presupposti previsti dall'art. 392 co. 1 c.p.p. (c.d. incidente probatorio speciale)⁹.

L'importanza di procedere all'assunzione della testimonianza del minore tramite lo strumento dell'incidente probatorio è nota, soprattutto quando il minore sia anche persona offesa dal reato, evitando – o tentando di evitare – il processo di vittimizzazione secondaria connaturato alla rievocazione dei fatti – da parte della persona offesa dal reato o del testimone vulnerabile – durante il processo penale¹⁰.

L'art. 398 co. 5 *bis* c.p.p., infatti, prevede che, sempre con riferimento ai casi in cui si proceda per i reati richiamati dagli artt. 351 co. 1 *ter* c.p.p. e 392 co. 1 *bis* c.p.p., “il giudice, ove fra le persone interessate all'assunzione della prova vi siano minorenni, con l'ordinanza di cui al comma 2, stabilisce il luogo, il tempo e le modalità particolari attraverso cui procedere all'incidente probatorio, quando le esigenze di tutela delle persone lo rendono necessario od opportuno. A tal fine l'udienza può svolgersi anche in luogo diverso dal tribunale, avvalendosi il giudice, ove esistano, di strutture specializzate di assistenza o, in mancanza, presso l'abitazione della persona interessata

all'assunzione della prova. Le dichiarazioni testimoniali debbono essere documentate integralmente con mezzi di riproduzione fonografica o audiovisiva”.

Per quanto riguarda, invece, le persone maggiorenni, con il d.lgs. 212/2015, in recepimento della Direttiva 2012/29/UE, è stato introdotto l'art. 90-*quater* c.p.p., definendo espressamente lo stato di vulnerabilità rilevante ai sensi delle disposizioni del codice e riferendolo sempre alla persona offesa dal reato.

La norma statuisce che “*agli effetti delle disposizioni del presente codice, la condizione di particolare vulnerabilità della persona offesa è desunta, oltre che dall'età e dallo stato di infermità o di deficienza psichica, dal tipo di reato, dalle modalità e circostanze del fatto per cui si procede. Per la valutazione della condizione si tiene conto se il fatto risulta commesso con violenza alla persona o con odio razziale, se è riconducibile ad ambiti di criminalità organizzata o di terrorismo, anche internazionale, o di tratta degli esseri umani, se si caratterizza per finalità di discriminazione, e se la persona offesa è affettivamente, psicologicamente o economicamente dipendente dall'autore del reato”*.

Lo stesso d.lgs. 212/2015, all'art. 351 co. 1 *ter* c.p.p., ha consentito di estendere le modalità di ascolto del minore all'assunzione di sommarie informazioni dal maggiorenne, prevedendo il doppio presupposto che la persona sia anche persona offesa da uno dei reati già richiamati e che versi in condizione di particolare vulnerabilità. Inoltre, è previsto che la P.G. “*in ogni caso assicura che la persona offesa particolarmente vulnerabile, in occasione della richiesta di sommarie informazioni, non abbia contatti con la persona sottoposta ad indagini e non sia chiamata più volte a rendere*

⁹ Sul tema si veda Corte Cost., ud. 14 gennaio 2021, (dep. 5 febbraio 2021) n. 14, con la quale la Consulta si è pronunciata nuovamente sull'incidente probatorio “speciale” di cui all'art. 392, comma 1-bis, c.p.p., dichiarando infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata dal GIP del Tribunale di Macerata che, con ordinanza di rimessione, in riferimento alle norme parametriche di cui agli artt. 3 e 111 Cost., aveva investito la norma “*nella parte in cui prevede che, nei procedimenti per i delitti ivi*

indicati, l'assunzione della testimonianza in sede di incidente probatorio, richiesta dal pubblico ministero o dalla persona offesa dal reato, debba riguardare la persona minorenni che non sia anche persona offesa dal reato”.

¹⁰ C. Parodi, *Incidente probatorio, minorenni e vittime vulnerabili: un nervo scoperto del sistema*, su www.rivistaildirittovivente.it.



sommario informazioni, salva l'assoluta necessità per le indagini"¹¹.

Parallelamamente, l'art. 392 co. 1 *bis* c.p.p., come modificato dalla l.172/2012, prevede che si possa procedere con incidente probatorio all'assunzione della testimonianza della persona offesa maggiorenne, anche al di fuori delle ipotesi previste dal comma 1. Con il d.lgs. 212/2015 tale possibilità è stata estesa alla persona offesa che versi in condizione di particolare vulnerabilità.

Con il d.lgs. 24/2014 si è prevista, all'art. 398 c.p.p. comma 5 *ter*, la possibilità che il giudice, su richiesta di parte, applichi le modalità di ascolto protetto quando tra le persone interessate dall'assunzione della prova vi siano maggiorenni in condizione di particolare vulnerabilità, desunta anche dal tipo di reato per cui si procede; inoltre, al comma 5-*quater* specifica che, fermo quanto previsto dal comma 5-*ter*, quando occorre procedere all'esame di una persona offesa che versa in condizione di particolare vulnerabilità si applicano le disposizioni di cui all'articolo 498, comma 4-*quater*, ovvero sia l'ascolto in modalità protetta previsto per la fase dibattimentale.

Durante quest'ultima fase, invece, le garanzie poste a tutela del testimone vulnerabile sono previste negli artt. 190 *bis* e 498 co. 4 *quater*, come modificati dal d.lgs., 212/2015.

4. LA CARTA DI NOTO

La Carta di Noto è un documento nato dalla collaborazione interdisciplinare tra avvocati, magistrati, psicologi, psichiatri, criminologi e medici legali e redatto a seguito di un convegno, avente ad oggetto «l'abuso sessuale sui minori e processo penale», tenutosi il 9 giugno 1996 a Noto (SR).

In particolare, tale documento raccoglie le linee guida per l'indagine e l'esame psicologico del

minore, cioè le linee guida che i soggetti preposti all'ascolto del minore devono osservare nella conduzione di tale attività. Inoltre, la Carta indica, altresì, le modalità di conduzione e documentazione dell'esame, nonché l'oggetto dell'audizione e le regole per garantire una corretta assistenza psicologica.

Il fine di tali previsioni emerge chiaramente, anche e soprattutto con riferimento al caso concreto che ci si appresta ad esaminare: essendo il minore, vittima di un reato sessuale, un c.d. "testimone vulnerabile", si vuole innanzi tutto garantire la massima attendibilità delle dichiarazioni rese, evitando compromissioni di qualsiasi natura. In secondo luogo, si vuole tutelare e salvaguardare il minore dal punto di vista psicologico.

È la stessa Carta di Noto ad indicare perché i minori sono testimoni vulnerabili. Si legge, infatti, nella premessa che "I bambini sono sempre da considerarsi testimoni fragili perché educati a non contraddire gli adulti e non sempre consapevoli delle conseguenze delle loro dichiarazioni e, pertanto, propensi a confermare una domanda a contenuto implicito. Richiesti da un adulto, i bambini possono mostrarsi compiacenti (cioè tendono a conformarsi a ciò che presuppongono sia desiderato dall'interrogante) e persino suggestionabili (cioè si convincono intimamente che le cose sono andate in un certo modo, così come più o meno esplicitamente suggerito dall'interrogante)".

5. IL CASO DI SPECIE

Il caso di specie prende le mosse dalla sentenza del Tribunale di Velletri del 5 aprile 2016, con la quale l'imputato veniva condannato alla pena di anni tre di reclusione e al risarcimento dei danni in favore delle parti civili, in relazione ai reati di cui

¹¹ Lo stesso è previsto per l'escussione dinanzi al p.m. (art. 362 co. 1 *bis* c.p.p.).



all'art. 81 c.p. e art. 609 *quater* c.p., comma 1, n. 1) ed u.c., e art. 609 *ter* c.p., comma 2.

La Corte d'Appello di Roma, in sede di giudizio di rinvio, aveva confermato la sentenza del Giudice di prime cure e la Suprema Corte, con la sentenza rescindente, aveva ritenuto fondato il ricorso nella parte riguardante l'attendibilità della minore, rilevando l'omessa adeguata considerazione dei fattori di possibile inquinamento ed usura della fonte dichiarativa, potenzialmente incidenti sulla genuinità delle dichiarazioni accusatorie della minore.

In particolare, la Cassazione sottolineava la sussistenza di una serie di vizi motivazionali della prima sentenza di secondo grado, che possono essere così sommariamente descritti:

- sussistenza di fattori di rischio per la successiva valutazione di attendibilità, in quanto la bambina, in contrasto con la Convenzione di Lanzarote, prima della denuncia-querela era stata ascoltata sugli episodi da molteplici soggetti (il sabato mattina dalla nonna, dalla madre e dalla psicologa; il lunedì 26 marzo 2012 dalla pediatra del pronto soccorso; in serata, in ora tarda, senza videoregistrazione, dai Carabinieri in presenza dell'assistente sociale). Secondo i Giudici della Suprema Corte, quindi, la Corte di appello avrebbe dovuto stabilire l'incidenza dei fattori di rischio sulla attendibilità della minore e sulla fase principale e determinante della rivelazione. Al contrario, il Giudice di secondo grado l'aveva contraddittoriamente ritenuta attendibile per la concordanza delle dichiarazioni rese in tempi diversi, cioè per gli stessi elementi considerati fattori di rischio dal perito;
- mancato esame del fattore di rischio rappresentato dalla introduzione della minore al concetto di abuso da parte della psicologa o mediante trasmissioni televisive;

- mancata valutazione circa l'esistenza di contrasti tra i genitori della minore, nonostante vi fosse una sentenza ex art. 444 c.p.p. resa all'esito del procedimento per maltrattamenti a carico dell'imputato, concernente l'esercizio del diritto di visita e le informazioni sulla vita e sulla salute della minore negato al ricorrente ed oggetto di un invito da parte del Tribunale per i minorenni (al contempo, la madre aveva dichiarato di aver sempre tentato di favorire gli incontri della figlia col ricorrente);
- non era stata fornita risposta in ordine all'attendibilità delle dichiarazioni della minore, alla luce del concreto esercizio del diritto di visita da parte dell'imputato nel periodo controverso. In base all'assunto del ricorrente, i reati erano stati realizzati nei giorni di visita, nonostante tale diritto non fosse stato esercitato per diversi periodi nel novembre 2011 e nel gennaio 2012 e, ove esercitato, la minore era stata portata in un parco giochi nel pomeriggio.

La Corte di merito, pertanto, decideva di disporre una nuova audizione della minore, nel frattempo divenuta diciassettenne.

Con la sentenza resa in sede di giudizio di rinvio, la Corte d'Appello di Roma confermava la condanna in capo all'imputato e affermava l'attendibilità della minore sulla base dei seguenti elementi: "a) la continuità narrativa evidenziata nei vari suoi racconti sull'abuso sessuale; b) l'idoneità a testimoniare all'epoca dei fatti accertati dalla Dott.ssa C.C.; c) l'assenza di ragionevoli motivi per incolpare falsamente di un episodio disonorante il padre, col quale aveva trascorso momenti lieti durante l'estate 2011; d) l'assenza di contraddizioni o di lacune rilevanti durante le deposizioni; e) la coerenza nella narrazione della vicenda; f) la necessità



d accreditarsi verso gli adulti increduli, ai quali narrava il fatto”¹².

Avverso tale sentenza di secondo grado veniva proposto ricorso per Cassazione proponendo tre motivi di impugnazione: violazione di legge e vizio di motivazione con riferimento alla mancata assunzione di prove decisive ed all'omessa valutazione di fonti di prova; violazione del diritto di difesa dell'imputato e vizio di motivazione; violazione di legge e vizio di motivazione in ordine all'omessa risposta sulle doglianze relative alla conflittualità familiare della minore.

6. L'ORIENTAMENTO DELLA SUPREMA CORTE

La Corte di Cassazione, con la sentenza in commento, ha ritenuto il ricorso fondato annullando la sentenza impugnata e rinviando, per un nuovo giudizio, ad un'altra sezione della Corte d'appello di Roma.

Nello specifico, la Suprema Corte – ripercorrendo puntualmente gli orientamenti oramai consolidati in seno alla stessa – ha affermato che l'attendibilità delle persone offese nei reati sessuali deve essere valutata in senso globale, tenendo conto di tutte le dichiarazioni e circostanze del caso concreto e di tutti gli elementi acquisiti al processo¹³.

La valutazione delle dichiarazioni testimoniali del minore-persona offesa dei reati sessuali presuppone un esame della sua credibilità in senso onnicomprensivo. In effetti, si deve tener conto dell'attitudine, in termini intellettivi ed affettivi, a testimoniare, della capacità a recepire le informazioni, ricordarle e raccordarle, delle condizioni emozionali che modulano i rapporti col mondo esterno, della

qualità e natura delle dinamiche familiari e dei processi di rielaborazione delle vicende vissute, con particolare attenzione a certe naturali e tendenziose affabulazioni¹⁴.

Inoltre, la S.C. ribadisce che in tema di violenza sessuale su minori, la valutazione dell'attendibilità delle dichiarazioni rese dalla vittima deve tenere conto non solo della loro intrinseca coerenza, ma anche di tutte quelle circostanze che siano concretamente idonee ad influire su tale giudizio, inclusa la verifica sull'incidenza di plurime audizioni della persona offesa in punto di usura della fonte dichiarativa¹⁵.

Con specifico riferimento ai protocolli prescritti dalla Carta di Noto, la sentenza in esame ribadisce che gli stessi si risolvono in meri suggerimenti volti a garantire l'attendibilità delle dichiarazioni e la protezione psicologica del minore. Tali protocolli, pur non qualificandosi come regole di valutazione cogenti, rappresentano un fondamentale strumento di verifica dei dati probatori acquisiti al processo, ma la loro inosservanza non determina nullità né inutilizzabilità della prova¹⁶.

Le dichiarazioni rese dal minore vanno analizzate considerando le modalità di narrazione delle vicende ai familiari, alla polizia giudiziaria, ai magistrati e agli altri soggetti, tenendo conto delle sollecitazioni, del numero di ripetizioni del racconto, delle modalità utilizzate per sollecitare il racconto, delle modalità della narrazione dei fatti, del contenuto e delle caratteristiche delle prime dichiarazioni nonché delle loro modificazioni nelle eventuali reiterazioni sollecitate.

Inoltre, una volta accertata la capacità di comprendere e di riferire i fatti della persona offesa

¹² V. Cass. pen., Sez. IV, Sent., (data ud. 27/10/2022) 06/02/2023, n. 4928

¹³ V. Cass., Sez. 3, n. 21640 dell'8/6/2010, P., Rv. 247644.

¹⁴ V. Cass., Sez. 3, n. 29612 del 05/05/2010, R., Rv. 247740.

¹⁵ V. Cass., Sez. 3, n. 46592 del 02/03/2017, G., Rv. 271064.

¹⁶ V. Cass., Sent., (data ud. 09/03/2023) 31/03/2023, n. 13537, con la quale la S.C. – confermando un orientamento

giurisprudenziale oramai consolidato – afferma che la Carta di Noto non ha valore vincolante e la sua violazione non costituisce, di per sé, causa di inutilizzabilità della testimonianza o di nullità della sentenza e che l'inosservanza delle indicazioni fornite dalla Carta di Noto non determina, per sé sola, l'inattendibilità delle dichiarazioni raccolte; v. anche Cass., Sez. 3, n. 15737 del 15/11/2018, dep. 2019, L., Rv. 275863.



minorenne vittima di reati sessuali, la sua deposizione deve essere inquadrata in un più ampio contesto sociale, familiare e ambientale, al fine di escludere l'intervento di fattori inquinanti in grado di inficiarne la credibilità¹⁷; occorre, infine, accertare il complesso delle situazioni che attingono la sfera interiore del minore, il contesto delle relazioni con l'ambito familiare ed extrafamiliare e i processi di rielaborazione delle vicende vissute¹⁸.

Pertanto, nel caso in esame la Cassazione afferma che la narrazione e, dunque, le dichiarazioni della vittima erano state condizionate da un particolare clima di contrapposizione tra i genitori, emergendo nella vicenda considerata molteplici fattori di rischio idonei ad inficiare l'attendibilità della minore.

Di conseguenza, la S.C. annulla la sentenza impugnata e rinvia, per un nuovo giudizio, ad un'altra sezione della Corte d'appello di Roma, in quanto i conflitti sussistenti tra l'imputato e l'altro genitore hanno indotto il sospetto di una contaminazione sui racconti della figlia minore per le manipolazioni da parte della madre e della nonna.

¹⁷ V. Cass., Sez. 3, n. 8057 del 06/12/2012, dep. 2013, V., Rv. 254741, relativa a fattispecie nella quale la S.C. ha confermato la valutazione dei giudici di merito secondo la quale la narrazione della vittima era stata condizionata da un clima di

contrapposizione tra i genitori, che aveva generato il pericolo di possibili costruzioni colpevoliste in danno dell'imputato.

¹⁸ V. Cass., Sez. 3, n. 39994 del 26/09/2007, Maggioni, Rv. 237952.



SEQUESTRO PREVENTIVO FINALIZZATO ALLA CONFISCA: I CARATTERI DEL FUMUS E DEL PERICULUM ALLA LUCE DELL'EVOLUZIONE ERMENEUTICA DI LEGITTIMITÀ

di **Alessia IRIMCA***

ABSTRACT

Il presente contributo tratta i caratteri salienti del sequestro preventivo, con particolare riguardo all'ablazione ex art. 321 comma 2 c.p.p.

Il sequestro preventivo finalizzato alla confisca, a causa dei contrasti giurisprudenziali sui presupposti che ne giustificano l'applicazione, non dispone, infatti, di una disciplina uniforme che ne orienti l'adozione. In relazione al fumus, per esempio, si fluttua tra la tesi che ritiene sufficiente la sussistenza di meri indizi di reato e quella che pretende i gravi indizi di colpevolezza, mentre con riferimento al periculum, sebbene l'interpretazione prevalente richieda il rispetto delle esigenze cautelari ex art. 274 c.p.p., non mancano approcci proiettati ad ammetterne la legittimità ogniqualvolta la misura cui è preordinato, ossia la confisca, assuma carattere obbligatorio, indipendentemente dalla sussistenza delle sopracitate esigenze.

SOMMARIO

1. Il sequestro preventivo: quadro generale	127
2. Il fumus: dall'astratta sussumibilità di un'ipotesi di reato ai gravi indizi di colpevolezza	128
3. Il periculum.....	131
4. Il periculum alla luce della pronuncia delle sezioni unite 24 giugno 2021, nr. 36959	132
5. Considerazione conclusive	134

* Specialista in professioni legali. Abilitata all'esercizio della professione forense.

¹ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, XIX ed., Milano, 2018, pp. 373 ss.

² L. CAPRIELLO, *Sequestro preventivo finalizzato alla confisca di somme di denaro costituenti "profitto del reato": una vexata quaestio*

1. IL SEQUESTRO PREVENTIVO: QUADRO GENERALE

Il sequestro preventivo è il provvedimento di natura reale che si concretizza nello "spossessamento coattivo" di beni nella titolarità o disponibilità del soggetto destinatario dell'ablazione¹ quando sussiste un nesso pertinenziale tra detti beni ed il reato per cui si procede. Da un punto di vista pratico, quindi, il sequestro è la misura mediante la quale l'autorità giudiziaria – perseguendo una finalità cautelare - incide sulla sfera patrimoniale dell'individuo attraverso l'apposizione di un vincolo di indisponibilità temporanea², indisponibilità che diviene definitiva quando la misura si evolve in confisca.

Altra caratteristica propria del sequestro preventivo è la cd. strumentalità³ rispetto all'oggetto del processo di cognizione: l'atto di sottrazione, infatti, se da un lato mira a evitare che la libera disponibilità delle cose possa aggravare o protrarre le conseguenze del reato, ovvero agevolare la commissione di altri illeciti (nel caso del c.d. sequestro preventivo impeditivo ex art. 321, comma 1, c.p.p.), dall'altro sottrae dalla libera circolazione le cose che possono costituire oggetto di ablazione definitiva (nel caso del c.d. sequestro preventivo finalizzato alla confisca ex art. 321, comma 2, c.p.p.).

sottoposta a un nuovo vaglio delle sezioni unite, in *Amb. Dir.*, Messina, 2021, fasc. 2, p. 2.

³ C.R. BLEFARI, *Sequestro preventivo: decreto che dispone il giudizio e preclusione della verifica sulla sussistenza del fumus commissi delicti, in presenza di una pronuncia di annullamento con rinvio*, in *Dir. Pen. e Processo*, Milano, Ipsoa, 2022, fasc. 1, p. 69.



Quest'ultima forma di ablazione, peraltro, è quella maggiormente attenzionata dalla giurisprudenza, visto che, ai fini della sua legittimità, a parere di differenti correnti ermeneutiche, non necessita dei requisiti applicativi previsti per il primo tipo. L'unico presupposto indefettibile per il sequestro finalizzato alla confisca⁴ è la oggettiva confiscabilità della *res*, tanto che il giudice è tenuto a verificare soltanto che i beni rientrino nelle categorie delle cose oggettivamente suscettibili di confisca.

L'inevitabile conseguenza di una simile impostazione si risolve nell'irrilevanza della prognosi di pericolosità connessa alla libera disponibilità delle cose da sottrarre⁵, come sostenuto dalla giurisprudenza prevalente.

Alla luce del recente intervento delle Sezioni Unite⁶, però, quest'approccio è stato dismesso a favore di una tendenza costituzionalmente orientata, così come è stato chiarito, con distinta pronuncia⁷, il connotato del *fumus* richiesto ai fini applicativi della misura ablativa.

2. IL FUMUS: DALL'ASTRATTA SUSSUMIBILITÀ DI UN'IPOTESI DI REATO AI GRAVI INDIZI DI COLPEVOLEZZA

Il dettato normativo di cui all'art. 321 c.p.p., non contenendo alcun richiamo espresso alla

necessaria presenza del *fumus*⁸, ha generato un panorama giurisprudenziale estremamente variegato.

In un primo momento, invero, si è ritenuto che la valutazione dei gravi indizi di colpevolezza a carico della persona nei cui confronti è disposto il sequestro fosse irrilevante, «*essendo sufficiente che sussista il fumus commissi delicti inteso come l'astratta sussumibilità di una determinata ipotesi di reato*»⁹. Sul presupposto che le misure cautelari reali differiscano dalle misure cautelari personali per la loro inidoneità a ledere la libertà personale, si è ritenuto che alle prime non fossero applicabili le garanzie richieste per le seconde e che il quadro indiziario sufficiente a legittimare l'applicazione dell'ablazione si limitasse ad un vaglio in termini di mera "probabilità" di commissione del fatto.

Inoltre, a parere della concezione ermeneutica prospettata, in sede di verifica della legittimità del provvedimento reale opererebbe una vera e propria preclusione in ordine alla valutazione della sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza di cui all'art. 273 c.p.p.¹⁰ D'altronde, considerata la fase procedimentale in cui la misura ablativa generalmente viene emessa (ossia quella delle indagini preliminari), se così non fosse il sequestro verrebbe pretermesso ogniqualvolta l'autore del reato fosse ancora ignoto.

⁴ In materia di reati societari, l'art. 321 c.p.p. deve coordinarsi con l'art. 2641 c.c. per quanto concerne i delitti di cui al Titolo XI del Libro V del Codice civile; mentre, per quanto concerne i reati tributari, la norma di riferimento è quella di cui all'art. articolo 12 *bis* del D.lgs. 10 marzo 2000, n. 74. La *ratio* di entrambe le disposizioni è quella di rendere obbligatoria la confisca dei beni utilizzati per commettere uno dei reati disciplinati nella Legge sui reati tributari, ovvero uno dei reati previsti nel Titolo XI del Libro V del Codice civile e – altresì - dei beni che ne costituiscono il profitto o il prezzo, misura altrimenti applicabile facoltativamente dal giudice in forza della norma di cui all'articolo 240 c.p.

⁵ L. CAPRIELLO, *Sequestro preventivo finalizzato alla confisca di somme di denaro costituenti "profitto del reato": una vexata quaestio sottoposta a un nuovo vaglio delle sezioni unite*, op. cit., p. 7.

⁶ Cass. Pen., Sez. Un., 24 giugno 2021, n. 36959.

⁷ Cass. Pen., sez. II, 13 aprile 2021, n. 20990.

⁸ P. FLORIO, G. BOSCO, L. D'AMORE, *Amministratore giudiziario*, Padova, Cedam, 2019, p. 58.

⁹ Cass. Pen., sez. I, 30 gennaio 2018, n. 18491; così anche Cass. Pen. sez. III, 25 marzo 1993, ove, richiamando l'ineludibilità del principio di legalità anche con riferimento alle misure cautelari reali, si afferma l'esigenza che anche per queste sia accertato il *fumus*, seppur in via incidentale e nella sua astratta configurabilità.

¹⁰ La Corte di Cassazione ha espressamente affermato che "le condizioni generali per l'applicabilità delle misure cautelari personali, indicate nell'art. 273 c.p.p., non sono estensibili, per le loro peculiarità, alle misure cautelari reali, con la conseguenza che ai fini della doverosa verifica della legittimità del provvedimento con il quale sia stato ordinato il sequestro preventivo di un bene pertinente ad uno o più reati, è preclusa ogni valutazione sulla sussistenza degli indizi di colpevolezza e sulla gravità degli stessi".



Sul punto anche la Corte Costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 321 e 324 c.p.p., sollevata in riferimento agli artt. 24, 42, 27 e 111 Cost., ha precisato che “*la scelta del codice*” di non riprodurre per le misure cautelari reali i presupposti sanciti dall’art. 273 per le misure cautelari personali «*non contrasta [...] con l’art. 24 Cost., essendo graduabili fra loro i valori (libertà personale da un lato e libera disponibilità dei beni, dall’altro) che l’ordinamento prende in considerazione*»¹¹.

La pronuncia, peraltro risalente, non ha tuttavia precluso impostazioni ermeneutiche e approcci dogmatici di natura difforme. In particolare, un primo orientamento giurisprudenziale ha evidenziato che il silenzio serbato dal legislatore non è da ricondurre alla volontà di escludere l’applicabilità dei presupposti di cui all’art. 273 c.p.p., bensì alla non opportunità di una ripetizione relativa alla loro necessità.

Il criterio ravvisato dall’art. 273 c.p.p., ossia la non assoggettabilità a misure cautelari in assenza di gravi indizi di colpevolezza, essendo un connotato che “*assume valenza generale*”¹², non va limitato alle misure cautelari personali, ma va esteso a quelle reali; precipuamente, trattandosi di criterio appartenente al novero dei principi generali del sistema processuale penale, la sua operatività è implicita e non richiede espressa menzione.

Questa ricostruzione è stata avanzata anche da un’altra corrente giurisprudenziale, la quale, ai fini integrativi del *fumus*, richiede che appaia probabile

persino la responsabilità penale della persona sottoposta alle indagini.

Ciò si traduce, da un punto di vista pratico, nella pretesa di un’indicazione precisa – nella richiesta da presentare al giudice per le indagini preliminari – dei reati per i quali il sequestro viene richiesto e degli indizi che sorreggono sia l’attribuzione del reato alla persona indagata sia la provenienza da reato del prodotto o profitto da sequestrare¹³.

D’altronde, se i gravi indizi di colpevolezza non fungessero da presupposto indefettibile della misura, il rischio sarebbe quello di un’ingerenza pericolosa da parte dello Stato in una materia capace di comprimere fondamentali diritti costituzionali¹⁴, con l’ulteriore effetto di risolversi in un esercizio abusivo di “*funzioni o poteri riservati dalla legge ad altri organi dello stato*”¹⁵.

La soluzione trova parziale conferma anche nella nomofilachia più recente: gli ermellini, con la sentenza n. 20990 del 13 aprile 2021, hanno affermato che la prova da darsi per l’adozione del sequestro preventivo, pur non dovendo integrare i gravi indizi di colpevolezza, necessita comunque dell’esistenza di concreti e persuasivi elementi di fatto, quantomeno indiziari che «*consentano di ricondurre l’evento punito dalla norma penale alla condotta dell’indagato*»¹⁶.

Quest’impostazione, però, avuto riguardo alle circostanze fattuali cui il sequestro preventivo aderisce, non risponde in modo soddisfacente all’esigenza di non frustrarne la funzione.

¹¹ La questione venne poi dichiarata infondata, sul presupposto che non sussiste un obbligo costituzionale ad assegnare uguale “contenuto difensivo” a rimedi che, pur se identici per denominazione – il riesame è infatti previsto sia per le cautele personali che per quelle reali – si distinguono nettamente sul piano strutturale e dei soggetti che possono essere coinvolti, così Corte Cost., 17 febbraio 1994, n. 48, in *Cass. pen.*, 1994, p. 1455.

¹² M. CIRULLI, *In tema di presupposti del sequestro preventivo*, in *Giur. it.*, Milano, Utet, 1992, p. 316.

¹³ Cass. Pen. sez. VI, 07 giugno 1991, n. 3108.

¹⁴ P. FLORIO, G. BOSCO, L. D’AMORE, *Amministratore giudiziario*, Padova, Cedam, 2019, p. 59.

¹⁵ Cass. Pen. sez. fer., 20 agosto 1992 n. 1780 in cui si afferma che «per adottare la misura cautelare del sequestro preventivo (art. 321 c.p.p.) il giudice deve avere come referente l’accertata sussistenza di indizi di commissione del “fatto” per il quale si procede ad indagini investigative; in contrario, la misura cautelare assolverebbe finalità diverse da quelle proprie al magistrato penale e si risolverebbe in un abuso, ovvero nell’esercizio di funzioni o poteri delegati dalla legge ad altri organi dello Stato.»

¹⁶ Cass. Pen., sez. II, 13 aprile 2021, n. 20990.



La misura, infatti, se da un lato mira a rimuovere situazioni di pericolosità scaturenti dal collegamento tra la *res* e il reato commesso, dall'altro, ben può avere ad oggetto un bene appartenente a soggetto diverso da quello nei cui confronti si procede, oltre al fatto che la necessità di adottare il sequestro può sorgere persino in un momento in cui l'autore del reato è ancora ignoto.

Per questa ragione i gravi, precisi e concordanti indizi richiesti a giustificazione dell'esercizio del potere cautelare possono limitarsi a provare soltanto l'avvenuta commissione di una fattispecie delittuosa; l'indagine può estendersi anche alla pertinenza del bene da sequestrare con il reato e al rischio che può costituire la libera disponibilità della *res*; non può invece afferire sull'autore materiale del reato, essendo in questa sede irrilevante l'identità della persona.

La motivazione del giudice, alla luce della riflessione esposta, deve tener conto, in modo puntuale e coerente, delle concrete risultanze processuali¹⁷ e della effettiva situazione emergente dagli elementi forniti dalle parti¹⁸, verificando la corrispondenza tra queste e la fattispecie concreta, per poi procedere alla verifica della congruenza tra il fatto in concreto e l'ipotesi astratta¹⁹.

All'*uopo*, è irrilevante l'individuazione dell'autore materiale del reato o il giudizio prognostico in ordine alla sua colpevolezza, mentre è sufficiente la ricorrenza di gravi indizi in ordine alla sussistenza del reato al quale la *res* risulti ontologicamente

collegata, nonché delle esigenze cautelari sottese all'istituto.

Procedendo in tal modo, però, si finisce per trascurare, ancora una volta, l'incisività della misura ablativa e il suo potenziale contrasto coi dettami costituzionali. Il sequestro preventivo, infatti, può presentare un contenuto afflittivo persino maggiore rispetto ad alcune misure cautelari personali²⁰: si pensi, per esempio, all'incisività della perdita di lavoro – e delle capacità di sostentamento dell'intera compagine di *stakeholders* - dovute al sequestro dei cespiti di una società rispetto agli effetti del divieto di espatrio *ex art.* 281 c.p.p.

Per questa ragione è auspicabile un'indagine che accerti anche l'elemento soggettivo del reato o la presenza di una causa di giustificazione, visto che, la carenza del primo o la sussistenza della seconda impediscono entrambi la configurabilità dell'illecito penale e, dunque, del presupposto applicativo della misura; una soluzione differente, d'altro canto, consentirebbe al sequestro di allargare le proprie maglie oltre a quelle della stessa confisca, sottraendo cespiti insuscettibili di ablazione finale.

Alla stregua di quest'ultimo rilievo, si ritiene che soltanto un'interpretazione pienamente conforme ai principi costituzionali – ed imperniata sulla sussistenza dei gravi indizi di reità in capo all'indagato - può attuare un equo bilanciamento tra le esigenze repressive dello Stato e quelle di tutela dei diritti dell'indagato o dei soggetti terzi

¹⁷ In tal senso si veda anche Cass. Pen. sez. III, 24 settembre 2021, n.5309 con cui la Corte ha precisato che nel sequestro preventivo la verifica del giudice del riesame, ancorché non debba tradursi nel sindacato sulla concreta fondatezza dell'accusa, deve, tuttavia, accertare la possibilità di sussumere il fatto in una determinata ipotesi di reato; pertanto, ai fini dell'individuazione del *fumus commissi delicti*, non è sufficiente la mera "postulazione" dell'esistenza del reato da parte del p.m., in quanto il giudice del riesame nella motivazione dell'ordinanza deve rappresentare in modo puntuale e coerente le concrete risultanze processuali e la situazione emergente dagli elementi forniti dalle parti e dimostrare la congruenza dell'ipotesi di reato

prospettata rispetto ai fatti cui si riferisce la misura cautelare reale sottoposta al suo esame.

¹⁸ P. GUALTIERI, *Sequestro preventivo impeditivo - fumus e ricorso per cassazione nel sequestro preventivo*, in *Giur. It.*, 2018, fasc. n. 7, p. 1710.

¹⁹ D. FRUSTAGLI, *Il sequestro e la confisca per equivalente nei reati tributari nazionali e transazionali e la schematura dei patrimoni*, in *Riv. pen.*, 2013, fasc. n. 2, p. 139.

²⁰ P. GUALTIERI, *Il sequestro preventivo tra carenze normative e (dis)orientamenti giurisprudenziali*, in *Dir. Pen. e Processo*, Milano, Ipsoa, 2017, fasc. n. 2, p. 145.



coinvolti, salvo il caso in cui la *res* oggetto del sequestro sia ontologicamente pericolosa.

3. IL PERICULUM

Il *periculum in mora* si riferisce alla concreta possibilità che la disponibilità del bene possa pregiudicare le esigenze preventive che si vogliono realizzare con le misure cautelari reali.

Il presupposto è determinato in modo puntuale dall'art. 321 c.p.p., ai sensi del quale il sequestro preventivo può essere disposto legittimamente soltanto se sorge «*il pericolo che la libera disponibilità di una cosa pertinente al reato possa aggravare o protrarre le conseguenze di esso ovvero agevolare la commissione di altri reati*»²¹.

Il *periculum*, poi, seppur la norma non lo richieda espressamente, deve rivestire i caratteri dell'attualità e della concretezza²², così come richiesto per le misure cautelari personali ai sensi dell'art. 274, lett. c), c.p.p., secondo un vaglio da effettuare in riferimento alla situazione esistente e non già nella sola e astratta verificabilità di un evento futuro²³.

Quanto finora osservato, tuttavia, è scevro da criticità soltanto in ordine al sequestro impeditivo; in relazione al cd. sequestro finalizzato alla confisca, invece, sono molteplici le questioni irrisolte.

Quest'ultime sorgono, in primo luogo, con riguardo alla struttura letterale della norma, visto che l'art. 321 c.p.p. richiede espressamente la sussistenza del *periculum* soltanto per il sequestro di cui al comma 1. Nel silenzio del legislatore, invero, sebbene per la dottrina²⁴ sia indiscusso che il presupposto – vista la sua idoneità a ledere diritti costituzionalmente garantiti – debba sorreggere qualsiasi misura cautelare, la giurisprudenza tende ad assumere posizioni contrapposte²⁵. In particolare, secondo una prima interpretazione²⁶, considerata la obiettiva confiscabilità della *res* oggetto di sequestro ex art. 321 comma 2 – risultando peraltro indifferente a tal fine che si tratti di confisca obbligatoria o facoltativa – non si rende necessaria alcuna prognosi di pericolosità connessa alla libera disponibilità delle cose che ne sono oggetto²⁷; queste, proprio perché confiscabili, sono da ritenere di per sé oggettivamente pericolose. A corroborare quanto affermato vi sarebbe l'inserimento dell'avverbio "*altresì*"²⁸ nel testo dell'art. 321, comma 2, c.p.p., la cui funzione sarebbe proprio quella di sottolineare, anche sul piano sintattico, che, a differenza di quanto avviene per il sequestro impeditivo, non è richiesta

²¹ Per cose pertinenti il reato che possono essere oggetto di sequestro preventivo debbono intendersi quelle caratterizzate da una intrinseca, specifica e strutturale strumentalità rispetto al reato commesso ed a quelli futuri di cui si paventa la commissione, non essendo sufficiente una relazione meramente occasionale tra la "*res*" ed il reato commesso, così Cass. Pen. sez. V, 16 dicembre 2009, n.12064.

²² Vedi Cass., S.U., 14 dicembre 1994, n. 1488 con cui la Corte di Cassazione ha sancito che, pur in assenza di una previsione normativa specifica in ordine alla concretezza ed attualità del *periculum* - previsione contemplata per le misure cautelari personali dall'art. 274, lett. c, c.p.p. - tali requisiti debbano comunque essere valutati in riferimento alla situazione esistente al momento dell'adozione della misura reale e quindi concretamente e non già in una prospettiva astratta.

²³ Cass. Pen. sez. II, 25 maggio 2021, n.26149.

²⁴ M. MONTAGNA, *I sequestri nel sistema delle cautele penali*, Padova, CEDAM, 2005, p. 97.

²⁵ Vedi Cass. Pen., sez. III, 21 gennaio 2015, n.11665, ove si afferma che in tema di responsabilità degli enti da reato, il sequestro preventivo dei beni di cui è obbligatoria la confisca e quindi, ai sensi dell'art. 19 d.lg. n. 231/2001, dei beni che costituiscono il prezzo e il profitto del reato, può essere disposto indipendentemente dalla prova degli indizi di colpevolezza, della loro gravità, nonché del *periculum in mora*, essendo sufficiente la confiscabilità di quei beni, previo verifica - in astratto - della ricorrenza di una determinata ipotesi di reato.

²⁶ Vedi Cass. Pen. sez. II, 26 giugno 2014, n. 31229; Cass. Pen. sez. III, del 27 novembre 2013, n. 10825; Cass. Pen. Sez. II, 24 ottobre 2019, n. 50744; Cass. Pen. Sez. VI, 01 marzo 2018, n. 29539.

²⁷ A. IORIO, *Sequestro nei reati tributari e motivazione del periculum in mora*, in *Fisco*, 2021, fasc. 42, Milano, Ipsoa, p. 4037.

²⁸ Il comma 2 prevede testualmente che "*il giudice può altresì disporre il sequestro delle cose di cui è consentita la confisca.*"



alcuna ulteriore valutazione circa il pericolo connesso alla libera disponibilità della cosa²⁹.

Per contro, ad avviso di altra corrente ermeneutica, a costituire punto focale della questione non è la presunta pericolosità della *res* ma la distinzione tra confisca obbligatoria e confisca facoltativa, dovendo il giudice motivare soltanto in ordine alle ragioni che determinano l'esercizio del potere discrezionale.

Perciò, sulla scia di questa premessa, la Corte di Cassazione si è spinta ad affermare che la locuzione "può" riportata al comma 2 dell'art. 321 c.p.p. deve essere riempita di significato «*laddove ci si trovi di fronte a beni suscettibili di confisca facoltativa e non già di confisca obbligatoria o per equivalentes*»³⁰, essendo in proposito il parametro di riferimento costituito dal pericolo che il bene sfugga alla futura ablazione.

Il *periculum*, in questo modo, viene ricondotto al rischio di protrazione degli effetti del reato, nel quale deve ritenersi ricompresa l'esigenza di non consentire che, nelle more del giudizio, la cosa confiscabile sia modificata, dispersa, deteriorata, utilizzata o alienata. Così facendo, però, questa tesi finisce per sovrapporre le due diverse declinazioni della misura cautelare preventiva, confondendo la sfera di obbligatorietà della confisca con quella di facoltatività del sequestro³¹.

Per dirimere i contrasti insorti sul tema sono state investite della questione le Sezioni Unite della Corte di Cassazione³², le quali, pur muovendo dalle medesime premesse dell'orientamento prevalente, giungono a declinare il *periculum* in una chiave di maggior garanzia.

4. IL PERICULUM ALLA LUCE DELLA PRONUNCIA DELLE SEZIONI UNITE 24 GIUGNO 2021, NR. 36959

La Suprema Corte, in conformità al quadro costituzionale e alle indicazioni provenienti dalle fonti sovranazionali, con la sentenza n. 36959, del 24 giugno 2021, accoglie le osservazioni della dottrina maggioritaria e riconosce al *periculum* carattere inderogabile, anche dinanzi al sequestro *ex art.* 321 comma 2 c.p.p.

Precipuamente, con la pronuncia testé citata gli ermellini precisano che il sequestro preventivo finalizzato alla confisca non soltanto ha natura autonoma rispetto a quello impeditivo, ma deve essere sempre motivato in merito alla sussistenza del *periculum*, non potendosi questo ritenere assorbito dalla obbligatorietà³³ o dalla facoltatività della confisca eventualmente prevista in caso di condanna³⁴.

L'unica eccezione attiene alle ipotesi di sequestro di cose la cui fabbricazione, uso, porto, detenzione o alienazione costituisca reato, potendo qui la motivazione riguardare la sola appartenenza del bene al novero di quelli confiscabili *ex lege*. Il sillogismo seguito dalla Corte affonda le sue fondamenta nei principi regolatori le misure cautelari reali, ossia il principio di proporzionalità e quello di ragionevolezza.

Entrambi i principi impediscono – nella valutazione dell'apposizione del vincolo – qualsiasi automatismo che colleghi la pericolosità alla mera confiscabilità del bene oggetto di sequestro³⁵. Con riferimento al principio di proporzionalità, in particolare³⁶, si afferma in sentenza che il rispetto può

²⁹ A. IORIO, *Sequestro nei reati tributari e motivazione del periculum in mora*, op. cit., p. 4038.

³⁰ Cass. Pen., Sez. V, 14 dicembre 2018, n. 6562.

³¹ R. BELFIORE, *Il sequestro preventivo. Tra esigenze impeditive e strumentalità alla confisca*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 133.

³² L'ordinanza di remissione della Quinta Sezione penale, data 2/3/2021, rilevava l'esistenza del contrasto interpretativo e domandava se il sequestro preventivo di beni finalizzato alla confisca previsto dall'art. 321, comma 2, c.p.p., richiedesse la

motivazione in ordine alla sussistenza del requisito del *periculum in mora*.

³³ L'obbligatorietà della confisca non va confusa con la facoltatività del sequestro *ex* comma 2 art. 391 c.p.p.

³⁴ A. IORIO, *Sequestro nei reati tributari e motivazione del periculum in mora*, op. cit., p. 4038

³⁵ Cass. Pen., Sez. III, 19 novembre 2019, n. 5530.

³⁶ Con la sentenza Pignataro la Corte aveva precisato – in relazione al sequestro probatorio ma il principio deve ritenersi



esserne assicurato soltanto aderendo ad una scelta impositiva di un obbligo motivazionale sul *periculum*, posto che, una soluzione diversa, si tradurrebbe in un'esasperata compressione del diritto di proprietà e di libera iniziativa economica privata. In tal proposito, si pensi, per esempio, agli effetti prodotti dal sequestro dei cespiti di una società – emesso in fase di indagini preliminari - che non indichi le ragioni che impediscono di attendere la conclusione del procedimento penale per procedere all'ablazione: la circostanza, ovvero l'inibizione dell'attività produttiva, oltre a frustrare gli interessi economici sottesi, in una fase del giudizio in cui la colpevolezza non è stata ancora provata, impedirebbe, innanzitutto, l'esercizio del diritto di difesa, dato che il provvedimento, seppur astrattamente impugnabile, non potrebbe essere – di fatto - confutato.

Giova peraltro precisare che i principi richiamati dalla Corte, oltre a essere valorizzati dalla giurisprudenza costante della Corte di Giustizia dell'Unione Europea³⁷, sono espressamente evocati nel Regolamento 2018/1805 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 14 novembre 2018 relativo al riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca in materia penale.

Nel caso specifico, l'art. 1, par. n. 3, prevede che nell'atto di emettere un provvedimento di congelamento o un provvedimento di confisca, «*le autorità di emissione assicurano il rispetto dei principi di necessità e di proporzionalità*».

Il medesimo principio trova spazio anche nella Direttiva 2014/42/UE del 3 aprile 2014 relativa al

congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione Europea³⁸, giacché al par. n. 18 introduce la possibilità per gli Stati membri di prevedere che, in circostanze eccezionali, la confisca non sia ordinata qualora, conformemente al diritto nazionale, essa «*rappresenti una privazione eccessiva per l'interessato, sulla base delle circostanze del singolo caso, che dovrebbero essere determinanti*».

Le disposizioni di matrice comunitaria rafforzano, dunque, la tesi per cui solo una soluzione ermeneutica che vincoli il sequestro preventivo funzionale alla confisca ad una motivazione anche sul *periculum in mora* è in grado di garantire coerenza con i criteri di proporzionalità, adeguatezza e gradualità della misura cautelare reale, evitando al contempo un'indebita compressione di diritti costituzionalmente e convenzionalmente garantiti, nonché la trasformazione della misura cautelare in uno strumento, in parte o in tutto, inutilmente vessatorio.

Da un punto di vista pratico, pertanto, considerata la *ratio* del provvedimento ablativo, ciò che si domanda al giudice è una motivazione che dia atto degli elementi probanti l'impossibilità di attendere la definizione del giudizio senza incorrere nel rischio che l'attesa renda impraticabile la successiva confisca. Nondimeno, va precisato che il *periculum*, come puntualizzato da autorevole giurisprudenza³⁹, non va ricondotto al possibile danno economico derivante da reato o alla sua natura irreparabile, ma soltanto all'aggravamento delle conseguenze della condotta penalmente illecita ove la

esteso a tutte le misure cautelari reali – la “*ineludibile necessità di un'interpretazione della norma che tenga conto del requisito della proporzionalità della misura adottata rispetto all'esigenza perseguita, in un corretto bilanciamento dei diversi interessi coinvolti*” assicurando così “*il giusto equilibrio o il ragionevole rapporto di proporzionalità tra il mezzo impiegato, ovvero lo spossamento del bene, e il fine endoprocedurale perseguito*”, Cass. Pen. Sez. V, n. 6562 del 14 dicembre 2018.

³⁷ La Corte di Giustizia ha affermato che il principio di proporzionalità “*esige che gli strumenti istituiti da una disposizione di diritto dell'Unione siano idonei a realizzare i legittimi*

obiettivi perseguiti dalla normativa di cui trattasi e non vadano oltre quanto è necessario per raggiungerli” Sent. dell'8 giugno 2010, Vodafone e a., C-58/08, EU:C:2010:321, punto 51.

³⁸ Il paragrafo n. 17, invece, con riguardo alla confisca di beni di valore corrispondente ai beni strumentali al reato dispone che, le disposizioni pertinenti possano essere applicate solo se, alla luce delle circostanze particolari del caso di specie, tale misura è proporzionata, considerato, in particolare, il valore dei beni strumentali interessati.

³⁹ Cass. Pen., sez. V, 07 febbraio 2008, n.11247.



cosa pertinente al reato sia lasciata nella libera disponibilità del soggetto indagato.

D'altronde, le condizioni economiche dell'indagato acquisiscono specifica rilevanza soltanto ai fini del ben diverso istituto del sequestro conservativo *ex art.* 316 c.p.p.

5. **CONSIDERAZIONE CONCLUSIVE**

La natura proteiforme del sequestro preventivo finalizzato alla confisca rende ardua l'individuazione di parametri generali idonei a sopire i contrasti giurisprudenziali illustrati.

La misura ablativa, peraltro, fungendo da atto prodromico alla confisca, deve necessariamente coordinarsi con la disciplina predisposta per quest'ultima. Sul punto giova precisare che l'istituto della confisca, tradizionalmente collocato in seno al Codice penale tra le misure di sicurezza, ha conosciuto – a causa della necessità di reagire all'esplosivo aumento della criminalità di tipo economico⁴⁰ – una costante e cospicua evoluzione espansionistica.

L'effetto di tale moto si è manifestato specialmente in relazione ai reati societari, ove la confisca si è spinta ad assumere vesti più affini ad una pena accessoria che a una misura di sicurezza⁴¹: detto dato non può essere trascurato visto che, oltre a riflettersi sulla struttura del sequestro da emettere, sono profondamente diversi sia i presupposti applicativi delle due misure sia, soprattutto, le garanzie scaturenti dalla comminazione della prima rispetto a quelle predisposte per la seconda.

La volontà di non aderire a un'esegesi riduttiva dell'onere motivazionale del provvedimento di sequestro – sia in ordine al *fumus* che al *periculum* – sorge, inoltre, dalla necessità di non comprimere un

ulteriore pilastro fondamentale del sistema penale, ossia il principio di presunzione di non colpevolezza di cui all'art. 27 Cost., comma 2 e art. 6, par. 2, CEDU.

Se infatti si accogliesse la tesi prospettata dall'orientamento che prescinde da una concreta prognosi in ordine alla conseguibilità della misura ablativa finale, vi sarebbe il rischio che – in violazione del precetto costituzionale poc'anzi menzionato – il sequestro possa incidere su diritti individuali più di quanto non lo possa fare la pronuncia di merito.

Invero, la risposta afflittiva perpetrata dallo Stato mediante il provvedimento di confisca deve costituire il contenuto delle sole pronunce emesse a seguito di un giusto processo sul fatto colpevole e mai di provvedimenti disposti prima della soluzione giudiziaria definitiva⁴², salvo la sussistenza di preminenti esigenze cautelari, adeguatamente motivate, secondo i parametri propri dell'art. 273 del codice di procedura penale.

⁴⁰ F. VERGINE, *Confisca*, in *Arch. Pen.*, 2016, Utet, Torino, 2016, p.179.

⁴¹ Vedi D. FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale. Ablazione*

patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone fisiche e giuridiche, Bologna, 2007, p. 227.

⁴² M. BELFIORE, *La motivazione del periculum in mora nel provvedimento di sequestro preventivo*, nota a Sez. Un., 24/06/2021, n. 36959, in *Cass. Pen.* 2022, fasc. 2, p. 550.



IL RIPARTO DI COMPETENZE TRA STATO E REGIONI NELLA VALORIZZAZIONE DEI BENI CULTURALI

di **Marco BARBATO***

ABSTRACT

Il saggio si propone di indagare il nuovo assetto costituzionale di riparto delle competenze in materia di patrimonio culturale, basato sulla principale distinzione tra le materie di tutela e valorizzazione, emersa con maggior chiarezza dopo la riforma del Titolo V della Costituzione e l'intervento del legislatore con l'introduzione del Codice dei beni culturali. A tali innovazioni, tuttavia, hanno fatto seguito le necessarie pronunce della Corte costituzionale che hanno contribuito in modo incisivo a definire e circoscrivere gli ambiti di tali materie. Si propone, inoltre, di analizzare la materia della valorizzazione secondo i principi di sussidiarietà verticale e orizzontale, nonché osservare il ruolo che l'Unione europea ha ricoperto per la sua realizzazione, attraverso l'introduzione di principali novità, tra cui gli investimenti previsti dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) in materia di finanziamento degli interventi per la tutela e valorizzazione dei beni culturali.

SOMMARIO

1. Introduzione.....	135
2. Riparto di competenze tra stato e regioni tra tutela e valorizzazione: il ruolo dirimente della corte costituzionale.....	137
3. La valorizzazione: un ecosistema che coopera per le future generazioni	141
3.1. Il PNRR tra le fonti di finanziamento principalmente rilevanti per la valorizzazione del patrimonio culturale	143

* Consulente della Pubblica Amministrazione.

¹ Cfr Heinrich N., il valore del patrimonio, in Il Mulino, 2020, p.157

² Definizione indicata all'articolo 2, comma 2 del D.lgs 22 gennaio 2004, n. 42 in materia di "Codice dei beni culturali e del paesaggio, ai sensi dell'articolo 10 della legge 6 luglio 2002, n. 137.

³ Si aggiunga, inoltre, che il Codice individua all'articolo 10 le categorie dei beni culturali, con particolare riferimento a: beni

4. Considerazioni conclusive..... 145

1. INTRODUZIONE

Oltre ogni tentativo di definire e circoscrivere il patrimonio culturale, esso ha la primordiale capacità di collegare contemporaneamente le persone nello spazio, con una comunità estesa oltre ogni confine e, nel tempo, con le generazioni passate e future¹.

Prima di procedere con l'analisi degli spunti che si intende fornire in questa sede, è necessario individuare nell'ordinamento una definizione dei beni che compongono il patrimonio culturale. È necessario sottolineare che la definizione di bene culturale è soggetta a continue evoluzioni, proprio per le caratteristiche che quest'ultimo presenta.

Sebbene sia possibile ritrovare nel Codice dei beni culturali e del paesaggio² la definizione secondo cui i beni culturali sono "cose immobili e mobili che, ai sensi degli artt. 10 e 11, presentano interesse artistico, storico, archeologico, etnoantropologico, archivistico e bibliografico e le altre cose individuate dalla legge o in base alla legge quali testimonianze aventi valore di civiltà³", è utile ricordare alcune osservazioni rinvenibili in autorevole

culturali ex lege (co. 2); beni culturali appartenenti a soggetti pubblici (o a persone giuridiche private senza fine di lucro) (co. 1 e 4), che divengono tali solo a fronte della verifica dell'interesse culturale disciplinato all'articolo 12; beni culturali appartenenti a privati, o a chiunque appartenenti (co. 3 e 4), che diventano tali solo a seguito della dichiarazione di interesse culturale di cui all'art. 13 (v. Dossier del Servizio studi della Camera dei deputati, del 23 maggio 2019, consultabile sul sito www.temi.camera.it).



dottrina⁴. Al riguardo, quella dei beni culturali «è per il giurista una nozione aperta, il cui contenuto viene dato da teorici di altre discipline, volta per volta o anche per categorie di oggetti»⁵.

Vi sono inoltre, altre due caratteristiche attribuibili ai beni culturali, indispensabili per la comprensione dei loro aspetti e utili alla presente trattazione: l'immaterialità e la pubblicità. La prima va ricondotta al valore culturale, ossia il valore "tipico", «di cui è portatrice ogni testimonianza di civiltà»⁶. Per una precisa descrizione di tale carattere, si riporta la definizione data in dottrina, di estrema chiarezza e attualità, secondo cui il bene culturale «non è bene materiale, ma immateriale: l'essere testimonianza avente valori di civiltà è entità immateriale, che inerisce ad una o più entità materiali, ma giuridicamente è da queste distint[o], nel senso che esse sono supporto fisico ma non bene giuridico. Strutturalmente si distinguono differenti modi con cui il bene culturale inerisce alla cosa, però il carattere immateriale del bene culturale è sempre individuabile»⁷.

Con riferimento, invece alla pubblicità, tale caratteristica definisce il bene culturale come «pubblico non in quanto bene di appartenenza, ma in

quanto bene di fruizione»⁸, nozioni su cui ci si concentrerà nel corso della disamina.

L'ormai nota definizione di beni culturali intesi come «testimonianze aventi valore di civiltà», è entrata a far parte del nostro ordinamento in seguito al lavoro svolto dalla Commissione Franceschini⁹, il cui compito fu di svolgere un'accurata indagine relativa al censimento e allo stato dei beni culturali in Italia.

Tale definizione riconosce al patrimonio culturale due principali funzioni: da un lato, essere la diretta testimonianza dell'identità di un Paese, dall'altro rappresentare la naturale propensione delle culture all'incontro e alla "contaminazione"¹⁰.

La disciplina riguardante il patrimonio e i beni culturali ha però origini ben più lontane nel tempo di quelle poste dal Legislatore del Codice dei beni culturali e nasce ancor prima degli anni in cui la Commissione d'indagine presieduta dall'on. Franceschini concluse i suoi lavori.

Come si osserverà in una più ampia analisi del riparto delle competenze, non si può non partire dalla previsione della tutela del patrimonio storico e artistico e del paesaggio, disciplinata dal novellato articolo 9 della Costituzione e inserita tra i principi

⁴ Il riferimento è al giurista M.S. Giannini, i cui contributi sono ancora oggi di fondamentale importanza per lo studio degli elementi giuridici del patrimonio culturale.

⁵ Giannini M.S., I beni culturali, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1976. Si aggiunga, che sempre nella medesima pubblicazione, il giurista afferma che "In questo modo la nozione di bene culturale come testimonianza materiale avente valore di civiltà può anche essere assunta come nozione giuridicamente valida, restando però certo che è nozione liminale, ossia nozione a cui la normativa giuridica non dà un proprio contenuto, una propria definizione per altri tratti giuridicamente conclusi, bensì opera mediante rinvio a discipline non giuridiche».

⁶ Casini L., *Todo es peregrino Y Raro: Massimo Severo Giannini e i beni culturali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, fascicolo 3- 2015.

⁷ Giannini M.S., I beni culturali, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1976.

⁸ Giannini M.S., I beni culturali, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1976.

⁹ La Commissione d'indagine per la tutela e la valorizzazione del patrimonio storico, archeologico, artistico e del paesaggio,

presieduta dall'onorevole Franceschini, fu istituita a seguito della legge n.310 del 26 aprile 1964, su proposta del Ministero della Pubblica Istruzione e operò fino al 1967. In seguito ai lavori svolti, furono emanate 84 Dichiarazioni e tra queste, è proprio la prima a contenere la nozione di "bene culturale", inteso come "tutto ciò che costituisce testimonianza materiale avente valore di civiltà". Dai lavori portati a termine, emerse l'insufficiente capacità dello Stato di tutelare il patrimonio culturale e la contestuale consapevolezza della sua importanza nella coscienza sociale. V. Riv. trim. dir. pubbl., 1966, p. 119 ss., con il titolo *Relazione della Commissione d'indagine per la tutela e la valorizzazione del patrimonio storico, archeologico, artistico e del paesaggio*. Cfr. i cfr. B. CAVALLI, *La nozione di bene culturale tra mito e realtà: rilettura critica della prima dichiarazione della Commissione Franceschini*, in AA.VV., *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, vol. II, Milano, 1988.

¹⁰ Per un esaustivo approfondimento: Papa A., «Le prospettive di un cambio di paradigma nella definizione del patrimonio culturale "europeo"», 2 febbraio 2022.



fondamentali. È interessante ricordare lo spirito avanguardista e innovatore dell'Assemblea costituente che caratterizzò il dibattito in merito all'esigenza di prevedere e realizzare la conservazione dei beni culturali, con lo scopo di garantire la fruibilità degli stessi alle generazioni future, nonché considerarli un essenziale veicolo di promozione della cultura. Durante i lavori assembleari emerse, altresì, la consapevolezza che il valore identitario del patrimonio storico e artistico e la possibilità per le persone di fruirne permettesse alla comunità di identificarsi nella storia e nei valori di quello stesso patrimonio culturale¹¹.

Partendo dalle citate disposizioni previste dall'articolo 9, si analizzerà in una prospettiva più ampia il nuovo assetto costituzionale di riparto delle competenze, basato sulla principale distinzione tra tutela e valorizzazione¹², quest'ultima emersa con maggior chiarezza dopo la riforma del Titolo V. Infine, si analizzeranno le principali novità introdotte dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) in materia di finanziamento degli interventi per la tutela e valorizzazione dei beni culturali.

2. RIPARTO DI COMPETENZE TRA STATO E REGIONI TRA TUTELA E VALORIZZAZIONE: IL RUOLO DIRIMENTALE DELLA CORTE COSTITUZIONALE

¹¹ Si rinvia ai lavori dell'Assemblea costituente e all'intervento tenuto dall'On. Di Fausto del 4 giugno 1947, p. 4442. ; Cfr Bilancia P., Diritti culturali e nuovi modelli di sviluppo. La nascita dell'Osservatorio sulla sostenibilità culturale.

¹² Su questi aspetti si rinvia a PAPA A., Strumenti e procedimenti della valorizzazione dei beni culturali. Ruolo dei livelli di governo e promozione delle identità, Napoli, 2006.

¹³ Su questi aspetti si rinvia a PAPA A., Strumenti e procedimenti della valorizzazione dei beni culturali. Ruolo dei livelli di governo e promozione delle identità, Napoli, 2006.

¹⁴ Cfr. Parisi S., Argomentare e "centralizzare": patterns (giurisprudenziali) in tema di competenza residuale e spinte

Le modifiche apportate al Titolo V hanno dato vita a un nuovo assetto costituzionale, i cui effetti si sono riprodotti, come è ovvio, anche in materia di beni culturali. Al riguardo, tali modifiche hanno inciso principalmente in materia di riparto delle competenze. In particolare, secondo una prima analisi, si osserva che la tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali, sia oggi tra le materie di competenza esclusiva dello Stato.

Con riferimento, invece, alla distinta materia di valorizzazione¹³ dei beni culturali e ambientali, di promozione e organizzazione di attività culturali, essa è assegnata alla potestà legislativa concorrente fra Stato e Regioni, in cui lo Stato determina i principi fondamentali, mentre alle Regioni spetta la potestà legislativa.

Come è noto, per ogni altra materia che non dovesse rientrare tra quella della valorizzazione o della tutela, la potestà legislativa residuale sarebbe riconosciuta alle Regioni, secondo quanto previsto dall'art. 117, comma 4, Cost, che prevede, per l'appunto, la clausola di residualità¹⁴.

Con riferimento, invece, alla potestà regolamentare è rilevante notare come ai sensi dell'art. 117, comma 6, Cost. essa spetti allo Stato solo riguardo alla tutela dei beni culturali e alle Regioni in qualsiasi altra materia, tra cui la valorizzazione.

In merito a quanto sinora descritto, si aggiunga che l'articolo 116, comma 3 Cost., in materia di regionalismo differenziato¹⁵, prevede per le Regioni ulteriori forme di autonomia per la tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali.

(legislative) verso il regionalismo duale., Osservatorio costituzionale, 8 giugno 2016.

¹⁵ Cfr. Napolitano A., L'irrinunciabile funzione del Parlamento per una equilibrata e funzionale attuazione del procedimento di autonomia differenziata, Rivista giuridica on-line – ISSiRFA – CNR, n. 2-2023; Napolitano A., Il regionalismo differenziato alla luce delle recenti evoluzioni. Natura giuridica ed effetti della legge ad autonomia negoziata, 7 novembre 2018; Napolitano A., L' articolo 116 comma 3 Cost. quale strumento di valorizzazione della dimensione europea delle Regioni, 27 gennaio 2020.



Concludendo questa prima analisi del riparto delle competenze attuato conseguentemente alla riforma del Titolo V, si aggiunge che le funzioni amministrative sono attribuite al Comune, salvo che non si intenda garantire un esercizio unitario delle stesse, conferendo tali funzioni a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, secondo i principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza¹⁶.

Sebbene la riforma del Titolo V abbia provato a delineare con maggior precisione le competenze legislative e le funzioni amministrative in base alle quali garantire la valorizzazione e la promozione messa in atto dagli Enti territoriali e la tutela del patrimonio culturale da parte dello Stato, di gran rilievo sono stati i conflitti e i contenziosi amministrativi sorti tra Stato, Regioni e Autonomie locali in seguito al nuovo riparto delle competenze¹⁷.

Nonostante il meritevole sforzo messo in campo dal Legislatore nel predisporre il Codice dei beni culturali¹⁸ con cui sono state definite e circoscritte le materie di tutela e valorizzazione, proprio in riferimento alle citate materie sono sorte non poche difficoltà interpretative.

Possibili sovrapposizioni tra le materie, unite a una formulazione delle disposizioni costituzionali

basate su un criterio finalistico secondo cui sono indicati gli obiettivi di tutela e valorizzazione hanno generato terreno fertile per i conflitti.

A fronte delle difficoltà riscontrate, un ruolo di fondamentale importanza è da riconoscere naturalmente alla giurisprudenza costituzionale¹⁹.

Le pronunce della Corte costituzionale²⁰ hanno contribuito in modo incisivo a definire e circoscrivere con maggior precisione le materie di tutela e valorizzazione dei beni culturali, nonché a indicare le modalità con cui operare una migliore allocazione delle funzioni amministrative in merito alle citate materie.

Un primo contributo fornito dalla Consulta in tale ambito riguarda la sostanziale distinzione tra materie di tipo “oggettivo” i cui ambiti sono oggettivamente individuabili nella Carta costituzionale e materie di tipo “finalistico”, caratterizzate da una natura funzionale attraverso le quali la Corte ha individuato degli obiettivi «in vista dei quali la potestà legislativa statale deve essere esercitata²¹».

Un altro indiscutibile contributo innovativo della Consulta riguarda l'utilizzo della definizione di “materia-attività” attribuita alla tutela dei beni culturali (e dell'ambiente²²).

¹⁶ Articolo 118, comma 1, della Costituzione. Cfr. articolo 118, comma 3, della Costituzione in materia di intesa e coordinamento tra Stato, Regioni ed Enti autonomi territoriali, con riferimento alla tutela dei beni culturali.

¹⁷ Poggi A., La difficile attuazione del Titolo V: il caso dei beni culturali, in *Federalismi.it*, n.8/2003.

¹⁸ La tutela dei beni culturali si manifesta, secondo quanto disposto dall'articolo 3, comma 1 del Codice, «nell'esercizio delle funzioni e nella disciplina delle attività dirette, sulla base di un'adeguata attività conoscitiva, ad individuare i beni costituenti il patrimonio culturale ed a garantirne la protezione e la conservazione per fini di pubblica fruizione». Se da un lato, come ricordato, la tutela è attribuita alla competenza dello Stato, dall'altro, la valorizzazione è assegnata alla potestà legislativa concorrente fra Stato e Regioni. Con riferimento a quest'ultimo punto, il Codice prevede all'articolo 6, comma 1, chiarisce che la valorizzazione «consiste nell'esercizio delle funzioni e nella disciplina delle attività dirette a promuovere la conoscenza del patrimonio culturale e ad assicurare le migliori condizioni di utilizzazione e fruizione pubblica del patrimonio stesso».

¹⁹ Clemente di San Luca G., La elaborazione del diritto dei beni culturali nella giurisprudenza costituzionale, *Rivista Aedon*, n. 1/2017.

²⁰ Sul ruolo di supplenza della Corte, cfr. Bifulco R., Celotto A., Corte costituzionale e materie, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, *Le materie dell'art. 117 della Costituzione nella giurisprudenza costituzionale dopo il 2001 – Analisi sistematica della giurisprudenza costituzionale sul riparto di competenze fra Stato e Regioni 2001-2014*, Napoli 2015, laddove si critica questa tendenza allo spostamento dell'«ago della bilancia nei rapporti centro-periferia» dal Parlamento alla Corte, affermando che «si tratta di un indice negativo dello stato del regionalismo». Si tratta di un malcontento diffuso in dottrina: cfr. TOSI R., *Giustizia costituzionale e regionalismo forte*, in *Le Regioni*, 1996; R. BIN, *Dopo la riforma*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2001; BIN R., *Le potestà legislative regionali*, dalla Bassanini ad oggi, in *Le Regioni*, 2001.

²¹ Benelli F., *La costituzione delle materie e le materie esclusive statali*, in *Le Regioni*, n. 2- 3/2001.

²² Nella sentenza 407/2002, della Corte costituzionale, (Considerato, 3.2.) vi è una chiara descrizione di “materia-attività”, definizione attribuita ai beni culturali e all'ambiente, ai sensi

In altri termini, la Corte evidenzia non soltanto l'ambito materiale entro cui sono attribuite le competenze relative alla tutela dei beni culturali, ma anche le finalità perseguite, queste ultime in grado di incidere trasversalmente²³ su una pluralità di materie di competenza di enti diversi.

Con lo scopo di definire e circoscrivere con maggior precisione le materie di tutela e valorizzazione dei beni culturali, nonché provare a superare ogni tipo di perplessità in merito al riparto delle competenze riferibili a tali materie, la Consulta ha adottato una interpretazione storico-normativa della Carta costituzionale, evidenziando una correlazione tra il processo di decentramento amministrativo iniziato negli anni novanta²⁴ e riforma costituzionale del 2001. Tale correlazione è rilevabile proprio in merito alle funzioni-attività di tutela e valorizzazione dei beni culturali, definite nella sentenza della Corte costituzionale del 13 gennaio 2004, n. 9, con cui si evidenzia come la riforma del Titolo V abbia raccolto da un lato le differenze tra tutela e valorizzazione dei beni culturali, già prevista dal D.Lgs del 31 marzo 1998, n.112²⁵ e sia stata

allo stesso tempo la base fondante per l'adozione del Codice dei beni culturali e del paesaggio.

Ed è proprio sulla base di questo approccio storico-normativo che la Corte costituzionale evidenzia la trasversalità della materia di tutela dei beni culturali, da intendersi come una disciplina volta a «impedire che il bene possa degradarsi nella sua struttura fisica e quindi nel suo contenuto culturale²⁶», e con l'obiettivo di «riconoscere il bene culturale come tale²⁷», caratterizzato cioè da un contenuto culturale che rappresenta la sua complessità e trasversalità. Non è un caso che tali finalità siano in continuità con quanto già previsto nel precedente D.Lgs 112/1998²⁸, secondo cui la funzione della tutela è da considerarsi un'attività volta a «riconoscere, conservare e proteggere i beni culturali». In una medesima ottica interpretativa, la Corte ha specificato che la materia di valorizzazione è diretta soprattutto alla «fruizione del bene culturale²⁹», finalità già indicata dal D.Lgs 112/1998³⁰ e successivamente ripresa dal novellato Titolo V.

dell'art. 117, comma 2. In particolare, la Consulta afferma che «(...) non tutti gli ambiti materiali specificati nel secondo comma dell'art. 117 possono, in quanto tali, configurarsi come "materie" in senso stretto, poiché, in alcuni casi, si tratta più esattamente di competenze del legislatore statale idonee ad investire una pluralità di materie (cfr. sentenza n. 282 del 2002). In questo senso l'evoluzione legislativa e la giurisprudenza costituzionale portano ad escludere che possa identificarsi una "materia" in senso tecnico, qualificabile come "tutela dell'ambiente", dal momento che non sembra configurabile come sfera di competenza statale rigorosamente circoscritta e delimitata, giacché, al contrario, essa investe e si intreccia inestricabilmente con altri interessi e competenze. In particolare, dalla giurisprudenza della Corte antecedente alla nuova formulazione del Titolo V della Costituzione è agevole ricavare una configurazione dell'ambiente come "valore" costituzionalmente protetto, che, in quanto tale, delinea una sorta di materia "trasversale", in ordine alla quale si manifestano competenze diverse, che ben possono essere regionali, spettando allo Stato le determinazioni che rispondono ad esigenze meritevoli di disciplina uniforme sull'intero territorio nazionale (cfr., da ultimo, sentenze n. 507 e n. 54 del 2000, n. 382 del 1999, n. 273 del 1998)».

²³ Cfr. per un confronto con le materie trasversali e per una descrizione di come esse funzionino, si consulti Bin. R.,

Pitruzzella G., "Le fonti delle autonomie", pag.432 e 433, Diritto Costituzionale, 2022.

²⁴ Per una ricostruzione storico-normativa di tale processo di decentramento, si prendano in esame le novità introdotte nell'ordinamento a partire dalla legge del 15 marzo 1997, n. 59, al successivo D.Lgs 11 marzo 1998, n.112, fino al D.Lgs del 29 ottobre 1999, n. 490 (T.U. delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali).

²⁵ Secondo un approccio storico-normativo, infatti, la Corte, al par. 6 del Considerato in diritto della sentenza del 13 gennaio 2004, n. 9, evidenzia il collegamento tra gli articoli 148, 149, 150 e 152 del D.Lgs 22 gennaio 2004, n. 42, il novellato Titolo V e il Codice dei beni culturali e del paesaggio (D.Lgs 22 gennaio 2004, n.42).

²⁶ Corte costituzionale, sent. 13 gennaio 2004, n. 9, par. 7, Considerato in diritto.

²⁷ Corte costituzionale, sent. 13 gennaio 2004, n. 9, par. 7, Considerato in diritto.

²⁸ Si confronti il contenuto della pronuncia della corte con l'art. 148, lett. c), del D.Lgs 112/1998.

²⁹ Corte costituzionale, sent. 13 gennaio 2004, n. 9, par. 7, Considerato in diritto.

³⁰ Si fa riferimento all'art. 148, lett. e), del D.Lgs 112/1998.



La soluzione interpretativa di carattere storico-normativo adottata dalla giurisprudenza costituzionale ha così fugato ogni dubbio sul piano del riparto di competenze, precisando con maggior coerenza e precisione le differenze tra tutela e valorizzazione, nonché le corrispondenti competenze. In particolare, è stata individuata la potestà legislativa in materia di tutela come competenza trasversale la cui finalità principale è di garantire livelli di tutela uniforme su piano nazionale in materia di riconoscimento, protezione e conservazione dei beni culturali. La Consulta ha altresì chiarito che la materia di valorizzazione e promozione dei beni culturali sia assegnata alla potestà concorrente e abbia la finalità di favorire una migliore conoscenza, conoscibilità e fruizione dei beni culturali presenti nelle regioni italiane.

Sebbene siano stati individuati i confini e i caratteri delle due materie, chiarendo al contempo il riparto delle competenze e, più in generale, i contenuti del nuovo Titolo V, non è stato possibile evitare sovrapposizione di competenze, causato dalla presenza di finalità trasversali, pur tenendo presente che “nelle materie in cui assume primario rilievo il profilo finalistico della disciplina, la coesistenza di competenze normative rappresenta la generalità dei casi³¹”. Al riguardo, si consideri a titolo esemplificativo come, secondo quanto descritto dalla sentenza del 9 luglio 2015 n. 140 della Corte, la finalità della tutela si sia intrecciata con la materia concorrente di valorizzazione e promozione

nonché con alcune materie di competenza residuale regionale³².

Come noto, la Costituzione non prevede espressamente un criterio per far fronte a interferenze sorte nei casi di concorso di competenze ed «è quindi necessaria l'adozione di principi diversi: quello di leale collaborazione, che per la sua elasticità consente di aver riguardo alla peculiarità delle singole situazioni, ma anche quello della prevalenza, cui pure questa Corte ha fatto ricorso, qualora appaia evidente l'appartenenza del nucleo essenziale di un complesso normativo ad una materia piuttosto che ad altre³³».

Il principio di leale collaborazione pone lo Stato in una posizione di pari ordinazione e non più in un rapporto di supremazia, in termini gerarchici, nei confronti degli altri Enti pubblici.

Ogni Ente è quindi tenuto a collaborare, secondo una visione tra i diversi livelli di governo che «obbedisce ad una concezione orizzontale-collegiale (...) più che a una visione verticale-gerarchica degli stessi³⁴».

Se si utilizza il principio di leale collaborazione come chiave di lettura dell'articolo 9 della Carta costituzionale, si noterà come si attribuisca alla Repubblica e non allo Stato il compito di tutela del patrimonio storico e artistico della Nazione, evidenziando così l'intento di «promuovere il concorso o la collaborazione, nella sfera di rispettiva competenza, delle strutture centrali e locali» per il migliore perseguimento di un obiettivo comune³⁵.

³¹ Corte costituzionale, sentenza del 16 giugno 2005, n. 232, par. 2 del Considerato in diritto.

³² Sentenza del 9 luglio 2015, n. 140 della Corte costituzionale, in materia di individuazione dei locali oggetto di attività artigianali che fossero tradizionalmente espressione dell'identità culturale collettiva.

³³ Corte costituzionale, sent. 28 gennaio 2005, n. 50, par. 5, Considerato in diritto. È da tempo però che la giurisprudenza costituzionale ritenga che il principio di leale collaborazione «deve governare i rapporti tra lo Stato e le Regioni nelle materie e in relazione alle attività in cui le rispettive competenze concorrono o si intersechino imponendo un temperamento

dei rispettivi interessi», così la Corte costituzionale con la sentenza n. 242 del 1997.

³⁴ Corte costituzionale, sentenza 31/2006). Per ulteriori approfondimenti relativi al principio di leale collaborazione e al superato riferimento costituzionale all'interesse nazionale, cfr. “Il principio di leale collaborazione”, diritto costituzionale, pag. 300 e 301, Bin R., Pitruzzella G., 2022.

³⁵ Per un'analisi dell'articolo 9 della Costituzione, sotto la lente del principio di leale collaborazione, si consideri la pronuncia della Corte costituzionale, con la sentenza 28 luglio 1988, n. 921, par. 4, Considerato in diritto, nella parte in cui si osserva che «questa norma non postula una riserva statale, ma è intesa a promuovere il concorso o la collaborazione, nella sfera di



Il principio di leale collaborazione è da intendersi, si badi, come uno strumento da adottare in ultima istanza, utilizzabile dalla Corte costituzionale nei casi in cui un intreccio di competenze fra materie sia difficilmente risolvibile attraverso il criterio di prevalenza, quest'ultimo da intendersi come strumento per individuare la competenza legislativa prevalente.

Il principio di leale collaborazione è quindi una soluzione residuale, il cui ricorso è giustificato solo nel caso in cui «non possa ravvisarsi la sicura prevalenza di un complesso normativo rispetto ad altri, che renda dominante la relativa competenza legislativa³⁶».

Sarà, dunque, necessario sempre valutare se sia possibile collocare in una determinata materia il «nucleo essenziale» della disciplina, ossia l'ambito materiale «interessato³⁷» che può essere ricostruito individuando «la ratio dell'intervento legislativo nel suo complesso e nei suoi aspetti fondamentali, non anche aspetti marginali o effetti riflessi dell'applicazione della norma³⁸».

La stessa Consulta ha affermato che «Talvolta la valutazione circa la prevalenza di una materia su tutte le altre può rivelarsi impossibile e avallare l'ipotesi (...) di concorrenza competente che apre la strada all'applicazione del principio di leale collaborazione. In ossequio a tale principio il Legislatore statale deve predisporre adeguati strumenti di coinvolgimento delle Regioni, a difesa delle loro competenze³⁹».

È importante, infine, sottolineare la decisione del Legislatore costituzionale di prevedere espressamente, nel novellato Titolo V, la disciplina di forme di intesa e di coordinamento per l'esercizio delle funzioni amministrative di tutela dei beni culturali, in un'ottica di leale collaborazione dello Stato con i Comuni e gli Enti territoriali coinvolti⁴⁰. Serve ricordare che in caso di diretti richiami delle disposizioni costituzionali a intese, queste ultime debbano essere caratterizzate da una «forza procedurale» rilevante. Le «intese forti⁴¹» si caratterizzano, altresì, per il fatto che il mancato raggiungimento dell'accordo costituisce un ostacolo insuperabile alla conclusione del procedimento.

3. LA VALORIZZAZIONE: UN ECOSISTEMA CHE COOPERA PER LE FUTURE GENERAZIONI

La materia di valorizzazione dei beni culturali⁴² è forse da considerarsi quale sede più idonea per una concreta realizzazione del pluralismo dell'amministrazione della cultura, inteso come coinvolgimento di tutti i soggetti a cui i beni culturali appartengono, a partire dalla collettività fino agli enti che la rappresentano⁴³. Stato, Regioni e altri enti presenti sul territorio sono collegialmente coinvolti nell'assicurare la valorizzazione del patrimonio culturale⁴⁴ e cooperano perseguendo il coordinamento, l'armonizzazione e l'integrazione delle attività di valorizzazione di quest'ultimo⁴⁵.

rispettiva competenza, delle strutture centrali e locali per il migliore perseguimento di un grande obiettivo di civiltà»

³⁶ Sentenze 50 e 219 del 2005, 133 del 2006 della Corte costituzionale.

³⁷ Corte costituzionale, sentenza del 19 dicembre 2006, n. 422, par. 5.1, Considerato in diritto.

³⁸ Corte costituzionale, sentenza 26 gennaio 2005, n. 30, par. 3, Considerato in diritto.

³⁹ Corte costituzionale, sentenza 25 novembre 2016, n. 251, par. 3, Considerato in diritto.

⁴⁰ Cfr. Articolo 118, comma 1 e 3 della Costituzione

⁴¹ Cfr. Sentenza n. 171 del 2018, par. 3.2.2, Considerato in diritto.

⁴² Su questi aspetti Cfr. PAPA A., Strumenti e procedimenti della valorizzazione dei beni culturali. Ruolo dei livelli di governo e promozione delle identità, Napoli, 2006.

⁴³ Cfr. AA.VV., Diritto del patrimonio culturale, Bologna, 2020.

⁴⁴ Cfr. art. 112, comma 1 del «Codice dei beni culturali e del paesaggio» (D.Lgs 22 gennaio 2004, n.42).

⁴⁵ Cfr. art. 7, comma 2 del «Codice dei beni culturali e del paesaggio» (D.Lgs 22 gennaio 2004, n.42).



In questo ecosistema di attori, ne consegue che vi siano considerevoli effetti collegati alla valorizzazione, sia di tipo economico, sia sulle principali dimensioni della vita sociale⁴⁶.

A ciò si aggiungono le problematiche in precedenza osservate riguardanti il riparto delle competenze legislative e amministrative, in aggiunta agli ostacoli relativi alla sostanziale attuazione dei diritti sociali, questi ultimi condizionati dai citati aspetti economici⁴⁷.

Si crea, in questo modo, una sorta di rete di attori connessi tra loro, osservabile sia da una prospettiva orizzontale e costituita dai rapporti tra l'amministrazione "culturale" e il cittadino; sia da una prospettiva verticale, caratterizzata dai rapporti tra gli Enti della Repubblica, coinvolti nella realizzazione di una concreta valorizzazione del patrimonio culturale⁴⁸.

Quanto osservato si basa chiaramente sul principio di sussidiarietà, secondo cui lo Stato, le Regioni e gli Enti territoriali, le istituzioni e i cittadini sono in relazione tra essi. Sulla base di suddetto principio, come noto, le funzioni pubbliche relative alla valorizzazione dei beni culturali devono essere svolte, quando possibile, al livello più vicino ai cittadini.

In particolare, secondo il profilo verticale, gli Enti complessivamente intesi sono chiamati a svolgere i propri compiti in materia di tutela, valorizzazione e fruizione dei beni culturali, secondo le proprie competenze e partendo dall'ente pubblico più vicino al territorio in cui è presente un bene.

Ricorrendo, invece, all'applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale, viene messo in risalto il rapporto tra cittadino e amministrazione.

Con riferimento a quest'ultimo punto, si intuisce il rilevante ruolo che i soggetti privati possono ricoprire partecipando alla funzione di valorizzazione. Al riguardo, si noti l'esplicito richiamo dell'articolo 6 del codice dei beni culturali, secondo cui «la Repubblica favorisce e sostiene la partecipazione dei soggetti privati, singoli o associati, alla valorizzazione del patrimonio culturale⁴⁹».

In una applicazione combinata dei principi di sussidiarietà verticale e orizzontale, i soggetti privati possono rivestire un duplice ruolo: essere proprietari dei beni da valorizzare ovvero operatori economici il cui intento è unirsi per valorizzare il bene secondo logiche di redditività. Vi possono dunque essere soggetti mossi da finalità lucrative e soggetti il cui obiettivo è promuovere e realizzare, senza scopo di lucro, attività culturali di interesse generale, come ad esempio i soggetti del terzo settore.

I privati, proprietari del bene o coinvolti nelle attività di valorizzazione, sono quindi parte di un sistema interconnesso di tutela e valorizzazione, nonché uno dei livelli di cura dei beni culturali.

Sulla base di tali osservazioni, la valorizzazione e la fruizione dei beni culturali in una prospettiva orizzontale dei rapporti tra amministrazione e cittadino, esalta due particolari posizioni giuridiche di quest'ultimo: il diritto diffuso alla redditività economica del patrimonio culturale e la titolarità del diritto soggettivo di "accesso ai beni culturali", quest'ultimo incluso nei livelli essenziali delle prestazioni da garantire su tutto il territorio nazionale⁵⁰. In particolare, con le novità introdotte dal Legislatore attraverso il dl. 20 settembre 2015⁵¹, n. 146 e le conseguenti modifiche apportate alla L.

⁴⁶ Cfr. Cavaliere S., I livelli essenziali delle prestazioni e i nuovi diritti culturali, in Rivista AIC, n.3 del 2017.

⁴⁷ Cfr. Cassese S., Dal principio di legalità al rispetto dei diritti, in Istituzioni di diritto amministrativo, Milano, 2012, pag.

⁴⁸ Cfr. Cassese S., Dal principio di legalità al rispetto dei diritti, in Istituzioni di diritto amministrativo, Milano, 2012

⁴⁹ Art. 6, comma 3 del "Codice dei beni culturali e del paesaggio" (D.Lgs 22 gennaio 2004, n.42).

⁵⁰ Art. 117, comma 2, lett. m) della Costituzione

⁵¹ Il Decreto legge citato, convertito con la legge del 25 novembre 2015, n. 182, prevede infatti che "In attuazione dell'articolo 9 della Costituzione, la tutela, la fruizione e la valorizzazione del patrimonio culturale sono attività che rientrano tra i livelli essenziali delle prestazioni di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione(...)"



146 del 1990 in materia di servizi pubblici essenziali, volti a garantire il godimento dei diritti della persona tutelati dalla Costituzione, si è dunque riconosciuto il servizio offerto dai musei come un essenziale e quindi indispensabile per garantire l'accesso al pubblico dei beni culturali, nonché la loro fruizione.

Si potrebbero ritrovare riferimenti costituzionali al diritto di accesso ai beni culturali non solo all'articolo 9, ma anche all'articolo 2, considerando il diritto all'accesso al patrimonio culturale come diritto inviolabile dell'uomo necessario per la formazione della sua personalità; all'articolo 3, comma 2, attribuendo alla Repubblica il compito di rimuovere gli ostacoli per la fruizione del patrimonio culturale; agli articoli 33 e 34, secondo i quali considerare il diritto all'accesso uno strumento di conoscenza e di studio dell'arte e della scienza.

A tal proposito, si può concludere quindi che il diritto all'accesso ai luoghi di cultura trova un valido riscontro costituzionale, supportato da ulteriori previsioni di tipo legislativo e regolamentare.

3.1. IL PNRR TRA LE FONTI DI FINANZIAMENTO PRINCIPALMENTE RILEVANTI PER LA VALORIZZAZIONE DEL PATRIMONIO CULTURALE

Un ruolo centrale per incentivare forme di conoscenza e di fruizione del patrimonio culturale e non solo la sua tutela è ricoperto dall'Unione europea⁵².

⁵² Per un esaustivo approfondimento Cfr. Papa A., *Le prospettive di un cambio di paradigma nella definizione del patrimonio culturale "europeo"* 2 febbraio 2022.

⁵³ Decisione (UE) 2017/864 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 maggio 2017, relativa a un Anno europeo del patrimonio culturale (2018).

⁵⁴ Cfr. Papa A., *La fruizione dei beni culturali come diritto culturale*, in «Le prospettive di un cambio di paradigma nella definizione del patrimonio culturale "europeo"», 2 febbraio 2022.

Non poche sono le iniziative finalizzate ad accrescere la fruizione dei beni culturali nei Paesi membri e a sensibilizzare i cittadini europei alla valorizzazione e tutela del patrimonio culturale, nonché a preservarlo per le generazioni future. Al riguardo, importante valenza significativa e in termini di ricadute economiche si è riscontrata con l'inaugurazione dell'Anno europeo del patrimonio culturale⁵³ (tenutosi per la prima volta nel 2018), l'istituzione della Capitale europea della cultura, le Giornate europee del patrimonio e il Marchio del Patrimonio europeo⁵⁴.

Tra le iniziative citate, la più significativa è forse l'Anno europeo del patrimonio culturale, il cui obiettivo è stato di «incoraggiare la condivisione e la valorizzazione del patrimonio culturale dell'Europa quale risorsa condivisa, sensibilizzare alla storia e ai valori comuni e rafforzare il senso di appartenenza a uno spazio comune europeo⁵⁵».

A conferma della rilevanza dell'Anno europeo del patrimonio culturale vi è la grande partecipazione riscontrata, i risultati conseguiti con il partenariato pubblico-privato, nonché gli effetti sulle economie dei singoli luoghi.

In un'ottica di continuità e di integrazione non solo con le altre iniziative, ma anche con le politiche dell'Unione, è stato successivamente adottato il Quadro d'azione europeo sul patrimonio culturale, nato grazie allo slancio che l'Anno europeo ha dato alla valorizzazione del patrimonio culturale.

A rendere il Quadro d'azione singolare rispetto agli altri interventi è di certo il riferimento al patrimonio culturale inteso come «bene comune tramandato dalle generazioni precedenti come eredità

⁵⁵ Cfr. Papa A., *La fruizione dei beni culturali come diritto culturale*, in «Le prospettive di un cambio di paradigma nella definizione del patrimonio culturale "europeo"», 2 febbraio 2022. Si consultino inoltre:

1) Decisione (UE) 2017/864 del Parlamento europeo; 2) Decisione (UE) 2017/864 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 maggio 2017, relativa a un Anno europeo del patrimonio culturale (2018).



a favore di quelle a venire⁵⁶» e l'intento di adottare iniziative volte ad accrescere la tutela e la fruizione del patrimonio culturale a favore delle giovani generazioni.

In accordo con il Quadro d'azione europeo sul patrimonio culturale e con la Convenzione Faro⁵⁷, l'Unione europea ha avviato un propulsivo insieme di riforme e investimenti in grado di aumentare il potenziale di crescita dei Paesi membri⁵⁸. In merito al comparto cultura, il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) del Ministero della Cultura è inserito nella Missione 1 (Digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura e turismo), Componente 3 (Turismo e Cultura 4.0)⁵⁹. Gli interventi previsti dal Piano hanno l'obiettivo di ristrutturare e valorizzare gli asset chiave del patrimonio culturale, migliorarne l'attrattività, l'accessibilità (fisica e digitale) e la sicurezza, favorendo la nascita di nuovi servizi.

Le misure della MIC3 in cui si articola il programma predisposto dal Ministero della Cultura sono tre⁶⁰: “Patrimonio culturale per la prossima generazione”; “Rigenerazione di piccoli siti culturali, patrimonio culturale religioso e rurale”; “Industria culturale e creativa 4.0”.

Per il primo intervento sono previste risorse per 1,1 mld/€⁶¹ e ha l'obiettivo di accrescere gli investimenti per la digitalizzazione del patrimonio culturale e favorirne la fruizione e i servizi legati al

settore culturale e creativo. Sempre nella medesima misura, sono previsti, inoltre, interventi dedicati a migliorare l'accessibilità dei luoghi della cultura e la loro efficienza energetica.

Il secondo intervento prevede per la sua attuazione risorse per 2,72 mld/€⁶² e punta ad agire sulla forte polarizzazione dei flussi turistici che confluiscono principalmente solo su alcuni luoghi culturali, con il conseguente rischio di usura e impoverimento nel lungo periodo. Oltre alle difficoltà legate alla preservazione e sostenibilità nel tempo dei luoghi della cultura, la catalizzazione dei flussi turistici sul territorio italiano diretti verso pochi e specifici “attrattori” fa sì che molti altri luoghi di grande valore artistico e culturale non siano conosciuti e spesso vengano esclusi da politiche volte alla loro valorizzazione.

Per questo motivo, il Piano prevede che gli interventi a sostegno di turismo e cultura non siano solo incentrati sulle grandi città e a tal fine sia disposta una linea di intervento che sosterrà lo sviluppo turistico⁶³ e culturale nelle aree rurali e periferiche.

Le risorse⁶⁴ investite saranno finalizzate alla valorizzazione del patrimonio storico, artistico e culturale, legato alle tradizioni rinvenibili nei piccoli centri e nelle zone rurali, con l'obiettivo di sostenere il recupero dei beni culturali.

⁵⁶ Introduzione del documento di lavoro dei servizi della Commissione “Quadro d'azione europeo sul patrimonio culturale, 2019.

⁵⁷ Sulla Convenzione Faro: Cfr. Papa A., *Le prospettive di un cambio di paradigma nella definizione del patrimonio culturale “europeo”*, 2 febbraio 2022. Cfr. cfr. SEVERINI G., CARPENTIERI P., *La ratifica della Convenzione di Faro sul “valore del patrimonio culturale per la società: politically correct vs tutela dei beni culturali*, in *Federalismi.it*, 2021.

⁵⁸ Cfr. Galli G., Neri F., Scinett F., *Il PNRR e le riforme*, Osservatorio dei conti pubblici italiani, 28 aprile 2023.

⁵⁹ Di seguito MIC3

⁶⁰ Le misure si articolano ulteriormente nei seguenti investimenti: 1.1 Piattaforme e strategie digitali per l'accesso al patrimonio culturale (per il quale è sono previste risorse per 500 mln/€; 1.2 Rimozione delle barriere cognitive in musei,

biblioteche e archivi per consentire un più ampio accesso e partecipazione alla cultura (risorse per 300 mln/€); 1.3 Migliorare l'efficienza energetica in cinema, teatri e musei (risorse per 300 mln/€).

⁶¹ Dati aggiornati disponibili su “pnrr.cultura.gov.it”.

⁶² Dati aggiornati disponibili su “pnrr.cultura.gov.it”.

⁶³ Cfr. Papa A., *Il turismo culturale in Italia: multilevel governance e promozione dell'identità culturale locale*, in *Federalismi.it*, 2007.

⁶⁴ Le misure si articolano ulteriormente nei seguenti investimenti: 2.1 Attrattività dei borghi (risorse per 1020 mln/€); tutela e valorizzazione dell'architettura e del paesaggio rurale (risorse per 600 mln/€); programmi per valorizzare l'identità dei luoghi: parchi e giardini storici (risorse per 300 mln/€); sicurezza sismica nei luoghi di culto, restauro del patrimonio FEC e siti di ricovero per le opere d'arte (risorse per 800 mln/€).

Saranno, inoltre, attivate iniziative imprenditoriali e commerciali, con lo scopo di rivitalizzare il tessuto socio-economico dei luoghi (si pensi a iniziative in favore dei mestieri tradizionali), contrastare lo spopolamento dei piccoli borghi e favorire la conservazione del paesaggio e delle tradizioni.

In aggiunta, sono previsti investimenti per la riqualificazione di parchi e giardini storici, la sicurezza antisismica dei luoghi di culto, il restauro del patrimonio del Fondo Edifici di Culto e la realizzazione di Siti di ricovero delle opere d'arte coinvolte in eventi calamitosi (Recovery Art).

La terza e ultima missione, le cui risorse⁶⁵ destinate sono pari a 0,46 mld/€⁶⁶, intende intervenire nel settore cinematografico e audiovisivo per accrescerne la competitività. Per incrementare l'attrattiva fra le produzioni televisive e cinematografiche europee e internazionali e valorizzare tale settore in ambito nazionale, si è scelto di destinare parte delle risorse all'hub di riferimento dell'industria audiovisiva italiana, ossia Cinecittà.

L'attuazione di questa missione contribuirà alla crescita del settore, a un aumento in termini occupazionali con conseguenti effetti economici positivi. Vi è inoltre l'obiettivo di supportare gli operatori dell'industria culturale e creativa, con interventi su: processi del settore, in particolare in materia di appalti pubblici per gli eventi culturali in un'ottica di maggiore sostenibilità ambientale; sulle competenze, per favorire un processo continuo di miglioramento per la gestione della transizione digitale e verde a favore degli operatori.

⁶⁵ Le misure si articolano ulteriormente nei seguenti investimenti: 3.1 adozione di criteri ambientali minimi per eventi culturali; 3.2 sviluppo industria cinematografica (Progetto Cinecittà) (risorse pari a 300 mln/€); Capacity building per gli operatori della cultura per gestire la transizione digitale e verde (risorse pari a 155 mln/€).

⁶⁶ Dati aggiornati disponibili su "pnrr.cultura.gov.it".

⁶⁷ Manfredi G., La valorizzazione dei beni culturali come compito costituzionalmente necessario, in *Il capitale culturale*, 3/2011.

4. **CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE**

Si è osservato come la riforma del Titolo V abbia provato a definire con maggior accuratezza le competenze legislative e le funzioni amministrative in base alle quali garantire la valorizzazione e la promozione attuata dagli Enti territoriali e la tutela del patrimonio culturale da parte dello Stato, senza però evitare che vi fossero conflitti e contenziosi amministrativi sorti tra Stato, Regioni e Autonomie locali in seguito al nuovo riparto delle competenze.

Al di là delle definizioni e dei titoli competenziali, la funzione di tutela, nella sua essenza di diritto fondamentale, si basa sull'unicità del patrimonio culturale, ossia la sua immaterialità, intesa come capacità di dare forma al suo valore culturale e di collegare contemporaneamente le persone nello spazio, con una comunità estesa oltre ogni confine e, nel tempo, con le generazioni passate e future. Il reale obiettivo della funzione di tutela è quindi di preservare il valore culturale che viene dal passato, in favore delle generazioni future.

In un'ottica di «valorizzazione dei beni culturali come compito costituzionalmente necessario⁶⁷», tale funzione può essere intesa come obiettivo da raggiungere obbligatoriamente⁶⁸ nel tempo e di cui dar conto alla collettività, quest'ultima legittimata nel vedersi riconoscere un proprio diritto.

Si è posta l'attenzione, in aggiunta, sull'evoluzione normativa che ha riguardato il diritto di accesso, tutelato dalla Costituzione sulla base delle novità introdotte dalla riforma del 2001 e dalla legge a partire dal 2015. Al cittadino è stata quindi riconosciuta la titolarità del diritto soggettivo di

⁶⁸ L'articolo 112, primo comma del Codice dei beni culturali (D.lgs 22 gennaio 2004, n. 42), dispone che "Lo Stato, le regioni, gli altri enti pubblici territoriali «assicurano» la valorizzazione dei beni presenti negli istituti e nei luoghi indicati all'articolo 101, nel rispetto dei principi fondamentali fissati dal presente codice". Si può quindi ravvisare l'obbligo nel dover assicurare la valorizzazione dei beni culturali



“accesso ai beni culturali”, quest’ultimo incluso nei livelli essenziali delle prestazioni da garantire su tutto il territorio nazionale

Si è osservato, infine, quanto abbiano inciso e quanto incideranno per i prossimi anni le iniziative intraprese dalle istituzioni europee, volte a incentivare forme di conoscenza e di fruizione del patrimonio culturale, accentuando così il superamento di un insufficiente approccio orientato alla sola tutela.

I tempi sono quindi maturi per ridurre o forse anticipare ogni salvifico intervento della Consulta, adottando le iniziative necessarie per accrescere la tutela e la valorizzazione il patrimonio culturale inteso quale «bene comune tramandato dalle generazioni precedenti come eredità a favore di quelle a venire⁶⁹», basando ogni intervento normativo sul presupposto che la «peculiarità del patrimonio storico-artistico italiano, formato in grandissima parte da opere nate nel corso di oltre venticinque secoli nel territorio italiano (...) delle vicende storiche del nostro Paese sono espressione e testimonianza. Essi vanno considerati nel loro complesso come un tutt’uno anche a prescindere dal valore del singolo bene isolatamente considerato», secondo la loro unicità che si ritrova, prima che in qualsiasi valore estetico, nella loro capacità di dare forma al valore culturale di un popolo.

⁶⁹ Introduzione del documento di lavoro dei servizi della Commissione “Quadro d’azione europeo sul patrimonio culturale, 2019.



LO SPOILS SYSTEM DEI DIRIGENTI PUBBLICI: ANCORA SUL PRINCIPIO DI SEPARAZIONE TRA POLITICA E AMMINISTRAZIONE

di **Catello D'AURIA***

ABSTRACT

Lo spoils system dei dirigenti pubblici, quale meccanismo di cessazione automatica degli incarichi dirigenziali al cambiamento della compagine governativa, rappresenta il principale banco di prova per la tenuta del principio di separazione tra politica e amministrazione, elemento cardine intorno cui ruota l'intera disciplina della dirigenza pubblica italiana. Tale istituto, il cui ambito di operatività è stato delimitato da molteplici interventi della Corte costituzionale e del legislatore, presenta tutt'ora taluni elementi dubbi, idonei a stimolare una riflessione sulla necessità di ricercare un punto di equilibrio tra le contrapposte esigenze di fiduciarità e professionalità, al fine di garantire l'attuazione dei principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione.

SOMMARIO

- 1. Lo spoils system dei dirigenti pubblici alla luce del principio di separazione tra politica e amministrazione..... 147**
- 2. Lo spoils system nell'evoluzione legislativa e giurisprudenziale 149**
- 3. Gli ultimi approdi della giurisprudenza in materia di spoils system..... 154**
- 4. Brevi considerazioni conclusive 156**

1. LO SPOILS SYSTEM DEI DIRIGENTI PUBBLICI ALLA LUCE DEL PRINCIPIO DI SEPARAZIONE TRA POLITICA E AMMINISTRAZIONE

L'espressione *spoils system* (letteralmente "sistema delle spoglie o del bottino") fa riferimento al meccanismo di sostituzione automatica o semi-automatica degli organi dirigenziali di vertice dell'amministrazione in occasione del cambiamento della compagine governativa, in modo da consentire al legislatore di mantenere il legame fiduciario con coloro che attuano le scelte compiute dagli organi politici¹.

La stessa risale a un discorso del senatore statunitense W.L. Marcy, fidato sostenitore del presidente Andrew Jackson, che pronunciò la frase "*to the victors belong the spoils*" (le spoglie appartengono ai vincitori). Ciò va inteso nel senso che il vincitore delle elezioni sostituiva, *in toto*, le strutture amministrative con i propri fedelissimi².

Con il passare del tempo il sistema delle spoglie ha finito per esprimere una connotazione negativa che sta ad indicare un legame fiduciario tra il dirigente e il vertice politico talmente significativo da rendere quest'ultimo in grado di condizionare l'operato del dirigente, tanto da subordinarne il conferimento o al contrario la revoca di un determinato incarico al gradimento dell'organo di vertice.

* Dottore magistrale in giurisprudenza.

¹ La letteratura sul punto è vastissima: sul punto, senza pretese di esaustività si rinvia a S. BATTINI, *Il principio di separazione fra politica e amministrazione in Italia: un bilancio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 39 ss; ID., *Il riformismo e la burocrazia: eredità del passato e prospettive per il futuro*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2023, 735 ss; G. REPETTO, *La tensione essenziale. Governo, amministrazione e separazione dei poteri*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2023, 363 ss.; M.

DELL'OLIO, *La riforma della dirigenza pubblica*, in PERSIANI (presentazione di), *Inediti*, Torino, 2007, 137; F. BACCHINI, *Lo spoils system e l'elemento della fiduciarità: profili problematici e spunti di riflessione fra Corte costituzionale ed evoluzione normativa*, in *Lav. nelle pp.aa.*, 2012, 793 ss.; F. CARINGELLA, *Manuale ragionato di diritto amministrativo*, 2022, Dike, Roma, 649.

² M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*. Il Mulino, Bologna, 402.



È, dunque, evidente come tale meccanismo rappresenti un banco di prova per la tenuta del principio di separazione tra politica e amministrazione, che è uno dei punti cruciali intorno ai quali ruota l'intera disciplina della dirigenza pubblica, in ragione del suo peculiare ruolo di snodo tra gli organi politici e quelli amministrativi.

In particolare, dalla definizione del rapporto tra politica e amministrazione discende il modo di intendere, di essere e di agire della dirigenza pubblica: autonoma e indipendente in modo da poter effettivamente perseguire il prevalente interesse pubblico, ovvero asservita e fedele al politico di turno, con il concreto rischio di perseguire interessi di parte.

Il principio di separazione tra politica e amministrazione, la cui origine socio-politica è piuttosto risalente³, è stato enunciato per la prima volta in Italia all'art. 51 della legge 8 giugno 1990, n. 142 con riferimento agli enti locali⁴. A breve distanza tale principio è stato ripreso e sviluppato dall'art. 3 del d.lgs. n. 29/1993 che ne ha esteso l'applicabilità a tutte le pubbliche amministrazioni i cui organi di vertice siano, direttamente o indirettamente, espressione di rappresentanza politica.

La separazione tra l'attività di indirizzo politico e l'attività di gestione amministrativa, con specifici compiti e responsabilità attribuiti ai dirigenti, si

inserisce nel più ampio progetto di riforma che, a partire dagli anni Novanta del secolo scorso, riguarda l'intera pubblica amministrazione. Si assiste, infatti, al passaggio, seppur graduale, da un modello gerarchico nel quale il Ministro è a capo dell'amministrazione, sovrintende e controlla l'attività amministrativa di cui è esclusivamente responsabile, ad un modello direzionale (o anche decentrato) nel quale i compiti del ministro sono circoscritti all'emanazione di atti di indirizzo a cui poi i dirigenti devono attenersi nell'adozione in concreto di provvedimenti in piena autonomia decisionale.

Tuttavia, è bene evidenziare sin da subito che l'attività politica e quella amministrativa, anche se concepite separatamente, sono in realtà indissolubilmente legate in un sistema, come quello italiano, governato dal principio di responsabilità ministeriale. Per questo, piuttosto che di separazione tra politica e amministrazione, sarebbe preferibile parlare di distinzione: infatti, il termine separazione rimanda all'idea di una cesura netta tra i compiti della politica e quelli dell'amministrazione, che di fatto non è realizzabile perché sussiste un necessario legame (giuridico e non) tra le due sfere di competenze⁵.

Il principio in esame, fallito ogni tentativo di costituzionalizzazione⁶, trova oggi una compiuta disciplina negli artt. 4, 14, 16 del d.lgs. n. 165 del

³ Sia consentito rinviare a M. RIDOLFI, *La distinzione tra politica e amministrazione nella struttura e nell'organizzazione della P.A.*, in *Rivista italiana di Public Management*, 2019, 100 ss., in cui l'Autrice ripercorre l'evoluzione del principio in esame da un punto di vista socio-politico, evidenziando le più recenti riletture dello stesso ad opera della dottrina giuspubblicista.

⁴ L'art. 51, comma 2, della legge 142/1990 fissa il principio secondo cui i poteri di indirizzo e di controllo spettano agli organi elettivi mentre la gestione amministrativa è attribuita ai dirigenti. Una simile formulazione è oggi contenuta nell'art. 107, comma 1, TUEL (Testo unico degli enti locali approvato con d.lgs. 267/2000) secondo cui i poteri di indirizzo e di controllo politico-amministrativo spettano agli organi di governo, mentre la gestione amministrativa, finanziaria e tecnica è attribuita ai dirigenti mediante autonomi poteri di spesa, di organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo.

⁵ S. PARISI, *La natura del principio di distinzione tra politica e amministrazione e il suo complicato inveroamento nella forma di governo locale*, in *Le Regioni*, fasc. 6, 2010, 1265-1298.

⁶ Considerato il ruolo centrale del principio di separazione nell'intera riforma della dirigenza pubblica, un gruppo di autorevoli studiosi propose alla Commissione bicamerale per le riforme istituzionali presieduta dall'On. Jotti, l'elevazione della separazione tra politica e amministrazione a principio costituzionale. L'idea era di prevedere quattro semplici disposizioni che rappresentassero quattro gradi di separazione: 1) separazione funzionale, nel senso di distinguere tra l'attività di *rule-making*, cioè indirizzo, spettante agli organi politici, e quella di *adjudication*, ossia gestione, di competenza degli organi amministrativi; 2) separazione strutturale tra funzionari politici e funzionari amministrativi per garantire professionalità e imparzialità; 3) separazione tra la funzione di indirizzo politico e quella di datore di lavoro pubblico, perché gli organi politici sono



2001, che realizzano la separazione funzionale fra autorità politica e dirigenti, in modo da evitare sovrapposizioni di ruoli, interferenze o ingerenze. Infatti, mentre agli organi politici spetta la funzione di indirizzo, alla dirigenza compete la funzione di gestione dell'attività amministrativa. Inoltre, è fatto divieto al Ministro di revocare, riformare, riservare o avocare a sé o altrimenti adottare provvedimenti o atti di competenza dei dirigenti, nonché è stata eliminata la possibilità di ricorso gerarchico contro gli atti adottati dai dirigenti apicali.

Il principio di separazione tra politica e amministrazione è considerato “un precipitato logico del principio di buon andamento e imparzialità di cui all'art. 97 Cost.”⁷, nonché una condizione “necessaria per garantire il rispetto dei principi di buon andamento e di imparzialità dell'azione amministrativa”⁸.

Tuttavia, esso, a causa dell'incidenza di alcuni strumenti giuridici di condizionamento dell'operato dei dirigenti⁹, non gode di ottima salute. Tra questi, un ruolo cruciale è svolto dal meccanismo dello *spoils system*.

Ed invero, proprio lo *spoils system* è l'istituto che ha messo maggiormente a dura prova la tenuta del principio di separazione tra politica e amministrazione, richiedendo un attento vaglio della

giurisprudenza, onde evitare eventuali violazioni del quadro dei vincoli costituzionali.

2. LO SPOILS SYSTEM NELL'EVOLUZIONE LEGISLATIVA E GIURISPRUDENZIALE

Lo *spoils system* ha fatto la sua comparsa in Italia con l'art. 13 del d.lgs. n. 80/1998¹⁰ con cui si riconosceva la possibilità che gli incarichi apicali (incarichi di segretario generale di ministeri, incarichi di direzione di strutture articolate al loro interno in uffici dirigenziali generali e quelli di livello equivalente, conferiti con decreto del Presidente della Repubblica) venissero confermati, revocati, modificati o rinnovati entro novanta giorni dal voto sulla fiducia al Governo. Decorso inutilmente tale termine, gli incarichi per i quali non si fosse provveduto espressamente si intendevano confermati fino alla loro naturale scadenza¹¹.

Quest'ultima è stata considerata una variante “attenuata” del sistema delle spoglie di matrice statunitense, da cui differisce per un elemento fondamentale. Infatti, nel sistema nazionale l'applicazione di quest'istituto non determina la cessazione dell'impiego, con conseguente licenziamento del

naturalmente inclini al c.d. *political patronage*; 4) separazione tra diversi tipi di responsabilità, in particolare tra la responsabilità politica per l'azione del governo e la responsabilità dirigenziale per mancato raggiungimento dei risultati fissati. Sebbene si trattasse di una proposta assai apprezzabile non tanto per l'originalità dei contenuti, i quali si erano grosso modo già affermati nella legislazione vigente, quanto per la fonte costituzionale con cui si volevano introdurre queste disposizioni, la stessa non ebbe alcun seguito. Si veda: S. BATTINI, *Il principio di separazione fra politica e amministrazione in Italia: un bilancio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, fasc. 1, 39-79.

⁷ Cfr. Corte Cost., 11 giugno 1993, n. 333 in *giurcost.org*.

⁸ Cfr. Corte Cost., 20 maggio 2008, n. 161 in *giurcost.org*. Nello stesso cfr. Corte cost., 28 ottobre 2010, n. 304, *ivi*; 28 novembre 2008, n. 390, *ivi*; 23 marzo 2007, nn. 103 e 104, *ivi*.

⁹ In particolare si fa riferimento agli uffici di diretta collaborazione nonché alle figure amministrative di vertice attraverso cui gli organi politici indirettamente cercano di intromettersi nella gestione amministrativa; alle modificazioni

dell'articolazione degli uffici, del modello organizzativo o della natura giuridica di strutture amministrative vigilate, dietro cui si potrebbero celare rimozioni dei dirigenti non “graditi”; alla disciplina dell'incarico dirigenziale (professionale) comprensiva del potere di nomina e revoca, durata dell'incarico, accesso alla qualifica e progressione di carriera; all'uso improprio della dirigenza esterna per ampliare gli incarichi fiduciari; alla non chiara definizione dello stato giuridico del dirigente professionale con particolare attenzione ai doveri di comportamento e al regime delle incompatibilità che rischia di compromettere l'indipendenza degli organi amministrativi e l'imparzialità dell'amministrazione.

¹⁰ G. MAZZOTTA, *Cronaca di giurisprudenza costituzionale in tema di spoils system*, in *Rivista AIC*, 3, 2012; S. NERI, *La politica dell'amministrazione. Problemi e prospettive dello spoils system italiano*, in *Rivista italiana di public management*, vol. 3, n.1, 2020, 92-117.

¹¹ Art. 19, comma 8, del d.lgs. n. 29/1993 così come modificato dall'art. 13 del d.lgs. n. 80/1998.



funzionario coinvolto, come accade nell'ordinamento Usa, ma, al contrario, comporta esclusivamente la perdita dell'incarico ricoperto e la sostituzione con un altro¹².

Tale circostanza si mostra assolutamente in linea con la scissione tra rapporto di servizio e rapporto di impiego, che caratterizza lo *status* del dirigente pubblico.

La *ratio* ispiratrice della norma deve essere individuata nei profondi mutamenti politici di quel periodo storico, connotati dall'introduzione di un sistema elettorale maggioritario, in cui il Governo, in conseguenza di una maggiore responsabilità politica, dispone di adeguati poteri per assicurare la realizzazione degli obiettivi attribuiti all'amministrazione. In tale logica va considerata la facoltà di scelta le figure amministrative di vertice, come ad esempio i segretari generali, i capi di dipartimento o altre figure di carattere apicale¹³.

In seguito¹⁴, la legge n. 145/2002 ha generalizzato tale meccanismo decadenziale, introdotto in misura ristretta pochi anni prima, articolandolo addirittura in due forme diverse.

Da un lato, lo *spoils system* "a regime", relativo agli incarichi c.d. apicali di cui al comma 3 dell'art. 19 cit., che cessavano automaticamente decorsi novanta giorni dal voto di fiducia ottenuto dal Governo subentrante¹⁵.

Dall'altro, lo *spoils system* "una tantum", che stabiliva la cessazione degli incarichi dirigenziali di livello generale e di quelli di direttore generale di enti pubblici vigilati dallo Stato al sessantesimo giorno dall'entrata in vigore della legge. Al contrario, per gli incarichi dirigenziali di livello non generale era riconosciuta la possibilità di procedere all'attribuzione di un nuovo incarico entro novanta giorni

dalla data di entrata in vigore della legge, decorsi inutilmente i quali si intende confermato l'incarico precedente¹⁶.

L'evoluzione normativa dell'istituto in esame ha raggiunto un'ulteriore tappa con il decreto legge n. 262/2006, come convertito dalla legge n. 286/2006, che ne ha esteso notevolmente la portata applicativa, coinvolgendo anche altre figure apicali e, segnatamente, i direttori delle Agenzie, incluse quelle fiscali.

Fin dal primo momento, il sistema delle spoglie è stato fortemente criticato per aver creato un *vulnus* al principio di separazione tra politica e amministrazione, dal momento che gli organi politici continuamente condizionavano l'operato dei dirigenti pubblici che, anziché essere indipendenti e autonomi, erano ad essi fedeli e asserviti al fine di guadagnarsi la riconferma nell'incarico.

Tali rilievi critici assumono maggiore pregnanza con riferimento alle ipotesi di *spoils system una tantum*, poi dichiarate incostituzionali.

Infatti, queste si prestavano ad una pericolosa interferenza degli organi politici nella gestione amministrativa, atteso che i primi avrebbero potuto quasi arbitrariamente utilizzare lo strumento in parola per rimuovere dirigenti non graditi, in totale spregio delle regole del giusto procedimento e del necessario controllo giurisdizionale, con effetti distorsivi sui principi di imparzialità e buon andamento¹⁷.

Alla luce di ciò, si comprende l'attenta indagine condotta dalla Corte Costituzionale, la quale, negli anni, ha sottoposto a vaglio la compatibilità dello *spoils system* con il dettato costituzionale, e in

¹² P. PATANÈ, *Spoils system. Schedario/Lessico oggi*, in *www.aggioramentisociali.it*, n.3, 2006, 261-264.

¹³ G. MAZZOTTA, *op. cit.*

¹⁴ S. NERI, *op. cit.*; G. MAZZOTTA, *op. cit.*

¹⁵ Art. 19, comma 8, d.lgs. n. 165/2001, come sostituito dall'art. 3, comma 1, lett. i) della legge n. 145/2002. Si tenga

che presente che la nuova impostazione legislativa appare ribaltata rispetto a quella originaria: mentre in passato era prevista la conferma tacita in mancanza di un provvedimento espresso, la regola è, ora, la decadenza automatica.

¹⁶ Art. 3, comma 7, legge n. 145/2002.

¹⁷ G. MAZZOTTA, *op. cit.*



particolar modo con i principi di cui agli artt. 97 e 98 Cost¹⁸.

Dapprima, la Consulta, con pronuncia n. 233 del 2006, ha considerato non fondate le questioni di legittimità costituzionale relative al meccanismo di cessazione automatica di tutti gli incarichi dirigenziali contemplato da tre leggi della regione Calabria. Più in particolare, la Corte ha escluso che tale sistema determinasse una lesione dei principi di ragionevolezza, di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione, garantiti dagli artt. 3 e 97 Cost, poiché esso era circoscritto ai soli dirigenti apicali. Ed invero, considerata la natura fiduciaria di tali incarichi, attribuiti “*intuitu personae*”, la regola della decadenza automatica contribuiva a consolidare la sinergia tra l’organo politico regionale e i vertici amministrativi, in modo da consentire il buon andamento dell’attività dell’ente¹⁹.

I dubbi ermeneutici scaturiti da questa decisione hanno indotto la Corte Costituzionale ad un *revirement*, concretizzatosi nelle sentenze nn. 103 e 104 del 2007.

In tale occasione, la Consulta ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dello *spoils system* “*una tantum*”, di cui all’art. 3, comma 7, della legge n. 145/2002, per contrasto con gli artt. 97 e 98 Cost., in ossequio al principio di separazione tra politica e amministrazione,

Infatti, la cessazione automatica del rapporto di ufficio prima della scadenza del termine stabilito, in assenza di adeguate garanzie procedurali, determinava una violazione del principio di continuità dell’azione amministrativa, diretta espressione di quello di buon andamento e imparzialità, in tutte le sue forme sintomatiche: efficienza, efficacia ed economicità.

Tale orientamento è stato confermato dalla Corte Costituzionale in alcune sentenze successive, in cui è stato tracciato il confine oltre il quale lo *spoils system* è illegittimo, muovendo dall’analisi delle varie tipologie di incarichi dirigenziali, che possono essere conferiti ex art. 19 del d.lgs. n. 165/2001.

Più nel dettaglio, le sentenze nn. 161/2008 e 81/2010 hanno dichiarato l’illegittimità costituzionale dello *spoils system* anche nel caso di incarichi dirigenziali conferiti rispettivamente a soggetti non appartenenti ai ruoli di cui all’art. 23 t.u.p.i.²⁰, ovvero a soggetti esterni ai ruoli dell’amministrazione²¹.

La disciplina degli incarichi dirigenziali, fa notare la Corte, pur contemplando diverse modalità di conferimento in base all’art. 19 cit., deve essere letta in un’ottica unitaria, essendo informata agli stessi principi, specie quello di distinzione tra politica e amministrazione.

¹⁸ La dottrina, data la rilevanza del tema, si è occupata approfonditamente della giurisprudenza costituzionale in materia di *spoils system*. Sia consentito rinviare, senza pretesa di esaustività, a: S. BATTINI, *In morte del principio di distinzione fra politica e amministrazione: la Corte preferisce lo spoils system*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 8, 2006, 911-916; D. CASTROVINCI, *Dirigenza pubblica e spoils system: giurisprudenza della corte costituzionale, decreto Brunetta e disposizioni integrative. Il diritto del mercato del lavoro*, n.3, 2011, 573-617; F. MERLONI, *Lo spoils system è inapplicabile alla dirigenza professionale: dalla Corte nuovi passi nella giusta direzione. Commento alle sentenze n. 103 e 104 del 2007*, in *Le Regioni*, n. 5, 2007, 836-848; G. RONCONI, *Lo spoils system visto dalla Corte Costituzionale: il rapporto tra politica e amministrazione. Nota a Corte Costituzionale, Sentenza 20 maggio 2008, n.161*, in *www.filodiritto.it*, 2008; L. FIORILLO, *Incarichi di funzione dirigenziale e spoils system: la Corte costituzionale definisce il quadro di operatività dell’istituto, nota a Corte Cost. 5 marzo 2010, n. 81*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n.

3, 2010, 2693 e ss.; G. D’AURIA, *Spoils system a tappeto per gli addetti agli uffici di diretta collaborazione dei ministri (e ultime nuove sulla dirigenza pubblica)*, in *Foro.it*, 2011, 707-710.

¹⁹ È stato criticamente evidenziato che la sentenza sembra trascurare che la finalità delle leggi regionali fosse quella di determinare la cessazione non solo degli incarichi apicali ma di tutte le posizioni dirigenziali. Dunque, sarebbe stata auspicabile una pronuncia interpretativa di accoglimento che dichiarasse l’illegittimità delle disposizioni che prevedono lo *spoils system* nella parte in cui si applicano a tutti i dirigenti e non solo a quelli fiduciari. Da ultimo, ulteriori rilievi hanno riguardato la circostanza che la sentenza manca di fornire un criterio di tipo funzionale per distinguere la dirigenza apicale (*rectius*, fiduciaria) da quella professionale.

²⁰ Art. 19, comma 5-bis d.lgs. n. 165/2001.

²¹ Art 19, comma 6, d.lgs. n. 165/2001.



Pertanto, solo una preventiva fase di valutazione dell'operato del dirigente – nel rispetto del principio del contraddittorio – da cui emerge una accertata responsabilità dirigenziale, può giustificare la cessazione anticipata dell'incarico²².

Considerazioni opposte vengono, invece, articolate nella sentenza n. 304/2010, con cui la Corte ha ritenuto costituzionalmente legittimo lo *spoils system* applicato al personale, anche dirigenziale, degli uffici di diretta collaborazione con il Ministro, in virtù del rapporto strettamente fiduciario che deve sussistere tra l'organo di governo e tutto il personale di cui esso si avvale per svolgere l'attività di indirizzo politico-amministrativo.

Le ragioni sottese a tale decisione sono ispirate alla separazione tra politica e amministrazione, funzionale al rispetto dei principi costituzionali di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa, che deve essere garantita esclusivamente tra l'attività svolta dai ministri, con il supporto degli uffici di diretta collaborazione, e quella esercitata dagli organi burocratici, cui spetta la funzione di amministrazione attiva.

La rilevanza di questa pronuncia, nonostante alcuni esigui rilievi critici²³, è fuori discussione perché, come auspicato da tempo, individua il criterio per valutare la legittimità dello *spoils system* nelle funzioni effettivamente svolte dai dirigenti pubblici,

prescindendo dalla loro posizione nell'organizzazione amministrativa.

In sostanza, lo *spoils system* è da considerare legittimo solo se riferito a incarichi dirigenziali di natura fiduciaria, conferiti *intuitu personae*, e non comportanti l'esercizio di funzioni amministrative di esecuzione dell'indirizzo politico (c.d. compiti di gestione). Tale impostazione è stata poi recepita dall'art. 40 d.lgs. n. 150/2009 che, ponendo fine alle tormentate vicende che hanno visto protagonista questo istituto, ha riscritto l'art. 19, comma 8, del d.lgs. n. 165/2001, prevedendo che la cessazione automatica, decorsi novanta giorni dal voto sulla fiducia al Governo, si applichi solo agli incarichi dirigenziali c.d. "apicali", di cui al comma 3.

Al di fuori di queste peculiari ipotesi, il principio di distinzione tra le funzioni di indirizzo e controllo e quelle di gestione amministrativa, non ammette nessun'altra fattispecie di cessazione automatica anticipata degli incarichi dirigenziali, che anzi, non riguardando incarichi *intuitu personae*, sarebbe in contrasto con gli art. 97 e 98 Cost., e dunque destinata, come accaduto più volte in passato, a cadere sotto le pronunce dei giudici costituzionali²⁴.

L'impostazione funzionale utilizzata dalla Corte Costituzionale in molteplici occasioni²⁵ sembra ricevere un'importante conferma nella più recente sentenza n. 23/2019²⁶.

²² Cfr. Corte Cost., sentenze nn. 103 e 104 del 2007, cit.; nn. 390 e 161 del 2008, cit.; n. 34/2010 cit.

²³ Parte della dottrina ha evidenziato come la Corte Costituzionale avrebbe potuto, piuttosto che ammettere lo *spoils system* per tutto il personale degli uffici di diretta collaborazione, limitarlo solo a quelle figure che collaborano effettivamente alla definizione dell'indirizzo politico-amministrativo. Infatti, è evidente che, nell'ambito di tali uffici, taluni sono addetti a compiti di natura politica, mentre tal altri si occupano anche di attività non propriamente strumentale alle funzioni del Ministro. Pertanto, sarebbe stato preferibile circoscrivere il meccanismo di decadenza automatica in base alla natura "politica" dei compiti effettivamente svolti. G. D'AURIA, *op. cit.*

²⁴ D. CASTROVINCI, *op. cit.*; ID, *Il punto su dirigenza pubblica e spoils system: le conferme della Corte costituzionale anche con riferimento al segretario comunale*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, n.4, 2019, 262-296.

²⁵ In particolare, sulla scorta del criterio funzionale elaborato dalla giurisprudenza costituzionale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale delle disposizioni che prevedevano la decadenza automatica degli incarichi di Comandante e Vice Comandante regionale dei vigili del fuoco (sentenza n. 52/2017); degli organi di vertice e dei componenti o dei rappresentanti della Regione nei consigli di amministrazione o negli organi equiparati di una serie di enti, pubblici o privati, controllati o partecipati dalla Regione (sentenza n. 269/2016); dell'incarico di direttore di enti regionali (sentenza n. 20/2016); dei direttori generali delle Aziende sanitarie locali e del direttore generale dell'Agenzia regionale per la protezione dell'ambiente (sentenza n. 34/2010); dei componenti dei collegi sindacali delle aziende sanitarie locali (sentenza n. 390/2008).

²⁶ Corte Cost., 22 febbraio 2019, n. 23, in *giurcost.org*.



La questione portata all'attenzione della Consulta riguardava le disposizioni di legge disciplinanti la nomina e la cessazione dall'incarico dei segretari comunali (art. 99 T.U.E.L.), che, secondo le deduzioni del giudice remittente, avrebbero determinato un'illegittima forma di *spoils system*, in ragione delle funzioni di natura tecnico-professionale espletate dai soggetti coinvolti.

Tuttavia, la Corte costituzionale ha escluso una violazione dei principi di imparzialità e continuità dell'azione amministrativa nella circostanza che il segretario generale dell'ente resti in carica per un periodo corrispondente a quello del Sindaco che lo ha nominato e cessa automaticamente dall'incarico (salvo conferma) al termine del mandato di quest'ultimo. Infatti, tale norma è stata ritenuta un punto di equilibrio non irragionevole tra le esigenze dell'autonomia locale e la garanzia del controllo su di essa.

A sostegno di tale conclusione, premessa una ricognizione storica della figura, la Corte si è soffermata sulle "multiformi attribuzioni" del segretario comunale, destinatario di una disciplina non priva di contraddizioni, specchio del suo inquadramento nel ruolo dell'Amministrazione statale e della sua dipendenza funzionale dal Sindaco²⁷.

D'altronde, il fatto di essere una figura apicale che intrattiene con il Sindaco rapporti diretti non è di per sé sufficiente per sostenere che il meccanismo della decadenza automatica non leda il principio di imparzialità, dato che apicalità e immediatezza del rapporto "non richiedono necessariamente una personale adesione agli obiettivi politico-amministrativi del Sindaco", sicché la decadenza non si

giustifica su queste basi. Né è di per sé il carattere fiduciario della nomina a giustificarla, visto che tale carattere ben potrebbe esaurirsi nell'atto di nomina stesso²⁸.

Pertanto, la giustificazione della decadenza automatica si desume dal novero delle funzioni attribuite al segretario comunale, il quale, oltre a svolgere un'attività di certificazione, di controllo di legalità e di attuazione di un indirizzo altrui, occupa un ruolo attivo e propositivo. Infatti, egli coadiuva e supporta il Sindaco e la Giunta, influenzando la fase di formazione dell'indirizzo politico-amministrativo attraverso l'indicazione collaborativa degli obiettivi e delle modalità con i quali essi possono essere meglio raggiunti, nonché coordina e sovrintende gli uffici in cui si articola l'ente locale.

In sostanza, la natura "bifronte"²⁹ del segretario è ampiamente sufficiente a giustificare il meccanismo di *spoils system*, essendo esso non incoerente o non irrazionale con la tipologia di compiti svolti, a maggior ragione se essi assecondano una tendenza verso una maggiore dipendenza funzionale dal Sindaco. Tale meccanismo, peraltro, non è strutturato secondo uno schema secco, ma è temperato dalla circostanza che il segretario può essere implicitamente confermato qualora il nuovo Sindaco non nomini il successore tra i 60 e i 120 giorni successivi all'inizio del mandato³⁰.

È evidente come tale pronuncia rappresenti un'ulteriore tappa del percorso giurisprudenziale volto a definire il perimetro di legittimità dello *spoils system*, che deve essere limitato ai dirigenti i quali, in base alle funzioni svolte, esercitino un incarico apicale e fiduciario.

²⁷ G. BOGGERO, *I segretari comunali restano "tra color che son sospesi": lo spoils-system non amministrazione lede l'imparzialità della pubblica*, in *Osservatorio costituzionale*, fasc. 3, 2019.

²⁸ Cfr. Corte Cost., 21 febbraio 2017, n.52, in www.cortecostituzionale.it. Inoltre, nella decisione relativa ai segretari comunali, la Consulta ha avuto modo di specificare che l'atto di nomina non è, in realtà, integralmente fiduciario, ossia slegato da qualsivoglia criterio di competenza, essendo richiesto al Sindaco di esporre le ragioni della scelta, non soltanto valutando il

possesso dei requisiti generalmente prescritti, ma anche considerando, eventualmente in maniera comparativa, le pregresse esperienze tecniche, giuridiche e gestionali degli aspiranti. Si veda: G. BOGGERO, *op. cit.*

²⁹ In tal senso si veda: F. PINTO, *Diritto degli enti locali*, III ed., Torino, 2012, 230.

³⁰ Cfr. C. NAPOLI e N. PIGNATELLI (a cura di), *Codice degli enti locali*, II ed., 2019, 583.



Infatti, solo con riferimento a quest'ultimi, la cessazione automatica degli incarichi al cambiamento della compagna governativa non determina un'interferenza con i principi di imparzialità e buon andamento - di cui quello di separazione tra politica e amministrazione è solo un precipitato logico -, ma anzi è strumentale a una piena attuazione degli stessi.

3. GLI ULTIMI APPRODI DELLA GIURISPRUDENZA IN MATERIA DI SPOILS SYSTEM

L'operatività dello *spoils system* nel perimetro tracciato dal combinato disposto degli artt. 19, comma 8, e 14, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001 è oramai, grazie ai ripetuti interventi del giudice delle leggi e da un ultimo del legislatore, un elemento pacifico in dottrina e giurisprudenza.

Gli stessi giudici di legittimità e di merito, chiamati a pronunciarsi sull'illegittimità degli atti di revoca di alcuni dirigenti, piuttosto che sollevare nuove questioni di legittimità costituzionale, sono ricorsi ad una lettura costituzionalmente orientata

delle disposizioni legislative applicabili ai casi di specie nel solco degli insegnamenti, anche più recenti³¹, della Corte Costituzionale³². A tal proposito, è stata accertata la legittimità della revoca di un dirigente in forza della natura fiduciaria dell'incarico conferito³³, nonché apicale delle funzioni svolte attinenti alla definizione dell'indirizzo politico-amministrativo³⁴, ovvero l'illegittimità del provvedimento ove lo stesso riguardi funzioni dirigenziali di tipo tecnico-professionale³⁵.

Tuttavia, di recente, si è posta un'interessante questione che ha riacceso i riflettori sullo *spoils system*³⁶.

In particolare, la questione riguardava il termine entro cui può essere conferito l'incarico alla c.d. dirigenza fiduciaria e ha avuto origine da una richiesta di parere consultivo avanzata dal Ministero dell'economia e delle finanze, sulla corretta interpretazione da fornire all'art. 19, comma 8, d.lgs. n. 165/2001 nella parte in cui esso stabilisce che "gli incarichi di funzione dirigenziale di cui al comma 3 cessano decorsi novanta giorni dal voto di fiducia al Governo".

Il dubbio interpretativo, che andava risolto con estrema urgenza³⁷, era se, nell'attuale perimetro di

³¹ La Consulta ha sposato un'interpretazione ampia del principio di separazione tra politica e amministrazione, il quale vale anche con riferimento al rapporto tra i vertici amministrativi, rispetto ai quali sussiste una considerevole esigenza di continuità dell'azione amministrativa. Pertanto è stato dichiarato incostituzionale il meccanismo di decadenza automatica degli incarichi dirigenziali di direttore amministrativo e di direttore sanitario delle aziende del servizio sanitario regionale alla cessazione dell'incarico del direttore generale (cfr. Corte cost., 10 gennaio 2023, n. 26, in *giurcost.org*, che richiama i principi enunciati nelle sentenze n. 228 del 2011 e n. 224 del 2010).

³² D. CASTROVINCI, *Il punto su dirigenza pubblica e spoil system: le conferme della Corte costituzionale anche con riferimento al segretario comunale. op. cit.*; P. ROSSI, *Cassazione, spoils system solo per dirigenti «apicali» che non si limitano alla gestione*, in *Ilsole24ore-Sanità* 24, 2017.

³³ Cons. Stato, Sez. II, 20 giugno 2023, n. 6072 in *Bancadati Dejure.it*.

³⁴ Cass. Civ., Sez. Lav., 18 gennaio 2023, n. 1490 in *Bancadati Dejure.it*; Cass. Civ., Sez. Lav., 31 gennaio 2017, n. 2510, *ivi*.

³⁵ Cass. Civ., Sez. Lav., 5 maggio 2017, n. 11015, in *Bancadati Dejure.it*. In tale sentenza dopo aver richiamato la giurisprudenza della Corte di Cassazione (cfr. sentenza n. 20177/2008; n.13232/2009; 2555/2015; 3210/2016; 14953/2016) che si è conformata alla giurisprudenza costituzionale, viene ribadito il principio di diritto per cui, data all'assenza del carattere fiduciario, gli incarichi di tipo tecnico-professionale, che non implicano il compito di collaborare direttamente al processo di formazione dell'indirizzo politico dell'ente di riferimento, non rientrano nella sfera di operatività dello *spoils system* legittimo.

³⁶ L'analisi di tale questione è stata già affrontata in precedenza, per cui sia consentito rinviare a C. D'AURIA, *Spoils system: il parere del Consiglio di Stato n.1979/2022*, in *Iusinitivere.it*, 2023.

³⁷ La necessità di una soluzione urgente discende dalla circostanza per cui, avendo l'attuale Governo acquisito la fiducia del Parlamento il 26 ottobre del 2022, il termine di novanta giorni previsto dalla legge sarebbe decorso nell'ultima settimana di gennaio. Pertanto, sussistevano molteplici dubbi sulla titolarità piena ed effettiva delle posizioni apicali di vertice sia delle strutture dipartimentali del Ministero dell'economia e



operatività dello *spoils system*, come delineato dalle modifiche legislative, avallate e precedute dagli orientamenti giurisprudenziali summenzionati, “l’Autorità di Governo, che non intenda rinnovare nell’incarico di vertice la persona che lo deteneva prima del voto di fiducia, debba necessariamente attendere lo spirare del termine dei novanta giorni, conseguendo per effetto legale la vacanza del posto di vertice e solo dopo avviare l’iter procedurale necessario per l’attribuzione dell’incarico su quel posto ad altra persona, diversa da quella il cui incarico è nel frattempo in tal modo cessato” o se, invece, come il Ministero ritiene, “il procedimento di attribuzione dell’incarico a persona diversa possa prendere avvio durante il decorso dei novanta giorni e anche molto prima dello spirare del novantesimo giorno”³⁸.

Il parere n. 1979 del 15 dicembre 2022 del Consiglio di Stato ha risolto tale interrogativo, con un *iter* logico-argomentativo ispirato, ancora una volta, al principio di separazione tra politica e amministrazione, punto di partenza per passare in rassegna l’evoluzione legislativa e giurisprudenziale dello *spoils system*, fino a giungere all’analisi della dirigenza c.d. fiduciaria.

Quest’ultima, si contrappone alla dirigenza c.d. professionale, in virtù della natura degli incarichi conferiti: mentre la prima è caratterizzata per la natura fiduciaria degli incarichi, attribuiti *intuitu personae*, sulla base di valutazioni personali di consentaneità con l’indirizzo politico; alla seconda spettano compiti propriamente gestionali.

Tale circostanza rende ragionevoli non solo deroghe in materia di conferimento e revoca degli incarichi, ma determina anche la legittimità del meccanismo di cessazione automatica e anticipata degli stessi, pur in assenza di una valutazione negativa

dei risultati conseguiti e di un previo contraddittorio.

D’altronde, già la Corte costituzionale aveva avuto modo di precisare che lo *spoils system*, quando applicato a siffatti incarichi, è funzionale al perseguimento del principio di continuità e di buon andamento della pubblica amministrazione, stante la perdurante necessità di garantire l’attuazione delle politiche e degli obiettivi prefissati che può aversi solo con la intensa sinergia tra vertici amministrativi e politici.

Da quanto detto discende che “la cessazione automatica dell’incarico, decorsi novanta giorni dal voto di fiducia al Governo, non deve essere inteso nel senso di impedire, in quanto funzionale al fondamento fiduciario del rapporto, la libera recedibilità dallo stesso, anche prima di tale termine”³⁹.

Infatti, la natura fiduciaria degli incarichi dirigenziali apicali comporta che già dal momento dell’insediamento del nuovo esecutivo, tale elemento possa venir meno, legittimando la facoltà per l’organo politico di recedere dal rapporto, anche prima del decorso del termine di novanta giorni dal voto sulla fiducia al Governo.

Dunque, atteso che la *ratio* dello *spoils system*, limitatamente alla dirigenza fiduciaria, è di garantire la coesione e il coordinamento fra l’indirizzo politico e l’apparto amministrativo, appare sostanzialmente irragionevole imporre che il nuovo Governo sia vincolato alle scelte compiute dal precedente esecutivo, sino a che non sia decorso il termine di novanta giorni dal voto di fiducia⁴⁰.

Secondo il Consiglio di Stato, l’attuale formulazione dell’art. 19, comma 8, del d.lgs n. 165/2001 esclude da un lato, “l’imposizione di uno *spatium deliberandi* sino ai novanta giorni successivi al voto di fiducia sul Governo”; dall’altro, “il riconoscimento

delle finanze sia delle Agenzie fiscali, che rientrano nel campo di operatività dello *spoils system* invirtù dell’articolo 2, comma 160, d.l. n. 262/2006, convertito con modificazioni dalla legge n. 286/2006.

³⁸ Cons. Stato, Sez. I, parere consultivo 15 dicembre 2022, n. 1979, in *Banca Dati Dejure.it*.

³⁹ § 3, Cons. Stato, n. 1979/2022, cit.

⁴⁰ C. D’AURIA, *op. cit.*



di una posizione giuridica tutelata, ad esempio un affidamento, alla conservazione della posizione per i novanta giorni successivi al voto di fiducia, in capo ai titolari di posizioni soggette a *spoils system*⁴¹. Infatti, questi ultimi sono consapevoli che la durata del loro incarico, stante la sua natura fiduciaria, dipende dalla vita dell'esecutivo, slegato com'è da tempi definiti o in qualsiasi modo predeterminabili.

In conclusione può dirsi che, coerentemente con le modifiche normative apportate dalla legge n. 145/2002 e con la giurisprudenza costituzionale in materia di *spoils system*, esso deve essere inteso quale meccanismo cessazione automatica *ex lege* degli incarichi dirigenziali apicali, decorso il termine massimo dei novanta giorni dal voto di fiducia al Governo.

La soluzione adottata sembra garantire la certezza dell'agire degli organi di governo, anche da un punto di vista temporale, con riferimento all'attribuzione degli incarichi dirigenziali funzionali alla definizione e attuazione dell'indirizzo politico.

Beninteso, resta ferma la possibilità, per il vertice politico, di confermare l'incarico al medesimo dirigente attraverso un atto espresso di rinnovo piuttosto che mediante un atto tacito di conferma, come accadeva in passato, essendo questa la principale novità introdotta dalla legge n. 145/2002⁴².

4. BREVI CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

In conclusione è evidente come quello dello *spoils system* sia un istituto di straordinaria importanza nell'ambito dell'attuale disciplina della dirigenza pubblica italiana, caratterizzata dalla costante ricerca di un punto di equilibrio tra le contrapposte esigenze di fiduciarità e imparzialità.

Infatti, le vicende normative e giurisprudenziali che hanno riguardato il sistema delle spoglie sono emblematiche delle difficoltà di attuare l'ambiziosa riforma della dirigenza pubblica che, avviata negli anni Novanta del secolo scorso, è tutt'ora, per certi aspetti, ancora in corso.

Tradizionalmente, si è assistito alla contrapposizione tra la tendenza del legislatore a politicizzare e fidelizzare i dirigenti pubblici, e l'esigenza di quest'ultimi, rimarcata anche dalla Corte costituzionale, a godere di una certa autonomia nello svolgimento delle proprie funzioni e di una stabilità nel rapporto di lavoro.

A dire il vero, il punto cruciale della questione è molto più profondo di quanto possa apparire *prima facie* e va ben oltre la mera decadenza degli incarichi dirigenziali al cambiamento dell'esecutivo, arrivando ad intrecciarsi con il tema della selezione dei dirigenti pubblici e in particolar modo con quello della contrapposizione tra modello neutrale (o professionale) e modello fiduciario⁴³.

Nel primo caso (*merit system*), i dirigenti pubblici vengono selezionati all'esito di un concorso pubblico o del corso-concorso, in modo da garantire la scelta dei soggetti "migliori" e più capaci che andranno ad essere inseriti nei ruoli dell'amministrazione e a svolgere le proprie funzioni, al servizio esclusivo della Nazione, in modo efficace ed efficiente. Al contrario, nel modello fiduciario (*spoils system*) i dirigenti vengono selezionati discrezionalmente dalla politica, in base all'affinità e lealtà dimostrata, in deroga alla regola del concorso pubblico, attuando così quella che è stata definita una forma di *spoils system* "in entrata"⁴⁴.

Quest'ultima merita maggiore attenzione soprattutto alla luce delle disposizioni adottate al fine di realizzare gli obiettivi del PNRR, nella misura in

⁴¹ § 3, Cons. Stato, n. 1979/2022, cit.

⁴² C. D'AURIA, *op. cit.*

⁴³ P. RACCA, *Spoils system e dirigenza pubblica (nota a sentenza della Corte Costituzionale n. 52 del 2017)*, in *Osservatorio Costituzionale*, fasc. 3, 2018, 241-255.

⁴⁴ E. INNOCENZI, E. VIVALDI, *La disciplina della dirigenza regionale alla luce della recente giurisprudenza costituzionale. Nota a Corte costituzionale, sentt. 9-34/2010*, 2010, in www.forumcostituzionale.it.



cui le medesime hanno autorizzato le pubbliche amministrazioni a conferire incarichi dirigenziali “a contratto” a soggetti esterni all’amministrazione selezionati senza concorso, per giunta slegati da effettive carenze di organico. Il dato evoca il tema, che non può essere affrontato nell’economia di questa riflessione, della adeguatezza della composizione – in termini di competenze professionali – dei ruoli burocratici rispetto al raggiungimento dei risultati, e della possibilità che lo *spoils system* venga riguardato come strumento attraverso il quale attingere a professionalità non rinvenibili all’interno dei ruoli dell’amministrazione. Prospettazione quest’ultima che, nel sollevare plurimi profili di criticità, restituisce evidenza alla circostanza che l’istituto dello *spoils system*, nonostante i punti fermi fissati dal legislatore e soprattutto dalla giurisprudenza, rappresenti ancora un nodo aperto che richiede una continua attenzione.

Permane, infatti, l’esigenza di ricercare un punto di equilibrio tra le contrapposte esigenze in gioco al fine di evitare di collidere col principio di imparzialità della pubblica amministrazione.

Tale principio subisce un grave “*vulnus*” nel caso in cui i dirigenti pubblici, pur conservando un posto a spese della collettività, perdano le proprie competenze e i poteri, dovendo i funzionari pubblici, come dispone la Costituzione, essere al servizio esclusivo della nazione, non dei partiti o dei governi, esito garantito dal meccanismo di reclutamento concorsuale, teso all’accertamento del merito, delle conoscenze ed esperienze acquisite. Al contrario la precarizzazione della dirigenza (contrattare della stabilizzazione dei precari), rischia di introdurre nell’assetto organizzativo della burocrazia, con inevitabili riflessi sull’esercizio della funzione pubblica, elementi di contaminazione dell’imparzialità rappresentati dalla ricerca di

aderenza da parte dei componenti dei ruoli burocratici alle forze politiche di governo⁴⁵.

È perciò auspicabile una maggiore valorizzazione della regola della selezione comparativa che, unitamente al principio di temporaneità degli incarichi, garantisce elementi di flessibilità nel rapporto tra politica e amministrazione, tali da assicurare al contempo l’autonomia dei dirigenti e l’attuazione del programma politico⁴⁶.

⁴⁵ S. CASSESE, *Spoils system quel male che corrode la pubblica amministrazione*, in *Corriere della Sera*, 2018.

⁴⁶ A. PELLEGRINO, *Il rapporto tra politica e amministrazione e i limiti dello spoils system*, in *www.diritto.it*, 2022.



L'INTERVENTO PUBBLICO NELL'ECONOMIA CON PARTICOLARE RIGUARDO AL GOLDEN POWER

di **Angela CHIANESE***

ABSTRACT

Il presente studio approfondisce l'interazione complessa tra l'intervento pubblico nell'economia e il meccanismo del Golden Power alla luce delle priorità impresse alla materia dall'approvazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR). L'intervento pubblico nell'economia svolge un ruolo cruciale all'interno del PNRR, poiché mira a guidare gli investimenti verso settori strategici che possono favorire la crescita e la competitività a lungo termine, e, parallelamente, il meccanismo del Golden Power rappresenta uno strumento di tutela degli interessi strategici nazionali che consente al governo di esercitare un controllo preventivo sugli investimenti esteri in settori considerati sensibili, quali la sicurezza nazionale, la difesa, l'ordine pubblico e l'integrità economica. L'obiettivo principale del Golden Power è prevenire potenziali minacce che potrebbero derivare da investimenti esteri in tali settori, garantendo la salvaguardia della sovranità economica e la sicurezza nazionale. L'interazione tra l'intervento pubblico e il Golden Power solleva questioni complesse e sfide significative. Da un lato, è essenziale trovare un giusto equilibrio tra la promozione dell'innovazione e dell'apertura al mercato globale, attraverso investimenti esteri e collaborazioni internazionali, e la necessità di proteggere gli interessi nazionali e preservare la sicurezza economica. Dall'altro lato, è fondamentale assicurarsi che il meccanismo del Golden Power non ostacoli eccessivamente l'ingresso di investimenti esteri utili per lo sviluppo del Paese. In conclusione lo studio sottolinea la complessità delle sfide e delle opportunità che emergono da questa interazione. La gestione accurata di queste politiche, con il contributo fondamentale del sindacato del giudice amministrativo, risulta fondamentale nella prospettiva di promuovere una ripresa economica sostenibile e inclusiva in Italia, conservando un giusto equilibrio tra la tutela degli interessi nazionali e la partecipazione responsabile al contesto economico globale, tenendo conto anche della disciplina europea sul divieto di aiuti di Stato.

SOMMARIO

1. Il cambiamento del ruolo dello stato nel tempo.....	158
2. L'unione europea e la reazione alla crisi economica.....	161
2.1. Next generation e nuove opportunità	162
2.2. Riflessioni sulla creazione di un'europa sociale	165
3. Il golden power come strumento di intervento pubblico nell'economia	167
3.1. Golden power e compatibilità con il diritto europeo.....	173
3.2. Il sindacato del giudice amministrativo sugli atti di esercizio dei poteri speciali.....	176
4. Considerazioni conclusive.....	178

1. IL CAMBIAMENTO DEL RUOLO DELLO STATO NEL TEMPO

A seguito dell'ormai trascorsa emergenza sanitaria e dell'attuale conflitto russo-ucraino è nuovamente tornata al centro del dibattito l'annosa questione sulla rilevanza dell'intervento pubblico nell'economia.

Nel corso della storia i rapporti tra Stato ed economia sono più volte mutati in conseguenza di grandi crisi. In base a come lo Stato interviene nell'economia si possono distinguere diversi modelli di azione, segnatamente quello dello Stato interventore e quello dello Stato regolatore, essendo peraltro i rapporti tra questi da intendersi non nel senso della alternatività quanto, piuttosto, in quello



della interdipendenza¹. Ed infatti, sebbene a partire da ormai un trentennio sembri complessivamente prevalere un ruolo di regolazione della materia economica da parte dei pubblici poteri, lo Stato continua spesso ad essere chiamato a intervenire in modo diretto con aiuti, sovvenzioni, forme di nazionalizzazione, società di capitali e partecipate nella veste di promotore e sostenitore dell'iniziativa privata².

Il grado di intensità della presenza dello Stato all'interno dell'economia, come si è accennato, non è sempre stato il medesimo, che ha infatti condotto alla articolazione di differenti modi di atteggiarsi dei pubblici poteri.

La prima fase è quella che va dal 1861 al 1890, nella quale predomina il paradigma dello Stato liberale al quale fa riscontro, in campo economico, l'ideologia liberista o del "*laissez-faire*", volta a ridurre al minimo il ruolo dei poteri pubblici nell'economia³. Erano gli anni del modello dello "Stato guardiano notturno": con tale espressione si indica il periodo in cui lo Stato, come compito principale, aveva quello di controllare l'ordine pubblico interno e di difendere il territorio da nemici esterni.

Con il verificarsi della grande crisi che colpì l'America e gli altri paesi occidentali nel periodo compreso tra il 1929 ed il 1932 si è, però, manifestata la consapevolezza che non sempre il mercato consente il raggiungimento degli obiettivi della piena occupazione dei fattori produttivi, così da esibire la necessità dell'intervento statale diretto a far fronte a tale inadeguatezza e da rendere il

medesimo, di conseguenza, più vistoso che nel periodo precedente.

Il modello dello Stato imprenditore ha consentito alla pubblica amministrazione di intervenire direttamente sul mercato tramite le società a partecipazione pubblica e di occuparsi in maniera diretta della gestione dei servizi pubblici. In questa fase si assiste alla nascita dello Stato finanziatore: lo Stato non solo gestisce i servizi pubblici, ma comincia a salvare le aziende in crisi.

Negli anni Cinquanta del secolo scorso, con il progressivo incremento della presenza statale, anche in attuazione dei principi delineati dalla Costituzione del 1948, si delinea la figura dello "Stato del benessere", connotato da interventi non solo nel campo economico ma anche in quello sociale. La formula consente di applicare concretamente l'art. 41 della Costituzione, in base al quale l'iniziativa economica privata è libera, e nondimeno non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana.

Tuttavia, la stagione dell'interventismo statale ha determinato, come conseguenza inevitabile, l'aumento del debito pubblico in maniera incontrollabile. Gli Stati hanno, quindi, dovuto adottare severe misure di risanamento finanziario e di contenimento della spesa pubblica. Alla soglia degli anni Novanta dello scorso secolo, l'Italia si presenta come uno dei paesi con il più alto tasso di incidenza delle imprese pubbliche sul contesto economico nel panorama delle democrazie occidentali. Ragioni di

* Dottoressa magistrale in giurisprudenza.

¹ Sul rapporto tra Stato ed economia, si vedano, S. Cassese, *I rapporti tra Stato ed economia all'inizio del XXI secolo*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2001, n.1, pp. 96 ss.; L. Torchia, *Stati e mercati alle soglie del terzo millennio*, in *Astrid rassegna*, 2015, n.16; A. La Spina e G. Majone, *Lo Stato regolatore. Verso una nuova forma di Stato: caratteristiche, inconvenienti e vantaggi delle inarrestabili "authorities"*, Bologna, 2000.

² G. Napolitano, *L'irresistibile ascesa del golden power e la rinascita dello Stato doganiere*, in *Giorn. Dir. amm.*, 5/2019, pp. 549 ss.

³ Sul punto è importante richiamare il noto contributo di A. Smith nell'opera "La ricchezza delle nazioni", 1776 in cui egli

sostenne che nel sistema economico può essere ravvisata l'esistenza di una "mano invisibile" che guida gli individui nelle proprie scelte. Gli individui seppur mossi dal proprio interesse personale, finiscono per perseguire l'interesse dell'intera collettività realizzando l'ottimale funzionamento del mercato, che è compendiato dalla celebre notazione secondo la quale: "Non è dall'altruismo del fornaio che ci aspettiamo il pranzo ogni giorno ma dal suo egoismo."

Per un'analisi approfondita delle diverse teorizzazioni del modello del *laissez faire*: M. Bonasia, M. D'Uva, *Intervento pubblico nell'economia: potere di mercato e protezione sociale*, Torino, 2017, pp. 3-11.



natura politica e dubbi sempre crescenti sull'efficienza e sulla competitività del modello pubblicistico di gestione dell'impresa, accompagnati dalla crescente necessità di liquidità per risanare il bilancio pubblico, segnano la fine di tale modello.

L'immagine del mercato guidato cede il passo a quella del mercato regolato⁴. Si contrappongono, da un lato, l'idea che lo Stato debba limitarsi a vigilare sul libero scambio, e dall'altro lato, l'idea che esso debba assumere un ruolo più ampio di guida dell'economia. Lo Stato, da proprietario e gestore delle maggiori imprese nazionali, diviene regolatore e controllore esterno di un mercato divenuto sempre più libero e concorrenziale.

Si passa dall'eccesso dello Stato interventore, che gestisce direttamente ed interviene nell'economia per salvare le aziende con risorse pubbliche, ad un modello esattamente opposto, lo Stato regolatore, con il quale lo Stato rinuncia a gestire direttamente attività economiche e sociali ma detta regole generali dirette a governare un'area al cui interno agiscono i protagonisti dell'economia. Tale modello trova la sua massima espressione nella diffusione delle Autorità amministrative indipendenti, poste a presidio di settori sensibili da cui lo Stato ha deciso di ritirarsi, i cui ruoli e le cui attività risultano caratterizzati da un elevato tasso di tecnicismo delle competenze spese. L'istituzione di apposite autorità indipendenti di regolazione in settori quali quello della promozione della concorrenza, della tutela di utenti e consumatori, della protezione dell'ambiente è strettamente connesso alla regressione dell'intervento statale nell'economia e alla progressiva inidoneità dello Stato-amministrazione di fronte all'espansione del mercato⁵.

Pertanto, tenuto conto della necessità di abbandonare il modello dello Stato interventore, si avvia

una stagione di privatizzazione la quale appare maggiormente coerente al modello dello Stato regolatore che attribuisce all'intervento statale un ruolo diverso, quasi marginale, rispetto al passato. Infatti, i processi di privatizzazione implicano la dismissione, da parte dello Stato, del ruolo di azionista/imprenditore, di guisa da privilegiare un intervento del primo in funzione di "arbitro, e non più come giocatore, nel gioco del mercato", in una prospettiva di protezione degli equilibri economici.

Tale transizione non è stata di semplice attuazione e si può dire che ancora oggi non la stessa non sia del tutto completata. Infatti, sono state introdotte misure transitorie per consentire allo Stato di controllare la cessione di azioni o di mantenere una rappresentanza in seno agli organi di amministrazione e di controllo. Ciò ha portato alla nascita di vari strumenti riservati allo Stato a tutela di interessi fondamentali della comunità nazionale: uno tra questi era la *golden share*, di cui si dirà successivamente.

Tutto ciò segna l'inizio della ricerca di un punto di temperamento tra due opposte esigenze: da un lato, la liberalizzazione del mercato e, dall'altro, la tutela di interessi nazionali. Nei fatti l'apertura dei mercati ha richiesto nuove e più stringenti regole e procedure proprio per assicurare la tutela della concorrenza⁶.

Come si è detto in apertura, sono anche le crisi a richiedere una rimodulazione dell'intervento dello Stato nell'economia. Questa esigenza è stata registrata a seguito della crisi economica-finanziaria del 2008 prima, e in considerazione del rischio di insolvenza della Grecia dopo, snodi che hanno condotto al superamento del modello dello Stato salvatore, contribuendo alla emersione del modello dello Stato co-assicuratore, il quale interviene in

⁴ Sul punto S. Cassese, *Dal mercato guidato al mercato regolato*, in *Bancaria*, 1986, n.2, pp. 5 ss.

⁵ F. Marconi, *L'intervento pubblico nell'economia e il mutevole ruolo dello Stato: il nuovo golden power tra competizione geopolitica e valutazioni economico strategiche*, in *federalismi.it*, 2021.

⁶ Poteri speciali erano infatti previsti negli Statuti di numerose società privatizzate tra le quali Enel s.p.a., Finmeccanica s.p.a., Eni s.p.a., Terna s.p.a.



soccorso di altri Paesi, sia per vincoli di solidarietà sia per ragioni egoistiche⁷.

La crisi del debito sovrano è stata da molti considerata come un effetto della crisi finanziaria scoppiata nel 2008 e dunque, come un campanello d'allarme per il concreto pericolo di un passaggio da un «fallimento del mercato» a un «fallimento dello Stato»⁸.

Dal 2014 si assiste ad una lenta ripresa del Paese, spinta dalla necessità di colmare un importante *gap* d'investimento, di ammodernare la dotazione infrastrutturale e di rafforzare le competenze tecniche del settore pubblico. Tale periodo di ripresa ha subito una brusca battuta d'arresto con lo scoppio della pandemia da Covid-19⁹. È proprio per far fronte alle diverse crisi che riemerge la figura dello Stato salvatore, il quale non intende negare il valore del mercato, bensì ripristinarne il corretto funzionamento¹⁰.

2. L'UNIONE EUROPEA E LA REAZIONE ALLA CRISI ECONOMICA

L'Unione Europea punta da sempre alla creazione di un mercato unico tra gli Stati membri quanto più possibile concorrenziale e libero. Il diritto europeo può dunque rappresentare un limite all'intervento dello Stato nell'economia che si

declina attraverso la previsione di rigidi vincoli finanziari contenuti nel Patto di stabilità e crescita e del divieto di aiuti di Stato. Tuttavia, a seguito della crisi economica-finanziaria del 2008 si registra una progressiva inversione di tendenza, in quanto si consente l'applicazione più flessibile della disciplina europea in materia di bilancio pubblico¹¹.

Difatti, gli Stati hanno posto in essere delle misure – resesi necessarie per fronteggiare le crisi – che appaiono non in linea con i principi dello Stato regolatore, determinandone pertanto una relativizzazione del modello. Accanto alle misure emergenziali, quali l'erogazione di sussidi diretti e forme di salvataggio tipiche dello Stato interventista, sono stati rafforzati gli strumenti di controllo sulle imprese private al fine di prevenire il rischio di nuove crisi¹². A conferma di ciò, lo Stato ha adottato politiche di detrazione o riduzione fiscale. In particolare, le imprese sono state destinatarie di incentivi, ammortamenti e garanzie pubbliche, sono stati messi in campo meccanismi per facilitare l'ingresso al credito da parte delle imprese e sono stati avviati piani di rilancio della produzione industriale soprattutto attraverso politiche di investimenti pubblici nelle infrastrutture e nelle opere pubbliche¹³.

La svolta si è avuta a seguito della pandemia da Covid-19: l'Unione Europea ha stanziato per il bilancio pluriennale 2021-2027 circa il doppio delle

⁷ Per una disamina completa del ruolo dello Stato co-assicuratore si rinvia a G. Napolitano, *L'assistenza finanziaria europea e lo Stato co-assicuratore*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, pp. 1085-1097; dello stesso A., *L'intervento dello Stato nel sistema bancario e i nuovi profili pubblicistici del credito*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, pp. 429-439.

⁸ G. Napolitano, *La crisi del debito sovrano e il rafforzamento della governance economica europea*, in Giulio Napolitano (a cura di), *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, Bologna, 2012, pp.383 ss.

⁹ S. Screpanti, A. Vugneri, *L'intervento pubblico per il sostegno, la promozione e il rilancio degli investimenti in infrastrutture e opere pubbliche*, in Bassanini F., Napolitano G., Torchia L. (a cura di), *Lo Stato promotore. Come cambia l'intervento pubblico nell'economia*, Bologna, 2021.

¹⁰ Come evidenziato da G. Napolitano, *Il nuovo Stato salvatore: strumenti di intervento e assetti istituzionali*, in *Giorn. dir. amm.*, n.

11/2008. Per un'analisi sui diversi strumenti utilizzati per far fronte alla crisi finanziaria del 2008: G. Napolitano, *L'intervento dello Stato nel sistema bancario e i nuovi profili pubblicistici del credito*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009.

¹¹ Per un approfondimento di questi temi, legati all'impatto della sospensione del Patto di Stabilità e della deroga temporanea della disciplina degli aiuti di stato, anche alla luce delle prospettive future, si veda F. Scuto, *La dimensione sociale della Costituzione economica nel nuovo contesto europeo. Intervento pubblico nell'economia, tutela del risparmio, sostegno al reddito*, Torino, 2022.

¹² M. Clarich, *La "mano visibile" dello Stato nella crisi economica e finanziaria*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2, 2015, pp. 1-5.

¹³ Per un'analisi approfondita delle misure adottate si vedano G. Mocavini, V. Turchini, *Il sostegno alle imprese*, in Bassanini F., Napolitano G., Torchia L. (a cura di), *Lo Stato promotore. Come cambia l'intervento pubblico nell'economia*, Bologna, 2021, pp. 98 ss.



risorse rispetto al precedente ciclo di bilancio, al fine di incentivare e sostenere la ripresa economica. A ciò si aggiunga la sospensione temporanea del Patto di Stabilità e Crescita, giustificata dalla considerazione che fossero soddisfatte le condizioni per ricorrere alla clausola di salvaguardia generale del quadro di bilancio dell'Unione Europea, ovvero una grave recessione economica della zona euro o dell'intera Unione. Inoltre, la Commissione europea ha adottato un “Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza da Covid-19” che consente agli Stati membri di derogare alla disciplina ordinaria sugli aiuti di Stato soprattutto per garantire sostegno alle imprese in difficoltà. In definitiva, l'Unione Europea ha dimostrato una buona capacità di azione e reazione rispetto ai mutevoli cambiamenti del contesto socio-economico, consentendo agli Stati di garantire un efficace e tempestivo sostegno pubblico al mercato.

Tali interventi marcano la differenza con quanto accaduto a seguito della crisi del 2008. In quel caso, l'Unione non adottò una serie di interventi organici, bensì ogni Stato intraprese misure a livello nazionale sottoposte al vaglio della Commissione¹⁴. A fronte di ciò, parte della dottrina aveva infatti evidenziato la mancanza di una “sola mano pubblica” che sostituisse la “mano privata”¹⁵.

2.1. NEXT GENERATION E NUOVE OPPORTUNITÀ

La scarsa crescita economica dell'Italia risale ormai alla crisi del 2008 dalla quale il Paese sembra essere entrato in un circolo vizioso, mostrandosi incapace di produrre redditi e ricchezza¹⁶.

Allo stato attuale, il Piano Nazionale ripresa e resilienza (PNRR) rappresenta un'occasione per invertire tale tendenza. Infatti, le risorse messe a disposizione dell'Italia nell'ambito del programma *Next Generation EU* – approvato nell'estate del 2020, che contempla l'erogazione di 750 miliardi di euro – ammontano, tra contributi e finanziamenti straordinari, ad una quota che si aggira intorno ai 200 miliardi di euro, ossia pari al quasi trenta per cento dello stanziamento complessivo ed idonea, in linea di principio, a rendere praticabili modifiche strutturali e sociali. In tal modo, l'Unione Europea è diventata il primo intermediario finanziario del continente e ha, come interlocutori, non soggetti privati ma gli Stati nazionali. Per la prima volta, il programma è stato finanziato con il ricorso in misura rilevante all'emissione di titoli di debito sovrano europeo, quindi con garanzie comuni, ponendo in tal modo le basi per una politica fiscale europea. Sebbene il NGUE si sia presentato come una grande occasione per il nostro Paese, lo stesso programma ha, al contempo, presentato qualche difficoltà applicativa nella misura in cui il modello di *governance* degli interventi pianificati (oggetto dei piani nazionali, e per il nostro Paese del PNRR) imposto in sede comunitaria agli Stati membri, ha prefigurato tempi stretti di realizzazione e di impiego dei corrispondenti finanziamenti.

Sono state espresse perplessità proprio in merito a quest'ultimo punto, in quanto l'esperienza passata circa l'uso di risorse comunitarie non si è rilevata performante, come attestato da un *report* della Corte dei Conti europea, dal quale risulta che,

¹⁴ G. Napolitano, *Espansione o riduzione dello Stato? I poteri pubblici di fronte alla crisi*, in Giulio Napolitano (a cura di), *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, Bologna, 2012, pp. 471.

¹⁵ Espressione di G. Tremonti, *Uscita di sicurezza*, Milano, Rizzoli, 2012, pp. 83 ss.

¹⁶ In questi termini si è espresso E. Felice, *Ascesa e declino – storia economica dell'Italia*, Bologna, 2015, pag. 283 ss. Negli stessi termini si sono espressi anche C. Bastasin, G. Toniolo, *La strada smarrita – breve storia dell'economia italiana*, Bari, 2020; A. Macchiati, *Perché l'Italia cresce poco*, Bologna, 2016.



delle risorse ricevute, l'Italia era riuscita a spendere solo il 38%¹⁷.

Per la buona riuscita dell'operazione è quindi necessario semplificare le procedure, dando seguito alle istanze di semplificazione amministrativa che animano ormai con continuità l'agenda politica e il corrispondente dibattito sviluppatosi a margine di questa in sede scientifica¹⁸. Occorre ponderare il *trade off* tra la riduzione dei tempi come possibile - tra i vari - risultato atteso, in linea di principio, delle semplificazioni amministrative, da una parte, e la qualità delle decisioni pubbliche, dall'altra parte. Tra i profili da tenere in considerazione in tale bilanciamento figurano senz'altro quelli connessi alla verosimile emersione di rischi di corruzione favorita dalla introduzione di procedure derogatorie rispetto a quelle ordinarie¹⁹.

Il NGUE ha determinato una trasformazione radicale sia nel processo di integrazione, accelerando la costruzione del progetto europeo, in ciò rappresentando il diritto amministrativo europeo come motore dell'integrazione²⁰, sia nel quadro delle riforme - che ha incoraggiato - sul versante istituzionale e amministrativo.

Il PNRR ha la struttura di un atto di pianificazione a portata generale e a proiezione pluriennale fino al 2026. Si tratta di un'assoluta novità, in quanto nell'esperienza italiana solo il Programma economico nazionale per il quinquennio 1966-

1970, adottato tramite legge, tentò di delineare tutti gli obiettivi e le previsioni di crescita dello Stato, le riforme da approvare e gli investimenti necessari per conseguire gli obiettivi, la programmazione della manovra di finanza pubblica²¹. Tale programma si rivelò un fallimento e, pertanto, si puntò nuovamente su programmazioni settoriali.

I PNRR dei diversi Stati vengono qualificati come strumenti per poter accedere ai contributi finanziari stanziati nell'ambito del *Next Generation EU*. In realtà, gli Stati membri sono liberi di decidere se avvalersi di questa possibilità, e dunque i piani non sono atti obbligatori. I piani degli Stati membri si concentrano sui medesimi obiettivi puntando a rafforzare il ruolo delle istituzioni centrali. Vi sono naturalmente differenze legate alle peculiarità di ciascuno Stato membro, e ai traguardi specifici che la loro particolare condizione rende significativo perseguire, come ad esempio il rispetto dello Stato di diritto in Polonia o la capacità amministrativa in Grecia²².

Dal punto di vista procedurale, il sistema prefigurato per l'utilizzo dei fondi a valere sul *Next Generation EU* era basato sullo svolgimento di una istruttoria, condotta dalla Commissione europea a valle della presentazione dei piani nazionali, e culminante, in caso di esito positivo, in una proposta rivolta dalla stessa Commissione al Consiglio per il perfezionamento del processo e segnatamente per

¹⁷ Si fa riferimento al report della Corte dei Conti europea sul bilancio europeo 2014-2020: l'Italia, nel periodo indicato, ha ricevuto circa 45 miliardi di Euro, ma è riuscita effettivamente a spenderne solo poco più di 17 miliardi.

¹⁸ G. Napolitano evidenzia che "Negli ultimi trent'anni, le riforme amministrative hanno cercato di rendere più efficiente e trasparente l'organizzazione e l'azione amministrativa, di migliorare i rapporti tra poteri pubblici e operatori economici, di ridurre le interferenze della politica, di prevenire conflitti di interesse e fenomeni di corruzione ma che il risultato è stato un enorme aumento delle regole che governano l'agire quotidiano delle pubbliche amministrazioni e i loro rapporti con imprese e cittadini." in *Diritto amministrativo e processo economico* in *Diritto amministrativo*, n. 4/2014, pp. 693-724.

¹⁹ A. Sandulli, "The Protection of EU Financial Interests within Next Generation EU" in *EU Law Live*, 2022; così come in *Il rebus del Recovery Fund: spendere velocemente ed evitare frodi*, in *Luiss open*, 2021.

²⁰ A. Sandulli, *Economic planning and administrative transformations in the NGEU and NRRP: a paradigm shift*, in *Italian Journal of public law*, XIV, 2022, pp. 3-8.

²¹ In particolare si fa riferimento alla Legge 27 luglio 1967, n. 675.

²² Per un approfondimento sul tema si veda: L. Torchia, *Le crisi fanno bene all'Unione Europea: il caso dei piani nazionali di ripresa e resilienza* in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n.2, 2023. Nel Piano nazionale italiano sono previste misure di rafforzamento e di modernizzazione dell'amministrazione. Tuttavia, la capacità amministrativa non è posta come condizione per la realizzazione degli interventi, ma come risultato da raggiungere essendo la scadenza è fissata al 2026.



l'approvazione dei piani. Alla Commissione compete altresì il compito di monitorare la corretta attuazione di tali piani da parte degli Stati membri, e di ordinare la sospensione dell'erogazione dei fondi e la restituzione di quanto corrisposto, nel caso di grave violazione degli accordi²³. Inoltre, è previsto un controllo reciproco tra i diversi Stati membri, i quali possono chiedere al Presidente del Consiglio europeo, nel caso di gravi scostamenti rispetto a traguardi e obiettivi prefissati, di esaminare la questione. Il sistema, infatti, subordina l'erogazione effettiva delle diverse tranches di finanziamenti alla verifica della regolarità delle procedure e delle spese rendicontate, e del conseguimento dei valori definiti per i diversi indicatori associati ai progetti²⁴. Dunque, le ipotesi di "sospetto" sulla condotta tenuta dagli Stati membri giustificano lo svolgimento di una interlocuzione con i medesimi che condiziona, nei fatti, l'autorizzazione alla erogazione. La *ratio* della disciplina, del resto, appare coerente con la composizione estremamente articolata degli stati che compongono il quadro dei richiedenti sotto il profilo della solidità economica e della capacità di mettere in campo riforme idonee a movimentare i sistemi di produzione interni. In questa prospettiva è di tutta evidenza la preoccupazione relativa alla difficoltà di adempiere agli obblighi derivanti dall'esecuzione dei piani da parte degli Stati storicamente più deboli, che va peraltro ricalibrata alla luce del dato inedito costituito dalla possibilità di

finanziare investimenti con debito, cioè con titoli europei e dunque con un'assunzione di responsabilità che può gravare su tutti gli Stati membri²⁵; dato da taluno letto anche come sentore di un tentativo di approssimazione del progetto di integrazione europea al conseguimento di una unione fiscale²⁶.

Nella primavera del 2021 il nostro Paese ha presentato il proprio Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza le quale sono state indicate le linee direttrici da seguire nell'impiego delle risorse europee²⁷. Esso si è posto in linea di continuità rispetto al contenuto del *Next Generation*, avendo indicato quali assi strategici: la digitalizzazione e l'innovazione; la transizione ecologica e l'inclusione sociale. Gli assi strategici sono stati, a loro volta, declinati in sei missioni: 1. la digitalizzazione, l'innovazione, la competitività e la cultura; 2. la rivoluzione verde e la transizione tecnologica; 3. le infrastrutture per una mobilità sostenibile; 4. L'istruzione e la ricerca; 5. l'inclusione e la coesione; 6. la salute.

All'attuazione dello stesso provvedono le Amministrazioni centrali, le regioni e gli enti locali per garantire la completa tracciabilità delle operazioni, ed infatti queste ultime devono avere una contabilità separata rispetto alle operazioni ordinarie. Inoltre, sono previste azioni di rafforzamento al fine di assumere personale esperto e di affiancare alle figure interne il sostegno di esperti esterni²⁸.

L'effetto di tali previsioni va nella direzione di creare una sorta di "amministrazione parallela", in

²³ Tale procedura è descritta nel Regolamento UE 2021/241.

²⁴ Sul punto si veda la Relazione sullo stato di attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza della Corte dei Conti del marzo 202.

²⁵ Come sottolinea A. Sandulli, *Nuove emergenze, vecchi problemi: ecco perché la tenuta economica degli Stati debitori non è solo un fatto contabile*, in *Luiss open*, 2020, tali problematiche sono da sempre presenti nella relazione tra gli Stati. Egli infatti richiama le vicende riguardanti la Germania *post* guerra e quanto è accaduto per la Grecia. Inoltre l'A. fa notare che: "Le rigidità contabili, l'opportunismo economico di breve periodo, le posizioni egoistiche per blocchi di aree geografiche, il tradimento dei principi di coesione sociale e di solidarietà (contemplati tra

quelli fondanti dell'UE) minano in profondità le basi della costruzione europea".

²⁶ Cfr. A. Sandulli, *Le relazioni fra Stato e Unione Europea nella pandemia, con particolare riferimento al golden power* in *Diritto pubblico*, 2020 (2), pp. 405-420, spec. 409.

²⁷ Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza. Next generation Italia. Italia domani, 29 Aprile 2021 (su Governo.it).

²⁸ Il decreto legge 8 giugno 2021, n. 89 consente il reclutamento straordinario di personale a tempo determinato da dedicare all'attuazione del Pnrr e in conformità alle indicazioni dello stesso Pnrr relative alle professionalità ritenute necessarie e alle previsioni del Regolamento UE 2021/241 che include tra i criteri di valutazione di piani una sufficiente dotazione di personale dedicato alla loro attuazione.



cui il personale e le risorse amministrative lavorano a stretto contatto con la politica. Infatti, con il decreto legge 31 maggio 2021 n.77 è stata istituita la *governance* del Piano, basata su un sistema che favorisce il dialogo con la Commissione, nella prospettiva di creare un punto di contatto unico che ha una responsabilità generale per l'attuazione del piano, che garantisce il coordinamento con gli altri ministeri a livello nazionale, richiede il pagamento del contributo finanziario e delle *tranches* dei prestiti e fornisce la rendicontazione²⁹. Il coordinamento è stato affidato a una Cabina di regia, presieduta dal Presidente del Consiglio dei ministri, che ha una geometria variabile e alla quale sono chiamati a partecipare i ministri che, in relazione ai temi trattati, sono coinvolti di volta in volta in via diretta, potendo prendere parte alle riunioni della prima anche i Presidenti delle Regioni interessate³⁰. La disciplina della *governance* del PNRR, ridisegnata dal d.l. 4 febbraio 2023 n. 13, prevede anche il coinvolgimento all'interno della Cabina di Regia del partenariato economico e sociale nella prospettiva del rafforzamento e della sistematizzazione del confronto del Governo con i rappresentanti delle parti datoriali e dei lavoratori.

Inoltre, il PNRR va guardato nell'ottica di ridurre la frattura esistente tra Nord e Sud, puntando

al riequilibrio territoriale e al rilancio del Sud come priorità trasversale a tutte le missioni. Viene esplicitamente chiesto di stabilire la quota di risorse complessive destinate al Sud, ma in concreto non viene stabilito alcun vincolo circa la ripartizione delle quote, sollevando il rischio che risultino nei fatti avvantaggiate le aree più forti del Paese³¹.

2.2. RIFLESSIONI SULLA CREAZIONE DI UN'EUROPA SOCIALE

Fin dall'origine della creazione dell'Unione Europea si è cercato di conciliare due diverse linee di svolgimento del processo di integrazione: da un lato, quella imposta dall'affermazione e dalla tutela delle libertà di circolazione e dall'altro lato, la tutela delle posizioni soggettive rilevanti in una dimensione di socialità e la promozione, dunque, della coesione sociale. Tuttavia, lo spazio riservato ai diritti sociali dall'ordinamento comunitario è stato considerato storicamente secondario e residuale, a fronte di una maggiore attenzione per le libertà e i diritti economici³². Successivamente si è compresa l'opportunità di integrare e sostenere congiuntamente economia politica ed economia sociale, in quanto indissolubilmente legate come del resto esplicitato dall'art. 3, comma 3, del Trattato di Lisbona che si riferisce ad *“un'economia sociale di mercato fortemente*

²⁹ La Commissione europea autorizza, su base semestrale, l'erogazione dei fondi agli Stati membri solo se risultano conseguiti, in maniera soddisfacente, i traguardi (*milestones*) e gli obiettivi (*target*) previsti nel Piano nazionale, che riflettono i progressi compiuti nella realizzazione degli investimenti e delle riforme programmati. Considerando il prefinanziamento e le prime due rate, finora la Commissione europea ha erogato all'Italia 66,9 miliardi di euro (28,95 miliardi di sovvenzioni e 37,94 miliardi di prestiti) nell'ambito del dispositivo per la ripresa e la resilienza.

Il Governo italiano alla fine di dicembre 2022 ha inviato alla Commissione europea la richiesta di pagamento della terza rata, pari a 19 miliardi, visto il conseguimento di tutti i 55 traguardi e gli obiettivi previsti dal Piano entro il secondo semestre del 2022. L'erogazione dell'importo, di recente rimodulato in senso decrescente in ragione del differimento del raggiungimento del target relativo agli alloggi universitari, da parte delle istituzioni europee avverrà nelle prossime settimane.

Nel semestre in corso il cronoprogramma del PNRR prevede il conseguimento di 27 traguardi e obiettivi entro il 30 giugno 2023. L'importo della quarta rata ammonta a 16 miliardi. (Su Camera.it).

³⁰ Per un'analisi completa sulla natura giuridica del Pnrr: M. Clarich, *Il PNRR tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico* in *Astrid Rassegna*, 12/2021.

³¹ Come illustrato da S. Staiano, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza guardato da Sud* in *Federalismi.it*, 2021. Sul divario tra nord e sud si rinvia anche a E. Felice, *Perché il Sud è rimasto indietro*, Bologna, 2013 e S. Cassese, *Le questioni meridionali*, in *Lezioni sul meridionalismo. Nord e Sud nella storia d'Italia*, Bologna, 2016, pp.9 ss.

³² Per un maggiore approfondimento del tema, di recente, cfr. C. Acocella, *Contributo allo studio dell'effettività dei diritti sociali*, Napoli, 2022, spec. pp. 111 ss.



competitiva che mira alla piena occupazione ed al progresso sociale”. Per quanto riguarda il piano delle attribuzioni e delle competenze, va incidentalmente rammentato che in materia sociale non è attribuita all’Unione alcuna competenza esclusiva ma piuttosto concorrente rispetto a quella degli Stati membri e a supporto di quest’ultima, di talché ne è risultata tradizionalmente indebolita anche la protezione a livello europeo dei diritti in esame. Sicuramente la Carta sociale dei diritti riveste un ruolo di fondamentale importanza nella prospettiva della creazione di una dimensione sociale europea, poiché rappresenta lo strumento tramite il quale realizzare una più ampia sinergia tra l’Europa del diritto e l’Europa sociale³³.

Nonostante ciò, la vera svolta si è registrata nel 2017 con la proclamazione del Pilastro europeo dei diritti sociali per un’occupazione ed una crescita equa³⁴. Tale iniziativa evidenzia come ormai il mercato abbia perso il ruolo di perno centrale del processo di integrazione europea, e come finalmente le persone ed i loro diritti siano divenuti oggetto di attenzione dei vertici dell’Unione, di guisa da precludere al superamento della concezione del cittadino europeo come “*homo economicus*” auspicato dalla dottrina³⁵.

A seguito dell’emanazione della Carta di Nizza e dell’inclusione nella stessa della protezione dei diritti sociali si pongono le basi per una tutela dei medesimi anche in sede processuale, essendosi la Corte di Giustizia spinta a sindacare la violazione dei diritti della Carta in materia sociale, operando

delicati bilanciamenti tra i diritti e i valori di volta in volta coinvolti.

La proclamazione del Pilastro europeo dei diritti sociali è stato solo un punto di partenza per una maggiore attenzione al benessere dei cittadini e al potenziamento del modello sociale europeo che deve essere nel corso del tempo alimentato da nuove iniziative. Infatti, con le linee programmatiche delineate dal PNRR nazionale sembra possa emergere un nesso significativo con la dimensione sociale della Costituzione economica italiana. Il nuovo approccio dell’Unione Europea mostra una maggiore attenzione per i profili sociali, ed in tale prospettiva lo stesso NGUE esibisce un impegno diretto dell’UE, che si affianca alla competenza degli Stati membri, sul piano del *welfare* e della coesione sociale³⁶.

A tal proposito bisogna chiedersi se il PNRR possa avere una dignità autonoma come strumento per favorire l’integrazione sociale o se sia solo un mero strumento di attuazione di politica nazionale per ottenere l’erogazione dei fondi da parte dell’Ue. Ciò apre ad un’ulteriore questione: se l’Europa possa finalmente ricoprire un ruolo sul piano della adozione di politiche sociali affrancare il progetto di integrazione europea dal perseguimento di interessi e obiettivi meramente economici. Sul punto, ad oggi, non è possibile fornire una risposta univoca e compiuta, e senz’altro un bilancio a valle dell’attuazione degli interventi previsti dai singoli Piani di ricostruzione nazionali adottati grazie alle risorse a valere sul dispositivo NGEU potrebbe

³³ R. Balduzzi, *Unione europea e diritti sociali: per una nuova sinergia tra Europa del diritto ed Europa della politica* in *federalismi.it*, 2018; M. Benvenuti, *Ancora su diritto europeo e (smantellamento dello) Stato sociale: un accostamento par inadvertance?*, in *Nomos, le attualità del diritto*, 2013.

³⁴ Si ricordano le parole del Presidente Juncker che in tale occasione affermò: “Con il pilastro europeo dei diritti sociali, l’UE si batte per i diritti dei cittadini in un mondo in rapido cambiamento. Si tratta di una responsabilità comune, che prende il via a livello nazionale, regionale e locale, per la quale le parti sociali e la società civile svolgono un ruolo di primo piano. Pertanto, pur rispettando pienamente e inglobando i

diversi approcci esistenti in tutta l’Europa, dobbiamo ora tradurre gli impegni in azioni concrete.”

³⁵ P. Bilancia, *La dimensione europea dei diritti sociali* in *federalismi.it*, 2018.

³⁶ In questi termini si veda F. Scuto, *L’intervento pubblico nell’economia tra Costituzione economica e Next Generation EU* in *federalismi.it*, 2022 che si riferisce al “nuovo approccio dell’UE è basato sulla transizione verde e digitale come possibile volano per l’economia e, quindi, come motore di sviluppo alimentato dall’intervento pubblico nell’ottica di una nuova logica di governance economica europea diversa rispetto al passato”.



restituire elementi utili a valutare l'evoluzione che sta interessando il ruolo delle istituzioni eurounitarie in ordine alle politiche in esame. Sicuramente si prelude ad un mutamento dell'intero sistema, essendo inverosimile che il consolidarsi delle misure attuate consenta di tornare semplicemente al precedente modello di *governance* economica europea.

3. IL GOLDEN POWER COME STRUMENTO DI INTERVENTO PUBBLICO NELL'ECONOMIA

Lo scorso 15 giugno i riflettori si sono nuovamente accesi sullo strumento del *golden power*. Al centro dell'attenzione del Consiglio dei ministri è stata l'operazione oggetto di notifica da parte di China National Tire and Rubber Corporation relativa al patto parasociale sulla governance della società Pirelli & C. Spa. Nel caso Pirelli il Governo ha annunciato l'esercizio dei *golden power* sull'azienda di pneumatici Pirelli per limitare l'influenza del socio cinese Sinochem, che possiede il 37% della società. In particolare, l'esecutivo ha imposto alcune condizioni per la tutela di una peculiare tecnologia dell'azienda ovvero sensori *cyber* impiantabili negli pneumatici, che riescono a raccogliere dati relativi al veicolo, allo stato delle infrastrutture e alla geolocalizzazione, rendendo la stessa una tecnologia strategica e sensibile. Le condizioni imposte dal Governo evitano che il socio cinese abbia la maggioranza nel consiglio di amministrazione e che quindi, possa assumere da solo le decisioni più rilevanti. Dunque, non sembra trattarsi di quel *golden power* rigido che avrebbe fortemente limitato lo spazio di azione e qualsiasi ingerenza dei soci asiatici, come in realtà era stato prospettato, ma piuttosto pare che il Governo abbia utilizzato lo "scudo

dorato" per tutelare gli interessi nazionali senza porre eccessivi freni agli investitori cinesi.

Considerata la circostanza che di recente lo Stato abbia ravvisato l'esigenza di intervenire, appare opportuno soffermarsi sull'origine del *golden power* e dei successivi sviluppi per analizzare la natura giuridica di tale strumento.

Allo scopo di tutelare l'interesse nazionale, con il d.l.31 maggio 1994, n. 332 è stata introdotta la normativa sulla *golden share*: si trattava di un complesso di poteri speciali riservati dalla legge allo Stato ed inseriti negli statuti delle società, in occasione della privatizzazione formale delle grandi imprese pubbliche statali operanti in settori strategici come quelli dell'energia, delle telecomunicazioni, della difesa e dei trasporti. La finalità era quella di impedire che le imprese strategiche potessero finire sotto il controllo di fondi sovrani³⁷ di Stati caratterizzati da una compromissione delle dinamiche democratiche o azionisti legati a organizzazioni terroristiche³⁸.

Nell'ambito dei poteri speciali attribuiti all'ente pubblico si annoveravano la facoltà di gradimento all'assunzione di partecipazioni rilevanti (ovvero uguali o superiori al 5% del capitale sociale), il potere di veto a deliberazioni societarie ritenute di preminente importanza quali, ad esempio, la trasformazione, la fusione, la scissione, il trasferimento della sede sociale all'estero o il cambiamento dell'oggetto sociale, e speciali poteri di nomina e di revoca degli amministratori. In sostanza la *golden share* permetteva allo Stato di incidere sull'andamento e sulla gestione dell'impresa, ed una tale previsione negli statuti delle società partecipate si muoveva, quindi, nella direzione di contemperare la perdita di controllo pubblico su società esercenti attività strategiche di interesse generale.

³⁷ Sui fondi sovrani si vedano, tra i tanti, A. Roselli, G. Mazantini, *I fondi sovrani: a quanto ammontano e come si possono regolare? Opportunità e problemi*, in *astrid-online.it*, 2012; nonché S. Alvaro,

P. Ciccaglioni, *I fondi sovrani e la regolazione degli investimenti*, Discussion Paper, in *Consob.it*, 2012.

³⁸ M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2019.



Successivamente la legittimità della *golden share* è stata messa in discussione, sia in merito alla compatibilità con il diritto nazionale, poiché comportava significative deroghe rispetto al regime societario civilistico, sia, soprattutto, rispetto ai principi fondamentali di libera circolazione di capitali e di diritto di stabilimento sanciti dal diritto europeo. Infatti, la Corte di Giustizia ha mosso alcune censure nei confronti delle norme italiane, in quanto accordavano al ministero dell'Economia e delle Finanze un ambito di valutazione discrezionale eccessivo che finiva con lo scoraggiare gli investitori esteri. Commissione europea e Corte di Giustizia, in effetti, hanno delimitato le azioni speciali esercitabili dalla mano pubblica su imprese privatizzate, sollevando, di volta in volta, questioni di compatibilità delle varie misure adottate dagli Stati membri con il diritto alla libera circolazione dei capitali e la libertà di stabilimento previsti nei trattati comunitari, fino ad avviare diverse procedure di infrazione ex art. 258 TFUE. La diffidenza da parte della Corte di Giustizia rispetto alla compatibilità con il diritto europeo della via italiana della *golden share* dipendeva non tanto da un generico scetticismo nei confronti dell'intervento pubblico nell'economia, quanto piuttosto dalla discrezionalità, genericità e sproporzione che caratterizzavano le diverse previsioni della normativa nazionale³⁹.

Infatti, lo Stato azionista avrebbe potuto esercitare i suoi poteri speciali anche in caso di acquisto di partecipazioni di modesta entità da parte di soggetti collegati ad altre entità statuali o ad altre organizzazioni, che potessero promuovere interessi antagonisti rispetto a quelli dello Stato italiano sulla base di un presupposto assolutamente

generico, quale la valutazione di un interesse vitale dello Stato⁴⁰.

Vi era un ulteriore rilievo critico circa il contrasto tra l'azione speciale dello Stato e la parità di trattamento tra pubblico e privato, principio cardine che guida l'azione dell'Unione sul mercato.

Pertanto, in attuazione dei principi europei, l'Italia ha modificato la normativa introducendo mediante il d.l. 15 marzo 2012 n. 21, convertito in legge 11 marzo 2012 n. 56, il c.d. *golden power*. Speciale non è più l'azione detenuta dallo Stato ma l'intervento esercitato dallo stesso.

L'attuale disciplina attribuisce al Governo una serie di poteri speciali che possono essere attivati in caso di minaccia di grave pregiudizio per gli interessi essenziali della difesa e della sicurezza nazionale, non più collegati solo alla titolarità di azioni, come accadeva con la *golden share*, bensì legati alla natura dell'attività svolta⁴¹. In concreto, lo Stato, ed in particolare la Presidenza del Consiglio dei ministri, ha potere di veto nei confronti di delibere assembleari o degli organi di amministrazione relativi al trasferimento all'estero della sede sociale, al mutamento dell'oggetto sociale o ai trasferimenti di azienda. La stessa può altresì imporre condizioni relative alla sicurezza degli approvvigionamenti o ai trasferimenti tecnologici in caso di acquisto di partecipazioni in società che svolgono attività di rilevanza in tali settori. Si sono poi negli anni susseguite una serie di riforme finalizzate, alcune volte, a rafforzare i poteri speciali dello Stato, ed altre volte, invece, a limitarli al fine di garantirne la

³⁹ L'Italia venne sanzionata dalla Corte di Giustizia Europea con la sentenza C-326/07 del 26 marzo 2009 in cui vi fu l'espressa richiesta di introduzione di regole più certe che consentissero una valutazione *ex ante* delle possibili limitazioni e la puntuale individuazione delle operazioni riguardanti le imprese operanti nei settori interessati.

⁴⁰ Sulla questione si veda A. Scognamiglio, *Lo stato stratega (o lo stato doganiere) affila le armi: le disposizioni emergenziali in materia di*

controllo sugli investimenti esteri, in G. Palmieri (a cura di), *Oltre la pandemia*, I, Napoli, 2020.

⁴¹ La *golden share* permetteva allo Stato di intervenire solo per le imprese in cui era titolare di una partecipazione azionaria, seppur minoritaria mentre l'attuale impianto normativo si incentra sulla particolare valenza strategica di determinate imprese e sulle attività dalle stesse praticate.



compatibilità con gli istituti del diritto societario interno e con il diritto europeo⁴².

Per quanto riguarda i presupposti, la minaccia di grave pregiudizio per gli interessi essenziali della difesa e della sicurezza nazionale dovrà essere valutata caso per caso alla luce di criteri oggettivi che tengano in considerazione la capacità economica, finanziaria, tecnica e organizzativa dell'acquirente, il progetto industriale, la regolare prosecuzione delle attività aziendali, la sicurezza e la continuità degli approvvigionamenti, con particolare riguardo alle forniture in corso con il Governo italiano.

L'utilizzo dei poteri speciali può essere considerato come una possibile declinazione dell'intervento pubblico nell'economia che trova il suo fondamento nell'art. 41, terzo comma, Costituzione. La tutela di interessi nazionali ritenuti strategici, giustifica, infatti, l'esercizio da parte del Governo di poteri speciali che devono essere finalizzati al perseguimento di interessi generali nell'ottica dell'utilità sociale e di un intervento orientato a finalità sociali⁴³.

I poteri speciali sono idonei a determinare un nuovo modo di intendere il rapporto tra pubblico e privato, in quanto lo Stato incide autoritativamente sul mercato e sulle modalità di gestione dello stesso, il quale appare quasi "piegato" all'esigenza di perseguire l'interesse pubblico. Infatti, la Presidenza del Consiglio, nell'adottare le prescrizioni o il veto alle operazioni, sembra esercitare i poteri autoritativi che caratterizzano l'azione amministrativa, atti a comprimere le situazioni giuridiche soggettive sulla base di una valutazione discrezionale. Di conseguenza il ruolo del diritto amministrativo diventa

fondamentale, in quanto non si può negare aprioristicamente la possibilità di rafforzare poteri avvertiti come tutori dell'interesse nazionale, ma nemmeno astenersi dal vagliare e guidare l'espansione di un momento così "invadente" delle libertà economiche⁴⁴.

Proprio sulla base di tale valutazione, con il Decreto Liquidità⁴⁵, per la prima volta l'obbligo di notifica, in caso di acquisto di partecipazioni societarie di controllo, al di fuori dei settori della difesa e della sicurezza nazionale, è stato esteso anche a imprese provenienti dall'Unione Europea. Il legislatore, con il Decreto Ucraina⁴⁶, ha trasposto l'estensione soggettiva di tale obbligo nella disciplina ordinaria limitatamente ad alcuni settori: in particolare nel settore delle comunicazioni, dell'energia, dei trasporti, della salute, agroalimentare e finanziario. Ciò ha causato un ampliamento del numero di notifiche che, in base alla relazione del Governo al Parlamento, è passato da 83 nel 2019 a 342 nel 2020. L'estensione dell'applicazione della disciplina anche alle operazioni tra gli Stati membri dell'UE mira ad evitare elusioni e a consentire una maggiore conoscenza di quanto avviene nei mercati. Si è parlato, a questo proposito, di "golden power rafforzato"⁴⁷.

Tuttavia, se tale estensione da un lato consente di controllare tutte le operazioni che riguardano i settori strategici e, quindi, di tutelare al massimo gli interessi nazionali, dall'altro lato, espone al rischio di trasformare il *golden power* in uno strumento dirigitico con l'obiettivo di selezionare chi debba essere proprietario di certi settori andando, in definitiva, oltre la sua naturale *ratio* ovvero la verifica

⁴² Sulla compatibilità con il diritto societario si veda A. Triscornia, *Golden power: un difficile connubio tra alta amministrazione e diritto societario*, in *Rivista delle società*, 2019, pp. 733 ss.

⁴³ F. Scuto, *L'intervento pubblico nell'economia tra Costituzione economica e Next Generation EU*, *op. cit.*

⁴⁴ A. Gemmi, *La golden power come potere amministrativo. Primi spunti per uno studio sui poteri speciali e sul loro rafforzamento*, in *Persona e amministrazione*, 2020.

⁴⁵ Si fa riferimento alla disciplina emergenziale: art. 15 del Decreto Legge dell'8 aprile 2020, n. 23, convertito con modificazioni dalla L. 5 giugno 2020, n. 40 la cui applicazione è stata prorogata dall'art. 17 del Decreto Legge del 30 dicembre 2021, n. 228, fino al 31 dicembre 2022.

⁴⁶ Decreto Legge del 21 marzo 2022, n. 21, convertito con modificazioni dalla L. 20 maggio 2022, n. 514.

⁴⁷ Si veda sul tema G. Quatraro, *Il Golden Power, evoluzione normativa in fedemotizie*, 2022.



della compatibilità con gli interessi nazionali⁴⁸. Inoltre, l'estensione della disciplina solleva la questione della compatibilità del regime italiano con la tutela delle libertà garantite dal diritto europeo in materia di libertà di stabilimento e di circolazione dei capitali, nella misura in cui il diritto europeo ammette, a determinate condizioni, restrizioni alle libertà fondamentali previste dal Trattato.

Peraltro, il decreto Liquidità ha ampliato l'ambito applicativo di esercizio dei poteri anche al settore finanziario, creditizio e assicurativo, sanitario, farmaceutico e agroalimentare. Tali settori sono considerati di grande rilevanza e, pertanto, devono essere protetti da situazioni di rischio – come dimostrato dall'attenzione dei policy makers che si occupano di identificare possibili situazioni di criticità per gli interessi nazionali – allo scopo di evitare che il Paese sia esposto a comportamenti opportunistici e predatori da parte di investitori stranieri⁴⁹.

A tal proposito sono diversi gli obiettivi fissati dal decreto: da un lato, la tutela della vulnerabilità degli *assets* strategici, dall'altro, la salvaguardia dell'approvvigionamento di beni essenziali per

affrontare la crisi sanitaria (ad esempio farmaceutici, dispositivi medici, alimentari)⁵⁰.

Allo scopo di aggiornare la normativa, in conseguenza dell'evoluzione tecnologica, il legislatore con il decreto-legge n. 22/2019, ha esteso l'applicazione della normativa in esame alla tecnologia 5G e ai rischi connessi ad un uso improprio dei dati con implicazioni sulla sicurezza nazionale⁵¹. Anche in tal caso, i poteri esercitabili sono quelli di veto o della imposizione di specifiche prescrizioni nei confronti dell'operatore⁵².

Dal punto di vista procedurale, l'attuale normativa prevede l'obbligo per l'impresa di effettuare una notifica al Governo entro dieci giorni decorrenti dalla delibera, dall'atto o dall'operazione da comunicare. L'istruttoria è svolta dal Gruppo di coordinamento⁵³ e affidata al Ministero di volta in volta competente per materia. Il termine per il completamento dell'istruttoria è di 45 giorni e può essere prorogato in caso di richieste di informazioni all'impresa notificante, con sospensione di massimo 10 giorni, fino al ricevimento delle informazioni richieste, o, in caso di richieste istruttorie a terzi, con

⁴⁸ R. Chieppa, *La nuova disciplina del golden power dopo le modifiche del decreto-legge n. 21 del 2022 e della legge di conversione 20 maggio 2022, n. 51*, in *federalismi.it*, 2022.

⁴⁹ Già la Relazione della Presidenza del Consiglio dei Ministri in materia di esercizio di poteri speciali relativa al 2018 ed illustrata al Parlamento nell'aprile 2019 presentava l'esercizio dei poteri speciali come strumento, non solo di presidio per le attività strategiche che fanno capo ad alcune imprese, ma anche come strumento di tutela del tessuto industriale del Paese.

⁵⁰ R. Spagnuolo Vigorita, *Golden power: per un nuovo paradigma di intervento dello Stato nell'economia*, in *Ceridap*, n. 4/2021.

⁵¹ L'art. 1-bis qualifica espressamente le reti 5G come *asset* di rilevanza strategica per la sicurezza cibernetica e prevede un obbligo di notifica dell'acquisizione a qualsiasi titolo di beni e servizi relativi al 5G in modo da sottoporre a controllo preventivo tutte le operazioni negoziali comportanti la messa a disposizione di tali beni e servizi.

Per un'analisi completa della disciplina sul 5G si rinvia a *Poteri speciali dello Stato. Evoluzione del quadro normativo e profili operativi del Golden Power*, Circolare n.11 del 17 aprile 2023, Assonime.

⁵² M. Clarich, *La disciplina del golden power in Italia e l'estensione dei poteri speciali alle reti 5G*, in *Foreign District Investment Screening*,

2019. Si veda anche S. Alvaro, M. Lamandini, A. Police e I. Tarola, *La nuova via della seta e gli investimenti stranieri diretti in settori ad alta intensità tecnologica. Il golden power dello Stato italiano e le infrastrutture finanziarie*, in *Quaderno Consob*, 2019, n. 20.

⁵³ Gruppo istituito ai sensi dell'art. 3 del DPCM 6 agosto 2014, sotto il coordinamento del Presidente del Consiglio. L'attività di coordinamento coinvolge: il Dipartimento del Tesoro e la Direzione finanza e privatizzazioni; il Segretario Generale della Difesa e la Direzione nazionale degli armamenti; il Dipartimento di pubblica sicurezza e la Direzione centrale della polizia criminale. Ulteriori competenze sono acquisite poi per il tramite dei Consiglieri militare e diplomatico del Presidente del Consiglio dei Ministri; attraverso il Capo del Dipartimento per il coordinamento amministrativo, il Capo del Dipartimento per le politiche europee, nonché il Capo del Dipartimento per la programmazione e il coordinamento della politica economica della Presidenza del Consiglio dei Ministri. Il Dipartimento per il Coordinamento, oltre ad assicurare lo svolgimento delle attività interministeriali, dell'attività istruttoria nonché la raccolta, la custodia e la diffusione delle informazioni per l'esercizio dei poteri speciali, predispone una relazione annuale che viene trasmessa alle Camere.



sospensione fino a 20 giorni, anche in questo caso fino al ricevimento delle informazioni richieste⁵⁴.

Fondamentale nella valutazione circa l'esercizio dei poteri speciali è il rispetto dei principi di proporzionalità e di ragionevolezza. Infatti, i poteri di veto e di opposizione, che limitano al massimo grado l'autonomia privata delle imprese, devono essere esercitati solo come *extrema ratio*, quando l'imposizione di specifiche condizioni o prescrizioni nel compimento dell'operazione non sia in grado di tutelare in modo adeguato gli interessi pubblici. La scelta in merito al tipo di potere speciale da esercitare deve essere motivata, in quanto la motivazione costituisce uno strumento per il cittadino, nel caso di specie per l'impresa, attraverso la quale è possibile verificare la proporzionalità in senso stretto della decisione, e cioè verificare se la massimizzazione del pubblico interesse non implichi al contempo una lesione non necessaria della sfera giuridica del destinatario.

Al fine di semplificare la procedura il legislatore ha introdotto l'istituto della prenotifica, funzionale a fornire agli investitori un rapido vaglio dell'operazione, soprattutto nei casi di incertezza sulla presenza dei presupposti per l'applicazione della normativa, evitando l'onere della notifica nei casi di non applicabilità. Il giudizio sulla prenotifica è appannaggio del Gruppo di coordinamento, e appare in grado di alleggerire in questo modo il carico di lavoro del Consiglio dei ministri. A differenza della procedura "ordinaria" per l'esercizio dei poteri

speciali, quella della prenotifica non prevede il meccanismo del silenzio-assenso ed infatti, se al termine dei 30 giorni non è adottata alcuna decisione del Gruppo di coordinamento, l'impresa è tenuta a notificare l'operazione⁵⁵.

Il procedimento di valutazione circa l'esercizio o meno dei poteri speciali è sicuramente un procedimento particolare al quale, tuttavia, va applicata la disciplina della legge sul procedimento amministrativo (legge n. 241/1990), che viene peraltro richiamata dai diversi decreti che disciplinano il *golden power*. Allo stesso tempo bisogna escludere l'applicazione di alcuni istituti previsti in via generale. In questo senso appare non necessaria la comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza di cui all'art. 10 *bis*, concepita per i procedimenti ad istanza di parte ai quali non possono tecnicamente ricondursi quelli avviati dalla notifica delle operazioni, di cui si discute, cui le imprese sono obbligate, come si è detto, per legge. Tra l'altro sembra non possa trovare applicazione l'art. 7 sulla comunicazione di avvio del procedimento, poiché vi sono particolari esigenze di celerità ritenute prevalenti nelle ipotesi in parola, oltre al fatto che la disciplina speciale prevede una comunicazione con contenuti analoghi a quelli di cui all'art. 8 della legge 241/1990⁵⁶.

Al contrario non sembra essere esclusa la partecipazione dei privati al procedimento, di cui agli artt. 9 e 10, nel rispetto dei limiti della segretezza e riservatezza dei dati che caratterizzano l'intero

⁵⁴ Quindi, tenendo in considerazione tutte le possibili sospensioni, il termine massimo di conclusione del procedimento è di 75 giorni. Entro tale termine il Presidente del Consiglio dei ministri adotta il decreto di esercizio dei poteri speciali. In caso di mancato rispetto del termine, opera il meccanismo del silenzio-assenso e pertanto l'operazione si intende autorizzata. In caso di omessa notifica, il legislatore ha previsto espressamente la possibilità di attivazione d'ufficio del procedimento e l'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria all'impresa che ha violato l'obbligo. Tale sanzione sarà fino al doppio del valore dell'operazione e comunque non inferiore all'1% del fatturato realizzato dalle imprese coinvolte nell'ultimo esercizio finanziario approvato.

⁵⁵ Il procedimento si conclude entro trenta giorni e può avere tre esiti: l'operazione risulta estranea all'ambito di applicazione della disciplina del *golden power* e quindi non sorge alcun obbligo di notifica; l'intervento è suscettibile di rientrare nel perimetro della disciplina e pertanto, l'impresa è tenuta a notificarlo; l'iniziativa dell'impresa è rilevante ai fini della disciplina sui poteri speciali, ma sono manifestamente inesistenti i presupposti che giustificano l'esercizio di tali poteri.

⁵⁶ G. Napolitano, *I golden power italiani alla prova del Regolamento europeo*, in G. Napolitano (a cura di), *Foreign Direct Investments Screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, Bologna, 2019, pp. 139 ss.



procedimento. Trattandosi di un procedimento amministrativo, laddove un operatore terzo all'operazione fornisca all'amministrazione informazioni rilevanti per la decisione, quest'ultima, in attuazione del principio di completezza dell'istruttoria, non potrà astenersi dal valutarle. Né sussistono motivi per negare ai terzi la possibilità di presentare memorie e documentazioni. L'obbligo di valutare questi elementi deve, però, coniugarsi con i ristretti termini previsti per la conclusione del procedimento.

Quanto alla conclusione del procedimento, le ipotesi di cui si discute presentano una sostanziale differenza rispetto alla disciplina generale in quanto la legge 241/90 almeno rispetto ai casi in cui l'adozione di un provvedimento espresso, imposta dalla prima, si esibisce nella sua pienezza, potendosi il procedimento in esame concludersi anche senza l'esercizio dei poteri speciali, nel caso in cui non se ne ravvisi la necessità. Difatti, il procedimento si chiude con l'adozione di un dpcm nel caso di esercizio dei poteri speciali ovvero di una mera *comfort letter*, o ancora, laddove non si ravvisi l'esigenza di imporre condizioni particolari, con il c.d. silenzio assenso⁵⁷.

Nonostante il tentativo di introdurre in quest'ambito la collaborazione con l'operatore economico al fine di tutelare anche i suoi interessi, sul modello della legge 241/90 che ha costituito una rivoluzione del rapporto tra cittadino e Pubblica Amministrazione, è innegabile che in tale disciplina

si registri un'assoluta prevalenza degli interessi pubblici nazionali che vengono soddisfatti malgrado gli interessi privati⁵⁸. Infatti, nella maggior parte dei casi, l'impresa si espone al rischio di danni: quando il Governo conclude il procedimento con delle prescrizioni, queste ultime potrebbero comportare un aggravio economico per l'operatore che si trova costretto a modificare e ad adeguare l'intera operazione commerciale. Anche nel caso di provvedimento oppositivo all'acquisizione di partecipazioni l'impresa subirebbe un danno, in termini di perdita di *chance*, in quanto verrebbe meno la possibilità di conseguire utili che sarebbero derivati dall'investimento⁵⁹.

In definitiva, allo stato attuale, la normativa presenta criticità dovute alla mancanza di certezza circa la necessità di notificare o meno l'operazione, confermato dall'incremento del numero di notifiche⁶⁰. Tale incertezza, insieme alle sanzioni previste per la violazione dell'obbligo di notifica, inducono le imprese a notificare, in via cautelativa, anche operazioni che risultano successivamente non coperte dall'ambito applicativo della disciplina.

Per cercare di porre un freno all'aumento delle notifiche, sarebbe opportuno introdurre una tassonomia degli indici significativi, sviluppati sulla base della prassi applicativa esistente e delle linee guida per le imprese. In relazione alle prescrizioni stabilite dal Governo, si auspica l'introduzione di una normativa contenente le diverse misure adottabili, con la conseguente riduzione degli oneri a carico

⁵⁷ La decisione di diniego ovvero di autorizzazione condizionata all'adozione di misure o impegni è impugnabile presso il Tar del Lazio. La *ratio* sottesa all'attribuzione della competenza funzionale inderogabile al Tar Lazio risiede nella necessità di garantire la presenza di una risoluzione accentrata delle controversie anche in primo grado, così da assicurare una omogeneità di orientamenti giurisprudenziali, con conseguente prevedibilità delle decisioni da cui discende, auspicabilmente, una funzione di orientamento dei comportamenti e di responsabilizzazione degli attori.

⁵⁸ In questi termini si è espresso: A. Gemmi, *La golden power come potere amministrativo. Primi spunti per uno studio sui poteri speciali e sul loro rafforzamento*, op.cit.

⁵⁹ S. Santamaria, *Il controllo degli investimenti esteri diretti tra la protezione degli assets strategici e la tutela degli investitori. Questioni di compatibilità in federalismi.it*, 2023.

⁶⁰ Dai dati indicati nell'ultima Relazione annuale alle Camere, relativa al 2020 e pubblicata nel 2021, risulta che nell'arco di 8 anni (2014-2021) sono pervenute circa 1000 notifiche al Governo mentre nei primi 10 mesi del 2022 ne sono pervenute più di 450; quanto all'esercizio dei poteri speciali, nel periodo 2014-2020 risultano essere stati esercitati 34 volte (con un caso di veto) e nel biennio 2020-2022, 79 volte (con 6 casi di veto).



degli operatori economici, oggi completamente colti di sorpresa circa il contenuto del decreto.

Al fine di superare le criticità sopra descritte, il PNRR ha imposto la specializzazione e la qualificazione delle strutture amministrative che si occupano di *golden power*. In particolare, è stata prevista la riorganizzazione del DICA (Dipartimento per il coordinamento amministrativo) per le attività propeedeutiche all'esercizio dei poteri speciali, con il rafforzamento dell'organico di tali uffici e l'istituzione di un nucleo di valutazione ed analisi strategica in materia di poteri speciali. Inoltre, è stata prevista l'introduzione di misure finalizzate a potenziare l'*enforcement*, con la possibilità, per la Presidenza del Consiglio dei ministri, di avvalersi della collaborazione della Guardia di finanza al fine di accertare l'eventuale inosservanza degli obblighi di notifica, monitorare l'attuazione delle prescrizioni imposte dai provvedimenti e verificare gli effettivi assetti proprietari delle imprese coinvolte⁶¹.

3.1. GOLDEN POWER E COMPATIBILITÀ CON IL DIRITTO EUROPEO

Nella materia oggetto di analisi nel presente lavoro si registrano alcune differenze tra l'intervento del legislatore nazionale e quello del decisore europeo: se, infatti, la normativa interna risultava e risulta, ancora oggi, proiettata a salvaguardare e a proteggere le imprese nazionali da investimenti stranieri che possano minare l'assetto interno, quella europea ha sempre mirato, naturalmente, a

garantire un mercato di perfetta e libera concorrenza⁶². Attraverso la normativa sul *golden power* si tenta, infatti, di contemperare due opposte esigenze: da un lato, quella di tutela delle libertà fondamentali previste nei Trattati dell'Unione Europea e dall'altro lato, quella di proteggere gli interessi generali dello Stato⁶³.

In ottica di comparazione è bene notare che la *golden share* prima, e il *golden power* poi, non sono strumenti previsti solo in Italia, bensì anche in altri Stati. A ben vedere, l'Italia, nell'introduzione della *golden share*, ha tratto spunto dall'ordinamento francese, nel quale era prevista l'*action spécifique*: si tratta di un'azione speciale che consente di subordinare alla volontà dello Stato tutte le decisioni che possono modificare la maggioranza azionaria delle società privatizzate⁶⁴.

In tale contesto, il ruolo della Commissione europea, così come degli altri organi istituzionali europei, è risultato determinante per monitorare l'influenza che i Governi continuavano a mantenere all'interno delle imprese a seguito della privatizzazione.

In numerose occasioni, infatti, la Commissione ha segnalato alla Corte di Giustizia le modalità di esercizio di tali poteri, ma ha anche emanato delle comunicazioni volte ad orientare il loro utilizzo. È stato più volte ribadito il contrasto dell'utilizzo di tali poteri con la normativa europea e, in particolare, con gli artt. 56 e 43 del Trattato CE oggi artt. 63 e 49 TFUE, in forza dei quali sono vietate tra le altre le restrizioni ai movimenti di capitali negli

⁶¹ R. Garofoli, *Golden power: mercato e protezione degli interessi nazionali* in *federalismi.it*, 2022.

⁶² M. Lo Re, L. Capone, A. Napoli, *I poteri speciali dello Stato nei settori di rilevanza strategica e i nodi teorici essenziali per comprenderne il significato. Un approccio multidisciplinare in L'industria: rivista di economia e politica industriale*, 2018, Vol.39 (1), pp. 69-87.

⁶³ Si fa riferimento alle quattro libertà fondamentali del mercato interno europeo che sono: la libera circolazione delle merci; la libera circolazione delle persone; la libera prestazione dei servizi; la libera circolazione dei capitali.

⁶⁴ In realtà, il primo Paese in cui fu introdotto un meccanismo di controllo sulle aziende dismesse è stata l'Inghilterra, dove la

golden share del valore nominale di una sterlina poteva essere inserita ed utilizzata dal Governo in una società privatizzata e collocata nel mercato azionario inglese. Il possesso di tale azione assicura allo Stato la possibilità di esercitare varie tipologie di poteri, garantendo, in tal modo, il controllo su decisioni fondamentali relative all'assetto e alla direzione della società. Per un'analisi approfondita della questione si rinvia a G. Scarchillo, *Dalla Golden Share alla Golden Power. La storia infinita di uno strumento societario. Profili di diritto europeo e comparato in Contratto e impresa* n. 2/2015.



Stati membri. Si ravvisa una violazione della libera circolazione di capitali e della libertà di stabilimento in tutte le ipotesi in cui un soggetto viene “scoraggiato” dall’investire in una società o a stabilirsi in maniera durevole in uno Stato membro.

La Corte di Giustizia, nelle diverse pronunce susseguitesesi nel tempo, non ha tuttavia del tutto escluso la praticabilità dei *golden powers*, ma piuttosto ha posto criteri molto rigidi per l’uso dei medesimi, disponendo che i poteri speciali non possono trasformarsi in sussidi per *performances* economiche e che possono essere introdotti soltanto in relazione al raggiungimento di interessi generali, non devono essere ingiustamente restrittivi e devono rispettare la certezza del diritto⁶⁵. Inoltre, con una pronuncia recente ha delineato un vero e proprio statuto di quella che la dottrina ha definito “*golden share virtuosa*”⁶⁶, caratterizzata dall’esistenza di un preciso testo normativo che definisca e qualifichi i poteri speciali, da un controllo statale successivo e non da un’autorizzazione preventiva, dalla fissazione di termini precisi per proporre l’opposizione. In aggiunta è richiesta una motivazione all’atto dell’utilizzo del potere speciale e la presenza di un controllo giurisdizionale effettivo sull’operato del Governo⁶⁷.

Seguendo tali indicazioni l’Unione ha cercato di creare un “*golden power comunitario*”: un meccanismo di cooperazione basato sull’obbligo per gli

Stati membri di informare la Commissione in ordine ad ogni investimento straniero prefigurato e alla intenzione di esercitare in relazione al medesimo poteri speciali a livello nazionale, con la possibilità, per l’istituzione comunitaria, di emettere un’opinione non vincolante. Ciò al fine di salvaguardare la sicurezza e l’ordine pubblico dell’Unione. A livello europeo già nel 1989 fu introdotto il meccanismo di controllo delle concentrazioni che è anch’esso espressivo di esigenze di contemperamento degli interessi degli Stati membri con quelli di tutela del processo concorrenziale ritenuto essenziale al mercato unico⁶⁸.

Nel corso dell’emergenza pandemica si è assistito ad un cambio di approccio da parte dell’Unione Europea: si è passati da un atteggiamento diffidente nei confronti dell’utilizzo dei poteri in parola al cui esercizio venivano imposti limiti finalizzati a circoscriverne appunto l’impiego, ad un orientamento opposto nel solco del quale la Commissione ha emanato varie comunicazioni attraverso le quali ha invitato gli Stati membri ad utilizzare i poteri al fine di salvaguardare i propri interessi⁶⁹. Lo stesso è accaduto per fronteggiare il conflitto russo-ucraino, in considerazione del quale, infatti, la Commissione ha invitato gli Stati a fare il più ampio uso possibile di tali meccanismi in caso di investimenti controllati in ultima istanza da persone o entità russe o bielorusse⁷⁰.

⁶⁵ A tal riguardo si vedano: Corte CE, 30 gennaio 1985, causa C-290/83, Commissione c. Repubblica francese; sentenze del 28 settembre 2006, cause riunite C-282 e 283/04, Commissione c. Paesi Bassi; 23 ottobre 2007, causa C-112/05, Commissione c. Germania; 28 ottobre 2009, causa C-327/09, Commissione c. Italia; 8 luglio 2010, causa C-171/08, Commissione c. Portogallo; 10 novembre 2011, causa C-212/09, Commissione c. Portogallo.

⁶⁶ Sentenza C-503/99, Commissione c. Belgio.

⁶⁷ Nella sentenza del 4 giugno 2022 la Corte ha individuato i requisiti, che giustificerebbero una deroga alla libera circolazione dei capitali, sempre che sussista il requisito dell’esistenza di motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza e di ragioni imperative di interesse generale.

⁶⁸ L. Arnaudo, *À l'économie comme à la guerre. Note su golden power, concorrenza e geo-economia*, in *Mercato Concorrenza Regole*, n. 3/2017, pp. 433-450.

⁶⁹ Si fa riferimento alle Comunicazioni del 13 marzo e del 26 marzo 2020, con cui la Commissione ha invitato gli Stati membri “ad avvalersi appieno, sin da ora, dei meccanismi di controllo degli IED [investimenti esteri diretti] per tenere conto di tutti i rischi per le infrastrutture sanitarie critiche, per l’approvvigionamento di fattori produttivi critici e per altri settori critici, come previsto nel quadro giuridico dell’UE”.

⁷⁰ In particolare, con la comunicazione del 6 aprile 2022, la Commissione si è riferita agli investimenti di portafoglio che potrebbero nondimeno avere un rilievo in termini di ordine pubblico e sicurezza (“Orientamenti ad uso degli Stati membri riguardanti gli investimenti esteri diretti dalla Russia e dalla Bielorussia in considerazione dell’aggressione militare contro



Alla luce di quanto raccomandato dalla Commissione, a seguito della crisi pandemica e bellica, il *golden power* potrebbe rivelarsi uno strumento utile a favorire l'integrazione europea mediante l'introduzione di misure armonizzate tra gli Stati membri, sebbene lo stesso sia stato istituito originariamente per valorizzare la sovranità statale⁷¹.

Pertanto, ad oggi, si auspica l'introduzione di una direttiva europea in cui prevedere una disciplina comune, stabilendo i casi in cui tali poteri si possono esercitare, evitando censure da parte della Corte di Giustizia. Inoltre, la disciplina da applicare diventerebbe di derivazione europea e, quindi, nell'utilizzo dei poteri non residuerebbe spazio per un'eccessiva discrezionalità dei Governi nazionali. Un primo tentativo di introdurre regole sovranazionali in merito all'esercizio del *golden power* da parte degli Stati membri dell'UE si è registrato con il Regolamento UE 2019/452 del Parlamento europeo e del Consiglio, che ha istituito un "Quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione". La nuova disciplina è parte integrante di un più ampio pacchetto di misure volte ad affermare l'agenda europea in materia di scambi e investimenti internazionali con il dichiarato scopo di governare la globalizzazione. Il regolamento cerca di costruire un diritto europeo del *golden power* in quanto l'esercizio o il mancato esercizio dei poteri può essere soggetto allo scrutinio e agli interventi della Commissione e degli altri Stati membri⁷². In realtà, l'introduzione di un regolamento europeo è anche frutto dell'esigenza di porre un freno all'eterogeneità delle discipline nazionali esistenti in materia in quanto, come già detto, in

alcuni Stati membri vi è una disciplina analoga a quella italiana, ma vi sono altri Stati, come il Lussemburgo e il Belgio, che sono privi di una disciplina in tale materia⁷³.

Il regolamento, inoltre, ha introdotto meccanismi di coordinamento distinguendo due ipotesi differenti, che guardano in particolare al soggetto attivo del potere di controllo, a seconda che gli investimenti diretti siano oggetto di controllo da parte degli Stati membri o non siano scrutinati in sede nazionale. Nel primo caso lo Stato membro ha il dovere di notificare alla Commissione e agli altri Stati membri ogni investimento straniero sottoposto a controllo insieme ad una serie di informazioni circa l'investimento. Se uno Stato membro ritiene che un investimento diretto, sottoposto a controllo in un altro Stato, possa determinare ricadute sulla sicurezza o l'ordine pubblico, può inviare un'osservazione allo Stato che sta effettuando il controllo. Inoltre, se la Commissione ritiene di dover intervenire, la stessa emette un parere sull'operazione. Lo Stato destinatario delle osservazioni degli altri Stati e del parere della Commissione dovrà tenere le medesime in debita considerazione, e in particolare, spiegare le ragioni in base alle quali eventualmente intende discostarsene. Tuttavia, non è prevista alcuna tutela nel caso in cui ciò non accada, in quanto il ricorso in giudizio è garantito solo all'investitore pregiudicato.

Nel secondo caso, ovvero se nello Stato membro interessato non è stato avviato alcun procedimento di controllo, ed un altro Stato ritiene che l'operazione possa arrecare danni alla sicurezza o all'ordine pubblico, questo fornisce le proprie

l'Ucraina e delle misure restrittive stabilite in recenti regolamenti del Consiglio sulle sanzioni" (2022/C 151 I/01).

⁷¹ A. Sandulli, *La febbre del golden power*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2022, pp. 743-764 evidenzia come "Il golden power, in tal senso, potrebbe essere considerato una delle forme di protezione perimetrale degli interessi finanziari dell'Unione europea, intesi in senso ampio, come da Considerando n. 1 della cd. Direttiva Pif (Direttiva n. 2017/1371)".

⁷² E. Rimini, M. Rescigno, *Golden power e coronavirus: regole per l'emergenza o per il futuro*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, Vol.37, 2020, pp. 517-540; G. Sabatino, *The 'Golden Power' on Foreign Investments*, in *EU Law in the Light of Covid Crisis in European company law*, 2021, Vol.18, pp.189-195.

⁷³ Sugli Stati dell'Unione Europea che dispongono di meccanismi di controllo degli investimenti esteri si veda Parlamento europeo, *Nuovo sistema Ue per il controllo degli investimenti esteri*, 14 febbraio 2019.



osservazioni allo Stato interessato. Nondimeno, anche nel caso in cui nessuno Stato abbia formulato osservazioni, la Commissione può adottare un parere. In sostanza, la differenza tra le due ipotesi consiste nel fatto che nella prima vi è già un procedimento di valutazione dell'investimento in corso, che manca invece nel secondo.

Al fine di tutelare gli interessi propri dell'Unione Europea è prevista anche la possibilità per la Commissione di adottare un parere – sulla base della generale competenza prevista dall'art. 288 TFUE – indirizzato allo Stato membro nel quale l'investimento dovrà essere o è stato effettuato, laddove la prima ritenga che lo stesso sia in contrasto con i progetti o programmi di interesse europeo.

Quella in esame è, in definitiva, una disciplina che presenta un notevole potenziale, tanto che la dottrina la considera uno dei più arguti tentativi di affermare una nuova sovranità europea nell'arena economica globale.

3.2. IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SUGLI ATTI DI ESERCIZIO DEI POTERI SPECIALI

L'atto di esercizio del *golden power* è un atto di alta amministrazione connotato da una significativa discrezionalità. Lo stesso non rientra nella categoria degli atti politici, nel senso di attività libera nella scelta dei fini, per il fatto che la legge istitutiva dei poteri speciali indica i presupposti ed i limiti per il loro esercizio introducendone una disciplina articolata. Tuttavia, non si può negare che gli atti di esercizio dei poteri speciali siano connotati da un alto tasso di politicità⁷⁴.

La circostanza che l'art. 133, comma 1, lettera *z-quinquies* del codice del processo amministrativo includa tra le ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo quelle relative all'esercizio dei poteri speciali, va nella direzione di confermare la natura amministrativa del relativo atto, in coerenza con la quale la giurisprudenza rileva la violazione di legge scaturente dalla mancanza di conformità dell'atto al paradigma normativo. Come ben noto, se si trattasse di un atto politico, il giudice amministrativo non potrebbe esercitare il proprio sindacato giurisdizionale ai sensi dell'art. 7 del codice del processo amministrativo.

Si tratta di atti in cui vengono in rilievo valutazioni delicate in merito alla tutela di interessi nazionali in settori strategici per il Paese ma che, allo stesso tempo, devono rispettare il principio di legalità.

I poteri speciali, quando vengono esercitati, sono espressi nel quadro di provvedimenti d'ordine, che contengono veti, opposizioni o prescrizioni, e il cui oggetto compendia quindi prestazioni imposte, che la dottrina coerentemente riconduce al regime dell'art. 23 della Costituzione, con riflessi sulla conformazione del sindacato giurisdizionale, rivolto all'accertamento dei presupposti di tale scelta⁷⁵. In base, infatti, alla riserva di legge prevista dal predetto articolo, la legge deve determinare precisamente i presupposti dell'"imposizione" per l'atto amministrativo e, inoltre, l'atto deve esplicitare puntualmente quali fatti integrano tali presupposti, che nel caso dei poteri in parola sarebbero, secondo questa impostazione, la strategicità dell'asset e la rilevanza dell'operazione⁷⁶. In questo quadro si collocherebbe la distinzione tra settore strategico e attivo strategico: essendo il primo

⁷⁴ G. Della Cananea, L. Fiorentino (a cura di), *I "poteri speciali" del Governo nei settori strategici*, Napoli, 2020, evidenziano il rafforzamento del potere esecutivo, anche su un piano più generale delle dinamiche ordinamentali attuali, e la conseguente necessità di aumentare il sistema di controlli sull'operato del Governo.

⁷⁵ D. Ielo, *Riflessioni sul sindacato del giudice amministrativo sui cosiddetti "Golden Powers"* in *Ceridap*, n. 4/2021.

⁷⁶ D. Ielo, *Riflessioni sul sindacato del giudice amministrativo sui cosiddetti "Golden Powers"*, cit.



indicativo di comparti economici molto ampi (ad esempio energia, telecomunicazioni, trasporti, difesa), mentre il secondo di singole categorie di beni e rapporti giuridici che si collocano all'interno dello stesso settore. In altri termini può considerarsi il settore come un contenitore al cui interno vi sono gli attivi, ma non è detto che tutti siano ritenuti strategici. La distinzione si riflette anche sul piano delle fonti, essendo i settori individuati con normativa primaria, nello specifico da atti legislativi o atti dell'Unione Europea, mentre gli attivi, su delega legislativa, con atto di normazione secondaria⁷⁷. La stessa dottrina ha identificato come oggetto del sindacato rispetto al profilo della correttezza, l'esistenza dei presupposti per l'esercizio degli stessi poteri, e ciò si sostanzierebbe nella verifica che il potere speciale rientri negli *assets* strategici⁷⁸. In questa prospettiva rilevarebbero naturalmente anche gli atti interposti tra la legge o il decreto sul Golden Power e il provvedimento di esercizio di tali poteri, come per esempio un regolamento che individuasse gli attivi strategici.

In tal caso, il giudice è chiamato ad operare una valutazione sulla proporzionalità e necessità. Ciò significa che all'interno del singolo settore dovranno essere selezionati solo quei beni che si ritengono strategici e per i quali non sia possibile utilizzare altra misura più mite che consenta di tutelare l'interesse nazionale. Pertanto, è necessario che il legislatore dia vita a norme chiare e precise che consentano al giudice di verificare l'appartenenza o meno di un *asset* al settore strategico e, soprattutto, di valutare la proporzionalità della scelta⁷⁹.

Inoltre, nella valutazione rileva la partecipazione dell'Italia all'Unione Europea e, quindi, bisogna verificare la compatibilità dell'atto di esercizio del potere, come si è già segnalato, con la libertà di stabilimento e la circolazione dei capitali previste dagli artt. 49 e 63 del TFUE. Come già evidenziato, tradizionalmente, vi è stata una chiusura da parte dell'Unione Europea circa l'utilizzo dei poteri speciali che sono ritenuti compatibili con tali libertà, e quindi legittimi solo se rispettano determinati requisiti. In particolare: non devono determinare discriminazioni in sede applicativa, devono essere giustificati da motivi imperativi d'interesse pubblico, devono essere idonei a garantire lo scopo perseguito e non devono andare oltre quanto è necessario per il conseguimento del medesimo⁸⁰.

Tuttavia, bisogna fare una precisazione: mentre l'art. 49 TFUE, in tema di stabilimento, conferisce prerogative solo a soggetti UE, l'art. 63 TFUE, in tema di capitali, è indirizzato sia a soggetti UE che extra-UE. Pertanto, le norme sui capitali possono essere invocate e azionate anche da investitori extra-UE, ma non le norme sullo stabilimento, le quali, invece, sono azionabili soltanto da soggetti stabiliti nel territorio dell'Unione. Ad ogni modo, vi è la necessità di condurre un'analisi caso per caso che sia idonea a individuare le specificità della fattispecie concreta, alla luce del tipo di transazione economica effettuata dall'investitore, tenuto conto della possibile complementarità delle norme sulla libera circolazione dei capitali e di quelle sulla libertà di stabilimento⁸¹. Ciò trova conferma nella prassi, in quanto l'art. 63 viene invocato sempre, in via esclusiva, principale o

⁷⁷ D. Ielo, *Riflessioni sul sindacato del giudice amministrativo sui cosiddetti "Golden Powers"*, cit.

⁷⁸ Per dirla con le parole di Giannini: "una sostanza o è tossica o non lo è; può accadere che possa essere più o meno tossica, ma non può accadere che sia opportuno o inopportuno considerarla tossica", pertanto il giudice deve valutare l'esistenza dei presupposti per l'esercizio del potere.

⁷⁹ Dal punto di vista processuale, trattandosi di un regolamento, dovrà essere impugnato insieme all'atto di esercizio del

potere con il meccanismo della c.d. doppia pregiudiziale. A tal proposito, c'è chi ritiene in dottrina che il giudice possa disapplicare il regolamento, trattandosi di un atto normativo che impone di verificarne la compatibilità con la norma primaria.

⁸⁰ Criteri affermati dalla Corte di Giustizia nella sentenza del 15 dicembre 1995, C-415/93.

⁸¹ D. Gallo, *La questione della compatibilità dei golden powers in Italia, oggi, con il diritto dell'Unione europea: il caso delle banche*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, n.1, 2021.



subordinata per tutte le tipologie di investimenti, mentre il richiamo all'art. 49, e dunque al diritto di stabilimento, si ha nei soli casi di partecipazioni che garantiscano una “sicura influenza sulle decisioni della società e tale da consentire di indirizzarne le attività”. In realtà, però, si è osservato che una violazione dell'art. 49 comporta comunque una violazione dell'art. 63 ed infatti l'esame della Corte resta confinata all'art. 49 in tutti i casi in cui ne sia accertata la violazione⁸².

La valutazione è molto rigorosa nella misura in cui i poteri speciali sono considerati incompatibili con il diritto europeo rilevante non solo quando hanno l'effetto di impedire, ma anche quando rendono meno interessante, l'investimento. Infatti, non è necessario dimostrare che la normativa abbia avuto in concreto l'effetto di limitare la libertà di circolazione e/o di stabilimento, essendo sufficiente che tale effetto sia solo potenziale⁸³.

È, inoltre, escluso che i poteri possano essere esercitati per *assets* non individuati dal regolamento, perché questa si sostanzierebbe in una violazione del principio di legalità. La Presidenza del Consiglio può esercitare il proprio potere speciale solo ed esclusivamente all'interno delle categorie individuate dai rispettivi regolamenti, senza alcuna eccezione che determinerebbe una lesione del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione⁸⁴.

4. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

⁸² F. Bassan, *Dalla golden share al golden power: il cambio di paradigma europeo nell'intervento dello Stato sull'economia*, Studi sull'integrazione europea, IX 2014, pp. 57 ss.

⁸³ Autori pongono in rilievo anche l'attrattività degli investimenti: “Sul piano economico, poi, si pone il tema del bilanciamento tra l'esigenza di tutela dell'interesse nazionale e la promozione dell'attrattività del Paese nei confronti degli investitori stranieri. Tale bilanciamento è indispensabile per una nazione, come l'Italia, caratterizzata dal ‘nanismo’ delle proprie imprese e, a ben vedere, può essere rinvenuto nella consapevolezza che gli interessi strategici nazionali in realtà tendono a coincidere con quelli economici di lungo periodo”. B. Valsiese, *Discussion Paper*, Golden power, Roma, 2019, Dipartimento per le Informazioni della Sicurezza della Repubblica; M. Massella Ducci Teri, *La*

Il rafforzamento del *golden power*, come risulta dagli interventi in materia, è sintomo di un ritorno dello Stato e, in particolare, di una trasformazione dei suoi modi di intervento nell'economia⁸⁵.

Allo stato attuale, l'ambito di applicazione della disciplina sui poteri speciali è definito a livello normativo in relazione a una lista chiusa di settori strategici: difesa e sicurezza nazionale; servizi di comunicazione elettronica a banda larga con tecnologia 5G; energia, trasporti e comunicazioni, inclusi i settori individuati dal Regolamento europeo sul controllo degli investimenti esteri. Sembra configurarsi un diverso ruolo dello Stato, che si atteggierebbe secondo parte della dottrina a “stratega”, per il fatto di occuparsi di individuare i settori strategici e pertanto meritevoli dell'esercizio dei poteri speciali.

A fronte delle esperienze passate occorre abbandonare la fiducia incondizionata nel mercato che ha del resto disvelato i limiti delle impostazioni rigidamente neoliberaliste. Esiste una impostazione che consente di decifrare la relazione tra mercato e interesse nazionale non in termini oppositivi, ma di strumentalità, e segnatamente di finalizzazione del secondo al corretto funzionamento del primo, di talché esso appaia appetibile per chi investe con effetti positivi in termini di recupero di credibilità e competitività. Coerentemente con tale impostazione, l'intervento pubblico nell'economia non deve essere concepito come un ritiro o un arretramento del mercato nell'economia, essendo la

disciplina nazionale sul golden power. Primi problemi applicativi, Golden power, Roma, 2019, Dipartimento per le Informazioni della Sicurezza della Repubblica; L. Vasques, *Golden Power. Alcune note a margine della disciplina emergenziale del controllo governativo sulle acquisizioni in Italia in Mercato Concorrenza Regole*, Fascicolo 1, aprile 2020, pp.119-136.

⁸⁴ Lo ha da ultimo affermato il Tar Lazio nella sentenza n. 8742 del 2020: “deve escludersi che l'esercizio dei poteri possa riguardare operazioni diverse da quelle previste dalla legge ovvero asset non individuati tra quelli “strategici”.

⁸⁵ A. Sandulli, *I Golden Power al tempo dell'emergenza Covid-19. Uno strumento camaleontico a protezione del tessuto economico*, in *Luis open*, 2020.



dinamica che lega Stato e mercato ispirata a una complementarità di azione tra le due dimensioni.

In materia di investimenti esteri, lo Stato dovrebbe porsi nella prospettiva di un equilibrato contemperamento tra l'interesse alla promozione degli investimenti diretti esteri e alla tutela della libera circolazione dei capitali da un lato e il diverso interesse pubblico alla difesa degli *assets* nazionali strategici dall'altro lato, evitando di incorrere in derive protezionistiche. Proprio per evitare che il *golden power* si trasformi in uno strumento di protezionismo, è necessario ribadire che si tratta di uno strumento eccezionale. Pertanto, se ne auspica un utilizzo cauto, al solo fine di evitare acquisizioni predatorie di aziende che operano in settori strategici e per salvaguardare l'indipendenza economica nazionale ed europea in determinati settori. Inoltre, l'esercizio dei poteri speciali deve avvenire in modo prevedibile sulla base di criteri oggettivi e non discriminatori, senza determinare disparità di trattamento e facendo ricorso ai principi di proporzionalità e ragionevolezza, valorizzati dal diritto dell'Unione europea mediante un'interpretazione comunitariamente orientata delle norme rilevanti⁸⁶. In tal modo l'Unione europea potrebbe riuscire a difendere la sua tradizionale apertura alla libera circolazione dei capitali e a reagire alle tendenze globali caratterizzate dal ritorno del protezionismo e dalla crescente politicizzazione dei controlli sulle singole operazioni di investimento.

Residua dunque sempre la necessità di verificare in concreto quanto tali misure siano giustificate e proporzionate e quanto, invece, l'esercizio del *golden power* possa dar luogo a forme di protezionismo mascherato. La disciplina internazionale sul commercio mondiale chiarisce che le restrizioni poste dagli Stati al *free trade* non possono concretarsi in misure di protezionismo occulto. Allo stesso modo,

l'art. 65 TFUE condanna il *disguised protectionism*, stabilendo che le limitazioni alla libera circolazione dei capitali, anche se giustificate dalla sicurezza nazionale o dall'ordine pubblico, non devono comunque concretarsi in una "restrizione dissimulata" delle libertà economiche⁸⁷.

Per comprendere se realmente si sia al cospetto di una nuova stagione di interventi dello Stato nell'economia, è necessario monitorare l'evoluzione della crisi e delle risposte al suo perdurare per valutare se la presenza statale sarà circondata da cautele e concepita essenzialmente quale *extrema ratio* in condizioni di emergenza, o se la medesima si protrarrà per periodi più lunghi, divenendo a tutti gli effetti uno strumento di politica economica. Una nuova stagione di protagonismo dello Stato sarebbe indubbiamente in grado di porre complesse questioni circa il contemperamento tra il rispetto degli imprescindibili principi e regole europee a difesa del mercato unico e la salvaguardia degli interessi dei singoli Stati membri.

⁸⁶ R. Chieppa, *La nuova disciplina del golden power dopo le modifiche del decreto-legge n. 21 del 2022 e della legge di conversione 20 maggio 2022*, op. cit.

⁸⁷ A. Sandulli, *Le relazioni fra Stato e Unione Europea nella pandemia, con particolare riferimento al golden power*, cit.



LA FASE DI ESCUSSIONE DELLA GARANZIA PROVVISORIA NEGLI APPALTI PUBBLICI: DALL'ADUNANZA PLENARIA DEL CONSIGLIO DI STATO AL NUOVO CODICE

di **Francesco RUSSO***

ABSTRACT

La sentenza del Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria ha determinato la fine di un ampio dibattito, sia dottrinale che giurisprudenziale, sulla natura dell'istituto della garanzia provvisoria e, di conseguenza, sul momento in cui la Pubblica Amministrazione possa escuterla. L'Adunanza Plenaria, chiarendo che l'istituto sia volto a garantire l'affidabilità e la serietà dell'offerta, stabilisce che solo nella fase provvedimento la Pubblica Amministrazione possa riscuotere la garanzia provvisoria poiché è solo in questa fase che sorge il rapporto giuridico tra le parti.

Il nuovo codice dei Contratti Pubblici, nel riprendere l'istituto, sembra avallare la medesima linea di pensiero dell'Adunanza Plenaria, in riferimento anche ai nuovi principi che permeano tutto il Codice.

SOMMARIO

- 1. La garanzia provvisoria negli appalti pubblici: inquadramento dell'istituto .. 180**
- 2. La garanzia provvisoria negli appalti pubblici: alcuni indirizzi giurisprudenziali 181**
- 3. Il tempo dell'escussione della garanzia provvisoria nella rimessione all'adunanza plenaria 184**
- 4. La garanzia provvisoria come clausola a sostegno dell'affidabilità dell'offerta: la posizione dell'adunanza plenaria 187**

* Dottore in Giurisprudenza

¹ A. Bullo, *Il regime delle garanzie negli appalti di lavori pubblici. Profili normativi ed applicativi*, in *Dir. economia assicur.*, II, 2003, pp. 289 e ss.: la quantificazione della cauzione era rimessa ai singoli Capitolati Generali d'Appalto e doveva essere contenuta tra il decimo e il trentesimo dell'importo dell'affidamento.

² S. Cocchi, *La garanzia provvisoria. Nodi problematici e questioni coinvolte*, in *Contratti e appalti*, IV, 2021, pp. 661 e ss.: infatti, anche

5. La garanzia provvisoria nel nuovo codice dei contratti pubblici..... 189

1. LA GARANZIA PROVVISORIA NEGLI APPALTI PUBBLICI: INQUADRAMENTO DELL'ISTITUTO

Per effetto di una recente sentenza del Consiglio di Stato, in Adunanza Plenaria (n.7 del 26.04.2022), l'istituto della "garanzia provvisoria" a corredo dell'offerta presentata nelle gare d'appalto solleva rinnovata attenzione.

L'obbligo di introdurre una cauzione provvisoria, in sede di presentazione dell'offerta, nelle procedure per l'affidamento dei pubblici appalti, trova la sua origine nell'art. 332 della Legge 20 marzo 1865 n. 2248 e nell'art. 2 del Capitolato Generale d'Appalto che ne disciplinava le modalità di prestazione¹.

Il Legislatore, oggi, prevede l'istituto della garanzia provvisoria come onere in capo all'operatore economico che partecipa ad una gara pubblica, avente come finalità quella di rispondere all'esigenza di tutela dell'interesse pubblico, valorizzando la serietà dell'offerente in relazione alla buona fede nelle trattative precontrattuali².

Nella disciplina attualmente in vigore, l'istituto della garanzia provvisoria trova il suo fondamento nell'art. 93 del Codice dei Contratti Pubblici (D.lgs.

se non espressamente previsto dalla norma, l'istituto della garanzia provvisoria è volto a sottolineare la serietà e l'affidabilità dell'offerta e di riflesso anche dell'operatore economico. Tutto ciò nel pieno rispetto sia con i principi di imparzialità e buon andamento, punti cardine della Pubblica Amministrazione, nonché con i principi della *par condicio* e del *favor participationis* dei concorrenti.



n. 50 del 2016 - da ora CCP) rubricato come “*Garanzie per la partecipazione alla procedura*” e prevede che la garanzia provvisoria possa essere costituita a scelta dell’offerente: in contanti, in titoli del debito pubblico - anche garantiti dallo Stato - oppure anche mediante fideiussione bancaria o polizza assicurativa fideiussoria semplicemente avente clausola di pagamento a semplice richiesta³. Essa copre la mancata sottoscrizione del contratto “per fatto dell’aggiudicatario ed è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto”⁴.

2. LA GARANZIA PROVVISORIA NEGLI APPALTI PUBBLICI: ALCUNI INDIRIZZI GIURISPRUDENZIALI

Preliminarmente, occorre passare in rassegna le principali questioni affrontate dalla giurisprudenza in materia di garanzia provvisoria.

Un primo punto controverso riguarda la responsabilità dell’operatore economico,

contrapponendosi due teorie diametralmente opposte: la prima, secondo cui la garanzia provvisoria consisterebbe di una clausola penale o di pegno irregolare, per cui il danno sopportato dalla stazione appaltante verrebbe risarcito con l’assegnazione del pegno ad opera del giudice⁵; la seconda tesi – maggiormente condivisa in giurisprudenza – sostiene, all’opposto, che essa, oltre a garantire l’affidabilità dell’offerta, si sostanzia in una caparra confirmatoria costituita a garanzia di una futura stipula del contratto, avente la funzione di quantificare il danno in caso di un evento patologico.

Mentre, avallando la prima tesi, il danno sopportato dal creditore verrebbe pertanto riparato con l’assegnazione del pegno ad opera del giudice, seguendo la seconda tesi, la Pubblica Amministrazione avrebbe la possibilità di rivalersi immediatamente sulle somme oggetto di cauzione, potendo inoltre richiedere che venga risarcito il maggior danno da inadempimento⁶.

Sotto altro aspetto, la giurisprudenza si è più volte altresì interrogata circa la qualificazione della “garanzia provvisoria” come elemento non

³ Poiché ai sensi dell’art. 30 della legge n. 109 del 1994 deve ritenersi che la fideiussione bancaria sia perfettamente fungibile con quella assicurativa, esistendo una completa assimilazione fra i due tipi di fideiussione. Anche la giurisprudenza si è più volte espressa in tal senso, ad esempio: Cons. di Stato, Sez. V, 25 marzo 2002, n. 1683: nel caso di specie è stato ritenuto illegittimo il provvedimento di esclusione di una ditta, la quale, in sede di gara, aveva prestato la cauzione provvisoria con una polizza fideiussoria rilasciata da una compagnia di assicurazione anziché con fideiussione bancaria.

⁴ ai non aggiudicatari essa viene restituita entro trenta giorni dal provvedimento di aggiudicazione.

⁵ T.A.R. Trentino – Alto Adige (Bolzano), 20 novembre 2018, n. 379: “È stato chiarito dalla giurisprudenza che la cauzione svolge la funzione non di caparra confirmatoria ma di una vera e propria clausola penale, determinando la liquidazione preventiva e forfetaria del danno subito dall’amministrazione, in conseguenza dell’accertato inadempimento dell’obbligo di stipulare il contratto. Pertanto, la prestazione della caparra è diretta a coprire la mancata sottoscrizione del contratto per fatto proprio dell’aggiudicatario ed ha la medesima funzione della clausola penale, atteso che essa è diretta a predeterminare la conseguenza dell’inadempimento (incameramento della cauzione), in funzione di liquidazione forfetaria del danno, prescindendo dall’esatta portata quantitativa del nocumento

patito dalla pubblica amministrazione, tant’è che non viene prevista espressamente la risarcibilità del danno eventualmente non coperto dalla cauzione in parola (Tar Puglia, Bari, Sez. I, 27 ottobre 2005 n. 4605 - Consiglio Stato, Sez. V, 11 dicembre 2007, n. 6362). Ne consegue che l’Amministrazione non deve dimostrare le ragioni per l’incameramento della cauzione provvisoria, trattandosi, nella specie, non del ristoro di un danno subito, ovvero da documentare, ma dell’applicazione di una sanzione per la mancata stipula del contratto per fatti dell’aggiudicatario.”

⁶ Cass., S.U., sent. 4 febbraio 2009, n. 2634: “per il modo stesso della sua prestazione, appare chiaro che essa si configura come una vera e propria caparra confirmatoria e non già come semplice clausola penale o come un pegno irregolare. Diversamente da tali fattispecie, ove il danno sopportato dal creditore viene risarcito con l’assegnazione, sino a concorrenza, del pegno ad opera del giudice ovvero con la promessa di una prestazione di una somma di danaro o cose fungibili (art. 1382 c.c.), la caparra confirmatoria consente al contraente beneficiario non solo di rivalersi immediatamente sulle somme oggetto di cauzione, che vengono incamerate, ma altresì di richiedere che venga risarcito il maggior danno da inadempimento”.



essenziale e indefettibile, per la presentazione dell'offerta, ritenendo che la mancanza della stessa possa comportare una mera irregolarità⁷. La giurisprudenza amministrativa ha infatti, da tempo, chiaro il profilo di distinzione e afferma che la mancata presentazione della garanzia a corredo

dell'offerta o anche un semplice errore materiale⁸ della stessa (come, ad esempio, un importo insufficiente o incompleto) non comporti l'esclusione della società dalla gara pubblica⁹, ferma l'operatività dell'istituto del c.d. "soccorso istruttorio"¹⁰. La *ratio* del soccorso istruttorio¹¹ è infatti proprio quella

⁷ Caliendo F., *La funzione della garanzia fideiussoria nelle gare aventi ad oggetto l'affidamento di contratti attivi ed il grado di vincolatività delle disposizioni della lex specialis concernenti la presentazione della predetta garanzia*, in *I contratti dello Stato e degli Enti Pubblici*, I, 2016, pp. 53 e ss.: già a seguito della riforma del codice degli appalti del 2016, il Consiglio di Stato (come si evince dalla sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, n. 5554/2015) riteneva che "Le clausole oggetto di autovincolo (garanzia provvisoria e garanzia definitiva) sono da ritenersi legittime e non nulle anche a seguito dell'introduzione del principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 46 del D. Lgs. n. 163/2006, poiché tanto l'AVCP quanto la giurisprudenza amministrativa hanno riconosciuto che l'adempimento dell'art. 75, comma 8 del D. Lgs. n. 163/2006 costituisce un *elemento essenziale* dell'offerta, la cui violazione deve necessariamente condurre all'esclusione del concorrente, anche qualora lo stesso non sia espressamente richiamato dalla *lex specialis*".

⁸ Carbone P., *Garanzie e appalti pubblici*, in *Rivista Trimestrale degli Appalti*, IV, 2013, pp. 399 e ss.: poiché comunque le cause di esclusione dei concorrenti dalle procedure concorsuali sono tassative e non vi è mai stata l'inclusione tra di esse della presentazione di una cauzione provvisoria deficitaria, la giurisprudenza ha ritenuto che tale circostanza non comporti l'esclusione dalla gara (Consiglio di Stato, Sez. III, n. 493/2012). Per tale motivo, si ritiene che la produzione di una cauzione provvisoria, sprovvista delle caratteristiche previste dall'art. 75, comma 8, Codice degli appalti, non comporti l'esclusione dalla gara ma solo l'obbligo di regolarizzazione, salvo che non vi sia una norma che preveda espressamente l'esclusione per una mancanza specifica.

⁹ Cons. St., Sez. V, 6 settembre 2018, n. 5230: La "irregolarità essenziale" si distingue dalla carenza di un "elemento essenziale dell'offerta", che preclude (invece) il soccorso istruttorio, in quanto costituisce un *minus* rispetto alla seconda, il cui contenuto è tendenzialmente inferibile proprio dall'art. 46, comma 1-bis, a mente del quale la stazione appaltante esclude il concorrente "nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta ...". Si tratta di situazioni, riferibili essenzialmente all'individuazione del contenuto dell'offerta ovvero del soggetto al quale la medesima è imputabile, cui non è riconducibile l'omissione dell'impegno del fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto. Cons. di Stato, Sez. V, 22 luglio 2019, n. 5138.

¹⁰ L'art. 83, comma 9 del Codice dei Contratti Pubblici prevede l'istituto del soccorso istruttorio, ossia l'instaurazione di un sub-procedimento che viene azionato dal responsabile unico del procedimento per: colmare lacune documentali, modificare

dichiarazioni o correggere errori emersi nella fase istruttorie del procedimento.

¹¹ Gambardella F., *Le regole del dialogo e la nuova disciplina dell'evidenza pubblica*, Torino, 2016, p. 90: Una prima formulazione del soccorso istruttorio la ritroviamo nell'art. 6 della legge n. 241 del 1990, nella parte in cui si evidenzia come il responsabile di un procedimento amministrativo abbia il potere di chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erranee o incomplete. Già da questa prima formulazione appare chiara la *ratio* sottesa all'istituto: far collaborare amministrazione e privati al fine di sopperire eventuali lungaggini o vizi superficiali dovuti alla produzione documentale, in applicazione anche dei principi generali di buon andamento, buona fede e del giusto procedimento. Con il tempo è intervenuta anche la legislazione Europea per sottolineare l'importanza di questo strumento, difatti con l'art. 28 della direttiva 93/37/CEE, si sottolineava come, durante una procedura di aggiudicazione degli appalti pubblici, l'amministrazione può invitare l'imprenditore a completare o chiarire i documenti prodotti, sanando eventuali vizi materiali presenti. Il rischio che si poteva palesare nell'utilizzo di questo istituto è la violazione di principi di imparzialità e di par condicio, per tale ragione, il Consiglio di Stato, con decisione n. 9 del 2014, ha stabilito alcuni limiti che bisogna tenere a mente per l'utilizzo del soccorso istruttorio: in primo luogo si è chiarito quando il soccorso istruttorio può essere utilizzato, ossia quando questo serve a sopperire solo dei vizi sugli elementi soggettivi dei partecipanti alla gara, con esclusione di ogni intervento ausiliario che permetterebbe di supplire a delle carenze presenti nell'offerta; in secondo luogo si è chiarito cosa si possa fare in risposta all'intervento ausiliario dell'amministrazione, infatti questo può essere utilizzato solo per regolarizzare i documenti già prodotti e non per produrne ulteriori, con l'unica eccezione dove l'integrazione è possibile quando alla base della mancata produzione documentale vi è un errore da parte dell'amministrazione. Cfr. SAITTA F., *Contratti pubblici e soccorso istruttorio: il punto due anni dopo il correttivo*, in *Diritto Amministrativo*, fasc. 1/2019, pag. 3 e ss.: "È noto, altresì, come, nonostante il tenore letterale della norma indurrebbe a configurare una mera facoltà dell'amministrazione precedente, il soccorso istruttorio sia da tempo ritenuto un vero e proprio dovere: la giurisprudenza più recente afferma, infatti, che "la combinazione del principio di proporzionalità con quello di leale collaborazione determinano che l'esclusione da una procedura amministrativa per motivi di carattere squisitamente formale deve costituire l'eccezione e non la regola imponendo l'art. 6 Legge n. 241 del 1990, in tal caso, l'esercizio del dovere di soccorso istruttorio". Secondo una certa impostazione, sarebbe il dovere di correttezza, corollario del dovere di imparzialità della pubblica



di ovviare a delle irregolarità essenziali (sanabili) degli elementi e delle dichiarazioni rese dai concorrenti, superando ogni impronta di intransigenza formalistica e permettendo così alle stazioni appaltanti di richiedere la regolarizzazione delle offerte non conformi alle regole della gara¹². Per questa via, si ammette la sanabilità delle criticità relative alla garanzia provvisoria, salvo il limite della documentazione mancante, non prodotta in data anteriore rispetto al termine di partecipazione alla gara¹³.

In quale fase di gara possa poi essere escussa la garanzia provvisoria rappresenta un ulteriore punto controverso nelle riflessioni dei giudici, oggetto peraltro di specifica attenzione nella sentenza che passeremo a commentare. In questa prospettiva, infatti, una parte della giurisprudenza sostiene che, rappresentando la garanzia provvisoria un

requisito necessario alla partecipazione alla gara: *“ogni volta che la partecipazione di un concorrente dovesse risultare viziata dovrebbe conseguire automaticamente l'adozione della sanzione costituita nell'incameramento della cauzione”*¹⁴ poiché *“la partecipazione alla gara, in mancanza dei requisiti costituisce elemento che denota di per sé un contegno colposo, sub specie di violazione dei principi di diligenza professionale ed autoreponsabilità connessi alla partecipazione ad una procedura di affidamento di contratti pubblici, pacificamente configurabile rispetto a fatti, stati e situazioni riferibili allo stesso operatore economico”*¹⁵. Diversamente, da altri settori della giurisprudenza, emerge come la garanzia provvisoria possa invece essere escussa solo dalla *fase provvedimentale* in poi, poiché è soltanto a seguito dell'aggiudicazione (in quanto provvedimento che segna il passaggio dalla fase procedimentale alla fase provvedimentale) che nasce un effettivo rapporto giuridico tra le parti¹⁶.

amministrazione, a rendere irragionevole l'adozione di un provvedimento negativo basata sulla mera incompletezza o erroneità dell'istanza ed a giustificare, quindi, l'idea di un soccorso “forte” da intendersi come doveroso.

¹² T.A.R. Lazio - Roma, Sez. II, 30 dicembre 2020, n. 14111: L'art. 83, comma 9, CCP opera comunque entro i termini previsti dalla gara, come stabilito anche dalla giurisprudenza amministrativa “il soccorso istruttorio previsto dall'art. 83, comma 9, D.lgs. 50 del 2016 permette di ovviare alle irregolarità della garanzia provvisoria già tempestivamente prodotta o anche di esibire tardivamente una fideiussione già formata nei termini, ma non di sopperire all'omissione del deposito nel termine indicato dalla legge di gara, attraverso la formazione di un nuovo documento, tale da riflettersi sull'integrità dell'offerta. Si verte, infatti, in quest'ultimo caso, in un'ipotesi di “mancata costituzione” della garanzia, alla quale non può essere seguita l'esclusione dalla gara”

¹³ A nulla rileva la presentazione di una polizza con copertura retroattiva presentata al di fuori dei termini previsti dalla gara, difatti Cfr. T.A.R. Lazio - Roma, Sez. II, 30 dicembre 2020, n. 14111: “il soccorso istruttorio previsto dall'art. 83, comma 9, D. Lgs. n. 50 del 2016 permette di ovviare alle irregolarità della garanzia provvisoria già tempestivamente prodotta (anche per le ipotesi di invalidità sopravvenuta) o anche esibire tardivamente una fideiussione già formata nei termini, ma non di sopperire all'omissione del deposito nel termine indicato dalla legge di gara, attraverso la formazione di un nuovo documento, tale da riflettere sull'integrità dell'offerta. Si verte, infatti, in quest'ultimo caso, in un'ipotesi di “mancata costituzione” della garanzia, alla quale non può che seguire l'esclusione dalla gara”.

¹⁴ T.A.R. Campania - Napoli, Sez. II, 3 agosto 2017, n. 4037.

¹⁵ Cons. St., Sez. V, 19 aprile 2017, n. 1818.

¹⁶ Diversa, invece, è l'ipotesi che prevede la non integrazione dei documenti richiesti per ovviare ai vizi della presentazione della domanda: infatti, veniva affermato che la mancata presentazione (o altri vizi legati alla completezza o la regolarità della garanzia) della cauzione provvisoria non costituiva causa di esclusione dalla gara, ma rappresentava una mera irregolarità sanabile attraverso una richiesta di integrazione mediante l'istituto del soccorso istruttorio. Tutto ciò era però possibile all'unica condizione che la garanzia fosse già costituita alla data di presentazione dell'offerta. Diversamente si andrebbe ad alterare la parità di trattamento tra i concorrenti partecipando alla gara; Consiglio di Stato Sez. III, 23 novembre 2017, n.5467: “si riteneva che la soluzione interpretativa non potesse prescindere da quanto disposto dal nuovo comma 1-ter dell'art. 46 del Codice, che ammette la sanatoria di omissioni o irregolarità anche in relazione alla presentazione della garanzia in parola, laddove la norma consente la sanabilità di ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi. Pertanto, tenuto conto che l'art. 46, co. 1-ter ora consente la sanatoria anche di elementi che devono essere prodotti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara (e la cauzione è un elemento da produrre a corredo dell'offerta in base alla legge), considerato che, ai fini del pagamento della sanzione, la cauzione costituisce solo una garanzia, si è ritenuto che la novella normativa dovesse trovare applicazione anche con riferimento ad ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità riferita alla cauzione provvisoria a condizione che quest'ultima fosse già costituita alla data di presentazione dell'offerta e



3. **IL TEMPO DELL'ESCUSSIONE DELLA GARANZIA PROVVISORIA NELLA RI-MESSIONE ALL'ADUNANZA PLENARIA**

Prima di procedere all'analisi degli istituti su cui si è soffermato il Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria nella sentenza n. 7 del 26.04.2022, è necessario procedere all'esame dei fatti in causa.

Il comune di Monza, con bando pubblicato in Gazzetta Ufficiale in data 5 ottobre 2018, ha indetto una procedura aperta per l'affidamento dei servizi di raccolta, trasporto e spazzamento dei rifiuti urbani. Pubblicata la graduatoria finale, veniva formulata la "proposta di aggiudicazione". Contestualmente, il comune avviava i controlli volti a verificare la conformità dei requisiti di partecipazione della società secondo quanto stabilito dall'art. 80 del D.lgs. 1° aprile 2016 n. 50, laddove evidenzia i motivi di esclusione di una società da una procedura di appalto o concessione¹⁷.

All'esito di questo esame, il comune escludeva dalla gara la società risultata vittoriosa – in favore della seconda in graduatoria – rilevando il difetto dei riferiti requisiti. In particolare, gli

rispettasse la previsione di cui all'art. 75, co. 5 del codice, vale a dire decorresse dalla predetta data di presentazione dell'offerta. Diversamente sarebbe alterata la parità di trattamento tra i concorrenti."

¹⁷ L'art. 80 del D. lgs. 1° aprile 2016 n. 50, rubricato "Motivi di esclusione" enuncia tutti i motivi di esclusione di un operatore economico dalla partecipazione ad una procedura d'appalto o concessione: condanna con sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile; la sussistenza dei di cause di decadenza, di sospensione o di divieto previste dall'art. 67 d. lgs. 159/2011; per tentativo di infiltrazione mafiosa; se sia stato emesso un provvedimento interdittivo nei confronti del titolare – nel caso di impresa individuale –, di un socio – nel caso di società in nome collettivo –, dei membri del CdA a cui sia stata conferita la legale rappresentanza; se sono state commesse violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto ad obblighi tributari; nel caso in cui l'operatore economico che partecipa alla gara si trovi in una delle seguenti situazioni: nel caso siano state accertate gravi violazioni in materia

amministratori della società risultavano rinviati a giudizio per i reati sanciti dagli artt. 110, 353, 353bis, 356 e 314 c.p.¹⁸, nonché risultava rinviato a giudizio anche un rappresentante della società (giudicato poi colpevole e avverso il quale veniva, quindi, emessa sentenza di condanna). Inoltre, una sentenza del TAR Piemonte¹⁹ aveva già dichiarato la nullità di altra aggiudicazione disposta a favore della medesima società per condotte penalmente rilevanti di soggetti che, nella medesima, ricoprivano cariche sociali di rilievo.

A seguito dell'esclusione, il comune disponeva l'escussione della "garanzia provvisoria" offerta dalla società per partecipare alla gara, costituita da una fideiussione. La società esclusa proponeva ricorso avverso l'esclusione, impugnando anche la decisione di escutere la garanzia provvisoria, sostenendo che "*l'escussione sarebbe illegittima poiché l'art. 93 consentirebbe l'escussione soltanto dopo l'aggiudicazione definitiva, in caso di mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'aggiudicatario. Nel caso di specie non si sarebbe configurata alcuna aggiudicazione definitiva a carico della società istante, ma soltanto una proposta di aggiudicazione, cui ha fatto seguito la verifica dei requisiti da parte appaltante*".

Sul punto il T.A.R. Lombardia, sezione IV, con sentenza numero 1581 del 28 giugno 2021 –

sanitaria, nel caso in cui l'operatore economico sia sottoposto a fallimento, nel caso in cui si sia reso colpevole di reati professionali, nel caso in cui abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante, la partecipazione determini una situazione di conflitto di interessi, nel caso in cui sia intervenuto un provvedimento interdittivo; l'operatore economico non abbia presentato nei termini le certificazioni richieste.

¹⁸ Art. 110 c.p.: "*pena per coloro che concorrono in un reato*"; art. 353 c.p.: "*Turbata libertà degli incanti*" (*Chiunque, con violenza o minaccia, o con doni, promesse, collusioni o altri mezzi fraudolenti, impedisce o turba la gara nei pubblici incanti*"); art. 353bis c.p.: "*Turbata libertà del procedimento di scelta del contraente*"; art. 356 c.p.: "*Frode nelle pubbliche forniture*"; art. 314 c.p.: "*Peculato*".

¹⁹ Sentenza richiamata dal T.A.R. Lombardia, Sez. IV, con sentenza n. 1581 del 28 giugno 2021.



dalla quale origina la rimessione all'Adunanza Plenaria –, ha proposto un'interpretazione differente, dell'articolo sopra richiamato, rispetto a quanto sostenuto dalla società esclusa e per tale motivo ha respinto il relativo ricorso. Il giudice, infatti, ha rilevato come la finalità della garanzia provvisoria fosse quella di garantire la serietà e l'affidabilità dell'offerta (e quindi che l'escussione debba coprire ogni ipotesi di mancata sottoscrizione del contratto che fosse addebitabile all'offerente) anche per l'ipotesi in cui l'aggiudicatario non superi le verifiche conseguenti alla redazione della graduatoria finale²⁰.

Il giudizio dinanzi al Consiglio di Stato, sezione IV, si è concluso con sentenza non definitiva n. 8410/2021 che ha ritenuto legittima l'escussione della garanzia ad opera del comune, muovendo dall'analisi letterale della normativa codicistica in tema di garanzia provvisoria. Il vigente testo dell'art. 93, comma 6, d. lgs. n. 50 del 2016 riferisce infatti testualmente che: *“La garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario o all'adozione di*

informazione antimafia interdittiva; la garanzia è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto”. Sotto questo profilo, la norma risulta differente rispetto alla precedente formulazione, prevista nel codice degli appalti del 2006, laddove si poteva leggere che: *“La garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione, per fatto dell'affidatario riconducibile ad una condotta connotata da dolo o colpa grave, ed è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto”*²¹.

Dal confronto tra le riferite disposizioni, emerge chiaramente come, nel precedente testo, l'elemento soggettivo risultasse molto più incisivo poiché il testo faceva espresso riferimento al dolo o la colpa dell'affidatario, mentre nel vigente testo ci si riferisce genericamente ad un qualsiasi “fatto” riconducibile all'affidatario.

Il Consiglio, allo stesso tempo, ha rilevato come non vi sia un'interpretazione univoca dell'art. 93 comma 6, d. lgs. n. 50 del 2016, ferme: una prima linea di pensiero – avallata anche dal TAR di

²⁰ La stessa linea di pensiero la ritroviamo in più orientamenti giurisprudenziali, cfr. : T.A.R. Campania, Napoli, Sezione II, sentenza n. 1589/2011: sosteneva infatti che l'art. 12, nel disciplinare la garanzia provvisoria, non fa altro che specificare il contenuto dell'art. 75, comma 6, del Codice dei Contratti secondo cui “la garanzia copre ogni mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario” includendo ogni fatto riconducibile all'appaltante che non permette di raggiungere la stipula del contratto; Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza n. 2531/2016: “L'incameramento della cauzione provvisoria dell'appalto, perché essa, in ragione dell'essenziale funzione di garanzia della serietà ed affidabilità dell'offerta e del patto d'integrità, copre tutte le ipotesi i cui sono addebitati al concorrente la mancata sottoscrizione del contratto e il mancato perfezionamento dei suoi presupposti procedurali, quali l'aggiudicazione provvisoria e quella definitiva”.

²¹ Cons. St., Sez. IV, 4 gennaio 2021, n. 8410: “L'attuale formulazione dell'articolo, infatti, si limita ad individuare, quale presupposto dell'esclusione, la sussistenza di un “fatto riconducibile all'affidatario”, ovvero “l'adozione di informazione antimafia interdittiva”. La prima locuzione esprime un collegamento meramente eziologico fra un “fatto” dell'aggiudicatario e la “mancata sottoscrizione del contratto”, richiamando dunque una concezione

meramente oggettiva dei presupposti per l'applicazione dell'escussione, cui è estranea ogni valutazione circa la colpevolezza di tale “fatto”. Peraltro, la scelta dell'espressione “fatto”, anziché dell'espressione “atto”, rafforza vieppiù questa conclusione, posto che, nel linguaggio tecnico-giuridico, il “fatto” rimanda ad un mero accadimento materiale senza alcuna rilevanza circa il sotteso assetto volontaristico del soggetto, proprio, invece, dello “atto” in senso stretto. Tale esegesi trova ulteriore, indiretta conferma nell'individuazione, come ulteriore fattispecie che attiva l'escussione, dell'adozione di informativa antimafia interdittiva.”, ed inoltre “In definitiva, ad avviso del Collegio la disposizione in parola prescinde da un addebito di colpevolezza in capo all'interessato e pertanto: - si applica automaticamente al verificarsi di qualunque “fatto” riconducibile alla sfera giuridica dell'affidatario che abbia reso impossibile la stipulazione del contratto, locuzione volutamente ampia al cui interno ben può sussumersi il difetto, originario o sopravvenuto in corso di procedura, dei necessari requisiti di partecipazione stabiliti dalla legge; - è priva di carattere sanzionatorio, con ogni relativa conseguenza in ordine all'irrelevanza dei principi di diritto di provenienza sovra-statale circa i caratteri del “diritto punitivo”, locuzione che, come noto, in sede sovra-nazionale si protende oltre i confini ascritti in sede nazionale al diritto penale.”



primo grado²² – secondo cui la garanzia provvisoria assolve ad una funzione essenziale di garanzia per la serietà e l’attendibilità dell’offerta, nella misura in cui copre ogni ipotesi di mancata sottoscrizione del contratto per qualunque circostanza addebitabile all’offerente, anche nel caso in cui l’aggiudicatario non superi le verifiche conseguenti alla stipula della graduatoria finale²³; ed una seconda linea

interpretativa – sostenuta invece dall’appellante – secondo cui l’escussione della garanzia provvisoria non si applica alle ipotesi in cui non è ancora intervenuta l’aggiudicazione, ovvero in quelle ipotesi in cui la stazione appaltante procede discrezionalmente, nel corso della gara, alla verifica dei requisiti di uno o più concorrenti²⁴.

²² T.A.R. Lombardia, sezione IV, 28 giugno 2021, n. 1581 e T.A.R. Marche, sezione I, 2 marzo 2021, n. 117: “il d. lgs. n. 50/2016 contiene una norma – specificamente dettata per l’avvalimento, ma che obbedisce alla stessa *ratio* su cui fonda l’orientamento giurisprudenziale compendiato nella sentenza n. 34 del 2014 dell’Adunanza Plenaria – la quale prevede l’escussione della cauzione provvisoria a danno anche dei concorrenti non risultati aggiudicatari: si tratta, come è noto, dell’art. 89, comma 1, terzultimo periodo”.

²³ Cons. St., Sez. V, 27 luglio 2017, n. 3701: “Per consolidata giurisprudenza, nelle gare pubbliche di appalto l’incameramento della cauzione è una misura a carattere latamente sanzionatorio, che costituisce conseguenza ex lege dell’esclusione per riscontrato difetto dei requisiti da dichiarare ai sensi dell’art. 38 D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, senza che sia necessaria la prova di colpa nella formazione delle dichiarazioni presentate. L’escussione costituisce dunque conseguenza automatica della violazione dell’obbligo di diligenza gravante sull’offerente, considerato anche che gli operatori economici, con la domanda di partecipazione, impegnano ad osservare le regole della procedura delle quali hanno piena contezza. Si tratta di una misura autonoma e ulteriore rispetto all’esclusione dalla gara ed alla segnalazione all’Autorità di vigilanza, che si riferisce, mediante l’anticipata liquidazione dei danni subiti dall’Amministrazione, a un distinto per quanto connesso rapporto giuridico fra quest’ultima e l’imprenditore. In definitiva, l’incameramento della cauzione provvisoria è una misura di carattere strettamente patrimoniale, senza un carattere sanzionatorio amministrativo nel senso proprio: non ha infatti né carattere reintegrativo o ripristinatorio di un ordine violato, né di punizione per un illecito amministrativo previsto a tutela di un interesse generale). Essa ha il suo titolo e la sua causa nella violazione di regole e doveri contrattuali già espressamente accettati negli stretti confronti dell’amministrazione appaltante. La lata funzione sanzionatoria che sopra si è detta, dunque, inerisce al solo rapporto che si è costituito inter partes con l’amministrazione appaltante per effetto della domanda di partecipazione alla gara.”; della stessa idea: Consiglio di Stato, Sez. IV, 28 dicembre 2016, n. 5501; Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 29 febbraio 2016, n. 5

²⁴ Apperti O., *La cauzione provvisoria. Un’indagine sulla (negata) questione del rispetto del principio di proporzionalità*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, III, 2013, pp. 543 e ss.: “A tenore dell’art. 75, comma 6, D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, “La garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell’affidatario”. Il Codice

dei contratti pubblici, dunque, conferma l’ampliamento dell’ambito di operatività della cauzione provvisoria già operato dalla l. 11 febbraio 1994, n. 109 ricollegando l’escussione al “fatto” dell’affidatario. L’orientamento giurisprudenziale dominante ritiene che la locuzione “mancata sottoscrizione del contratto” valga a comprendere tutti i casi in cui il concorrente sia escluso dalla gara, ad esempio per mancanza dei requisiti generali. Tale interpretazione, tuttavia, non sembra corretta alla luce dell’art. 12 delle preleggi, che non consente di adottare un’opzione ermeneutica totalmente sganciata dal tenore letterale della disposizione. L’art. 75, infatti, fa espresso riferimento ai soli casi in cui non vengano assunte obbligazioni contrattuali per fatto dell’“affidatario” e pertanto si riferisce espressamente al soggetto che sia individuato come il futuro contraente per effetto di un provvedimento di aggiudicazione definitivo ed efficace.

Diverso e più ampio è invece il novero dei possibili destinatari del provvedimento di escussione nei casi previsti dall’art. 48, D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163. Si ricorda che al fine di garantire il regolare svolgimento della gara, l’art. 48 impone alle stazioni appaltanti di procedere ad una verifica a campione, richiedono “ad un numero di offerenti non inferiore al 10% delle offerte presentate” scelti con sorteggio pubblico, di comprovare – entro il termine perentorio di dieci giorni dalla data della richiesta medesima – il “possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, eventualmente richiesti nel bando di gara, presentando la documentazione indicata in detto bando o nella lettera di invito”. Come è possibile evincere dal tenore della disposizione, la verifica è ammessa su percentuali maggiori al 10% e, pertanto, nulla osta ad un controllo che coinvolga tutti i partecipanti alla gara. Tuttavia, è necessario che tale eventualità sia indicata nel bando o nella lettera di invito. La verifica a campione deve essere effettuata soltanto nei confronti dei soggetti ammessi al prosieguo della procedura, nella fase immediatamente precedente all’esame delle buste contenenti le offerte. Un’ulteriore attività di verifica del possesso dei requisiti speciali si colloca a valle della conclusione del procedimento di gara. L’art. 48, infatti, impone alla stazione appaltante “entro dieci giorni dalla conclusione delle operazioni di gara” di richiedere la documentazione comprovante il possesso dei requisiti speciali “anche all’aggiudicatario e al concorrente che segue in graduatoria, qualora gli stessi non siano compresi fra i concorrenti sorteggiati”. L’ambito di applicazione oggettivo dell’attività di verifica prevista dall’art. 48 è espressamente circoscritto ai soli requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-



Per tale ragione, la sezione IV del Consiglio di stato, con sentenza non definitiva, ha deferito all'Adunanza Plenaria la seguente questione: “l'art. 93, comma 6, D.lgs. n. 50 del 2016 possa (recte, debba) trovare applicazione non solo nei confronti del soggetto cui sia già stata definitivamente aggiudicata la gara, ma anche nei confronti del soggetto che la commissione giudicatrice, dopo le valutazioni di spettanza, abbia proposto per l'aggiudicazione”.

4. LA GARANZIA PROVVISORIA COME CLAUSOLA A SOSTEGNO DELL'AFFIDABILITÀ DELL'OFFERTA: LA POSIZIONE DELL'ADUNANZA PLENARIA

L'Adunanza Plenaria risponde al quesito con la già richiamata sentenza del 26 aprile 2022 n. 7, soffermandosi, in un primo momento, sull'ambito di operatività della “garanzia provvisoria” che correde l'offerta dei partecipanti alla procedura di gara, al fine di stabilire se essa copra solo i fatti che si siano verificati nel periodo compreso tra l'aggiudicazione ed il contratto ovvero se si possa estendere anche ai fatti che si siano verificati nel periodo compreso tra la “proposta di aggiudicazione” e l'aggiudicazione. In questa prospettiva, l'Adunanza

Plenaria muove dal distinguere le fasi che portano alla stipula di un contratto di appalto: a) la fase procedimentale, finalizzata alla selezione del miglior offerente (all'esito della quale si adotta il provvedimento di aggiudicazione e nella quale viene dunque formulata la proposta di aggiudicazione); b) la fase provvedimentale, che comprende il momento immediatamente successivo all'aggiudicazione e che si protrae fino alla stipula del contratto; c) la fase costitutiva tra la pubblica amministrazione e il soggetto aggiudicatario, ossia il momento concreto dove nascono le reciproche obbligazioni (il momento della sottoscrizione del contratto); d) l'ultima fase, che prevede l'adempimento degli obblighi contrattuali²⁵.

Successivamente, l'Adunanza Plenaria, entrando nel merito dell'istituto, analizza la natura e la funzione della “garanzia provvisoria”, evidenziando come l'istituto rilevi nella prospettiva di valutare la serietà e l'affidabilità dell'offerta, al di fuori di ogni funzione sanzionatoria.

Ai fini della individuazione della fase in cui sarebbe praticabile l'escussione della “garanzia provvisoria”, l'Adunanza Plenaria²⁶ si distacca da quanto sostenuto dalla Quarta Sezione del Consiglio di Stato²⁷, in sede di rimessione, facendo leva,

organizzativa. Dunque, il mancato possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa disciplinata dovrebbe costituire una situazione ontologicamente diversa dalla carenza dei requisiti di carattere generale, che del resto trova una compiuta regolamentazione nell'art. 38, D.lgs. n. 163 del 2006. Sia nel caso della verifica a campione, sia nel caso della verifica successiva all'aggiudicazione, se l'operatore interessato non dimostri il possesso dei requisiti o, comunque, non confermi le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta, “le stazioni appaltanti procedono alla [sua] esclusione dalla gara, all'escussione della relativa cauzione provvisoria e alla segnalazione del fatto all'Autorità per i provvedimenti di cui all'art. 6 comma 11. L'Autorità dispone altresì la sospensione da uno a dodici mesi dalla partecipazione alle procedure di affidamento”. Alle medesime conseguenze il concorrente va incontro nell'ipotesi in cui violi il termine perentorio di dieci giorni per ottemperare alle richieste della stazione appaltante.

²⁵ L. Ieva, *La garanzia provvisoria (nella gara) assicura la stipulazione del contratto (dopo la gara), non altre vicende (intranee alla gara)*, in *Urb. e appalti*, IV, 2022, pp. 473 e ss.

²⁶ Cons. St., A. P., 26 aprile 2022, n. 7.

²⁷ Cons. St., Sez. IV, 25 novembre 2021, n. 8410: difatti il Consiglio di Stato riteneva che “l'attuale formulazione dell'art. 93 comma 6 del D.lgs. 50 del 2016, si limita ad individuare, quale presupposto dell'escussione, la sussistenza di un fatto riconducibile all'affidatario, ovvero all'adozione di informazione antimafia” e soprattutto “in conclusione sul punto, ad avviso del Collegio l'escussione della garanzia è legittimamente disposta dalla stazione appaltante in ogni caso in cui la stipulazione del contratto non sia possibile a motivo di un fatto afferente alla sfera giuridica dell'aggiudicatario, quale ben può essere la mancanza o la perdita sopravvenuta dei requisiti cui la legge subordina la partecipazione ad una gara, senza che sia necessaria alcuna ulteriore indagine. Resta, a questo punto, il distinto profilo della possibilità di equiparare, ai fini *de quibus*,



in chiave ermeneutica, sulla previsione normativa contenuta nell'art. 12 delle preleggi al codice civile, a tenore del quale: "nell'applicare la legge non si può attribuire ad essa altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse e dalla intenzione del legislatore". Per questa via e guardando al contenuto letterale del comma 6 dell'art. 93 del decreto legislativo n. 50 del 2016 – secondo cui "la garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario (...)" - l'Adunanza plenaria supera l'interpretazione della Sezione IV del Consiglio di Stato, giungendo a chiarire che l'operatività della norma va limitata al solo momento successivo all'aggiudicazione, giacché estendere l'ambito di applicazione anche al momento della "proposta di aggiudicazione" allontanerebbe l'interprete dal dato letterale, in distonia rispetto al criterio ermeneutico di cui al riferito art. 12 delle preleggi.

Nella sentenza in questione emergono tre aspetti d'interesse, strettamente connessi l'uno all'altro: la natura della "garanzia provvisoria" (in particolare se essa abbia carattere sanzionatorio o meno); l'ambito di applicazione (ossia se la garanzia possa essere escussa in tutte le fasi preventive rispetto alla stipula di un contratto di appalto o solo in alcune di esse e - in questa seconda ipotesi - in quale fase si possa escutere); l'individuazione dei soggetti nei confronti dei quali possa essere escussa detta "garanzia provvisoria".

Sul primo punto, si ribadisce quanto già chiarito: per quanto in un primo momento la giurisprudenza fosse concorde nel concepire la garanzia provvisoria come una clausola avente natura sanzionatoria, ad oggi pare ferma sull'idea che si tratti di una clausola di mera garanzia per valutare l'affidabilità dell'offerta e dell'offerente.

Un cambio di rotta che dispiega la sua efficacia in relazione al secondo aspetto cui dobbiamo rivolgere la nostra attenzione. Infatti, quella giurisprudenza che considerava la garanzia provvisoria come un istituto avente carattere sanzionatorio, allo stesso modo ne immaginava l'escussione già dal momento della presentazione dell'offerta. Ad oggi, invece, ritenendo la giurisprudenza la garanzia provvisoria un istituto privo di natura sanzionatoria, la stessa ha potuto riconsiderare anche il momento in cui essa possa essere escussa, concludendo nel senso che l'escussione possa avvenire solo dal momento in cui nasca un rapporto giuridico vincolante tra le parti, ossia dalla fase provvedimentale in poi, seguendo la scansione in fase dell'evidenza pubblica che la stessa Adunanza Plenaria ha riportato in via di premessa al suo ragionamento. Ciò però non deve indurre all'erronea conclusione che la garanzia provvisoria non abbia un effetto, seppur astratto, anche prima della fase provvedimentale. Difatti, già nel momento della presentazione della domanda di partecipazione da parte dell'operatore economico, la Pubblica Amministrazione svolge comunque una valutazione riguardo l'affidabilità sia dell'offerta, sia dell'offerente, proprio in ragione della prestazione della garanzia provvisoria.

Venendo poi alla terza questione giuridica che affronta l'Adunanza Plenaria, bisogna interrogarsi su quali siano i soggetti nei confronti dei quali si possa escutere la "garanzia provvisoria": sono esclusivamente i soggetti "aggiudicatari" o anche i destinatari di una "proposta di aggiudicazione"? Sul punto, è dato peraltro di rilevare un contrasto tra la posizione assunta dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato e l'orientamento espresso dal giudice rimettente. Infatti, la IV sezione del Consiglio di Stato, era partita da una prospettiva funzionale²⁸, parificando la situazione dell'aggiudicatario

²⁸ l'aggiudicatario propriamente detto ed il soggetto a cui favore è stata semplicemente proposta l'aggiudicazione".

²⁸ T.A.R. Lazio - Roma, Sez. II, n. 10413 del 13/10/2020; T.A.R. Lazio - Roma, Sez. II, n. 13120 del 7/12/2020;



a quella del destinatario della proposta di aggiudicazione, interpretando la mancanza dei requisiti previsti dalla legge come una violazione del patto di integrità e delle regole di gara e ritenendo, quindi, l'amministrazione legittimata, già nella fase procedimentale, ad escutere la "garanzia provvisoria".

L'Adunanza Plenaria si è espressa in maniera diametralmente opposta, cercando, come già detto, di interpretare l'istituto in termini più aderenti al dato normativo letterale e sottolineando come l'art. 93, comma 6, D. lgs. n. 50 del 2016 parli di "mancata sottoscrizione del contratto", come condizione riferibile esclusivamente al soggetto che, a seguito della proposta di aggiudicazione, risulti vittorioso nella gara d'appalto. Ne consegue, nel ragionamento della Plenaria, che l'unico soggetto nei confronti del quale possa essere escussa la "garanzia provvisoria", una volta constatato essere in possesso di tutti i requisiti previsti dalla legge, è quello che si trova nella possibilità materiale di firmare il contratto definitivo.

La soluzione dell'Adunanza Plenaria, del resto, appare in linea con gli approdi raggiunti dalla giurisprudenza più recente²⁹, laddove chiarisce che escutere la "garanzia provvisoria" nei confronti di tutti i soggetti destinatari della "proposta di aggiudicazione" significherebbe assegnare all'istituto quella funzione sanzionatoria che, come più volte

ribadito, l'indirizzo giurisprudenziale maggioritario non ritiene adeguata per un istituto che assolve piuttosto una finalità di garanzia.

5. LA GARANZIA PROVVISORIA NEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

La posizione assunta dall'Adunanza Plenaria in merito all'ambito di operatività della "garanzia provvisoria" è chiara, così come la posizione assunta in merito alla distinzione netta tra le due fasi della procedura di aggiudicazione dei lavori.

Infatti, la *ratio* dell'istituto della "garanzia provvisoria" è quella di coprire gli eventuali pregiudizi economici determinati dalla condotta dell'aggiudicatario, nel caso in cui non sottoscriva il contratto finale, sia per mancanza di un requisito soggettivo sia per una condotta scorretta dell'aggiudicatario che, per sua scelta, decida di non sottoscrivere più il contratto. In entrambe le ipotesi, l'ente appaltante è obbligato ad annullare il provvedimento di aggiudicazione e rinnovare il procedimento *ex novo*. Dunque, risulterebbe contraddittorio, in relazione alla *ratio* dell'istituto, consentire l'escussione di questo tipo di garanzia anche nei confronti di un soggetto al quale è riferibile esclusivamente la mera "proposta di aggiudicazione". Infatti, se da un lato la mancata aggiudicazione può dipendere anche da

T.A.R. Lazio - Roma, Sez. II, n. 2565 del 3/3/2021: "Sussiste, in linea generale, un automatismo tra esclusione per carenza dei requisiti di partecipazione ed escussione della cauzione provvisoria prestata a garanzia della serietà dell'offerta, quale conseguenza diretta della violazione del patto di integrità e delle regole di gara cui è soggetto il partecipante. L'escussione della cauzione costituisce, infatti, conseguenza diretta ed automatica del provvedimento di esclusione dalla procedura di gara per carenza dei requisiti di partecipazione ed è una misura autonoma ed ulteriore rispetto all'esclusione alla gara, che si riferisce, mediante l'anticipata liquidazione dei danni subiti dall'Amministrazione, ad un distinto per quanto connesso rapporto giuridico tra quest'ultima e l'imprenditore (dal che si inferisce pure che il relativo provvedimento ha una funzione *lato*

sensu sanzionatoria, pur non costituendo una « sanzione amministrativa » in senso proprio)".

²⁹ T.A.R. Lazio - Roma, Sez. I, n. 5328 del 2021; Cons. di Stato, Sez. V, n. 5445 del 30/06/22: "In materia di contratti pubblici l'incameramento delle somme a titolo di garanzia provvisoria, ex art. 93 del D. Lgs. n. 50 del 2016 rappresenta una conseguenza automatica del provvedimento di esclusione, essendo insensibile ad eventuali valutazioni finalizzate ad evidenziare la non imputabilità a colpa della violazione che abbia dato causa all'esclusione. Ciò in quanto la finalità di tale garanzia è quella di responsabilizzare i partecipanti in ordine alle dichiarazioni rese in sede di gara e di garantire la serietà e affidabilità dell'offerta, nonché di precostituire una forma di tutela, a favore della stazione appaltante, per l'eventualità che, per fatto comunque riferibile alla concorrente risultata aggiudicataria, non si addivenga alla stipula del contratto".



ragioni riferibili all'offerta, dall'altro, nel caso di mancanza di requisiti soggettivi previsti per legge in capo al soggetto partecipante alla gara, l'amministrazione non è obbligata a procedere con l'aggiudicazione, potendosi limitare ad escludere il soggetto dalla gara. In tal caso, i pregiudizi economici (che dovrebbero fondare la decisione di escutere la "garanzia provvisoria") avrebbero un'entità radicalmente minore³⁰.

Alla luce di quanto detto, l'Adunanza Plenaria, interpretando dunque in maniera letterale la norma dell'art. 93, comma 6, D.lgs. n. 50 del 2016, ha affermato il seguente principio: la "garanzia provvisoria" si riferisce solo al momento compreso tra la fase procedimentale e la stipula del contratto, non può quindi essere estesa ai soggetti avverso i quali è riferita la "proposta di aggiudicazione", poiché l'escussione di tale garanzia copre il danno economico derivante dalla mancata sottoscrizione del contratto (per ogni fatto riferibile al soggetto partecipante).

Questa impostazione in punto di natura ed operatività della garanzia provvisoria – ossia come istituto utile a valutare l'affidabilità e la serietà dell'offerta e ammettendosi, di conseguenza, la sua escussione solo dalla fase provvedimentale – trova peraltro conferma nel nuovo Codice dei contratti pubblici, introdotto con il d.lgs. n. 36 del 31 marzo 2023 (in attuazione della legge di delega n. 78 del 21 giugno 2022). Infatti, Il sesto comma dell'articolo 106 del Codice, rubricato "garanzie per la partecipazione alla procedura", ribadisce che: "la garanzia copre la mancata aggiudicazione dopo la proposta di aggiudicazione e la mancata

sottoscrizione del contratto imputabili ad ogni fatto riconducibile all'affidatario o conseguenti all'adozione di informativa antimafia".

Si tratta di una formula, non diversa nella sostanza rispetto a quella contenuta nel previgente art. 93, comma 6, del D.lgs. n. 50 del 2016, che riprende esplicitamente il principio di diritto affermato dalla riferita sentenza dell'Adunanza Plenaria e che dalla stessa appare evidentemente condizionato.

Inoltre lo stesso art. 106 conferma quanto già diceva il vecchio Codice, ovvero che l'offerta dell'operatore economico "è corredata da una garanzia provvisoria pari al 2 per cento del valore complessivo della procedura indicato nel bando o nell'invito", al contempo ribadisce la deroga a questa regola generale nella misura in cui prevede l'aumento o la diminuzione della consistenza della garanzia provvisoria da allegare alla domanda di gara, da un minimo dell'1 per cento ad un massimo del 4 per cento, in base alla natura e al grado di rischio del lavoro da compiere. La percentuale di aliquota da allegare alla domanda di gara è individuata in maniera discrezionale dall'Ente appaltante e si tratta di una discrezionalità rispetto alla quale la norma non esplicita criteri cui la pubblica amministrazione si debba attenere, ferma in ogni caso la considerazione delle caratteristiche della specifica commessa, in relazione alla qualità e alla difficoltà che l'esecuzione comporti, nonché un tendenziale rilievo per il *favor* alla partecipazione delle piccole e medie imprese nell'ambito di una traccia che il nuovo diritto dell'evidenza pubblica sviluppa con crescente attenzione³¹. Si tratta di una

³⁰ Rimane però fermo il diritto dell'Autorità nazionale anticorruzione di poter irrogare sanzioni pecuniarie qualora ritenga che le condotte contrarie alle regole della gara da parte degli operatori economici siano di particolare rilievo

³¹ Saitta F., in *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Padova, 2008, pp. 672 e ss: la possibilità di variare l'aliquota della garanzia provvisoria era prevista già nei codici precedenti, difatti nel Codice dei Contratti pubblici del 2006 era previsto che "il comma 7 prevede che le imprese certificate ISO

9000 hanno diritto di ottenere il dimezzamento delle garanzie (e del loro eventuale rinnovo); dal che discende che le imprese in possesso del suddetto requisito possono presentare una garanzia pari all'uno per cento del valore indicato nel bando o nell'invito. Per la riduzione della garanzia, il concorrente interessato deve segnalare in sede di offerta il possesso del suddetto requisito e documentarlo nei modi prescritti dalle norme vigenti. Conseguentemente, l'impresa beneficiaria avrebbe il diritto di avvalersi della riduzione, senza particolari oneri probatori in gara se non quelli di segnalazione. Pertanto, salvo che ciò non sia chiaramente richiesto dagli atti di



tendenza che trova traccia consapevole nelle direttive Europee del 2014 (2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25 UE), le quali stabilivano espressamente che: *“le direttive 17 e 18 del 2004 dovrebbero essere riviste e aggiornate in modo da accrescere l’efficienza della spesa pubblica, facilitando in particolare la partecipazione delle piccole e medie imprese (PMI) agli appalti pubblici”*, e che trova riscontro nel nuovo Codice. A sollecitare l’attenzione del diritto europeo il dato per cui le PMI, pur rappresentando la quota assolutamente più consistente delle imprese che operano in ambito UE, non riuscissero a partecipare con profitto alle gare, posti gli ostacoli di una normativa e di una prassi amministrativa use nella predisposizione di adempimenti e requisiti di partecipazione fuori dalla loro portata. In questo quadro, proprio la facoltà discrezionale di riduzione della consistenza della garanzia può rappresentare una leva di incentivo per le PMI nella prospettiva della partecipazione alle gare pubbliche.

La prassi della riduzione dell’importo della garanzia sembra giustificarsi, peraltro, anche alla luce dell’impianto generale del nuovo codice nel cui ambito la disciplina dell’evidenza pubblica poggia adesso sull’enunciazione di dodici principi generali. Tra questi, s’inquadra l’innovativo “principio di fiducia”, previsto in apertura del nuovo *corpus*, all’art. 2, quasi a rappresentare un segnale, da parte del Legislatore, nel senso di intenderlo come una linea guida che debba permeare il procedimento ad evidenza pubblica in tutta la sua durata.

L’art. 2 del nuovo Codice dei contratti pubblici, al comma 1, prevede espressamente che: *“l’attribuzione e l’esercizio del potere nel settore dei contratti pubblici si fonda sul principio della reciproca fiducia nell’azione legittima, trasparente e corretta dell’amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici”*, nell’ambito di una previsione evidenza come il concetto di fiducia debba

essere riferito tanto alle pubbliche amministrazioni come apparati quanto ai singoli funzionari e agli operatori economici coinvolti nelle vicende di gara. La norma rappresenta dunque un evidente salto di qualità nella costruzione della relazione di gara e che trova ulteriore specificazione nel secondo comma del medesimo articolo, laddove si chiarisce che *“il principio di fiducia favorisce e valorizza l’iniziativa e l’autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l’acquisizione e l’esecuzione delle prestazioni secondo il principio del risultato”*. La traccia è dunque sicuramente nel senso di riconoscere ai funzionari pubblici una maggiore autonomia decisionale e l’esercizio di una discrezionalità che non sia paralizzata dalla cd. *“burocrazia difensiva”*, conseguente al timore dei funzionari per le possibili conseguenze del loro agire amministrativo, eppure la *“fiducia”* non può essere intesa come un atteggiamento unilaterale ed incondizionato. Se è vero che una delle finalità di questo nuovo codice è lo snellimento e la velocizzazione delle gare d’appalto, di certo i principi fondanti lo stesso devono essere riferibili a tutti i soggetti che ne fanno parte, a partire dagli operatori economici che devono poter sfruttare le opportunità che il meccanismo della fiducia può loro riconoscere. Opportunità che possono declinarsi lungo molteplici ambiti di incidenza e che, in relazione al nostro tema di indagine, ben possono favorire la prassi amministrativa della riduzione dell’importo dovuto dalle imprese a titolo di prestazione di una garanzia che abbiamo visto essere costruita dall’ordinamento a presidio della serietà ed affidabilità di un’offerta che, oggi, può e deve essere evidentemente osservata dall’amministrazione con maggiore fiducia.

gara, gli operatori economici non sarebbero in obbligo di produrre la copia del relativo certificato, a pena di esclusione, e sarebbe al più l’ente

appaltante, qualora lo ritenesse opportuno, a poter richiedere un’integrazione documentale”.



LA CAPACITÀ NEGOZIALE DELLE REGIONI NELL'ERA DEL COMMISSARIAMENTO PER EXTRA DEFICIT SANITARIO

di Clara TUCCILLO*

ABSTRACT

Il presente lavoro si occupa delle ipotesi di commissariamento degli organi regionali dovute all'extra deficit sanitario e, più in particolare, di quella forma di commissariamento, introdotta dall'art. 4 del d.l. 159 del 2007, prevista per conseguire gli obiettivi fissati dai piani di rientro ai quali le Regioni si obbligano in forza degli accordi disciplinati dall'art. 8 della Intesa Stato-Regioni del 23 marzo 2005. Il commissario ad acta, in particolare, è chiamato a svolgere l'attività necessaria per il perseguimento degli obiettivi di riduzione della spesa sanitaria da parte delle Regioni, ivi compresa quella di natura negoziale. La straordinarietà di tale rimedio impone, tuttavia, il rispetto di una serie di requisiti di ordine sostanziale e procedimentale volti a circoscrivere, in osservanza del principio di leale collaborazione, l'unilateralità dello stesso e il suo effetto di compressione delle competenze regionali. Di qui gli interventi della Corte costituzionale finalizzati a fissare specifici limiti per evitare ingerenze regionali nella sfera d'azione del commissario ad acta e viceversa.

SOMMARIO

1. Premessa	192
2. Il commissariamento delle regioni per extra deficit sanitario	193
3. I c.d. piani di rientro come strumento di riorganizzazione dei servizi sanitari	195
4. Le attribuzioni del commissario e i poteri contrattuali delle regioni	195
5. Il riparto delle competenze legislative: la sentenza della corte costituzionale n. 106/2017	197

* Dottoranda dell'Università degli Studi di Napoli Parthenope.

¹ Si veda, difatti, M. COCCONI, *Il diritto alla tutela della salute*, Parma, 1998, che cita: "la sottovalutazione del significato dell'art. 32

6. Conseguenze dell'insediamento del commissario ad acta..... 199

1. PREMESSA

Il presente lavoro si occupa delle ipotesi di commissariamento degli organi regionali dovute all'extra deficit sanitario e, più in particolare, di quella forma di commissariamento, introdotta dall'art. 4 del d.l. 159 del 2007, prevista per conseguire gli obiettivi fissati dai piani di rientro ai quali le Regioni si obbligano in forza degli accordi disciplinati dall'art. 8 della Intesa Stato-Regioni del 23 marzo 2005. L'intera materia, come si vedrà, è percorsa dalla tensione, per certi aspetti insolubile, tra le esigenze di contenimento della spesa, connesse alla limitatezza delle risorse disponibili, e la necessità di salvaguardare alcuni standard minimi di prestazioni sanitarie e, con essi, la fisionomia del modello solidaristico e sociale di Stato delineato dalla Costituzione. È noto che l'art. 32 della Costituzione suggella l'obbligo per la Repubblica di garantire l'effettività del diritto alla salute, in quanto diritto fondamentale riservato ai cittadini. È, tuttavia, altrettanto manifesto che gli oneri finanziari necessari alla compiuta realizzazione del suddetto scopo hanno da sempre creato preoccupazione¹. Di qui l'esigenza di individuare strumenti in grado di bilanciare l'obiettivo di tutela della salute dei cittadini con l'equilibrio finanziario delle risorse a disposizione dello Stato. A tale scopo, a partire dagli anni 90 del secolo scorso si sono succedute numerose riforme del sistema della sanità pubblica, anche al

Cost. come diritto costituzionale fu legata nondimeno al timore degli eccessivi oneri finanziari che avrebbe implicato una sua compiuta realizzazione".



fine di perseguire gli obblighi assunti in sede comunitaria attraverso il c.d. Patto di stabilità e crescita (PSC)². Il perseguimento degli obiettivi di riduzione del disavanzo annuo e dell'ammontare del debito, dettati dal PSC, diventa, altresì, primario nel panorama nazionale quando l'art. 28 della legge 448 del 1998³, istitutivo del c.d. Patto di stabilità interno, pone la medesima finalità al complesso dell'attività regionale, inclusiva di entrate e spese per l'assistenza sanitaria. La fonte che fissa i criteri e le modalità per il riparto delle risorse economiche statali devolute al Servizio sanitario nazionale (SSN) è il D.lgs. 56 del 2000. Quest'ultimo prevede che la legge statale determini annualmente il fabbisogno sanitario nazionale standard per l'erogazione dei livelli essenziali di assistenza (LEA), vale a dire il livello complessivo delle risorse del Servizio Sanitario Nazionale al cui finanziamento concorre lo Stato, procedendo così al riparto del fondo alle Regioni.

Stabilisce, inoltre, che la suddetta distribuzione debba avvenire sulla base della capacità fiscale regionale, corretta da adeguate misure perequative, e che al finanziamento del SSN concorrano l'IRAP, l'addizionale regionale all'IRPEF e la compartecipazione all'IVA. Successivamente, ha iniziato ad assumere un ruolo decisivo nelle politiche di contenimento della spesa sanitaria la conferenza Stato-Regioni. In particolare, l'accordo dell'8 agosto 2001 ha previsto un consistente aumento delle risorse finanziarie a disposizione delle Regioni per far fronte alle spese sanitarie dei cittadini al quale conseguono, necessariamente, strumenti di controllo della spesa ancora più rigorosi, arricchiti dagli impegni previsti nella manovra finanziaria del

2005 e nell'art. 6 della successiva intesa siglata alla seduta del 2005.

Alla luce della sovraesposta normativa le Regioni sono tenute a rispettare l'obbligo di garantire in sede di programmazione regionale, coerentemente con gli obiettivi sull'indebitamento netto delle Amministrazioni pubbliche, l'equilibrio economico-finanziario del Servizio sanitario regionale nel suo complesso, con riferimento alle proprie aziende sanitarie, ospedaliere, ospedaliere universitarie, ivi compresi i policlinici universitari e gli istituti di ricovero e cura a carattere scientifico, sia in sede di preventivo annuale, che di conto consuntivo, realizzando forme di verifica trimestrale della coerenza degli andamenti con gli obiettivi dell'indebitamento netto.

2. IL COMMISSARIAMENTO DELLE REGIONI PER EXTRA DEFICIT SANITARIO

Tra gli aspetti di maggiore rilevanza delle sopra citate disposizioni vi è la facoltà attribuita al Governo, in presenza di determinate condizioni, di sostituirsi alle Regioni meno virtuose - quelle cioè che non hanno saputo coniugare l'obiettivo di garantire la tutela della salute con le risorse a disposizione - al fine di ricondurre in equilibrio i bilanci dei vari servizi sanitari regionali⁴. Tale sostituzione, anche detta "commissariamento", avviene attraverso la nomina di un commissario *ad acta*, chiamato o per approvare il bilancio di esercizio consolidato del servizio sanitario regionale - determinando il disavanzo di gestione e adottando i necessari provvedimenti per il suo ripianamento (art. 1, co. 174, l.

² Il c.d. Patto di stabilità e crescita (PSC) è l'accordo stipulato dai paesi membri dell'Unione Europea per il controllo delle rispettive politiche di bilancio al fine di mantenere fermi i requisiti di adesione all'Unione economica e monetaria (UEM) europea, nonché per rafforzare il percorso di integrazione monetaria intrapresa nel 1992 con la sottoscrizione del Trattato di Maastricht.

³ Poi modificato e integrato dall'art. 30, commi 2 e 8 della l. 23 dicembre 1999, n.488, dagli artt. 53 e 83 della l.23 dicembre 2000, n.388 e dall'art.1, comma 699, della l. 27 dicembre 2006, n. 669.

⁴ V. art. 1, comma 174, della legge 311 del 2004 e art. 8 dell'Intesa Stato-Regioni del 23 marzo 2005.



311/2004) - ovvero per assicurare, ove ci sia stata inosservanza degli obblighi previsti dai piani di rientro, la puntuale attuazione degli accordi stipulati fra i Ministeri della salute e dell'economia e le Regioni in dissesto finanziario (art. 4, d.l. 159/2007 s.m.i.). Il meccanismo dei poteri sostitutivi è legittimato dal secondo comma dell'art. 120 della Costituzione, novellato dall'art. 6 della legge costituzionale n. 3 del 2001, letto alla luce dei principi costituzionali che governano la materia della ripartizione di competenze tra Stato e Regione. Tradizionalmente, con il termine sostituzione si fa riferimento all'istituto mediante il quale un soggetto (sostituito) è legittimato a far valere un diritto, un obbligo o un'attribuzione che rientrano nella sfera di competenza di un altro soggetto (sostituto), operando in proprio nome e sotto la propria responsabilità⁵. All'indomani della riforma costituzionale del 2001 si sono sviluppati accesi dibattiti in merito alla questione della natura del potere conferito al Governo, ai fini della stessa configurazione dell'autonomia costituzionale di Regioni ed Enti locali. L'aspetto maggiormente controverso si risolveva essenzialmente in un binomio concettuale, nel quale si scontravano le tesi di chi limitava la possibilità di un intervento sostitutivo della funzione amministrativa⁶ e chi, invece, ne ammetteva una sostituzione in via legislativa, nelle forme di un decreto-legge, ancorché privo dei requisiti e dei presupposti richiesti dall'art. 77 della Costituzione, o di un decreto legislativo⁷. I sostenitori della prima tesi ponevano l'accento, in primo luogo, sul dato formale secondo cui al Governo è consentito l'esercizio

della funzione legislativa esclusivamente attraverso decreti-legge e decreti legislativi, modalità entrambe escluse dalla natura stessa del potere sostitutivo. I sostenitori della seconda tesi (cioè quella che ammetteva la sostituzione anche nei confronti di atti legislativi) invece, pur prendendo atto delle difficoltà testuali (legate al riferimento al Governo e non al Parlamento e alla difficoltà di configurare i presupposti sia per l'adozione di decreti-legge che di decreti legislativi), ponevano a base del proprio convincimento l'esigenza di considerare l'art. 120, comma 2, della Costituzione come uno degli strumenti in grado di garantire il recupero di una quota di centralismo normativo statale. In sostanza i fautori di questa tesi, facendo leva sull'esigenza pratica di garantire il centralismo normativo e richiamando un principio di sussidiarietà dinamico (che comporta la necessità di verificare, in considerazione degli interessi in gioco e della relativa rilevanza, di volta in volta il soggetto, più o meno vicino al cittadino, che deve esercitare le competenze), evidenziavano come la funzione di sostituzione potesse esplicarsi su più livelli: normativo e amministrativo. La problematica nell'ambito del potere sostitutivo (cioè se esso concerna solo atti amministrativi o possa riguardare anche atti legislativi) è stata risolta dal legislatore con la c.d. legge La Loggia, n. 131 del 2003, con la quale è stata sposata la tesi della sostituzione normativa *tout court*.

⁵ Per approfondimenti si rinvia a: G. GRECO, *Il potere di sostituzione dello Stato alle Regioni*, in *Foro amm.*, 1989, 3, pp. 88 ss.; G. SIRIANNI, *Inerzia amministrativa e poteri sostitutivi*, Milano, 1991; C. BARBATI, *Inerzia e pluralismo amministrativo*, Milano, 1992.

⁶ A sostegno di tale tesi G.U. RESCIGNO, *Attuazione regionale delle direttive comunitarie e potere sostitutivo dello Stato*, in *Le Regioni*, 2002, p. 735; S. MANGIAMELI, *La riforma del regionalismo italiano*, Torino, 2002, 150; R. TOSI, *La legge costituzionale n. 3 del 2001: note sparse in tema di potestà legislativa e amministrativa*, in *Le Regioni*, 2001, p. 1241.

⁷ Aderivano alla tesi della sostituzione in via legislativa M. LUCIANI, *Le nuove competenze legislative delle Regioni a statuto ordinario. Prime osservazioni sui principali nodi problematici della l. cost. n. 3 del 2001*, relazione al Convegno "Il nuovo titolo V della Costituzione. Lo Stato delle autonomie"; P. CARETTI, *L'assetto dei rapporti tra competenza legislativa statale e regionale, alla luce del nuovo titolo V della Costituzione: aspetti problematici*, in *Le Regioni*, 2001, p. 1229; C. PINELLI, *I limiti generali alla potestà legislativa statale e regionale e i rapporti con l'ordinamento internazionale e con l'ordinamento comunitario*, in *Foro.it*, 2001, pp. 194 ss.



3. I C.D. PIANI DI RIENTRO COME STRUMENTO DI RIORGANIZZAZIONE DEI SERVIZI SANITARI

Un importante strumento introdotto dal legislatore al fine di assicurare un'effettiva riduzione dei disavanzi economico-finanziari in sanità è quello dei c.d. piani di rientro: trattasi di programmi operativi di riorganizzazione, riqualificazione e potenziamento del Servizio sanitario regionale, di durata non superiore al triennio, allegati adottati in attuazione di accordi stipulati dai Ministri della salute, dell'economia e delle finanze con le singole Regioni, al fine di riequilibrare l'assetto economico-finanziario nel rispetto dei livelli essenziali di assistenza. I piani in questione, previsti dalla legge c.d. finanziaria 2005⁸, sono rivolti alle Regioni con un disavanzo tale da non poter essere ripianato mediante strumenti ordinari. Così, in particolare, il decreto-legge n. 23 del 2007⁹, ha previsto all'art. 1 comma 1, la possibilità per lo Stato di concorrere al ripiano dei disavanzi pregressi dei servizi sanitari regionali, mediante lo stanziamento di ingenti importi nei confronti delle Regioni che avessero sottoscritto con il primo apposito piano di rientro. La giurisprudenza costituzionale ha, più volte, affermato la portata vincolante dei piani in questione, sul presupposto che le disposizioni di cui alla legge n. 311 del 2004 costituiscono conseguenza di un principio fondamentale diretto al contenimento della spesa pubblica sanitaria e, dunque, espressione di un correlato principio di coordinamento della finanza pubblica¹⁰. I piani devono, dunque, contenere sia le misure di riequilibrio del profilo

erogativo dei livelli essenziali di assistenza (LEA), per renderle conformi con la programmazione nazionale e con il vigente decreto del Presidente del Consiglio dei ministri di fissazione dei LEA, sia le misure per garantire l'equilibrio di bilancio sanitario. Preme rilevare che il percorso dei piani di rientro richiede una costante attività di verifica allo scopo di accertarne l'attuazione, alla quale è collegata la possibilità di accedere al finanziamento integrativo a carico dello Stato. Qualora i tavoli di monitoraggio del piano di rientro¹¹, durante le periodiche verifiche, evidenzino inadempienze da parte delle Regioni in relazione alla realizzabilità degli equilibri finanziari nella dimensione e nei tempi programmati, il Consiglio dei ministri, in attuazione dell'art. 120 Cost., previa diffida alla Regione ad adempiere, esercita il potere sostitutivo, nominando un commissario *ad acta* che provvederà alla attuazione del piano di rientro. Il commissario, eventualmente affiancato da uno o più subcommissari, adotta tutte le misure indicate dal piano nonché ogni ulteriore atto o provvedimento normativo, amministrativo, organizzativo e gestionale correlato alla completa attuazione dello stesso.

4. LE ATTRIBUZIONI DEL COMMISSARIO E I POTERI CONTRATTUALI DELLE REGIONI

Il commissariamento viene, dunque, disposto quando si accerta la impossibilità per la Regione di conseguire gli obiettivi previsti nel piano di rientro ed il conseguente disavanzo. Il commissario *ad acta* non potrà, pertanto, modificare gli obiettivi già

⁸ Legge n. 311 del 2004, in www.leggiditalia.it

⁹ Convertito in legge n. 64 del 2007, *ivi*.

¹⁰ In proposito si veda Corte costituzionale, sentenze n. 91 del 2012 e n. 227 del 2015, in www.cortecostituzionale.it.

¹¹ Gli organismi di monitoraggio del piano di rientro sono due: il Tavolo tecnico per la verifica degli adempimenti regionali presso il Ministero dell'economia e finanze, il cui compito è

quello di appurare la sussistenza dell'equilibrio di bilancio; e il Comitato permanente per la verifica dei livelli essenziali di assistenza presso il Ministero della salute (Comitato LEA), a cui è affidato il compito di verificare l'erogazione dei livelli essenziali di assistenza in condizioni di appropriatezza e di efficienza nell'utilizzo delle risorse, nonché la congruità tra le prestazioni da erogare e le risorse messe a disposizione dal Servizio sanitario nazionale.



individuati ma dovrà limitarsi a porre in essere l'attività che la Regione, benché diffidata dal Presidente del Consiglio dei ministri ai sensi del comma 1, art. 4, d.l. 159 del 2007, non ha attuato, nel rispetto del principio di proporzionalità in relazione alle finalità perseguite per non incorrere nel rischio di violare i principi di sussidiarietà e leale collaborazione, dettati dall'art. 120, secondo comma, della Costituzione. In questo ambito, tuttavia, il commissario ha un potere estremamente ampio: può, di fatti, sostituirsi alla Regione inadempiente nell'adottare tutti gli atti che questa non ha realizzato e, quindi, non solo atti tipicamente derivanti dalla funzione di governo dell'ente, ma anche provvedimenti di rango legislativo, istituzionalmente attribuiti alle competenze del Consiglio Regionale, tra i quali figurano determinate fattispecie di contratti¹². È noto che la Pubblica Amministrazione agisce, nel perseguimento del fine pubblico, per il tramite di negozi di tipo privatistico, in un piano di parità con gli altri soggetti dell'ordinamento o, addirittura, in posizione di inferiorità nei confronti di altre Amministrazioni che agiscano sulla base dell'esercizio di un potere pubblico. Pur trattandosi di un mezzo privato, la formazione e l'esternazione della volontà dell'amministrazione sono costantemente soggette alle regole dell'evidenza pubblica. In ambito sanitario, la Regione e le Unità sanitarie

locali definiscono accordi con le strutture pubbliche ed equiparate e stipulano contratti con quelle private e con i professionisti accreditati, finanche mediante intese con le loro organizzazioni rappresentative a livello regionale. Sono contenuti essenziali di tali accordi e contratti: gli obiettivi di salute e i programmi di integrazione dei servizi, le prestazioni che le strutture presenti sul territorio si impegnano ad assicurare, i requisiti del servizio da rendere, il corrispettivo preventivato a fronte delle attività concordate ed il debito informativo delle strutture erogatrici per il monitoraggio degli accordi pattuiti¹³. La giurisprudenza si è, inoltre, di recente interrogata sul destino dei rapporti negoziali pendenti alla data di apertura dell'amministrazione straordinaria¹⁴. La Corte di Cassazione, con sentenza n. 1195 del 18 gennaio 2018, interpretando il disposto di cui all'art. 50, del D.lgs. 270/1999 secondo il quale: "*il commissario straordinario può sciogliersi dai contratti, anche ad esecuzione continuata o periodica, ancora ineseguiti o non interamente eseguiti da entrambe le parti alla data di apertura dell'amministrazione straordinaria*", ha ritenuto che in assenza della manifesta volontà di scioglimento, il contratto continui a spiegare i propri effetti anche nell'ipotesi in cui il contraente *in bonis*, prima dell'approvazione del programma ex artt. 54 e ss. Del D.lgs. n. 270/1999, abbia comunicato la disdetta¹⁵. I

¹² Com'è noto, il vecchio art. 117 Cost. contemplava la materia dei lavori pubblici "di interesse regionale" tra le materie di potestà legislativa concorrente. Il nuovo articolo 117 Cost., come riformulato a seguito della riforma del Titolo V del 2001, non menziona invece espressamente lavori, servizi e forniture tra le materie di potestà legislativa esclusiva o concorrente dello Stato. Con la nota sentenza n. 303, nel 2003, la Corte chiarì che la mancata inclusione dei lavori pubblici nell'elencazione dell'articolo 117, non implica che essi siano oggetto di potestà legislativa residuale delle regioni, ma che si tratta di ambiti di legislazione che non integrano una vera e propria materia, ma si qualificano a seconda dell'oggetto al quale afferiscono, e pertanto possono di volta in volta essere ascritti a potestà legislativa esclusiva dello Stato ovvero a potestà legislative concorrenti.

¹³ Art. 8 quinquies, d.lgs. 502/92 s.m.i.

¹⁴ Per quel che concerne la nomina di commissario straordinario, giova precisare che il decreto-legge n. 35 del 2019, c.d. decreto Calabria, ha conferito nuove attribuzioni al commissario *ad acta* per la regione Calabria, quali un potere di verifica straordinaria sulle attività dei direttori generali e dei commissari delle aziende sanitarie e ospedaliere in relazione agli obblighi previsti dal piano di rientro, con facoltà in caso di valutazione negativa, di dichiararne la decadenza dall'incarico. In tal caso il commissario *ad acta* nomina, previa intesa con la Regione, un commissario straordinario. Nell'ipotesi di mancata intesa, la nomina è effettuata dal Ministero della salute.

¹⁵ Nel caso di specie, la società in amministrazione aveva stipulato un contratto di somministrazione che, alla data di apertura della procedura di amministrazione straordinaria, era ancora in corso. La società fornitrice, in data precedente all'autorizzazione del programma di cui agli artt. 54 e ss. Del D.lgs. n. 270/1999, aveva comunicato la disdetta al commissario



Giudicanti della Suprema Corte hanno ritenuto che la stabilizzazione dei rapporti contrattuali in corso al momento dell'apertura dell'amministrazione consegua non al mancato esercizio *tout court* della facoltà di scioglimento da parte del commissario giudiziale bensì alla sua positiva determinazione di subentrare nei rapporti in questione. Infatti, l'interesse della procedura ad una gestione dei contratti in corso funzionale alle esigenze connesse alla continuazione dell'esercizio dell'impresa, viene tutelato conferendo al commissario una incondizionata e generalizzata facoltà di determinare unilateralmente lo scioglimento dei contratti medesimi ma, anche prevedendo la prosecuzione *ope legis* dei rapporti contrattuali fino all'effettivo esercizio di tale facoltà. Ne consegue, pertanto, che finché la volontà di scioglimento del commissario non viene esercitata, il contratto continua ad avere esecuzione; solo dopo il rilascio dell'autorizzazione ministeriale all'attuazione del programma, l'altro contraente sarà abilitato ad interpellare il commissario per manifestare le proprie determinazioni entro il termine di legge, decorso il quale, il rapporto negoziale andrà in corso a scioglimento.

5. IL RIPARTO DELLE COMPETENZE LEGISLATIVE: LA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE N. 106/2017

Nella realtà dell'esperienza amministrativa si sono sovente determinati episodi di sconfinamento,

straordinario ma, il contratto aveva continuato ad avere esecuzione, in forza di un'ordinanza comunale adottata per impedire il verificarsi di situazioni di pericolo igienico – sanitarie alla popolazione ed all'ambiente. La Corte di Cassazione si è, quindi, interrogata in ordine alla opponibilità all'amministrazione straordinaria della disdetta con cui il contraente in bonis, ancor prima dell'avvenuta autorizzazione da parte del Ministero per lo Sviluppo Economico del programma ex art. 54 e ss. del d. lgs. n. 270/1999, aveva inteso impedire il rinnovo del contratto in corso.

¹⁶ G. GERBASI, *Il Risanamento della finanza pubblica quale parametro ordinatore dei rapporti Stato-Regioni tra tutela (uniforme, ovvero più*

sovrapposizione e scoordinamento dell'azione commissariale con la sfera regionale¹⁶, effluenti in un trend di inarrestabile espansione degli interventi dell'organo *ad acta*¹⁷, non solo oltre l'obiettivo circoscritto e normativamente previsto del risanamento del dissesto, ma, soprattutto, in continua divaricazione dai principi informanti la concertazione dei piani di rientro e la fattispecie sostitutiva prevista dall' art. 120 Cost. Al contempo vi sono state numerose pronunce della Corte costituzionale che hanno censurato i tentativi delle Amministrazioni Regionali di riconquistare spazi legislativi di autonomia. Nella prassi dell'azione commissariale, dunque, si è più volte assistito ad una sorta di iato giuridico e di reiterata deroga di fatto al presupposto fondante la manovra di rientro, ossia al paradigma costituzionale della leale collaborazione, nell'ambito di uno scenario che ha fondato i suoi presupposti di incongruenza istituzionale sia nella rigidità e vincolatività dei piani di rientro¹⁸, sia nel trend di depotenziamento delle tutele sociali a livello nazionale ed europeo conseguente alla crisi economica¹⁹. Il complesso sistema di riparto delle competenze legislative ed amministrative, disegnato dalla L. cost. n. 3/2001, ha, dunque, posto la Corte costituzionale dinanzi alla necessità di individuare, in assenza di indicazioni chiare da parte del legislatore costituzionale, i criteri in base ai quali dirimere i conflitti di competenza insorti tra Stato e Regioni: “*la legge deve predisporre congrue garanzie procedurali, in conformità al principio di leale collaborazione [...] l'ipotesi di*

o meno intensa) dei diritti sociali e processi di riorganizzazione delle autonomie territoriali, in *Diritti sociali e crisi economica. Problemi e prospettive*, a cura di Di Silvio Gambino, Giappichelli, 2015, pp. 274 e ss.

¹⁷ M. BELLETTI, *Poteri statali di garanzia e decisione ultima, commissariamenti e centralizzazione delle decisioni*, in *Le Regioni*, 2011, pp. 514 e ss.

¹⁸ E. GRIGLIO, *Il legislatore “dimezzato”: i Consigli regionali tra vincoli interni di attuazione dei piani di rientro dai disavanzi sanitari ed interventi sostitutivi governativi*, in *Le Regioni*, 2012.

¹⁹ Si vd. T. TAGLIALATELA, *Il commissariamento della sanità nella regione Campania: prospettive*, in *Altalex*, 2017.



concorso di competenze legislative statali e regionali nelle materie della tutela della salute e del coordinamento della finanza pubblica per finalità di contenimento della spesa sanitaria rende necessario fare applicazione del principio di prevalenza, nonché, in ragione dell'intreccio delle relative discipline, anche del criterio di leale cooperazione...²⁰. La Corte ha, cioè, stabilito la necessità di prevedere procedure concertative – ovvero «momenti di reciproco coinvolgimento istituzionale e di necessario coordinamento dei livelli di governo statale e regionale» – ogniquale volta vi sia una «concorrenza di competenze» statali e regionali (c.d. principio di leale collaborazione). In questi casi, il rispetto del citato principio, che si estrinseca nella previsione di procedure cooperative, diviene condizione di validità della normativa statale (anche commissariale) invasiva della competenza legislativa regionale²¹. Tra le plurime decisioni della Corte, merita di essere segnalata la sentenza n. 106/2017 per l'attenzione dedicata dal giudice costituzionale alle competenze del commissario *ad acta* nell'attuazione del piano di rientro ed ai limiti imposti alla Regione a seguito dell'esercizio dei poteri sostitutivi statali, concretatesi appunto nella nomina del commissario. In passato la Corte costituzionale ha individuato alcuni profili necessari per esercitare il potere sostitutivo sancendo che «l'operato del commissario *ad acta* sopraggiunge all'esito di una persistente inerzia degli organi regionali»²². La Corte, con la sentenza n. 106 del

2017, conferma l'orientamento che riconosce un ruolo determinante al commissario *ad acta* nel funzionamento dell'istituto dei piani di rientro, precisando ancora una volta i poteri del commissario e fissando specifici limiti per evitare ingerenze regionali nella sfera d'azione di questo. Molte delle Regioni che hanno sottoscritto il piano, infatti, non hanno avuto la capacità di attuarlo pienamente e, ciononostante, hanno adottato leggi volte a limitare il potere del commissario *ad acta* nominato in attuazione del potere sostitutivo dello Stato²³. È indubbio che lo Stato, nell'esercitare i poteri concessi dall'articolo 120, co. 2, Cost., genera una compressione dell'autonomia regionale; tuttavia, la straordinarietà della decisione è legata alla necessità da parte del Governo di operare a tutela di un interesse generale, la cui cura è affidata allo Stato dalla Costituzione²⁴. Come premesso, la legge del 2009 volendo raggiungere l'obiettivo di rafforzare lo strumento legislativo dei piani di rientro ha introdotto la possibilità per il commissario di adottare le misure indicate nel piano nonché «gli ulteriori atti e provvedimenti normativi, amministrativi, organizzativi e gestionali da esso implicati in quanto presupposti o comunque correlati e necessari alla completa attuazione del piano». L'interpretazione letterale della previsione contenuta nella legge del 2009 ha instillato il dubbio della possibilità per il commissario *ad acta* di sostituirsi al Consiglio regionale per adottare atti di natura legislativa²⁵. Ebbene, la Corte ha invece chiarito tali

²⁰ Corte cost., sentenze n.133/2006, 231/2005, 383/ 2005, 240/2007.

²¹ F. GALLARATI, *La leale collaborazione secondo la Corte costituzionale: le sentenze additive di procedura*, in *Osservatorio Costituzionale*, 2016, pagg. 2 e 3.

²² Corte cost., sentenza. n. 28 del 2013.

²³ In particolare, cfr. Corte cost., n. 2 del 2010; Corte cost., n. 78 del 2011; Corte cost., n. 28 del 2013; Corte cost., n. 173 del 2013; Corte cost., n. 257 del 2013; Corte cost., n. 269 del 2013. Corte cost., sentenze n. 110 del 2014, n. 79, n. 28 e n. 18 del 2013, n. 131 del 2012 e n. 78 del 2011.

²⁴ Così F. MERLONI, *Una definitiva conferma della legittimità dei poteri sostitutivi regionali*, in *Le Regioni*, 2004, n. 4, pp. 1074-1083; G. FONTANA, *L'incostituzionalità delle interferenze regionali sui*

poteri commissariali del presidente della giunta, in *Giur. Cost.*, 2011, n. 2, p. 1196; V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Diritto pubblico*, 2007.

²⁵ Sul punto si veda E. GROSSI, *La legge con l'asterisco*, in *Forum di Quad. Cost.*, 2021; G. COSMELLI, *Sostituzione normativa e piani di rientro dal disavanzo sanitario: torna alla Corte la questione dei poteri "legislativi" del commissario governativo*, in *Osservatorio A.I.C.*, 2014; V. TAMBURRINI, *Sull'esercizio in forma indiretta dei poteri sostitutivi statali. lo strano caso della legge commissariale*, in *Forum di Quad. Cost.*, 2011; G. D'ALESSANDRO, *Una «mera parvenza» di legge regionale al giudizio della corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2010, n. 6, pp. 5092 ss. Prima dell'entrata in vigore delle disposizioni in materia di piani di rientro sul punto si era già interrogata la dottrina, si veda P. CARETTI, *L'assetto dei rapporti*, cit., p. 1227



dubbi e, a fronte dei maldestri tentativi regionali di limitare, attraverso il potere legislativo, l'operato del commissario *ad acta*, ha ricondotto la figura di quest'ultimo alla sua naturale funzione di "garante" del pieno esercizio dei poteri sostitutivi statali. Ne rappresenta un esempio la sentenza n. 2, del 14 gennaio 2010, con la quale il Giudice delle leggi ha stabilito che qualunque previsione legislativa regionale finalizzata a porre dei limiti all'azione del commissario *ad acta* sia da considerarsi in contrasto con l'articolo 120, co. 2, Costituzione²⁶. Se, invero, il commissario *ad acta* non potesse esercitare in modo compiuto i poteri che gli sono conferiti per la realizzazione del piano, ci si troverebbe dinanzi ad un «commissario depotenziato» che, non potendo assolvere all'incarico attribuitogli, non eserciterebbe il potere sostitutivo dello Stato.

6. CONSEQUENZE DELL'INSEDIAMENTO DEL COMMISSARIO AD ACTA

Il tema dei limiti applicativi nell'esercizio dei poteri sostitutivi, soprattutto con riferimento all'assunzione di provvedimenti di carattere legislativo, non ha trovato una decisa condivisione dottrinale, al punto di spingere taluni autori ad alludere al fatto che l'introdotta principio costituzionale (art. 120, comma 2, Costituzione), così come attuato

dall'art. 8, comma 1, della legge n. 131 del 2003, si sia tramutato nell'occasione per insediare nell'ordinamento un meccanismo simile alla *Konkurrierende Gesetzgebung*²⁷, tipica del sistema ordinamentale tedesco²⁸, in forza del quale vengono introdotte competenze legislative individuate non attraverso l'oggetto ma mediante i fini che sono chiamate a perseguire. Ciò consente alcune ulteriori considerazioni. Il commissario *ad acta*, infatti, viene nominato dal Consiglio dei ministri allo scopo di conseguire gli obiettivi del piano di rientro (più che ad un commissario *ad acta*, che la Costituzione legittima a sostituirsi ad organi di enti locali, ci si trova di fronte ad un "commissario *ad functionem*", i cui poteri sono individuati in rapporto gli obiettivi preposti²⁹); ne deriva, anzitutto, che il suo insediamento non determina la decadenza degli organi regionali ai quali si sostituisce, proprio perché l'esercizio dei poteri sostitutivi riguarda uno specifico fine da raggiungere, non una materia che, nel suo complesso, viene distolta dall'ordine legale delle competenze. Se ciò è vero, è necessario comprendere se gli organi regionali sostituiti consumino, una volta nominato il commissario *ad acta* e per tutto il periodo del suo insediamento, la possibilità di esercitare in via ordinaria i poteri oggettivi di sostituzione. Da un punto di vista generale, è stato condivisibilmente sostenuto³⁰ che, secondo il modello disegnato dall'art. 120, comma 2, della Costituzione, la disciplina

ss.; M. LUCIANI, *Le nuove competenze*, cit., pp. 7-21; R. BIN, G. FALCON, *Diritto Regionale*, in *Il Mulino*, Bologna, 2012, pp. 104 ss.

²⁶ La Regione Lazio ha sottoscritto il proprio Accordo con lo Stato nel febbraio 2007, successivamente il Governo ha nominato il commissario *ad acta* in forza dell'articolo 4, co. 2, del decreto-legge n. 159 del 2007. M. BELLETTI, *Testo provvisorio della relazione, Poteri statali di garanzia e decisione ultima, commissariamenti e centralizzazione delle decisioni*, in *Atti del Convegno Dieci anni dopo più o meno autonomia regionale*, organizzato dall'ISGRE e da Il Mulino, Bologna, 27-28 gennaio 2011; F. MERLONI, *Una definitiva conferma*, cit., pp. 1074-1083; G. AVANZINI, *Il commissario straordinario*, Torino, Giappichelli, 2013.

²⁷ L'art. 72 della Costituzione tedesca, rubricato "*Konkurrierende Gesetzgebung*" (competenza concorrente) stabilisce che: "Nell'ambito della competenza concorrente (*konkurrierende Gesetzgebung*), i Länder

hanno potestà legislativa solo se e nella misura in cui il Bund non faccia uso del suo potere legislativo. In tale ambito il Bund ha il potere di legiferare, se ed in quanto la realizzazione di equivalenti condizioni di vita nel territorio federale o la garanzia dell'unicità giuridica od economica nell'interesse dello Stato nel suo complesso rendano necessaria una disciplina federale. Con legge federale si può disporre che una disciplina federale per la quale non sussista più una necessità ai sensi del comma 2 sia modificata dal diritto dei Länder".

²⁸ Cfr. E. JORIO, *Prime osservazioni sull'esercizio del potere legislativo da parte dei Commissari ad acta*, in www.federalismi.it, 2008.

²⁹ R. DICKMANN, *Il Commissario ad acta può esercitare il potere sostitutivo in via normativa? Nota a Corte Cost.*, n. 2, in *Federalismi*, n. 3, 2010, p. 6.

³⁰ Così A. DE ROBERTO, *Ordinamento comunitario e ordinamento interno dopo il nuovo Titolo V della costituzione italiana*, in www.giustizia-amministrativa.it.



surrogatoria di carattere regolamentare emanata dal Governo (e, dunque, del commissario *ad acta*), anche in luogo di precetti legislativi adottati dalla Regione, ha un assetto suppletivo e cedevole rispetto alle disposizioni – se e quando emanate – che l'autorità inadempiente avrebbe dovuto emettere a suo tempo. In altri termini, anche dopo gli interventi sostitutivi, l'istituzione competente (cioè la Regione che, come si è ricordato, non resta espropriata della sua competenza) ha titolo a sostituire le proprie iniziative a quelle che, con carattere di provvisorietà e cedevolezza, ha adottato l'autorità che si è surrogata. La questione è stata affrontata dall'adunanza generale del Consiglio di Stato che, con parere 2 del 2002, relativamente all'esercizio del potere sostitutivo per l'adempimento degli obblighi comunitari, ha stabilito che le norme poste dallo Stato in via sostitutiva sono applicabili solo nell'ambito dei territori delle Regioni che non abbiano provveduto e che tali norme sono cedevoli, divengono cioè inapplicabili, qualora le Regioni stesse esercitino il potere loro proprio di attuazione della direttiva, nel territorio di competenza. La cedevolezza, peraltro, è connessa alla natura esclusivamente collaborativa dell'intervento dello Stato in materia di competenza regionale. Diversamente opinando ci si troverebbe, del resto, di fronte a una ipotesi di avocazione in senso stretto e non di sostituzione³¹. L'avocazione, tuttavia, deve anzitutto essere espressamente prevista dalla legge che la consente³² (ipotesi che nel caso dell'art. 4 del decreto-legge 159 del 2007 non ricorre). Essa, inoltre, presuppone relazioni organizzative ascrivibili al tipo della gerarchia, rapporto che, nella fattispecie di cui discutiamo, manca del tutto. Ciò non toglie che la Regione (attraverso tutti i suoi organi), abbia

l'obbligo, in applicazione del principio di leale collaborazione, di coadiuvare e supportare il commissario *ad acta*.

³¹ L'avocazione “è l'atto espressione del potere (di avocazione) con il quale un organo decide di esercitare, sulla base di motivi di interesse pubblico o comunque di giustificate ragioni (di ordine organizzativo e funzionale) un potere attribuito alla competenza di altro organo: una tantum, ovvero tutte le volte occorrenti per la cura di un determinato interesse pubblico concreto. L'atto di avocazione è esercizio di potere discrezionale e può

essere contestato nelle competenti sedi da parte di chi vi abbia interesse, secondo i consueti principi”, così V. CERULLI IRELLI, *op. cit.*, 195.

³² Così Corte di Cassazione, sentenza n.2641 del 1966, in www.dejure.it.



SULLA VALUTAZIONE D'IMPATTO AMBIENTALE E LA TUTELA EFFETTIVA: NOTE SINTETICHE ALLA CAUSA C-575/21, WERTINVEST HOTELBETRIEB

di **Emanuela DE FALCO***

ABSTRACT

This paper analyzes the judgement of the ECJ, WertInvest Hotelbetriebs, in the context of an preliminary ruling launched by Verwaltungsgericht Wien (Administrative Court, Vienna) that concerns the interpretation of Directive 2011/92/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on the assessment of the effects of certain public and private projects on the environment, with regard to an urban redevelopment project located in a Unesco World Heritage site, and the impact in terms of effective protection.

SOMMARIO

1. Introduzione.....	201
2. Evoluzione normativa e giurisprudenziale della direttiva v.i.a. .	202
3. Il procedimento principale e le questioni pregiudiziali.....	204
4. La sentenza della corte di giustizia... 	206
5. Brevi conclusioni.....	207

1. INTRODUZIONE

Con sentenza resa il 25 maggio 2023, nell'ambito della causa C-575/21, *WertInvest Hotelbetriebs*¹ (in prosieguo: la sentenza in commento), la Corte

di giustizia si è espressa sulla disciplina prevista per la valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati (a seguire: la V.I.A.). In particolare, la Corte di giustizia è stata chiamata a pronunciarsi rispetto alla determinazione della necessità di effettuare una V.I.A. sulla base di soglie o criteri fissati da uno Stato membro, nel caso di specie l'Austria, specificamente ad un progetto di riassetto urbano in una zona classificata dall'UNESCO come sito del patrimonio mondiale².

Il contesto normativo in cui si inserisce la sentenza in commento è la direttiva 2014/52/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, che ha modificato la direttiva 2011/92/UE³ (in prosieguo: la direttiva V.I.A.), la quale ha introdotto disposizioni volte all'armonizzazione della legislazione europea sulla V.I.A. e mira a garantire che gli impatti ambientali dei progetti vengano valutati attentamente e che vengano adottate misure preventive volte a proteggere l'ambiente, la salute umana e la qualità della vita. Tale procedura valutativa, avviene nel contesto dei principi di precauzione, azione preventiva e correzione dei danni ambientali, nonché del principio "chi inquina paga".

A tal fine, il presente contributo propone l'analisi della disciplina contenuta nella direttiva V.I.A., sondando gli aspetti normativi e della giurisprudenza della Corte di giustizia in materia. Si vedrà in che modo la Corte di giustizia, attraverso la sentenza in commento, ha colto l'occasione per

* Dottoranda di ricerca in "EU Law and Circular Economy", Università degli Studi di Padova – Università degli Studi di Napoli "Parthenope".

¹ Corte di giustizia, sentenza del 25 maggio 2023, *WertInvest Hotelbetriebs GmbH*, causa C-575/21, ECLI:EU:C:2023:425.

² L'art. 11, par. 2, della Convenzione UNESCO che stabilisce la salvaguardia del patrimonio mondiale culturale e naturale

del patrimonio culturale immateriale, Parigi, 16 novembre 1972.

³ Direttiva 2011/92/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, concernente la valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati, in G.U.U.E 2012, L 26, pag. 1, come modificata dalla direttiva 2014/52/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, in G.U.U.E 2014, L 124, pag. 1.



consolidare la disciplina della V.I.A. e rimarcare, anche in questo ambito, la garanzia della tutela effettiva⁴.

2. EVOLUZIONE NORMATIVA E GIURISPRUDENZIALE DELLA DIRETTIVA V.I.A.

Ai fini della trattazione, è bene ricordare l'evoluzione normativa della direttiva V.I.A. e la conseguente giurisprudenza della Corte di giustizia, che ha contribuito a uniformare la disciplina.

La direttiva V.I.A. ha sostituito la precedente direttiva 85/337/CEE⁵, e, ad oggi, disciplina l'obbligo di valutazione d'impatto ambientale per determinati progetti, sia pubblici che privati, stabilendo le disposizioni volte a garantire una tutela ambientale adeguata⁶. In particolare, essa richiama l'art. 191 TFUE, il quale afferma che la politica ambientale dell'Unione Europea si basa sui principi di precauzione e di azione preventiva, sul principio della correzione dei danni ambientali alla fonte e sul principio "chi inquina paga"⁷; principi, quest'ultimi, che orientano altresì la realizzazione degli obiettivi dell'*European New Green Deal*, promosso dalla Presidente della Commissione europea Von der Leyen nell'estate 2019, che mira proprio a

considerare clima e biodiversità come soggetti facenti parte dello stesso ambito d'azione⁸.

Inoltre, va sottolineata l'importanza che la direttiva V.I.A. attribuisce alla protezione dell'ambiente e della qualità della vita, obiettivi principali dell'Unione⁹; infatti, essa considera immediatamente le possibili ripercussioni sull'ambiente in tutti i processi tecnici di programmazione e decisione¹⁰. Tale direttiva afferma, inoltre, che gli effetti di un progetto sull'ambiente dovrebbero essere valutati preventivamente, tenendo conto della necessità di proteggere la salute umana, contribuire a una migliore qualità della vita attraverso un ambiente migliore, preservare la diversità delle specie e conservare la capacità di riproduzione degli ecosistemi come risorsa vitale¹¹.

Dunque, la direttiva V.I.A. prevede l'obbligo di effettuare, entro un lasso di tempo ragionevole, tale valutazione per alcuni progetti pubblici e privati che possono avere un impatto ambientale significativo, a seconda della loro natura, dimensione e ubicazione¹².

Tuttavia, agli Stati membri viene lasciata una discrezionalità considerevole che, nel rispetto dei limiti indicati, consente di specificare quali progetti devono essere sottoposti a valutazione di impatto ambientale e di stabilire i criteri ovvero le soglie in base alle quali un progetto viene sottoposto alla

⁴ In dottrina, si è fatto riferimento al cd. "incrementalismo ambientale", sottolineando che "sono visibili tracce di un dinamismo che tende a spingere in avanti la soglia di tutela ambientale. In tal senso M. MAZZAMUTO, *Diritto dell'ambiente e sistema comunitario delle libertà economiche*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2009, p.1571.

⁵ Direttiva 85/337/CEE del Consiglio del 27 giugno 1985 concernente la valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati, in G.U.U.E n. L 175, 5 luglio 1985. Tale direttiva fu introdotta come strumento fondamentale di politica ambientale, concernente la procedura di valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati, allo scopo di assicurare che l'attività antropica fosse compatibile con le condizioni per uno sviluppo sostenibile, nel rispetto della capacità rigenerativa degli ecosistemi e delle risorse, della salvaguardia della biodiversità e di un'equa distribuzione dei vantaggi connessi all'attività economica.

⁶ Va rammentato che la direttiva VIA insieme all'Atto Unico Europeo del 1986 e al trattato di Maastricht del 1992, costituiscono i pilastri dei principi della politica ambientale europea.

⁷ S. AMADEO, *Art. 191 TFUE*, in (a cura di) A. Tizzano, *Trattati dell'Unione Europea*, II ed., 2014, p. 1627 e ss.

⁸ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Il Green Deal europeo*, dell'11 dicembre 2019, COM (2019) 640final. Più in generale, sulle politiche ambientali europee, si rinvia a M. ONIDA, *Il diritto ambientale dell'UE nel tempo, tra agenda europea e politiche nazionali*, in *Federalismi.it*, n. 7/2020, p. 92 e ss.

⁹ Direttiva 2014/52/UE, cit, considerando 10.

¹⁰ Ivi, considerando 7.

¹¹ Ibid.

¹² Ivi, considerando 36.



procedura tecnico-amministrativa, al fine di valutare il grado di impatto di un'opera pubblica o privata su un determinato ambiente¹³. Inoltre, tale valutazione deve tenere conto anche della cd. “opzione zero”¹⁴, cioè la valutazione di costi e benefici derivanti dalla scelta di non realizzare il progetto considerato.

Su questo solco normativo si pone la giurisprudenza, anche risalente, della Corte di giustizia.

In particolare, nella sentenza *Kraaijeveld*¹⁵, la Corte di giustizia aveva affermato che uno Stato membro esorbita i limiti della sua discrezionalità se stabilisce criteri ovvero soglie limite che escludono, pregiudizialmente, l'obbligo di V.I.A. per l'intera categoria di progetti. Successivamente, nella sentenza *WWF e al.*, la Corte di giustizia aveva precisato, riferendosi, però, agli artt. 4, n. 2, e 2, n. 1 della direttiva 85/337/CEE, che essi non concedevano a uno Stato membro il potere di dispensare in modo generale dalla procedura di V.I.A. per determinate classi di progetti elencate nell'allegato II della direttiva, né di escludere singoli progetti dalla V.I.A.¹⁶

In entrambe le sentenze, seppur riferite alla disciplina della precedente direttiva 85/337/CEE, la Corte di giustizia ha stabilito che è necessaria una valutazione complessiva per determinare se l'insieme di classi di progetti o un progetto specifico possa avere un impatto ambientale significativo.

Gli Stati membri non possono adottare misure che escludano automaticamente dall'obbligo di V.I.A. una categoria di progetti o un progetto

specifico, a meno che non sia dimostrato che l'insieme di tali progetti non avrebbe un impatto ambientale rilevante.

Ancora, nella sentenza *Salzburger Flughafen*, la Corte di giustizia aveva stabilito che gli artt. 2, par. 1, e 4, parr. 2, let. b) e 3 della direttiva 85/337/CEE ostacolavano una normativa nazionale volta a limitare l'applicazione della V.I.A. solo ai progetti di modifica dell'infrastruttura aeroportuale, con un aumento conseguente di almeno 20.000 movimenti aerei all'anno¹⁷. Nella stessa pronuncia, la Corte di giustizia aveva precisato che se uno Stato membro introduce una soglia incompatibile con gli obblighi stabiliti dagli artt. 2, par. 1, e 4, par. 3, della direttiva 85/337/CEE, allora le disposizioni degli artt. 2, par. 1, 3 e 4, parr. 2, let. a), di tale direttiva hanno un effetto diretto¹⁸.

Appare evidente che anche attraverso la sentenza in commento, la Corte di giustizia ha inteso evidenziare il ruolo chiave delle autorità nazionali competenti, le quali devono garantire che si effettui un'analisi iniziale per valutare se i progetti in questione possono avere un impatto ambientale significativo e, in caso affermativo, devono successivamente condurre una V.I.A.

In maniera più pervasiva, la Corte di giustizia ha ammesso che nel caso in cui ci siano dubbi sull'esistenza o sulla portata dei rischi per la salute delle persone, le istituzioni possono adottare misure di protezione senza dover attendere una dimostrazione esaustiva della reale entità e gravità di tali rischi¹⁹.

¹³ Ivi, art. 4.

¹⁴ Sul punto, P. DE PASQUALE, *Le dimensioni del costituzionalismo ambientale. Brevi osservazioni*, in *DPCE online*, sp-2/2023 e riferimenti riportati.

¹⁵ Corte di giustizia, sentenza del 24 ottobre 1996, *Kraaijeveld e al.*, causa C-72/95, punto 53, <https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?docid=100313&doclang=IT>. Nel caso di specie, la sentenza si riferiva alle dighe come categoria di progetti.

¹⁶ Corte di giustizia, sentenza del 16 settembre 1999, *WWF e al.*, causa C-435/97, punto 49, <https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?docid=44707&doclang=IT>. Ivi, la sentenza si

riferiva alla ristrutturazione di un aeroporto come progetto specifico.

¹⁷ Corte di giustizia, sentenza del 21 marzo 2013, *Salzburger Flughafen*, causa C-244/12, ECLI:EU:C:2013:203, punto 38.

¹⁸ Ivi, punto 48.

¹⁹ Sul punto, F. MUNARI, *Il ruolo della scienza nella giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di tutela della salute e dell'ambiente*, in *DUE*, n. 1, 2017, p. 131 ss.; si rinvia alla seguente giurisprudenza, Corte di giustizia, sentenza del 5 maggio 1998, *National Farmers' Union e al.*, causa C-157/96, punti 63 e 64; nonché, Corte di giustizia, sentenza del 5 maggio 1998, *Regno Unito c. Commissione*, causa C-180/96, punti 99 e 100; Corte di



Questo ragionamento rimanda al noto principio di precauzione, nella misura in cui esso impone all'Unione di adottare misure preventive in caso di minaccia di gravi danni agli interessi tutelati dall'art. 191, par. 1, TFUE, prevenendo, dunque, la verifica del danno in assenza di tali misure, come evidenziato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia²⁰. Ciò fa riferimento alla circostanza che ogni intervento che implica un impatto considerevole sull'ambiente, deve rispettare i principi generali in materia ambientale²¹.

A questi sviluppi, tuttavia, si aggiunge la sentenza in commento, la quale si pone nel segno già tracciato dalla giurisprudenza europea e lo consolida.

3. IL PROCEDIMENTO PRINCIPALE E LE QUESTIONI PREGIUDIZIALI

Nell'ambito del procedimento principale che ha dato origine alla sentenza in commento, l'impresa *WertInvest Hotelbetrieb* (in prosieguo: la ricorrente), chiedeva un permesso di costruzione per il progetto "Heumarkt Neu", collocato nella zona centrale del sito designato come patrimonio mondiale dell'UNESCO²², che prevedeva la riqualificazione dell'area urbana ad uso commerciale e l'occupazione di circa 1,55 ettari, con una superficie di 89.000 m²²³.

Nel procedimento principale, la ricorrente sosteneva che, secondo l'UVP-G 2000, cioè la legge federale austriaca relativa alla V.I.A. (in prosieguo: la legge austriaca), il progetto "Heumarkt Neu" non

fosse soggetto all'obbligo di sottoporsi a una V.I.A.²⁴

Con una prima decisione del 16 ottobre 2018, il governo viennese, in risposta alla domanda presentata dalla ricorrente aveva stabilito che il progetto non necessitava di una V.I.A., perché esso non rientrava in nessuna delle categorie elencate dalla legge austriaca e che, per quanto riguarda la categoria di progetti di riassetto urbano, non raggiungeva le soglie stabilite dall'art. 3, par. 2, della stessa legge, che riguarda il cumulo con altri progetti²⁵.

Tuttavia, diversi vicini e un'organizzazione per la tutela dell'ambiente presentavano un ricorso contro questa decisione al *Bundesverwaltungsgericht* (il Tribunale amministrativo federale, a seguire: il Tribunale federale), che dopo aver esaminato il ricorso, rendeva noto alla ricorrente e al governo viennese che la trasposizione della direttiva V.I.A. nella legislazione nazionale era insufficiente e che era necessario valutare il progetto caso per caso e, quindi, nominava un perito e fissava l'udienza. Successivamente, la ricorrente nel procedimento principale ritirava la sua domanda volta a stabilire che non era necessaria una V.I.A.

Nonostante il ritiro della domanda, il Tribunale federale dichiarava che il progetto "Heumarkt Neu" doveva essere sottoposto a una V.I.A. Tale decisione è stata poi impugnata dalla ricorrente in cassazione dinanzi al *Verwaltungsgerichtshof* (in prosieguo: la Corte amministrativa), che ha poi sostenuto che il Tribunale federale non aveva più

giustizia, sentenza del 22 dicembre 2010, *Gowan*, causa C-77/09, punti 71-73.

²⁰ Ibid. Sul principio di precauzione, si rinvia in dottrina a S. AMADEO, *Art. 191 TFUE*, cit., p. 1625 e ss.

²¹ Per una disamina dei principi in materia ambientale nell'UE, si rinvia a F. FERRARO, *I grandi principi del diritto dell'Unione europea in materia ambientale*, in *DPCE online*, Sp-2/2023.

²² A causa della sua posizione vicina al centro di Vienna, che è un sito del patrimonio mondiale dell'UNESCO, il progetto ha suscitato controversie riguardo all'impatto dell'altezza

dell'edificio a torre di cui al progetto sullo «skyline» della città. Così, Conclusioni dell'Avvocato generale Collins del 24 novembre 2022, causa C-575/21, *WertInvest Hotelbetriebs GmbH*, ECLI:EU:C:2022:930, punto 3.

²³ Corte di giustizia, sentenza del 25 maggio 2023, cit. punto 18.

²⁴ Si fa riferimento all'art. 3 del Bundesgesetz über die Prüfung der Umweltverträglichkeit (UVP-G 2000, legge federale relativa alla valutazione dell'impatto ambientale, BGBl. 697/1993).

²⁵ Ivi, punto 19



la competenza per pronunciarsi sul merito del ricorso, visto il ritiro della ricorrente, e avrebbe dovuto limitarsi ad annullare la decisione del governo viennese²⁶.

Eppure, parallelamente al procedimento suddetto, la ricorrente aveva già chiesto il rilascio del permesso di costruire al Comune di Vienna, il quale, però, aveva omesso di rispondere.

A seguito della mancata decisione del Comune di Vienna, la ricorrente presentava un ricorso per carenza al *Verwaltungsgericht Wien* (Tribunale amministrativo di Vienna, in seguito: il Tribunale amministrativo), chiedendo la concessione del permesso di costruzione richiesto in precedenza²⁷.

Dal canto proprio, il Tribunale amministrativo aveva già constatato che per i progetti di riassetto urbano, come quello del "Heumarkt Neu", non si può affermare in modo generale che non esista l'obbligo di effettuare una V.I.A., superando così il margine di discrezionalità. Infatti, le autorità nazionali responsabili delle procedure di autorizzazione per i progetti elencati nella direttiva V.I.A. devono valutare specificamente se, tenendo conto dei criteri indicati nella stessa direttiva, sia necessaria una V.I.A.²⁸

Peraltro, la conformità delle misure di recepimento austriache con il diritto dell'Unione era già stata oggetto di critica a livello sovranazionale. Nello specifico, la Commissione europea aveva ritenuto che le soglie stabilite dalla legge austriaca per i progetti di riassetto urbano fossero così elevate che praticamente tutti i progetti di questo tipo erano esclusi a priori dall'obbligo di V.I.A.²⁹

Sulla base di quanto detto, il Tribunale amministrativo (in prosieguo: il giudice del rinvio),

ritenendo di dover decidere preliminarmente³⁰ sulla necessità di una V.I.A. per il progetto, sollevava dubbi sulla compatibilità della legge austriaca con la direttiva V.I.A.

In particolare, il giudice del rinvio chiedeva alla Corte di giustizia, *ex art. 267 TFUE*³¹, (1) di chiarire se la legge austriaca avesse superato i propri poteri discrezionali alla luce della direttiva V.I.A.; (2) se dovesse essere considerata anche la localizzazione del progetto, nell'ambito dei "criteri di selezione di cui all'art. 4, par. 3" dell'allegato III della direttiva V.I.A., cosa non prevista nel caso dei progetti di riassetto urbano ai sensi della legge austriaca; (3) di precisare in che misura le autorità nazionali dovessero valutare se il progetto può avere un impatto significativo sull'ambiente e, in tal caso, decidere se effettuare una V.I.A.; (4) quindi, nell'accertata ipotesi di un superamento del margine di discrezionalità degli Stati membri, se la valutazione, che deve essere effettuata caso per caso dalle autorità nazionali, dovesse limitarsi a determinati aspetti della protezione, quali la finalità di protezione di un determinato sito, ovvero, dovesse tenere conto di tutti i criteri e aspetti elencati nell'allegato III della direttiva V.I.A.; (5) nonché, di specificare, nel rispetto dei principi di tutela giurisdizionale enunciati all'art. 11 della direttiva V.I.A., lo status di parte legittimata ad impugnare, contenuto nel regolamento edilizio di Vienna, che stante la legge austriaca, sarebbe riconosciuto solo ad un limitato gruppo di persone, escludendo quindi organizzazioni e vicinato; (6) infine, di pronunciarsi rispetto alla possibilità, secondo il diritto dell'UE, di concedere un'autorizzazione edilizia "anticipata" per un progetto dettagliato che fa parte di un progetto

²⁶ Ivi, punti 20 e ss.

²⁷ Ivi, punti 24 e ss.

²⁸ Corte di giustizia, sentenza del 25 maggio 2023, cit., punti 34 e ss.

²⁹ Sul punto, Conclusioni dell'Avvocato generale Collins del 24 novembre 2022, cit., punti 36 e ss.

³⁰ Corte di giustizia, sentenza del 25 maggio 2023, cit., punto 26.

³¹ Nel caso di specie, si fa riferimento al rinvio pregiudiziale d'interpretazione. Per un approfondimento dell'istituto, si rinvia a F. FERRARO, F. ROLANDO, *Asimmetrie tra rinvio pregiudiziale di interpretazione e di validità*, in (a cura di) F. FERRARO, C. IANNONE, *Il rinvio pregiudiziale*, Torino, 2020, p. 17 e ss.



globale di riassetto urbano, senza effettuare una V.I.A. completa durante la procedura di concessione edilizia e senza riconoscere uno status di parte adeguato ai soggetti interessati. Posto che, nei casi in cui un'autorizzazione definitiva collegata a una decisione preliminare costituisce una "procedura di autorizzazione articolata in più fasi", la V.I.A. dovrebbe essere effettuata non appena è possibile individuare e valutare tutti gli effetti del progetto sull'ambiente³².

4. LA SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

Nel rispondere ai quesiti sollevati dal giudice del rinvio, la Corte di giustizia non ha mancato di ricordare innanzitutto che, nell'ambito del dialogo che origina tra la Corte di giustizia e i giudici nazionali, previsto dall'art. 267 TFUE³³, spetta esclusivamente al giudice nazionale valutare, in base alle circostanze specifiche di ogni caso, se sia necessaria una pronuncia pregiudiziale al fine di emettere la propria sentenza. Pertanto, dal momento che le questioni sollevate nell'ambito della sentenza in commento riguardano l'interpretazione del diritto dell'Unione, in linea di principio la Corte di giustizia è tenuta a pronunciarsi³⁴; dunque, le obiezioni avanzate dalla ricorrente sulla irricevibilità delle domande poste dal giudice del rinvio non sussistono³⁵.

³² Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Verwaltungsgericht Wien (Tribunale amministrativo di Vienna, Austria) il 20 settembre 2021 – WertInvest Hotelbetriebs GmbH / Magistrat der Stadt Wien, causa C-575/21.

³³ Sul ruolo chiave del rinvio pregiudiziale quale parte del nocciolo duro di una "théorie judiciaire de l'intégration", cioè parte del "triangle magique" dato dal rinvio pregiudiziale, dall'effetto diretto e dal primato, si rinvia a V. PICCONE, *Primato e pregiudizialità: il ruolo dell'interpretazione conforme* in F. FER-RARO, C. IANNONE (a cura di), *Il rinvio pregiudiziale*, cit. C'è da dire che, nonostante il rinvio pregiudiziale sia considerato un meccanismo di cooperazione tra le corti nazionali e dell'Unione europea, alcuni studiosi sottolineano che esso presenta anche elementi gerarchici. Si veda T. TRIDIMAS, *The ECJ and the National Courts: Dialogue, Cooperation and Instability* in A.

Venendo ora all'esame del merito delle questioni sollevate dal giudice del rinvio, rispetto all'obbligo di effettuare una V.I.A. di un progetto di sviluppo urbano, la Corte di giustizia ha specificato che l'obbligo non può dipendere esclusivamente dalla dimensione del progetto, che è ormai solo un elemento tra gli altri, ma la V.I.A. va effettuata caso per caso. Il margine di discrezionalità degli Stati membri è chiaramente limitato dall'obbligo generale, sancito dall'art. 2, par. 1, della direttiva V.I.A., di sottoporre a valutazione i progetti che possono avere effetti significativi sull'ambiente per la loro natura, dimensione o posizione. Di conseguenza, anche un progetto su piccola scala può avere impatti ambientali significativi se situato in un luogo con i fattori ambientali descritti nell'art. 3 della direttiva V.I.A.³⁶ Questa interpretazione estensiva delle direttive rimanda alla precedente giurisprudenza della Corte di giustizia³⁷.

Inoltre, come precisato dall'Avvocato generale Collins³⁸, le opere di urbanizzazione ai sensi della direttiva V.I.A. comprendono opere di miglioramento, ampliamento, demolizione di strutture esistenti e non vi è motivo di supporre che gli impatti ambientali delle opere di urbanizzazione nelle aree urbane siano marginali o inesistenti³⁹.

Pertanto, la Corte di giustizia ha dichiarato che la decisione adottata al termine di un procedimento di riesame della V.I.A. deve essere accessibile al pubblico (da intendersi, come nel caso di cui

ARNULL, D. CHALMERS (a cura di), *The Oxford Handbook of European Union Law*, Oxford University Press, 2015, pp. 403-431.

³⁴ Corte di giustizia, sentenza del 12 ottobre 2017, *Sleutjes*, C-278/16, EU:C:2017:757, punto 21 e giurisprudenza citata.

³⁵ Corte di giustizia, sentenza del 25 maggio 2023, cit. punti 28 e ss.

³⁶ Ivi, punti 37 e ss.

³⁷ Corte di giustizia, sentenza del 21 settembre 1999, *Commissione c. Irlanda*, C-392/96, punti 65 a 67.

³⁸ Conclusioni dell'Avvocato generale Collins del 24 novembre 2022, causa C-575/21, cit., punto 43.

³⁹ Corte di giustizia, sentenza del 25 maggio 2023, cit. punto 61.



trattasi, vicini e/o organizzazioni), così da consentire l'impugnazione della decisione nelle condizioni di danno e di causalità previste dalla normativa nazionale, anche nei confronti di una decisione di autorizzazione⁴⁰. Tale impugnazione non deve in alcun modo limitare i mezzi che possono essere invocati a sostegno della stessa⁴¹. Allo scopo, le autorità nazionali competenti in materia devono rispondere a criteri di indipendenza e imparzialità, ribaltando così la precedente giurisprudenza che sosteneva un'autonomia reale frutto di una mera separazione funzionale⁴².

A tal fine, è opportuno richiamare, sempre in tema di accesso alla giustizia ambientale, la pronuncia della Corte di giustizia⁴³ attraverso la quale essa ha precisato che se spetta agli Stati membri stabilire quali siano i diritti la cui violazione può dar luogo a un ricorso in materia d'ambiente, essi, nel procedere a tale determinazione non possono privare le associazioni a tutela dell'ambiente, che sono soggetti pubblici, rispondenti ai requisiti tanto della direttiva V.I.A. quanto dalla Convenzione di Aarhus, di contestare la legittimità, quanto al merito o alla procedura, dell'atto V.I.A.⁴⁴

Tale giurisprudenza sembra offrire un contributo proprio in considerazione dell'obiettivo di

garantire un ampio accesso alla giustizia, quindi, una tutela effettiva in materia ambientale⁴⁵.

Infine, la Corte di giustizia ha ricordato che l'imposizione di una V.I.A. solo in fase di concessione edilizia per singole opere facenti parte di un più vasto intervento di urbanizzazione, equivale a disattendere la direttiva V.I.A.; ne consegue che la direttiva V.I.A. deve essere interpretata nel senso che essa “osta al rilascio di permessi di costruire per progetti individuali di lavori che rientrano nell'ambito di progetti di riassetto urbano più ampi”⁴⁶.

Inoltre, come ha ricordato l'Avvocato generale Collins, può essere necessario prendere in considerazione gli effetti cumulativi dei progetti, ma il carattere preliminare di tale valutazione è giustificato dalla necessità che, nel processo decisionale, l'autorità competente tenga conto quanto prima possibile dell'impatto ambientale di tutti i processi tecnico-progettuali e decisionali al fine di evitare, fin dall'inizio, la creazione di inquinamento o disturbo piuttosto che contrastarne successivamente gli effetti⁴⁷.

5. BREVI CONCLUSIONI

Alla luce di quanto riferito, appare evidente, stante la giurisprudenza della Corte di giustizia, che gli Stati membri non possono escludere determinate categorie di progetti dall'obbligo di sottoporli

⁴⁰ In tal senso, Corte di giustizia, sentenza del 16 aprile 2015, *Gruber*, causa C-570/13, EU:C:2015:231, punto 44

⁴¹ Corte di giustizia, sentenza del 25 maggio 2023, cit. punti 65-71.

⁴² Corte di giustizia, sentenza del 20 ottobre 2011, *Seaport (NL)*, causa C-474/10, EU:C:2011:681, punti 42 e 43.

⁴³ Corte di giustizia, sentenza del 12 maggio 2011, *Landesverband Nordrhein-Westfalen*, causa C-115/09, punti 42 e ss., <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62009CJ0115>.

⁴⁴ Per approfondimenti, si rinvia in dottrina a S. AMADEO, *Art. 191 TFUE*, cit., p. 1633 3 ss; R. Rota, *Il principio di effettività per la tutela ambientale*, <https://art.torvergata.it/bitstream/2108/52243/262203/il%20principio%20effettivit%C3%A0%20per%20la%20tutela%20ambiente%20ASTRID.pdf>

⁴⁵ In dottrina, più in generale, F. MUNARI, *Public e Private enforcement del diritto ambientale dell'Unione*, in *Quaderni AISDUE*,

2023. Già la Corte di giustizia con la sentenza *Ministre de la Transition écologique y Premier ministre*, 22 dicembre 2022, causa C-61/21, ha affermato la garanzia di una tutela giurisdizionale effettiva a coloro che hanno subito danni alla salute a causa di condotte anti-ambientali che lo Stato non è stato in grado di affrontare adeguatamente. Si rinvia a U. TADDEI, I. KOTIUK, *The Individual Right to Clean Air and the Spectre of Francovich Damages for State Failures to Comply with EU Air Quality Rules (Case C-61/21)*, in *Eu Law Live*, 22 marzo 2022; P. DE PASQUALE, “*Francovich ambientale*”? Sarà per un'altra volta. *Considerazioni a margine della sentenza Ministre de la Transition écologique*, in *BlogDUE*, 2023.

⁴⁶ Corte di giustizia, sentenza del 25 maggio 2023, cit. punto 81.

⁴⁷ Conclusioni dell'Avvocato generale Collins del 24 novembre 2022, causa C-575/21, cit., punti 59 e ss.



alla V.I.A. basandosi esclusivamente su criteri dimensionali. In altre parole, la decisione di applicare la V.I.A. non può essere limitata unicamente in base alle dimensioni dei progetti, ma deve considerare anche il potenziale impatto ambientale che potrebbe derivare da questi ultimi.

La rilevanza della sentenza in commento sta, in primo luogo, nell'aver rinsaldato il ruolo proattivo e sussidiario del diritto dell'Unione Europea, anche nell'ambito della progettazione urbanistica "locale", al fine di preservare il patrimonio culturale ed evitare di impattare con i più elevati obiettivi europei di politica ambientale. Quanto detto esplicita, compiutamente, l'"effetto Bruxelles", quale manifestazione della capacità dell'Unione di affermarsi pacificamente, influenzando le legislazioni nazionali, soprattutto in materia ambientale⁴⁸.

In secondo luogo, la Corte di giustizia, attraverso la sentenza in commento, ha colto l'occasione per ribadire l'esigenza di assicurare, a chiunque, la possibilità di contestare, davanti a un organo giurisdizionale diverso o, a seconda dei casi, un organo indipendente e imparziale istituito per legge, la legittimità sostanziale o procedurale di una decisione che statuisca la non necessaria valutazione dell'impatto ambientale⁴⁹.

In definitiva, il diritto sovranazionale, ancora una volta, sollecita il diritto di uno Stato membro ad una evoluzione normativa secondo i principi fondamentali riconosciuti dal diritto dell'Unione qual è, tra gli altri, quello dell'accesso alla giustizia e della garanzia di una tutela giurisdizionale effettiva, anche ambientale.

⁴⁸ Sul punto, si rinvia a F. FERRARO, *L'evoluzione della politica ambientale dell'Unione: effetto Bruxelles, nuovi obiettivi e vecchi limiti*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 4, 2021, p. 777 ss. e più in generale,

A. BRADFORD, *Effetto Bruxelles: Come l'Unione europea regola il mondo*, Milano, 2021.

⁴⁹ S. AMADEO, *Art. 192 TFUE*, cit., p.1642 e ss.



SUSTAINABILITY AS A LEGAL PRINCIPLE AND THE NEW COLLECTIVE SELF-CONSUMPTION RULES: THE ITALIAN LEGAL SYSTEM OF PROSUMERS AND ENERGY COMMUNITIES

di **Giorgio POTENZA***

ABSTRACT

The planet's ecosystem is already beyond its natural limit due to modern human activities. It is now essential and urgent to solve the complex problems of our time, such as environmental degradation resulting by the way people live and produce. The first step to pursue this goal has been the creation of a common and coordinated model of sustainable development through international agreements. The European Union has also been strongly determined to achieve the Sustainable Development Goals through a strategic plan, the so-called European Green Deal, which provides for the adoption of various actions to combat climate change, which will be implemented by the various internal regulations. So, the European Union has enacted the EU Directive 2018/2001 (so-called Renewable Energy Directive or RED II) and the EU Directive 2019/944 (so-called Internal Market Directive or IMD II) which, together with other resulting legislative acts, reformed the entire system of the energy sector in line with a decentralization of electricity generation and a greater liberalization of the market. In particular, the EU Directive 2018/2021 has introduced the so-called "Prosumer", and the "Renewable Energy Communities". The prosumer (term that derives from the crasis of the expressions producer and consumer) is defined by art. 21 of the RED II Directive as self-consumer of energy from renewable sources. They are therefore renewable energy consumers who actively participate in the market energy. On the other hand, the Renewable energy communities are aggregations of consumers who, thanks to the conclusion of an agreement, collaborate with the aim of producing, consuming and managing energy through one or more local energy systems. After the approval of the EU directive 2019/944, the Italian legislator has regulated the new figures of "prosumers" and the "Energy communities", in advance of the European process, in accordance with the law no. 53/2021 and

subsequent implementing decrees. In light of the evolution of the Italian legislation, the paper aims at providing an overview of the legal institutions involving the prosumer and the energy communities, in order to present the Italian legal model of collective self-consumption regulation and to offer opportunities for legal transplants through the comparison. with some final considerations on technological innovations and digital platforms such as the blockchain and smart contracts¹.

SOMMARIO

1. Introduction.....	209
2. The european green deal and the eu energy directives red ii and imd ii	210
3. The italian legal system of prosumers and energy communities	213
4. Technological innovations and digital infrastructures to support the national law approach to the prosumerism. Some considerations on blockchain and smart contracts.....	215

1. INTRODUCTION

It is clear to everyone that energy transition and decarbonization are now more than ever a purpose to be necessarily, gradually but firmly achieved. The COVID-19 pandemic has certainly overwhelmed us by an unheard-of whirlwind of health, social and economic hardships, but it has also provided us with a unique opportunity to boost the economy from a green perspective and to harness the enormous potential of models, no longer

* Ricercatore di Diritto privato comparato presso l'Università degli Studi di Roma Tor Vergata.

¹ Relazione esposta nell'ambito della Yufe Law Rijeka Conference, dal titolo "Sustainability as a Legal Principle", tenutasi a Rijeka nel mese di giugno 2022



based on fossil energy consumption and waste of natural resources.

An opportunity for economic revitalization and innovation from which to start is the promotion of sustainable production processes as a general principle, by fostering a circular economy model that reduces waste, lowers emissions and improves environmental safety, and more specifically as a legal principle, also in order to support the competitiveness of enterprises and enhance the national "Made in" as for example the "Made in Italy" as far as our country is concerned.

For this reason, as part of the European Green Deal and the action program related to the 2030 Agenda for Sustainable Development (which, as is well known, set 17 goals for the period 2015-2030, the so-called "Sustainable Development Goals or SDGs"), Italy has recently implemented two important European directives concerning the so-called "Energy Communities" (2019/944 EU Directive of June 5, 2019 - on common rules for the internal market in electricity and amending Directive 2012/27/EU) and 2018/2001 EU Directive of December 11, 2018 (on the promotion of the use of energy from renewable sources, so-called RED II), finally initiating prosumerism in the domestic energy sector.

The purpose of this contribution is precisely to present, albeit briefly, the Italian Legal Model of implementation of the EU framework on collective self-consumption, in order to encourage legal thought through comparison so that, in a *de iure condendo* perspective, solid regulatory foundations can be laid to promote the achievement of the above-mentioned sustainable development goals.

2. THE EUROPEAN GREEN DEAL AND THE EU ENERGY DIRECTIVES RED II AND IMD II

According to the European strategy, a new internal electricity market (IEM) set-up could become the key factor for the increased deployment of renewable energy and thus environmental sustainability in human activities. This is because consumers could (and should) also be able to fully participate in the energy transition, contributing to the overall reduction of energy consumption, by harnessing new technologies and making use of energy services offered by innovative companies.

Therefore, in order to achieve the goals of the Green Deal, the European Union has clearly focused on a shift from centralized production in large power generation plants to deverticalized and decentralized production of energy from renewable sources, ensuring new models of energy efficiency. This, along with the development of new economic systems and the implementation of technologies, will enable a "distributed generation of energy," resulting in the active participation of end consumers as well.

Current European legislation, which until now had referred to citizens' rights only as consumers of energy and not as self-producers, now finally recognizes: the right of all citizens to associate with each other to form an energy community; the right of individuals and communities to self-produce, store, as well as consume self-generated energy from renewable sources and to sell the excess energy at a price at least equal to market value, with the possibility for the remuneration to be higher to take into account the added value that small producers offer to society and environment; the right of members of energy communities to exchange renewable energy; and the basic principle that self-consumption

is not subject to charges. Charges may be imposed by EU states only under very specific conditions².

More specifically, following the 2015 Paris Climate Agreement, 2018/2001 EU Directive (so-called Renewable Energy Directive or RED II) and 2019/944 EU Directive (so-called Internal Market Directive or IMD II) were enacted, which reformed the entire system of the energy sector with a view to greater decentralization of electricity production and market liberalization, along with other pieces of legislation resulting from the so-called "Clean Energy package" or "Winter package" presented by the European Commission in 2016³.

The concept of Prosumer and Energy Community has already been introduced in the Clean Energy Package.

In more detail, Articles 21 and 22 of 2018/2001 EU Directive now specify the two new legal figures: on the one hand the so-called "Prosumer" and, on the other hand, the "Renewable Energy Communities" (RECs)⁴, establishing a real right of each European citizen to self-produce - as well as consume - electricity. Besides, the 2019/944 EU Directive, in particular Articles 15 and 16, have the function of adapting the existing rules on the electricity transmission, distribution, storage and supply to the above-mentioned new market realities.

The prosumer (a term derived from the crasis of the expressions "producer" and "consumer") is defined by Article 21 of the RED II Directive as a "self-consumer of energy from renewable sources." It is therefore a renewable energy customer who,

however, actively participates in the energy market, also contributing to its production, storage and distribution, as an "end-customer who operates at his own sites located within defined boundaries - or, if allowed by a member state, at other sites, - and produces renewable electricity for his own consumption and may store or sell self-produced renewable electricity as long as such activities do not constitute the main commercial or professional activity for a renewable energy self-consumer other than a household."

Basically, the prosumer is the one who owns his own energy production facility, a portion of which he consumes, while the remaining unconsumed energy is fed into the grid, exchanged with consumers physically close to the prosumer, or even stored in a special system and, therefore, returned to the consuming units at the most appropriate time. Thus, the prosumer is an active player in the management of energy flows, and can also enjoy the resulting economic benefits, not only a relative autonomy.

The aforementioned EU Directive then defines the group of "renewable energy self-consumers acting collectively" (CAG) as a "group of at least two renewable energy self-consumers acting collectively and located in the same building or condominium"⁵. In the case of renewable energy self-consumers acting collectively, therefore, individuals different from households may associate only: if such activities do not constitute the main commercial or professional activity, and if the self-consumers are located in the same building or condominium.

² See L. RUGGERI *Consumatore e prosumerismo energetico nel quadro regolatorio europeo in Actualidad Jurídica Iberoamericana* N° 16 bis, June 2022

³ The mentioned directives implement the strategy called "Resilient Energy Union" presented in 2015 by the European Commission. They follow the COM Communication (2015)339, called "A new deal" for energy consumers" See E. BRUTI LIBERATI, M. DE FOCATIIS, A. TRAVI, *La Transizione Energetica e il Winter Package. Politiche Pubbliche e Regolazione dei Mercati*, Milano, 2018.

⁴ Called "Citizens Energy Communities" or CECs according to the wording provided in Article 16 of IMD II.

⁵ A so-called "Referent" is appointed for GACs, who may be the legal representative of building or condominium or of electricity producer. He or she operates one or more production facilities and acts on behalf of self-consumers on the basis of a mandate without representation to the GSE and may also be delegated to manage collection and payment items.

EU member states are required to provide a regulatory framework conducive to promoting and facilitating the development of self-consumption of renewable energy, i.e., a legal framework that allows renewable energy self-consumers, individually or collectively, to produce renewable energy, store and/or sell surplus production, including by entering into peer-to-peer sale, supply, and exchange contracts, also through the new "aggregation contract" negotiation scheme (see Article 13 IMD II Directive).

Prosumer operating margin, which is necessary and preparatory to decentralized distribution of clean energy, must not be subject to discriminatory administrative procedures and/or to disproportionate grid charges. At the same time, it must not imply the relinquishment or loss of his or her rights as an end consumer⁶.

Alongside the figure of the prosumer and the CAGs, a key role is played by the above-mentioned "Renewable Energy Communities - RECs," which, on closer inspection, do not only have a European and/or Italian dimension, but are, in fact, a phenomenon that has a more global dimension, since they are an aggregative trend that is growing rapidly in various countries around the world, by seizing the opportunities offered by new technologies.

The RED II defines RECs as a "legal entity that [...] is based on open and voluntary participation, is independent and is effectively controlled by shareholders or members who are located nearby renewable energy production facilities belonging to and developed by the legal entity in question. Shareholders or members are individuals, SMEs or local authorities, including municipal governments; to its shareholders or members or to the local areas in which it operates, rather than financial profits"⁷.

It should be noted that, as far as energy communities are concerned, European legislation provides for two different models: while the RED II Directive describes the Renewable Energy Community (REC), the 'renewable energy communities' refers to the Citizen Energy Community (CEC) or the "citizens' energy community", according to the wording provided in Article 16 of the IMD II Directive. Both schemes or organizational models, however, allow their members to collectively engage in the production, distribution, supply, consumption, sharing, storage, and sale of self-produced energy, with the intention of promoting the energy transition.

As part of energy communities, in fact, the function of the prosumer is fully evident, as a user who is not limited to the passive role of consumer (consumer) in the energy market, but actively participates in the different stages of the production process (producer). Innovative forms of prosumption appear most easily implemented through energy communities (ECs), that is, as mentioned, an aggregation of users who, through voluntary adherence to a contract, collaborate with the aim of producing, consuming and managing energy through one more local energy facilities, with a purpose, however, other than profit and with a "democratic" model of governance.

In any case, ERC or CEC are legal entities whose main purpose is to provide environmental, economic or social benefits to the community members or partners, or to the local areas in which the community is active. They allow participation even by companies, as long as their participation in the community is not their main commercial and industrial activity, so that the focus isn't on making financial profits.

⁶ Pursuant to Article 21, pr. 2(d) of the RED II Directive, self-consumers of renewable energy are also entitled to receive remuneration, including, where appropriate, - through support schemes - for the self-generated renewable electricity they feed into the grid, which corresponds to the market value of that

electricity, as well as its added value for the benefits resulting to the grid itself, the environment and society.

⁷ In case of ERCs, the so-called "referent" is the community itself.



Decentralization and localization of energy production, therefore, are the principles on which an energy community is based. The community is able to produce, consume and exchange energy in a self-consuming and collaborative manner, effectively contributing to the process of ecological transition, with the involvement of local citizens, businesses and enterprises⁸.

3. THE ITALIAN LEGAL SYSTEM OF PROSUMERS AND ENERGY COMMUNITIES

After the approval of 2019/944 Directive (EU) by the European Parliament and the Council of Europe, Italy first issued DL No. 162/2019 ("Decreto Milleproroghe"). The regulations, introduced by Article 42-bis of Decreto Milleproroghe, had a transitional character and aimed to introduce the first configurations of energy communities and collective self-consumption, in order to fully transpose the Red II Directive⁹.

New nationwide plans, the NECPs (National Energy and Climate Plans), were then developed in January 2020, with the aim of defining national energy efficiency targets to be achieved in line with the technological and financial potential of operators.

By virtue of Law No. 8/2020 - the Law converting Decreto Milleproroghe - a partial and early transposition of the RED II directive was initiated, so as to test the effects, repercussions and potential critical issues related to the introduction of collective self-consumption schemes and RECs in the

Italian context. The participation as third parties of commercial and industrial entities involved in the production and management of energy from renewable sources was ensured, as indicated in the Directive. The legal form is not predetermined, but RECs must compulsorily comply with certain specific constraints regarding the making and distribution of profits.

After that, Italian Parliament instructed the Government to implement in our country the directives established at the European level regarding the electricity market (Law No. 53 of April 22, 2021, "Delegation to the Government for the transposition of European directives and the implementation of other EU acts - 2019-2020 European Delegation Law).

On August 5, 2021 the Italian Government approved the preliminary decrees outline, and after receiving the opinion of the Chamber of Deputies and the Senate, the European RED II and EMI directives were formally transposed through Legislative Decrees No.199 (RED II) and No. 210 (EMI) of November 8, 2021.

In particular, Legislative Decree No. 199/2021 introduced provisions into our legal system that regulate the new configurations of "citizen energy communities" in accordance with the 2001/2018 Directive¹⁰.

In addition, there are regulations aimed at: 1. strengthening the rights of end customers in terms of transparency (offers, contracts, and bills); 2. completing the liberalization of retail markets by safeguarding the most vulnerable players; 3. extending the service market more to new types of players; 4.

⁸ See on this point G. CAPILLI, *I contratti dei consumatori*, Torino, 2021, p. 14 ff.; G. ALPA, A. CATRICALA' (eds.), *Diritto dei consumatori*, Bologna, 2016, in particular *Introduzione* - par. 8; G. FABRIS, *Customer Knowledge Marketing*, in *Consumatori, Diritti & Mercato*, 2008, 1, p. 91 ff.; H.W. MICKLITZ, *Il consumatore: mercatizzato, frammentato, costituzionalizzato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3, 2016, pp. 859-889; N. REICH, H.W. MICKLITZ, K. TONNER, *European Consumer Law*, Cambridge, Antwerp, Portland, 2014, p. 45 ff.

⁹ In this regard, we recall ARERA (the Energy Networks and Environment Regulatory Authority) Document 112/2020/R/EEL implementing Article 42 bis of Decreto Milleproroghe.

¹⁰ Also targeted by the provisions are those with a public role concerning the management of the electricity system (transmission and distribution grid operators, electricity market operator and the regulatory authority).



providing for a more active role of distribution system operators; 5. regulating the possibility of establishing closed distribution systems; 6. updating public service obligations for companies operating in the electricity generation and supply sector; 7. introducing a system of long-term supply of storage capacity, in order to promote the development of investments necessary for the implementation of NECPs goals, sent in 2020 to 2018/1999 European Commission in implementation of Regulation (EU).

More specifically, RED II Decree provides for the incentive mechanisms to be updated within 180 days of its coming into force. However, waiting for the implementing decrees, RED II Decree explicitly provides for the previous incentive mechanisms, resulting from the enacting measures of Decreto Milleproroghe, such as 318/2020/R/eel Resolution of ARERA (the Regulatory Authority for Energy Networks and Environment), the Ministerial Decree of September 16, 2020 of Ministry of Economic Development, and the GSE (Energy Service Manager) Technical Rules of December 22, 2020 (access to shared electricity valorization and incentive).

Thus, by virtue of this legislation, the Energy Services Manager provides CAGs and RECs with the following sums: an incentive rate in the form of a "Feed-in Tariff"¹¹ in relation to the kWh of energy shared; compensation for tariff components and those related to the cost of energy that are not technically applicable to the energy shared as instantaneously self-consumed energy ("Refund"¹²); the "Fee" for the sale of the energy, to the extent it is produced and fed into the grid (and not self-consumed).

The current Italian legislation, moreover, prescribes certain requirements and conditions for the purpose of configuring the latter in addition to defining the figure of producer-consumer and energy community in the light of the European legal system: 1. legal form, in that the energy community must be an independent legal entity, such as an association, third-sector entity, cooperative, benefit cooperative, consortium, partnership, non-profit organization; 2. purpose, in that the community's main objective is to provide community-wide environmental, economic, or social benefits to its shareholders or members or to the local areas in which the community operates, rather than financial profits; 3. nature of the participation, open to all consumers located within the perimeter referred to in the same transformation cabin, and thus individuals, businesses but also local public entities, with the clarification that, in any case, participation in the renewable energy community must not constitute the main commercial and/or industrial activity.

The Energy Community must have ownership or full availability of the facility, based on a legal title even different from ownership (such as usufruct, or contractual or other titles such as a loan for use), "provided that the mere possession or availability of the facility on the basis of a title other than ownership is not an obstacle to the achievement of the community's objectives"¹³.

As for, then, the acts of a negotiated nature that find expression in the case of self-consumers and energy communities, following the technical-administrative verifications carried out on the documentation and the existence of the objective and subjective legal requirements, the GSE provides for the activation of a contract for the regulation of the

¹¹ This is a premium tariff designed to encourage instantaneous self-consumption by members of CAGs and RECs.

¹² It has an equalization function and incentivizes self-consumption of energy, recognizing the benefits associated with lower energy transits on the grid.

¹³ See ARERA Resolution 318/2020/R/EEL, Annex A art.1.1 point O.



service of valorization and incentive of shared electricity.

The purpose of the Contract is precisely to regulate the service of valorization and incentive of electricity shared by a group of self-consumers or a renewable energy community. The Contract also regulates the remuneration of the electricity fed in by the production plants whose energy is relevant for the configuration and replaces any other fulfilment related to the commercial sale of the electricity fed into the grid and access to dispatching and transportation services in relation to the electricity fed in. This occurs in the event that the Referrer has applied to the GSE for all production plants or for all production units for the withdrawal of the electricity fed in under the conditions of the so-called Dedicated Withdrawal mechanism, as part of the application for admission to the shared energy valorization and incentive service. The incentive period - where provided- lasts 20 years exclusive of any suspensions, and may be implicitly renewed annually in relation to the only parts related to the valorization of shared electricity.

On the other hand, the relationships between members of energy community must be regulated through a contract under private law¹⁴, which must necessarily provide for the preservation of the rights and obligations of the end consumer, in accordance with Article 32, paragraph 1 of RED II Decree and with the GSE's technical rules.

The private self-consumer of renewable energy, as an end-consumer, is therefore entitled to all the safeguards provided for cases of negotiated imbalances to the detriment of one of the parties, even where these are "agreements for exchange between equals".

In addition, private self-consumers will be free to: choose their own energy supplier; indicate the modalities of energy exchange and sharing, and clearly identify a delegated party responsible for the allocation of shared electricity to whom the subjects can, in addition, delegate the management of payment and collection items to the sales companies and the GSE; allow subjects to withdraw at any time and exit the configuration, subject to any fees agreed upon in the case of early withdrawal for sharing in the investments incurred, which must be fair and proportionate in any case.

On the other hand, community members are: subject to cost-compliant, transparent and non-discriminatory appropriate grid charges and separately account for the electricity fed into the grid and that absorbed by the grid, so as to ensure an adequate and balanced contribution to the overall allocation of system costs; they are financially responsible for the imbalances they bring to the electricity grid, and responsible for balancing.

Concerning the sale of excess energy produced within the energy community, then, the Ministry of Economic Development has provided for the possibility of selling such energy to the GSE under the so-called "dedicated withdrawal" mechanism.

In addition, the Red II Decree expressly stipulated that excess energy can also be stored and sold to third parties (who, for example, are not part of the energy community) through renewable power purchase agreements (PPA - Power Purchase Agreements), either directly or through aggregation¹⁵.

4. TECHNOLOGICAL INNOVATIONS AND DIGITAL INFRASTRUCTURES TO

¹⁴ In the case of condominiums, for example, the contract may also consist of the minutes of the meeting resolution signed by the condominium owners who join the group of renewable energy self-consumers acting collectively. In the case of

renewable energy communities, the above-mentioned contents are part and parcel of the Bylaws and/or in the articles of incorporation of the same community.

¹⁵ See also the GSE Consultation of March 4, 2021.



SUPPORT THE NATIONAL LAW APPROACH TO THE PROSUMERISM. SOME CONSIDERATIONS ON BLOCKCHAIN AND SMART CONTRACTS

In light of the above, therefore, Italian legislation has opened the door to collective and shared self-consumption and has proven to be more than ready to support this momentous change and absolutely proactive in the country's energy development.

Moreover, it is worth mentioning - and again with a view to fostering comparative insights and reflections - some Italian projects on the regulation of energy communities that may soon be implemented, such as Project 1.7 "Technologies for the efficient penetration of the electric carrier in end uses" funded by MISE under PT19-21 Electric System Research.

This project, in particular, aims to develop methodologies, technological infrastructures, management and economic models to support and promote prosumer initiatives, their aggregation and the development of self-organizing processes to enable a community to self-manage a range of energy-grid-related functions, including through the use of aggregated services, enabling technologies and innovative tools such as the use of blockchain, remuneration of flexibility and the enhancement of energy virtuous behaviour¹⁶.

In a nutshell, the goal is to provide the various actors participating in the Energy Community with a wide range of services and operational tools through a digital platform that connects the various enabled smart meters, where supply and demand for energy - self-generated from renewable sources

- and services - including social services - meet and are exchanged through blockchain technology and smart contracts (computer protocols that enable economic transactions, when the conditions stated in the "smart contract" are met).

On the other hand, it is clear that the emergence of an intermediate figure between professional and consumer still poses inevitable problems of framing and protection, although - as seen - this figure now receives explicit regulatory recognition in Italy, at least in the electricity sector. And this is even more so during the project of digitization on blockchain platform of acts and contracts related to the service offered to prosumers and energy communities.

Italian energy market is also at the forefront in this field from a regulatory point of view, because it has anticipated other European countries in opening up to decentralized renewable energy production and its regulation (consider, on this point, Piedmont Regional Law No. 12 of 03/08/2018 called "Promotion of the establishment of energy communities"), thanks to its smart electricity meters. Nevertheless, it still needs to be refined.

There is still a need, for example, to adequately protect individuals who deal with prosumers to purchase or share energy produced by prosumers¹⁷, and to understand how contracts for service access will be replaced by smart contracts in the digital platform.

It turns out, in fact, that several acts are necessary for access to the service: in addition to the private contract/statute to regulate the relations between the subjects that are part of the configuration, there is the potential contract between the subjects that are part of the configuration and the subjects that are relevant for the configuration although they are not part of it ("third party"

¹⁶ On the applications of blockchain technologies to foster sustainable development, see S.S. MUTHU Blockchain Technologies for Sustainability, Springer, 2021.

¹⁷ See C. Sartoris, *Piattaforme digitali e tutele: dal "consumer" al "prosumer*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N° 16, febrero 2022, pp. 962-983.



producers), as well as the mandates of both types of subjects (part and relevant for the configuration) to the Referent.

In this last regard, there is also the problem of Referent's responsibility, the person who is jointly entrusted by the producers and final customers. They are present within one of the organizational configurations with the mandate for the technical and administrative management of the application for access to the valorization and incentive service, to process the data and to sign the relevant contract with the GSE for obtaining the benefits provided by the above-mentioned service. The Referent must therefore assure (personally, or through specific agreements or through self-certifications issued) the existence of all the necessary requirements provided.

While the gradual development of technology has brought unquestionable advantages, it has also caused an increase in the processing and dissemination of personal data that are transmitted and exchanged every day, as well as a greater danger of their misuse by unauthorized parties and, thus, a possible violation of privacy.

Finally, there is a need to make available tools that encourage the conclusion of public-private partnerships and the other initiatives between Public Administration and individuals for the establishment of Renewable Energy Communities and enable participation and the collection of memberships (e.g., through a platform that also allows equity crowdfunding).

This justifies the need to place the issue of prosumers and energy communities at the centre of the international and supranational political, social and legal debate regarding environmental sustainability as a general principle and technological innovation. The wish is that scientific research and legal comparison in this field will contribute to the fulfilment of energy transition, with a view to

achieving the above-mentioned sustainable development goals.



DE IUSTITIA

DE IUSTITIA - N°3 - Luglio 2023

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