ISSN 2974-7562

4/2025

INDICE DEGLI ARGOMENTI

Alcuni degli articoli presenti in questo numero

DIRITTO CIVILE

A. MATRIMONIO SAME-SEX E RICONGIUNGIMENTO FAMILIARE TRA APPARENTI SILENZI NORMATIVI E LIMITATE APERTURE GIURISPRUDENZIALI.

DIRITTO PENALE

A. IL TRAMONTO DELL'ABISP D'UFFICIO E L'ALBA DI UN NUOVO "PECULATO PER DISTRAZIONE". L'ABROGAZIONE DELL'ART. 323 C.P. E L'INTRODUZIONE DELL'ART. 314 BIS C.P., TRA ABOLITIO CRIMINIS E CONTINUITÀ NORMATIVA.

B. ISCRIZIONE DELLA NOTIZIA DI REATO E PRINCIPIO DI LEGALITÁ PENALE PROCESSUALE.

DIRITTO PUBBLICO

A. LE SOCIETÀ DI BENEFICIO COMUNE TRA ITALIA E SPAGNA: EVOLUZIONE NORMATIVA, AMMINISTRATIVA E PROSPETTIVE DI CONVERGENZA.

DIRITTO AMMINISTRATIVO

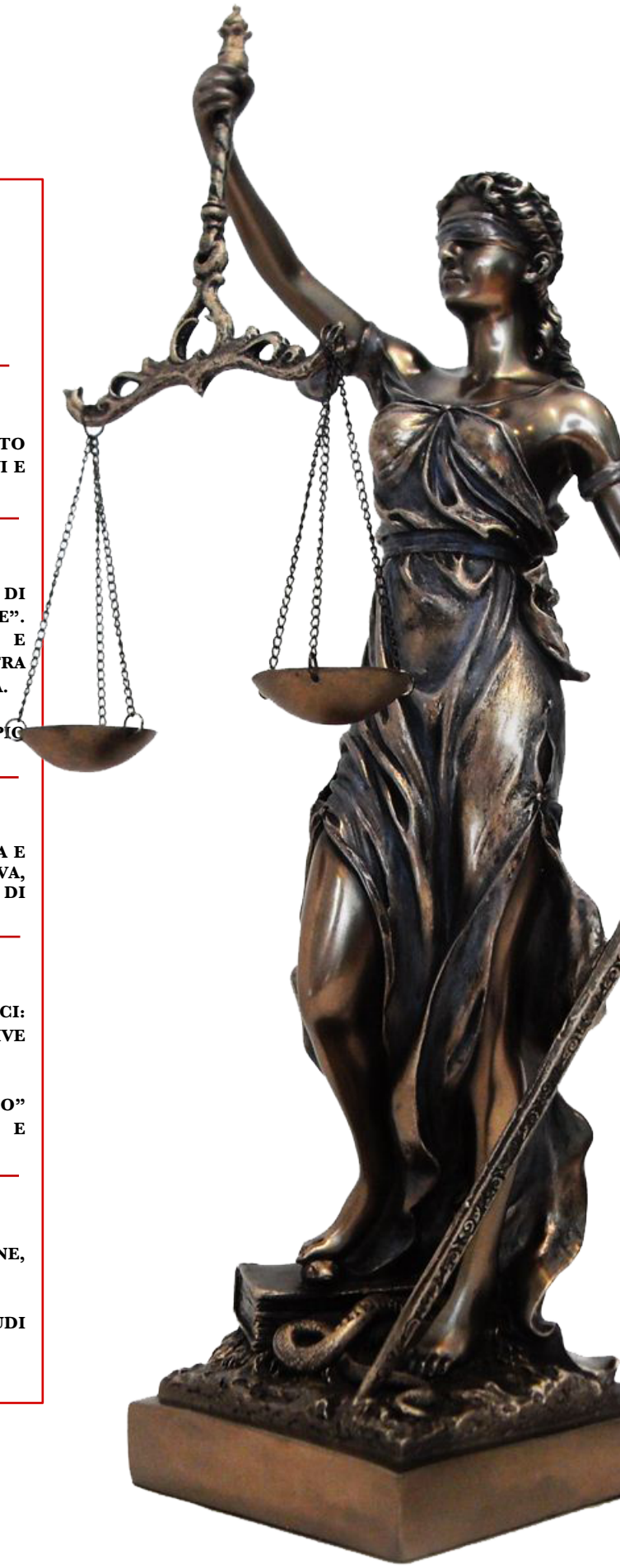
A. CONFLITTO DI INTERESSI E CONTRATTI PUBBLICI: DINAMICHE EVOLUTIVE E FUTURE PROSPETTIVE DI IMPIEGO DELL'ISTITUTO.

B. L'INTERDITTIVA ANTIMAFIA E IL TEMPO "VUOTO" TRA CONTROLLO GIUDIZIARIO E AGGIORNAMENTO PREFETTIZIO.

DIRITTO EUROPEO

A. REGOLARE PER ABILITARE: INNOVAZIONE, RICCHEZZA, DEMOCRAZIA.

B. ALLE ORIGINI DEL PIANO SHUMAN: STUDI PREPARATORI PER L'AVVENIRE DELL'EUROPA



DE IUSTITIA

DE IUSTITIA - N°4 - Ottobre 2025
Testata giornalistica registrata presso il **Tribunale di Napoli** con decreto nr. 2683 del 11.2.2015

ISSN 2974-7562

Pubblicazione periodica trimestrale

DIRETTORE SCIENTIFICO: Ludovica Marano

DIRETTORE RESPONSABILE: Isabella Bellitto

CONSIGLIO DIRETTIVO: Dott. Angelo D'Onofrio, Dott.ssa Carlotta Marano, Prof. Andrea Napolitano, Avv. Lucrezia Francesca Pulcini, Avv. Roberta Rossi, Avv. Fabio Santalucia, Dott. Luca Santalucia, Prof. Andrea Sardini, Dott.ssa Vincenza Scherillo, Prof.ssa Sabrina Tranquilli.

COMITATO SCIENTIFICO: Prof.ssa Carla Acocella, Prof. Fabio Addis, Prof. Giuseppe Amarelli, Prof. Amedeo Arena, Dott. Alessandro Auletta, Prof. Giuliano Balbi, Prof. contr. Adrian Bedford, Avv. Francesco Boccia, Prof. Roberto Calvo, Avv. Enrico Chiusolo, Dott. Luca Della Ragione, Prof. Gaetano Di Martino, Prof. Gaspare Fiengo, Prof. Giuseppe Finocchiaro, Dott. Marco Fratini, Prof. Gianluca Gentile, Prof.ssa Maria Rosaria Giampetraglia, Avv. Carlo Giordano, Dott.ssa Fabiana Iorio, Dott. Luigi Lalla, Dott. Antonio Lepre, Prof. Luca Mario Masera, Prof.ssa Roberta Metafora, Prof.ssa Maria Pia Nastri, Prof. Mauro Paladini, Prof.ssa Anna Papa, Dott. Simone Petralia, Dott. Marco Pugliese, Dott. Angelo Rubano, Cons. Serafino Ruscica, Prof. Antonio Saccoccio, Avv. Antonio Scotto Rosato, Avv. Gaspare Jucan Sicignano, Prof.ssa Sabrina Tranquilli, Prof.ssa Silvia Tuccillo.

COMITATO DI VALUTAZIONE: Avv. Patrizia Brambilla, Prof. Luca Buscema, Dott.ssa Federica De Simone, Dott. Giuseppe di Vetta, Prof.ssa Andreana Esposito, Prof. Luigi Follieri, Dott.ssa Violetta Gargani, Avv. Fernando Greco, Prof. Marco Grotto, Avv. Pasquale Guida, Dott. Giorgio Lanzetta, Avv. Michele Mastromartino, Avv. Eugenio Maria Mastropaolo, Dott.ssa Alessia Palladino, Dott. Giuseppe Pavich, Prof. Fabrizio Rippa, Dott.ssa Flavia Rolando, Dott.ssa Viviana Salerno, Prof. Andrea Sardini, Dott. Federico Sergio, Dott. Luca Sicignano, Dott. Alessandro Stiano.

COMITATO EDITORIALE: Avv. Diletta Aliprandi, Dott.ssa Giuseppina Avolio, Dott.ssa Anna Bettoni, Dott.ssa Valentina Calabrese, Dott.ssa Cristina Cecconi, Dott.ssa Emanuela De Falco, Dott. Antonino Di Maio, Dott.ssa Marina Federico, Dott.ssa Francesca Frassanito, Avv. Domenico Marasciulo, Avv. Francesco Martin, Avv. Maria Chiara Mastrantonio, Avv. Eugenio Maria Mastropaolo, Dott. Andrea Provenzano, Dott.ssa Martina Recano, Avv. Fabrizio Rega, Prof.ssa Annamaria Siniscalchi, Dott. Alessio Ruotolo, Avv. Francesca Zagaria.

MODALITÀ DI CITAZIONE: Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di De Iustitia, si consiglia l'utilizzo della forma di seguito indicata: N. COGNOME, Titolo del contributo, in De Iustitia, 3/2025, 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

ISSN 2974-7562

DIRITTO CIVILE

MATRIMONIO SAME-SEX E RICONGIUNGIMENTO FAMILIARE, TRA APPARENTI SILENZI NORMATIVI E LIMITATE APERTURE GIURISPRUDENZIALI a cura di Luisa PASCUCCI 9

ABSTRACT 9

1. INTRODUZIONE 9

2. IL RICONGIUNGIMENTO FAMILIARE TRA CONIUGI OMOSESSUALI DI CITTADINANZA INTERAMENTE EXTRAEUROPEA 10

3. LA NOZIONE EVOLUTIVA DI «CONIUGE» ACCOLTA DALLA CORTE DI GIUSTIZIA AD INTERPRETAZIONE DELLA DIRETTIVA 2004/38/CE 11

4. (SEGUE) LE RICADUTE APPLICATIVE DELLA SENTENZA "COMAN" ENTRO L'ORDINAMENTO INTERNO 13

DIRITTO PENALE

IL TRAMONTO DELL'ABUSO D'UFFICIO E L''ALBA DI UN NUOVO 'PECULATO PER DISTRAZIONE'. L'ABROGAZIONE DELL'ART 323 C.P. E L'INTRODUZIONE DELL'ART. 314-BIS C.P., TRA ABOLITIO CRIMINIS E CONTINUITÀ NORMATIVA a cura di Asia BIFULCO 16

ABSTRACT 16

1. PREMESSA 16

2. L'EVOLUZIONE NORMATIVA DELL'ARTICOLO 323 C.P. UNA VELOCE RICOGNIZIONE 18

3. PROFILI CRITICI DELL'ABROGAZIONE DEL REATO DI ABUSO D'UFFICIO: VULNERABILITÀ DEL SISTEMA SANZIONATORIO E COMPATIBILITÀ CON GLI OBBLIGHI SOVRANAZIONALI. IL RUOLO VICARIO DELL'ART. 314-BIS C.P. 22

4. CONCLUSIONI 28

ISCRIZIONE DELLA NOTIZIA DI REATO E PRINCIPIO DI LEGALITÀ PENALE E PROCESSUALE a cura di Perla PICCOLO 30

ABSTRACT 30

1. CENNI INTRODUTTIVI 30

2. PRESUPPOSTI OGGETTIVI DELLA "NOTIZIA DI REATO" E ISCRIZIONE A MODELLO 45 32

3. PRESUPPOSTI SOGGETTIVI: ISCRIZIONE A MODELLO 44 O A MODELLO 21 34

4. RETRODATAZIONE E CONTROLLI GIURISDIZIONALI SULL'ISCRIZIONE 35

5. LE RICADUTE IN TEMA DI PRINCIPIO DI LEGALITÀ PENALE SOSTANZIALE E PROCESSUALE NEL CONTESTO DELLA NUOVA REGOLA DI GIUDIZIO IN TEMA DI ARCHIVIAZIONE E DI UDIENZA PRELIMINARE 37

DIRITTO PUBBLICO

LE SOCIETÀ DI BENEFICIO COMUNE TRA ITALIA E SPAGNA: EVOLUZIONE NORMATIVA, AMMISSIBILITÀ E PROSPETTIVE DI CONVERGENZA a cura di Luisa RUSSO ... 40

ABSTRACT 40

1. CONTESTO LEGISLATIVO SPAGNOLO 40

2. AMMISSIBILITÀ DEL MODELLO IN SPAGNA 43

ISSN 2974-7562

3. ANALOGIE E DIFFERENZE TRA L'ESPERIENZA ITALIANA E QUELLA SPAGNOLA 48

DIRITTO AMMINISTRATIVO

CONFLITTO D'INTERESSI E CONTRATTI PUBBLICI: DINAMICHE EVOLUTIVE E FUTURE PROSPETTIVE DI IMPIEGO DELL'ISTITUTO a cura di Riccardo LOFFREDO ... 54

..... 54

ABSTRACT 54

1. CENNI SUL PRINCIPIO DI IMPARZIALITÀ: TRA DIREZIONI, ESIGENZE E ACCEZIONI 54

2. UNA QUESTIONE DI SISTEMA: IL BILANCIAMENTO TRA LA TUTELA DELL'IMMAGINE DELL'AMMINISTRAZIONE E LA CERTEZZA DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA 57

3. CODICE DI COMPORTAMENTO DEI DIPENDENTI PUBBLICI E LEGGE SEVERINO: L'ART. 7 DEL D.P.R. 62/2013 E L'ART. 6 BIS DELLA L. 241/90 60

4. LE INNOVAZIONI APPORTATE DAL D.LGS. N. 50/2016: RIFLESSIONI SUL CARATTERE ESEMPLIFICATIVO O TASSATIVO DELLE IPOTESI DI CONFLITTO D'INTERESSI TIPIZZATE DAL LEGISLATORE 63

4.1. (SEGUE) DAL D.LGS. 50/2016 AL D.LGS. 36/2023: L'INCISIVA RIFORMULAZIONE DELLA NORMATIVA 66

5. CONCLUSIONI: QUALE FUTURO PER IL CONFLITTO D'INTERESSI DOPO L'ABROGAZIONE DELL'ABUSO D'UFFICIO? 69

L'INTERDITTIVA ANTIMAFIA E IL TEMPO "VUOTO" TRA CONTROLLO GIUDIZIARIO E AGGIORNAMENTO PREFETTIZIO a cura di Renato ROLLI e Vincenzo DE SENSI 73

ABSTRACT 73

1. PREMESSA 73

2. LA VICENDA SOTTESA ALL'ORDINANZA E L'EMERSIONE DEL VULNUS NORMATIVO 74

3. IL CONTROLLO GIUDIZIARIO ANTIMAFIA: GENESI, NATURA E TENSIONI SISTEMICHE 77

4. IL BILANCIAMENTO COSTITUZIONALE E LA QUESTIONE DI LEGITTIMITÀ 79

5. LA RILEVANZA DELLA QUESTIONE E LA MOTIVAZIONE DEL RINVIO ALLA CORTE COSTITUZIONALE 82

6. CONCLUSIONI 83

DIRITTO EUROPEO

REGOLARE PER ABILITARE: INNOVAZIONE, RICCHEZZA, DEMOCRAZIA a cura di Giovanni ORLACCHIO 85

ABSTRACT 85

1. IL COMPITO ARCHITETTONICO DELLA POLITICA NELL'ERA DATIZZATA 85

2. LE PRINCIPALI TENSIONI TRA GIUSTIZIA, POTERE E MODERNIZZAZIONE 87

3. ALCUNE NECESSARIE DIRETTRICI E I PRIMI "LIMITI" PRECISI 89

4. OTTIMISMO NEL FUTURO E GIOCO IN ATTACCO 94

ALLE ORIGINI DEL PIANO SCHUMAN: STUDI PREPARATORI PER L'AVVENIRE DELL'EUROPA a cura Maria PATRIN 101

ISSN 2974-7562

ABSTRACT 101
1. INTRODUZIONE 101
2. PAUL REUTER E L'ALTA AUTORITÀ DELLA CECA 103
3. LA NATURA COSTITUZIONALE DEL TRATTATO CECA 105
4. IL QUADRO ISTITUZIONALE DEL PIANO SCHUMAN: COME FARE L'EUROPA SENZA GLI EUROPEI 106
5. «RITORNO AL FUTURO»: LE FUNZONI DELL'ALTA AUTORITÀ IN MATERIA ECONOMICA E FISCALE 108
6. CONCLUSIONE: ESPERTO, ARBITRO O BANCHIERE? 111

RASSEGNA

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

TRIBUNALE 3 SETTEMBRE 2025 NELLA CAUSA T-348/23, ZALANDO C. COMMISSIONE, ECLI:EU:T:2025:821 a cura di Emanuela DE FALCO 113
MASSIMA 113
1. ANTEFATTO DELLA CAUSA 113
2. LE MOTIVAZIONI DELLA PRONUNCIA DEL TRIBUNALE 114

CORTE DI GIUSTIZIA 16 OTTOBRE 2025 NELLA CAUSA C-218/24, IBERIA LÍNEAS AÉREAS DE ESPAÑA (NOZIONE DI «BAGAGLI»), ECLI:EU:C:2025:794 a cura di Emanuela DE FALCO 116
MASSIMA 116
1. ANTEFATTO DELLA CAUSA 116
2. LE MOTIVAZIONI DELLA PRONUNCIA DELLA CORTE 117

CASSAZIONE PENALE

IN TEMA DI VIOLENZA SESSUALE PER L'INTEGRAZIONE DELL'ELEMENTO SOGGETTIVO È BASTEVOLE LA CONSAPEVOLEZZA DELLA NATURA SESSUALE DELL'ATTO POSTO IN ESSERE - CASS. PEN. SEZ. III, 6 AGOSTO 2025, N. 28970 a cura di Fabrizio REGA 119
MASSIMA 119
1. IL FATTO 119
2. LA DECISIONE 120
3. CONCLUSIONI 122

LA CAUSA DI ESCLUSIONE DELLA PUNIBILITÀ DI CUI ALL'ART. 384 C.P. E IL REATO DI FALSA TESTIMONIANZA DI CUI ALL'ART. 372 C.P. - CASS. PEN. SEZ. VI, 22 MAGGIO 2025, N. 19130 a cura di Valentina CALABRESE 123
MASSIMA 123
1. IL FATTO 123
2. LA DECISIONE 123
3. CONCLUSIONI 124

LE SEZIONI UNITE SULLA CONFIGURABILITÀ IN FORMA OMISSIVA DEL DELITTO DI EPIDEMIA COLPOSA - CASS. PEN. SEZ., UN., 128 LUGLIO 2025, N. 27515 a cura di Andrea PROVENZANO 125

ISSN 2974-7562

MASSIMA 125
1. IL FATTO 125
2. LA DECISIONE 126
3. CONCLUSIONI 127

L'ART. 256 BIS, D. LGS. 152/2006 DESCRIVA UNA FATTISPECIE AUTONOMA - CASS. PEN. SEZ. III, 7 AGOSTO 2025, N. 29222 a cura di Fabrizio REGA 128
MASSIMA 128
1. IL FATTO 128
2. LA DECISIONE 128
3. CONCLUSIONI 129

BANCAROTTA FRAUDOLENTA PATRIMONIALE E CONCORSO ESTERNO: IL PERIMETRO DELL'ELEMENTO SOGGETTIVO DEFINITO PER L'INTRANEUS SI DEVE ESTENDERE ANCHE ALL'EXTRANEUS – CASS. PEN., SEZ. V, 5 AGOSTO 2025, N. 28625 a cura di Maria Chiara MASTRANTONIO 130
MASSIMA 130
1. IL FATTO 130
2. LA DECISIONE 131
3. CONCLUSIONI 133

LA DISCIPLINA DELLA PRESCRIZIONE, EX ART. 159 C.P., NEL TESTO INTRODOTTO DALLA L. N. 103/2017 E AMBITO DI APPLICAZIONE - CASS. PEN. SS. UU., 5 GIUGNO 2025, N. 20989 a cura di Valentina CALABRESE 134
MASSIMA 134
1. IL FATTO 134
2. LA DECISIONE 134
3. CONCLUSIONI 135

IL DELITTO DI VIOLENZA SESSUALE SI CONFIGURA ANCHE NEL CASO DI INTERESSE AFFETTIVO PROVATO DALLA PERSONA OFFESA - CASS. PEN., SEZ. III, 26 SETTEMBRE 2025, N. 32031 a cura di Francecso MARTIN 136
MASSIMA 136
1. IL FATTO 136
2. LA DECISIONE 137
3. CONCLUSIONI 137

IL VIZIO DI MOTIVAZIONE NEI PROVVEDIMENTI "DE LIBERTATE" È RILEVABILE ESCLUSIVAMENTE SE INCIDE SUI REQUISITI MINIMI DI ESISTENZA E DI LOGICITÀ - CASS. PEN. SEZ. III, 24 SETTEMBRE 2025, N. 31853 a cura di Fabrizio REGA 138
MASSIMA 138
1. IL FATTO 138
2. LA DECISIONE 139
3. CONCLUSIONI 140

L'OBBLIGO DI TRASMISSIONE DEGLI ELEMENTI SOPRAVVENUTI A FAVORE DELL'INDAGATO EX ART. 309, COMMA 5, C.P.P. SI ESTENDE ANCHE AL C.D.

ISSN 2974-7562

INTERROGATORIO INVESTIGATIVO – CASS. PEN., SEZ. VI, 3 OTTOBRE 2025, N. 32786 a cura di Maria Chiara MASTRANTONIO 141
MASSIMA..... 141
1. IL FATTO..... 141
2. LA DECISIONE..... 141
3. CONCLUSIONI..... 143

RIQUALIFICAZIONE DEL FATTO AD OPERA DEL GUP: LIMITI E POSSIBILITÀ - CASS. PEN., SEZ. VI, 13 OTTOBRE 2025, N. 33679 a cura Francesco MARTIN 144
MASSIMA..... 144
1. IL FATTO..... 144
2. LA DECISIONE..... 145
3. CONCLUSIONI..... 147

DICHIARAZIONE INFEDELE EX ART. 4 D.LGS. 10 MARZO 2000, N. 74, CON RIFERIMENTO AI RAPPORTI TRA I REATI DI EMISSIONE ED UTILIZZAZIONE DI FATTURE PER OPERAZIONI INESISTENTI E LA FATTISPECIE DI TRUFFA AGGRAVATA - CASS. PEN. SEZ. II., 19 AGOSTO 2025, N. 29568 a cura di Valentina CALABRESE..... 148
MASSIMA..... 148
1. IL FATTO..... 148
2. LA DECISIONE..... 149
3. CONCLUSIONI..... 149

CASSAZIONE CIVILE

ACCORDI PATRIMONIALI TRA CONIUGI E CONDIZIONE SOSPENSIVA LECITA: LA CASSAZIONE RIBADISCE LA CENTRALITÀ DELL'AUTONOMIA NEGOZIALE NELLA CRISI FAMILIARE - CASS. CIV, SEZ. I, ORD., 21 LUGLIO 2025, N. 20415 a cura di Giuseppina AVOLIO..... 150
MASSIMA..... 150
1. IL FATTO..... 150
2. LA DECISIONE..... 150
3. CONCLUSIONI..... 150

CRITERI DI APPLICAZIONE DELLA RISARCIBILITÀ EQUITATIVA AI SENSI DELL'ART 1226 C.C. NELL'IPOTESI DI OCCUPAZIONE ABUSIVA DI IMMOBILE – CASS. CIV, SEZ. III - ORDINANZA 28 LUGLIO 2025, N. 21607 a cura di Martina RECANO 152
MASSIMA..... 152
1. IL FATTO..... 152
2. LA DECISIONE..... 152
3. CONCLUSIONI..... 153

LA CASSAZIONE PRECISA I LIMITI DELLA PRETERMISSIONE DEL LEGITTIMARIO E L'OPERATIVITÀ DELL'ART. 564 C.C. NEI CONFRONTI DI TERZI DONATARI - CASS. CIV., SEZ. II CIV., 27 SETTEMBRE 2025, N. 26289 a cura di Giuseppina AVOLIO 154
MASSIMA..... 154
1. IL FATTO..... 154

ISSN 2974-7562

2. LA DECISIONE 154
3. CONCLUSIONI 155

RICONOSCIMENTO DEL DIRITTO ALL'ASSEGNO DIVORZILE NELL'AMBITO DELLE UNINIONI CIVILI – CASS. CIV. SEZ. I UD. 10 SETT. 2025 N. 25495 a cura di Francesca Maria FRASSANITO 156
MASSIMA 156
1. IL FATTO 156
2. LA DECISIONE 157
3. CONCLUSIONI 158

INTERVENTO EDILIZIO NEL SOTTOSUOLO CONDOMINIALE E VIOLAZIONE DELL'ART. 1102 C.C., L'OPERA DEL SINGOLO CONDOMINO COME SPOGLIO DELLA COSA COMUNE – CASS. CIV., SEZ. II - ORDINANZA 18 LUGLIO 2025, N. 20152 a cura di Martina RECANO 159
MASSIMA 159
1. IL FATTO 159
2. LA DECISIONE 159
3. CONCLUSIONI 160

REVOCAZIONE PER ERRORE DI FATTO ED ERRORE DI GIUDIZIO: LA CASSAZIONE RIBADISCE I LIMITI DEL RIMEDIO STRAORDINARIO - CASS. CIV., SEZ. LAV., ORD., 28 AGOSTO 2025, N. 24067 a cura di Giuseppina AVOLIO 161
MASSIMA 161
1. IL FATTO 161
2. LA DECISIONE 161
3. CONCLUSIONI 162

LA COMPETENZA DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO IN MATERIA DI RISARCIMENTO DANNI – CASS. S.U. CIVILI NR. 26080, 25 SETTEMBRE 2025 a cura di Francesca Maria FRASSANITO 163
MASSIMA 163
1. IL FATTO 163
2. LA DECISIONE 163
3. CONCLUSIONI 165

RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI NON ESECUTIVI IN TEMA DI OMISSIONI INFORMATIVE NEI PROSPETTI D'OFFERTA AL PUBBLICO – CASS. CIV., SEZ. II, 22 OTTOBRE 2025, N 28122 a cura di Francesca Maria FRASSANITO 166
MASSIMA 166
1. IL FATTO 166
2. LA DECISIONE 166
3. CONCLUSIONI 167

CONSIGLIO DI STATO

IL CONSIGLIO DI STATO SI PRONUNCIA SULLA NATURA GIURIDICA DELL'ISTITUTO DELLA PROROGA TECNICA – CONS. DI STATO, SEZ. V, 17 OTTOBRE 2025, N. 8082 168

ISSN 2974-7562

MASSIMA 168
..... 168
1. IL FATTO 168
2. LA DECISIONE 169
3. CONCLUSIONI 170

DE IUSTITIA

Rivista scientifica Anno 2025 – N°4 – Ottobre 2025

DIRITTO CIVILE ISSN 2974-7562

MATRIMONIO SAME-SEX E RICONGIUNGIMENTO FAMILIARE, TRA APPARENTI SILENZI NORMATIVI E LIMITATE APERTURE GIURISPRUDENZIALI *

di **Luisa PASCUCCI****

ABSTRACT

Il contributo indaga se, ed entro quali limiti, sia riconosciuto il ricongiungimento familiare tra coniugi dello stesso sesso. A tal fine, analizza il complesso quadro normativo risultante dalla disciplina interna in materia di immigrazione, dalle norme di derivazione unionale sulla libera circolazione dei cittadini U.E. e dalla sopravvenuta l. n. 76/2016 (con connessa disciplina attuativa), spettando all'interprete un delicato compito di coordinamento. Procede, infine, a verificare l'impatto dei mutamenti giurisprudenziali con cui - specialmente a livello di diritto unionale - si sono progressivamente accolte letture evolutive della nozione di «familiare» e nella specie di «coniuge».

This paper examines the extent to which family reunification between same-sex spouses is recognised in domestic immigration legislation and in EU-derived law concerning the right of free movement and the related right to family unity of European citizens. The relationship between these disciplines and subsequent Law 76/2016, which regulates civil partnerships and de facto cohabitations, is analysed, as the interpreter is faced with a regulatory framework that is far from coordinated. Finally, the paper provides an overview of the evolving interpretations of the concept of «family member» that have been progressively accepted in European case law and that could significantly impact the internal legal system.

SOMMARIO

1. Introduzione 9

2. Il ricongiungimento familiare tra coniugi omosessuali di cittadinanza interamente extraeuropea 10

3. La nozione evolutiva di «coniuge» accolta dalla Corte di Giustizia ad interpretazione della direttiva 2004/38/CE.....11

4. (segue) le ricadute applicative della sentenza "Coman" entro l'ordinamento interno 13

1. INTRODUZIONE

È noto come il ricongiungimento familiare sia istituto che consente allo straniero che soggiorni regolarmente in uno Stato diverso da quello di appartenenza di essere raggiunto dai familiari provenienti da altri Paesi. Tale diritto, sebbene da ascrivere nell'alveo delle norme costituzionali a protezione della vita familiare e di accordi internazionali a garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo[1], stenta a ricevere una tutela piena ed incondizionata. Ciò in considerazione del fatto che l'ingresso dello straniero nel territorio nazionale coinvolge svariati interessi pubblici – sicurezza, ordine pubblico, sanità – la cui ponderazione spetta, in primo luogo, al legislatore interno, chiamato a bilanciare le esigenze di tutela della vita familiare dello straniero con l'interesse di presidiare – come Stato ospitante – le proprie frontiere e di regolamentare, nell'esercizio della propria sovranità, il flusso migratorio in entrata, con l'unico limite che le scelte, pur discrezionali, non risultino manifestamente irragionevoli[2].

* Il testo riproduce, con integrazione delle note, L. PASCUCCI, *Matrimonio* same-sex *e ricongiungimento familiare, tra apparenti silenzi normativi e limitate aperture giurisprudenziali*, in *ADiM Blog*, Analisi & Opinioni, luglio 2025, p. 1 ss.

** Professoressa associata di Diritto privato nell'Università degli Studi di Brescia.

[1] Artt. 2, 29, 30, 31 Cost.; art. 10 Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo, New York 1989; art. 44, n. 2, Convenzione internazionale sui diritti dei lavoratori migranti e delle loro famiglie, New York 1990; art. 17 Patto internazionale sui diritti civili e politici, New York 1966; art. 8 CEDU e omologa previsione dell'art. 7 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

[2] Così, fra tante, Corte cost., 21 novembre 1997, n. 353, in *Dir. giur.*, 1998, p. 203; Corte cost., 26 settembre 2007, n. 335, in *Fam. dir.*, 2008, p. 117 ss., con nota di L. PASCUCCI, *Il ricongiungimento familiare nell'interpretazione della Corte Costituzionale*; Corte cost., 6 luglio 2012, n. 172, in *De Jure*. Nella giurisprudenza europea, *ex multis*, Corte E.D.U., 19 febbraio 1996, *Gul v. Svizzera*, ric. n. 23218/94; Ead., 11 luglio 2002, *Amrollahi c. Danimarca*, ric. n. 56811/00; Ead., 24 novembre 2009, *Omojudi c. Regno Unito*, ric. n. 1820/08: tutte reperibili in *www.echr.coe.int*, e, più di recente, Corte E.D.U. (Grande Camera), 9 luglio 2021, *M.A. c. Danimarca*, ric. n. 6697/18, in *Giur. it.*, 2021, p. 2060 ss.; v. anche C.G.U.E. (Grande Sezione), 27 giugno 2006, *Parlamento europeo c. Consiglio dell'Unione europea*, C-540/03, in *https://eur-lex.europa.eu*.

Nondimeno, la disciplina non si esaurisce ad un solo livello normativo (*id est*, fonti statali), ma presenta una struttura estremamente variegata e in continua evoluzione, in ragione della crescente incidenza del diritto comunitario (ora eurounitario) in materia di visti, asilo e immigrazione, cui si aggiunge la competenza dell'Unione in materia di libera circolazione e soggiorno entro il territorio U.E.

Correlativamente a ciò, ove il ricongiungimento venga invocato da un cittadino extraeuropeo regolarmente soggiornante in Italia nei confronti del familiare straniero, rileva la legislazione nazionale in materia di immigrazione (artt. 28 ss. d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, *infra* t.u.imm.)[3], una disciplina marcatamente restrittiva, che ha subìto nel tempo numerose modifiche, per lo più in senso peggiorativo (eccetto quelle disposte dal d.lgs. n. 5/2007 in attuazione della direttiva 2003/86/CE). Ove, invece, il diritto alla riunificazione con il familiare straniero venga invocato da un cittadino dell'Unione europea che si sia avvalso della libertà di circolazione e soggiorno in uno Stato membro diverso da quello d'origine, la disciplina si fa più permissiva e di maggior favore (direttiva 2004/38/CE, attuata dal d.lgs. n. 30/2007, successivamente emendato), trattandosi allora di garantire e rendere effettive libertà riconosciute dal Trattato. Infatti, la libertà di spostamento del cittadino U.E. verrebbe inevitabilmente minata ove si negasse o comunque ostacolasse (anziché agevolare) il diritto di ingresso e soggiorno derivato dei familiari extraeuropei nello Stato membro ospitante (o nello Stato membro d'origine in cui il cittadino europeo facesse ritorno).

2. *IL RICONGIUNGIMENTO FAMILIARE TRA CONIUGI OMOSESSUALI DI CITTADINANZA INTERAMENTE EXTRAEUROPEA*

Nella "storica" formulazione dell'art. 29 t.u.imm., al di là di qualche modifica – ora (ed eccezionalmente) *in melius*, ora *in peius* – alle condizioni di esercizio del diritto, i «familiari» ammessi al ricongiungimento sono il coniuge, i figli minori, i figli maggiorenni non autosufficienti, i genitori a carico. A seguito del riconoscimento in Italia delle unioni civili omosessuali, attesa la loro equiparazione al matrimonio agli effetti c.d. pubblici o indiretti di cui alle norme extracodicistiche riferite ai coniugi (art. 1, comma 20, l. n. 76/2016), le disposizioni sul ricongiungimento familiare tra coniugi maggiorenni e non legalmente separati (art. 29 e art. 30, comma 1, lett. a, t.u.imm.) e sul permesso di soggiorno per motivi familiari al coniuge e al familiare (art. 30, comma 1, lettere b e c, t.u.imm.) sono da intendersi estese alle parti di un'unione civile[4]. Nessuna estensione opera, invece, nella l. 76/2016 a favore dei conviventi *more uxorio* (tanto omosessuali, quanto eterosessuali); ed ogni successiva proposta di riscrittura dell'art. 29 t.u.imm., nel senso di equiparare alle unioni civili le stabili convivenze registrate, è naufragata[5].

[3] Valga precisare che, in senso tecnico, il *ricongiungimento familiare* è predicabile (*recte*, esercitabile) nei confronti dei familiari stranieri che risiedono all'estero, ai fini del rilascio di un visto di ingresso e conseguentemente di un permesso di soggiorno per motivi familiari (art. 29 e art. 30, comma 1, lett. a, t.u.imm.). Mentre la *coesione familiare* – ipotesi specificamente disciplinata dall'art. 30, comma 1, lett. c, t.u.imm. – è una particolare *species* di ricongiungimento familiare effettuato direttamente in Italia, nei confronti del familiare che è già regolarmente soggiornante ma con un titolo di soggiorno diverso da quello per motivi familiari in cui il pregresso titolo viene convertito (sulla procedura per coesione familiare si veda la recente Cass. civ., 17 luglio 2025, n. 20020, in *One Legale*).

[4] In questo senso si esprime anche la Circolare del Ministero dell'Interno n. 3511 del 5 agosto 2016, prevedendo che, dato il disposto del comma 20 di cui all'art. 1 della legge 76/2016, è possibile richiedere il nulla osta al ricongiungimento familiare di cui agli artt. 29 ss. del d.lgs. n. 286/1998 anche a favore del *partner* straniero dello stesso sesso, maggiorenne e non legalmente separato, unito in unione civile «costituita» – precisa la Circolare – «in Italia o all'estero». Anche se in caso di unione civile contratta all'estero da cittadini stranieri, l'equiparazione ai coniugi appare assai meno agevole e l'ammissibilità del ricongiungimento, per l'effetto, assai più condizionata. Non potendosene dar conto in questa sede, sia consentito rinviare a L. PASCUCCI, *Diritto all'unità familiare dello straniero e "nuovi" modelli di convivenza*, Napoli, ESI, 2023, p. 61 ss.; e già P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Il diritto alla coesione familiare prima e dopo la legge n. 76 del 2016*, in *Giur. it.*, 2017, p. 587; ID., *Immigrazione e modelli familiari*, in *Enc. dir.*, *I Tematici*, IV, Milano, Giuffrè, 2022, p. 634.

[5] In argomento, valga il rinvio a L. PASCUCCI, *Diritto all'unità familiare dello straniero e "nuovi" modelli di convivenza*, cit., p. 75 ss., e ivi ogni ulteriore riferimento dottrinale; EAD, *Il ricongiungimento familiare tra* partner *stranieri nel diritto dell'immigrazione*, in Liber amicorum *per Michele Sesta*, a cura di E. AL MUREDEN e L. BALESTRA, t. II, Milano, Cedam, 2025, pp. 1381 ss. In giurisprudenza cfr. T.A.R. Calabria, 10 maggio 2019, n. 321, in *Foro it.*, 2019, 10, III, c. 561, e in *Ilfamiliarista.it*, 2019; Cons. St., sez. IV, 17 giugno 2020, n. 3896, in *Foro amm. CDS*, 2020, p. 1189; e già Cons. St., sez. III, 31 ottobre 2017, n. 5040, in *D&G*, 6 novembre 2017, con nota

Nel silenzio normativo, rimane allo stato dibattuta l'ammissibilità del ricongiungimento familiare fra coniugi stranieri *same-sex*[6]. Invero, a seguito dell'entrata in vigore della legge Cirinnà e della relativa disciplina attuativa, è stato testualmente previsto che i matrimoni omosessuali celebrati all'estero producano gli effetti dell'unione civile regolata dalla legge italiana ove contratti «da cittadini italiani» (neo-introdotto art. 32-*bis* l. 218/1995 e art. 1, comma 28, l. 76/2016), lasciando deregolato invece il matrimonio omosessuale contratto all'estero da due cittadini stranieri, e con una formulazione dubbia della norma anche con riguardo ai matrimoni celebrati fra uno straniero ed un cittadino italiano (c.d. matrimoni misti).

Sul punto è intervenuta la Corte di Cassazione[7], la quale ha ritenuto applicabile il medesimo regime giuridico di cui all'art. 32-*bis* l. cit. (c.d. *downgrading*) ai matrimoni misti, con dunque necessaria conversione dell'unione coniugale in unione civile, mentre ha escluso l'applicazione della norma all'ipotesi in cui venga richiesto il riconoscimento di un matrimonio contratto all'estero da due cittadini stranieri, il quale andrà trascritto «come tale, senza operare alcuna conversione», conservando l'efficacia originaria. Di conseguenza, per il matrimonio *same-sex* contratto all'estero da cittadini entrambi di Stati terzi il meccanismo di riconoscimento sarà quello generalmente applicabile in base alle norme di diritto internazionale privato o, ove applicabili, dei regolamenti U.E. in materia matrimoniale; il riconoscimento sarà cioè subordinato, oltre che all'accertamento della validità formale del matrimonio sulla base delle leggi alternativamente richiamate dall'art. 28 l. n. 218/1995, al fatto che, fatti salvi gli effetti del rinvio, la legge nazionale di entrambi i coniugi, richiamata dall'art. 27 l. cit., preveda il matrimonio omosessuale[8].

In conclusione, allorquando sussistano i presupposti per riconoscere piena efficacia di matrimonio – in base alla legge nazionale dello straniero che lo ammetta – alle unioni coniugali omosessuali contratte all'estero da cittadini entrambi stranieri, ai componenti di dette unioni dovrà, per l'effetto, essere consentito, in quanto a tutti gli effetti coniugi, di godere – *inter alia* – del diritto al ricongiungimento familiare come positivamente riconosciuto tra coniugi dall'art. 29, comma 1, lett. a, t.u.imm. Peraltro, quand'anche avesse operato, anche per i matrimoni contratti da cittadini entrambi di Stati terzi, il meccanismo di conversione in unione civile di cui all'art. 32-*bis* l. 218/1995[9], la soluzione (positiva) all'evidenza non sarebbe mutata, data l'equiparazione ai coniugi prevista – agli effetti extra codicistici (compresa dunque la normativa sull'immigrazione) – dall'art. 1, comma 20, l. 76/2016.

3. LA NOZIONE EVOLUTIVA DI «CONIUGE» ACCOLTA DALLA CORTE DI GIUSTIZIA AD INTERPRETAZIONE DELLA DIRETTIVA 2004/38/CE

Ove uno dei coniugi *same-sex* sia un cittadino U.E. c.d. non statico, e cioè che si sia avvalso della libertà di circolazione e soggiorno in altro Stato membro, la questione si fa più piana, posto che in tal caso, anziché il tradizionalmente più restrittivo testo unico sull'immigrazione, rileverà la disciplina

di M. BOMBI; T.A.R. Puglia Lecce, 17 marzo 2025, n. 421, in *One Legale*.

[6] In argomento già P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Il diritto all'unità familiare e le sue discipline*, in ID. (a cura di), *Immigrazione, asilo e cittadinanza*, 5. ed., Santarcangelo di Romagna, Maggioli Editore, 2021, pp. 130-131. Cfr. anche L. PASCUCCI, *Diritto all'unità familiare dello straniero e "nuovi" modelli di convivenza*, cit., p. 114 ss.

[7] Cass. civ., 14 maggio 2018, n. 11696, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 1436 ss., con nota di V. CAREDDA, *Matrimonio "misto": efficacia e trascrivibilità*, e in *Fam. dir.*, 2019, p. 136 ss., con nota di M.L. SERRA, *Sulla trascrizione del matrimonio omosessuale estero e diritti fondamentali della persona.*

[8] Sul punto v. D. DAMASCELLI, *La legge applicabile ai rapporti patrimoniali tra coniugi, uniti civilmente e conviventi di fatto nel diritto internazionale privato italiano e europeo*, in *Riv. dir. int.*, 2017, p. 1103 ss., spec. par. 2. Sull'argomento cfr. anche C. CAMPIGLIO, *La disciplina delle unioni civili transnazionali e dei matrimoni esteri tra persone dello stesso sesso*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2017, p. 33; D. ZANNONI, *Gli effetti nell'ordinamento italiano delle unioni civili e dei matrimoni "same-sex" conclusi all'estero*, in *DPCE online*, 2020, fasc. 1, p. 233; F. DEANA, *Diritto alla vita familiare e riconoscimento del matrimonio* same-sex *in Italia: note critiche alla sentenza Orlandi e altri contro Italia*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 2019, p. 1; O. LOPES PEGNA, *Effetti dei matrimoni* same-sex *contratti all'estero dopo il "riordino" delle norme italiane di diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int.*, 2017, p. 527.

[9] Come era nella formulazione originaria della norma, che non circoscriveva il meccanismo della conversione in unione civile ai matrimoni contratti «da cittadini italiani» all'estero, ma si riferiva genericamente ai matrimoni contratti all'estero, dunque anche da cittadini stranieri. La formulazione vigente è, invero, il frutto di una modifica del testo iniziale, dovuta all'intervento correttivo sollecitato dalle Commissioni Affari Costituzionali e Giustizia (sulla *ratio* della modifica cfr. Cass. civ., 14 maggio 2018, n. 11696, cit.).

di diritto europeo sulla libera circolazione dei cittadini U.E., che in tempi relativamente recenti si è aperta al ricongiungimento fra coniugi dello stesso sesso divenuti tali in uno Stato membro. Invero, nel noto caso *Coman*, la Corte di Giustizia[10], rovesciando il suo iniziale approccio, ha per la prima volta preso posizione sulla nozione di «coniuge» ai sensi dell'art. 2, par. 2, lett. a, della direttiva 2004/38/CE ed accolto una nozione evolutiva e autonoma, neutra sotto il profilo del genere, idonea a ricomprendere qualunque persona legata al cittadino dell'Unione da un valido vincolo matrimoniale, a prescindere dal sesso. Da qui, la Corte trae l'obbligo per lo Stato membro ospitante, e, nella specie, lo Stato membro di appartenenza ove il cittadino dell'Unione faccia ritorno dopo aver esercitato la libertà di circolazione, di concedere un diritto di soggiorno per motivi familiari al coniuge extra U.E. dello stesso sesso[11], ancorché l'ordinamento interno non consenta il matrimonio tra persone dello stesso sesso[12]; ciò per non privare la direttiva del suo effetto utile, limitando la libertà di circolazione dei cittadini U.E.

Verrebbe, dunque, da ritenere accreditata – quantomeno a livello di diritto europeo e almeno ai fini del ricongiungimento familiare – una lettura evolutiva della nozione di coniuge, pacificamente inclusiva delle persone dello stesso sesso. Se non fosse che bisogna considerare i limiti applicativi della sentenza Coman, le cui conclusioni valgono nei casi in cui: I) il matrimonio sia stato celebrato, come occorso nella specie, in uno Stato membro; II) uno dei coniugi sia un cittadino U.E. c.d. non statico, riconoscendosi allora al cittadino di Stato terzo, suo familiare, un diritto di soggiorno derivato per effetto dell'esercizio (da parte del primo) della libertà di circolazione e soggiorno in altro Stato membro (compresa, come visto, la fattispecie del rientro nello Stato membro d'origine dopo aver soggiornato in altro Stato U.E.). Da qui, è possibile ragionare su ulteriori ampliamenti. Sotto il profilo I), per così dire "oggettivo", parrebbe corretto evocare una applicazione estensiva (o analogica) della nozione lata e neutrale di coniuge anche quando il matrimonio omosessuale sia stato contratto *in uno Stato terzo*[13]. A guardar bene, infatti, l'art. 2, punto 2, lett. a, della direttiva, oltre a non rinviare, per la qualificazione di *coniuge* da ammettere al ricongiungimento, a differenza dell'art. 2, punto 2, lett. b sull'*unione registrata*, alle condizioni previste dalla legislazione dello Stato membro ospitante, nemmeno condiziona, sempre a differenza della norma sull'unione registrata, al fatto che il vincolo sia stato contratto in uno Stato necessariamente U.E.[14].

[10] C.G.U.E. (Grande Sezione), 5 giugno 2018, n. 673, *Coman e a. c. Inspectoratul General pentru Imigrari e Ministerul Afacerilor Interne*, in *Fam. dir.*, 2019, p. 113, con nota di E. AMBROSINI, *Matrimoni omosessuali e libera circolazione. Regole europee e interpretazioni evolutive*, in *Ilfamiliarista.it*, 4 luglio 2018, con nota di G. PIZZOLANTE, *Matrimonio* same-sex *quale presupposto giuridico per l'applicazione di norme materiali europee*, e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 1573, con nota di E. CHIARETTO, *Libera circolazione dei coniugi dello stesso sesso nell'Unione Europea.*

[11] Nel caso di specie, la direttiva 2004/38/CE risulta applicabile solo per analogia, occorrendo applicare direttamente l'art. 21, par. 1, TFUE, con condizioni che non devono essere più rigorose di quelle previste dalla direttiva medesima. Invero, è ormai pacifico nella giurisprudenza della Corte di Giustizia (ribadita nel caso *Coman*) che, ancorché la direttiva 2004/38/CE si applichi a tutti i cittadini dell'Unione che *si spostino* in uno Stato membro diverso da quello di cui hanno la cittadinanza, la stessa possa essere applicata (seppure in via analogica) anche ai cittadini dell'Unione che *ritornino* nel proprio Stato d'origine, dopo aver esercitato il diritto alla libera circolazione (e dunque dopo avere soggiornato) in altro Stato dell'Unione: fra tante, C.G.U.E., 7 luglio 1992, *Singh*, C-370/90, in *https://eur-lex.europa.eu*; Ead., 11 luglio 2002, *Carpenter*, C-60/00, in *https://eur-lex.europa.eu*; Ead., 14 novembre 2017, *Lounes*, C-165/16, in *https://eur-lex. europa.eu*; Ead., 10 maggio 2017, *Chavez-Vilchez e a.*, C-133/15, *ibidem*; Ead., 23 ottobre 2007, *Morgan e Bucher*, C-11/06 e C-12/06, *ibidem*; Ead., 18 luglio 2013, *Prinz e Seeberger*, C-523/11 e C-585/11, *ibidem.*

[12] Invero, a differenza di quanto prevede l'art. 2, par. 2, lett. b, della direttiva 2004/38/CE per le *unioni registrate* (v. *infra*, nel testo, in corrispondenza di nota 14), per la nozione di *coniuge* (e correlativa interpretazione) l'art. 2, par. 2, lett. a, della direttiva non effettua alcun rinvio alle legislazioni nazionali dei singoli Stati membri, sì che – argomenta la Corte – uno Stato membro non può opporsi al riconoscimento (quantomeno ai fini della concessione di un diritto di soggiorno derivato funzionale all'effettivo esercizio della libera circolazione riconosciuta dal Trattato) dei matrimoni omosessuali legalmente contratti in uno Stato U.E. «invoca[ndo] la propria normativa nazionale».

[13] Si veda anche la Comunicazione della Commissione (C/2023/1392), «Orientamenti sul diritto di libera circolazione dei cittadini dell'Unione e delle loro famiglie», che, pur precisando che «Nella sua sentenza, la Corte ha fatto specifico riferimento ai matrimoni tra persone dello stesso sesso conclusi *nello Stato membro* ospitante», statuisce che «In linea di principio i matrimoni validamente contratti *in qualunque parte del mondo* devono essere riconosciuti ai fini dell'applicazione della direttiva 2004/38/CE» (corsivo aggiunto).

[14] A questo riguardo, rammentiamo che la direttiva ha avuto l'indubbio merito, nel 2004, di far rientrare nella nozione di «familiare» ammesso al ricongiungimento soggetti diversi dai familiari in senso stretto (coniuge, discendenti, ascendenti), come il «*partner* che abbia contratto con il cittadino dell'Unione un'unione

Sotto il profilo II), per così dire "soggettivo", appare certamente meno agevole e più artificioso un ampliamento volto a ricomprendere il cittadino dell'Unione c.d. statico[15]; tuttavia, non deve dimenticarsi l'orientamento estensivo, professato dalla stessa Corte di Giustizia, volto ad ampliare – sulla base dell'art. 20 TFUE – l'applicazione dei principi eurounitari anche a situazioni meramente interne, pur molto specifiche (se non eccezionali), allorché richiedano un trattamento sostanzialmente equivalente al fine di non pregiudicare «*l'effetto utile della cittadinanza dell'Unione*»[16].

4. (SEGUE) LE RICADUTE APPLICATIVE DELLA SENTENZA "COMAN" ENTRO L'ORDINAMENTO INTERNO

In attuazione di quanto statuito dalla Corte di Giustizia ad interpretazione dell'art. 2, par. 2, lett. a, della direttiva 2004/38/CE, sarà dunque da intendersi incluso entro il testo dell'omologa previsione attuativa di diritto interno il coniuge dello stesso sesso (art. 2, lett. b, punto 1, d.lgs. 30/2007). Con il che, il cittadino di uno Stato membro che eserciti la libertà di circolazione e soggiorno in Italia dovrà poter ivi godere del diritto all'unità familiare con il cittadino di Stato terzo a lui unito in matrimonio *same-sex* in altro Stato U.E.

E lo stesso varrebbe per il cittadino italiano che facesse rientro in Italia dopo aver esercitato la libertà di circolazione in altro Stato U.E. ed aver ivi contratto (o comunque in altro Stato membro che lo consentisse) matrimonio omosessuale. Ciò non solo in virtù delle (già segnalate) aperture della Corte di Giustizia, ma anche per espresso disposto di una norma del decreto attuativo, l'art. 23, comma 1, d.lgs. 30/2007, il quale, anche come da ultimo novellato[17], estende le previsioni del decreto medesimo, se più favorevoli, ai familiari non aventi la cittadinanza italiana dei cittadini italiani «che hanno esercitato il diritto di libera circolazione in ambito europeo», e cioè dei cittadini italiani che non abbiano sempre dimorato in Italia ma che, dopo essersi spostati in altro Stato membro, abbiano fatto rientro in Italia ed ivi intendano godere della vita familiare altrove iniziata o comunque condotta[18]. A tale proposito, valga peraltro il rilievo che, nel caso Coman, la Corte di Giustizia a

registrata sulla base della legislazione di uno Stato membro, qualora la legislazione dello Stato membro ospitante equipari l'unione registrata al matrimonio e nel rispetto delle condizioni previste dalla pertinente legislazione dello Stato membro ospitante» (art. 2.2, lett. b). Nel qual caso, il cittadino extra-U.E. *partner* di un'unione registrata (omo o eterosessuale) gode di un diritto automatico di ingresso e di soggiorno nello Stato membro ospitante, sia pur alla doppia condizione che: I) l'ordinamento dello Stato membro ospitante «equipari l'unione registrata al matrimonio», e cioè vanti una disciplina di tutela delle unioni non coniugali nella forma (specificamente) dell'unione registrata, quale istituto equivalente (e pur non identico) al matrimonio; II) l'unione sia stata contratta sulla base della legislazione di uno Stato membro. Infine, la direttiva ha esteso la riunificazione familiare anche fra *partner* (omo o eterosessuali) di una «relazione stabile debitamente attestata» (art. 3.2, lett. b), pur non accordando – in tal caso – un diritto automatico di ingresso e soggiorno al *partner* straniero del cittadino U.E. (giacché persona non riconducibile alla cerchia dei «familiari» in senso stretto di cui all'art. 2), ma comunque facendo carico allo Stato ospitante di «agevola[rne]» l'ingresso e il soggiorno, considerando la relazione come un fattore rilevante. In argomento, *ex multis*, P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Cittadinanza europea, libertà di circolazione e famiglie senza matrimonio*, in *Fam. dir.*, 2010, p. 849 ss.; ID., *La convivenza di fatto e il diritto di soggiorno del partner straniero del cittadino italiano o europeo*, in *Dir. imm. e citt.*, 2022, p. 179 ss.; L. PASCUCCI, *Diritto all'unità familiare dello straniero e "nuovi" modelli di convivenza*, cit., pp. 28 ss., 68 ss. e 87 ss.; EAD., *Il diritto all'unità familiare del cittadino europeo con il partner extra* U.E. *nel diritto di derivazione unionale*, in *Jus civile*, 2024, n. 4, p. 614 ss.

[15] V. anche i rilievi di M.C. BARUFFI, *Il cammino europeo della famiglia: la circolazione degli* status *familiari*, in *Fam. dir.*, 2025, p. 533 ss., spec. § 2.1, e ancora EAD., *La libera circolazione degli* status *nell'Unione europea con particolare riguardo ai coniugi* same-sex, in Liber amicorum *per Michele Sesta*, cit., t. I, p. 219, con riguardo alla necessaria «*effettività* del soggiorno di un cittadino dell'Unione in un altro Stato membro, per escludere possibili fattispecie di *abuso del diritto dell'Unione* in materia di libera circolazione, che si verificherebbero, invece, *costruendo in modo artificioso l'elemento transfrontaliero* per poter beneficiare del diritto al ricongiungimento familiare e superare le limitazioni della discriminazione "alla rovescia" rispetto ai cittadini dell'Unione "statici"» (corsivo aggiunto).

[16] C.G.U.E., 5 maggio 2022, *Subdelegación del Gobierno en Toledo*, cause riunite 451/19 e 532/19, in *https://eur-lex.europa.eu*; Ead., 8 marzo 2011, *Ruiz Zambrano*, C-34/09, *ibidem*; v. anche Ead., 27 aprile 2023, *M.D. c. Országos Idegenrendészeti Foigazgatóság Budapesti és Pest Megyei Regionális Igazgatósága*, C-528/21, in *De Jure* e in *One Legale*; Ead., 25 aprile 2024, *NW c. Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság*, C-420/22 e C-528/22, in One Legale; e la recentissima C.G.U.E., 8 maggio 2025, *YC c. Stadt Wuppertal*, C-130/24, in *De Jure*.

[17] Ad opera del d.l. n. 69/2023, conv. con modifiche dalla l. n. 103/2023.

[18] Sull'afferenza – non poi così perspicua stando al tenore letterale – del nuovo comma 1 dell'art. 23 d.lgs. 30/2007, e connessa applicazione della disciplina di derivazione unionale, ai familiari stranieri di cittadini italiani spostatisi in altro Stato U.E. e poi ritrasferitisi in Italia, v. già L. PASCUCCI, *Il diritto all'unità familiare del cittadino europeo con il partner extra* U.E. *nel diritto di derivazione unionale*, cit., p. 624. In tal senso, da ultimo, Cass. civ., ord., 11 agosto 2025, n. 23034, in *De Jure*.

tale esito è addivenuta pur se lo Stato membro d'origine in cui il cittadino U.E. avevo fatto rientro (la Romania) non ammetteva *alcuna* forma di relazione tra persone dello stesso sesso, mentre l'Italia, pur non prevedendo il matrimonio omosessuale, riconosce comunque i legami affettivi omosessuali nella veste giuridica dell'unione civile.

Parrebbe, per il vero, ammissibile una ulteriore estensione delle (più favorevoli) norme di derivazione unionale – come evolutivamente interpretate dalla Corte di Giustizia – nei confronti del cittadino italiano c.d. statico, che non abbia cioè esercitato la libertà di circolazione in altro Stato membro e che pur rivendichi il diritto all'unità familiare in Italia con il cittadino straniero cui si sia unito in matrimonio omosessuale all'estero. E ciò sempre grazie alla previsione dell'art. 23 d.lgs. 30/2007, il cui neo introdotto comma 1-*bis* (ad opera del d.l. n. 69/2023) – ancorché meno generosamente rispetto all'originaria formulazione dell'unico comma 1[19]– riconosce comunque un titolo di soggiorno al cittadino di Stato terzo che sia «familiare» (*cave*, ai sensi della disciplina di derivazione unionale[20]) del cittadino italiano statico[21].

Mutatis mutandis, per quanto specificamente accolta ai fini della direttiva 2004/38/CE (e cioè entro i confini della libera circolazione dei cittadini U.E. e connessi diritti derivati), la lettura evolutiva fatta propria dalla Corte di Giustizia dovrebbe ragionevolmente plasmare anche la nozione di «coniuge» di cui in altri atti normativi, primo fra tutti l'art. 4.1, lett. a, della direttiva 2003/86/CE e connesso art. 29, comma 1, lett. a, t.u.imm. (*id est*, ricongiungimento fra coniugi *entrambi cittadini di Stati terzi*). Diversamente, parrebbe consumarsi una discriminazione basata sulla nazionalità se, a perimetro così ristretto della nozione evolutiva di coniuge, i membri di una unione coniugale *same-sex* fossero inibiti al ricongiungimento per la loro (*id est*, di entrambi) provenienza extraeuropea, mentre nella medesima condizione i cittadini U.E. (*rectius*, le coppie con almeno un cittadino europeo) sarebbero ammessi (come sono) a goderne. Ciò che realizzerebbe, per l'effetto, anche una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, in spregio – *inter alia* e nello specifico – al considerando n. 5 della direttiva 2003/86/CE, che impone agli Stati membri di attuarne le previsioni senza operare discriminazioni fondate su tendenze sessuali e che rappresenta, dunque, un criterio esplicito e ineludibile di interpretazione e applicazione anche della norma di essa sul ricongiungimento fra *coniugi* (art. 4, par. 1, lett. a, direttiva 2003/86/CE). Senza poi contare che – come visto – il ricongiungimento fra coniugi omosessuali non appare più propriamente estraneo neppure al diritto interno sull'immigrazione, se debitamente coordinato (dato il silenzio normativo e la mancanza di qualsivoglia adeguamento formale al diritto di famiglia sopravvenuto) con la novella del 2016, comprensiva delle norme di diritto internazionale privato che l'hanno completata. Sì che la lettura *gender-neutral* di coniuge fatta propria dalla Corte di Giustizia vale sostanzialmente (se non semplicemente) ad offrire un indice interpretativo *in più* a favore del ricongiungimento fra coniugi

[19] Sulle questioni interpretative poste dall'art. 23 d.lg. 30/2007, prima e dopo la novella del 2023, cfr. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Il diritto alla coesione familiare prima e dopo la legge n. 76 del 2016*, cit., p. 585; ID., *Cittadinanza europea, libertà di circolazione e famiglie senza matrimonio*, cit., p. 849 ss., spec. p. 854; ID., *La disciplina sostanziale della coesione familiare con il cittadino italiano (forse) non è cambiata*, in *Immigrazione.it*, 1° settembre 2023; L. PASCUCCI, *Il diritto all'unità familiare del cittadino europeo con il partner extra U.E. nel diritto di derivazione unionale*, cit., pp. 624-625; G. PERIN, *Abbiamo iniziato a discriminare i familiari dei cittadini italiani? Il Mistero dell'art. 23 d.lgs. n. 30/2007*, in *Dir. imm. e citt.*, 2024, n. 2, p. 1 ss. Si veda anche la Circolare del Ministero dell'Interno n. 400 del 13 settembre 2023.

[20] L. PASCUCCI, *Il diritto all'unità familiare del cittadino europeo con il partner extra U.E. nel diritto di derivazione unionale*, cit., p. 624; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *La disciplina sostanziale della coesione familiare con il cittadino italiano (forse) non è cambiata*, cit. La tesi trova, ora, conferma nella giurisprudenza di merito: cfr. Trib. Torino, 9 aprile 2025, in *https://www.dirittoimmigrazionecittadinanza.it/allegati/fascicolo-n-2-2025/famiglia-6/1704-1-trib-torino/file.*

[21] Ove, poi, si interpretasse il fatto che il matrimonio omosessuale sia stato contratto *in uno Stato extra U.E.* quale ostacolo – più che la "staticità" stessa del cittadino italiano – all'applicazione della normativa di derivazione unionale come interpretata dalla Corte di Giustizia (che, come visto, pare limitare ai matrimoni omosessuali contratti *in Stati U.E.*, nonostante il dato normativo dell'art. 2, par. 2, lett. a, della direttiva 2004/38/CE non ponga limitazioni "geografiche"), il diritto all'unità familiare tra il cittadino italiano statico e il coniuge straniero *same-sex* potrebbe, comunque, ricevere tutela alla stregua del diritto nazionale sull'immigrazione, se debitamente coordinato con la legge 76/2016 (art. 28, comma 2, t.u.imm., art. 1, comma 20, l. 76/2016, art. 32-*bis* l. 218/1995). Ma su questo punto sia consentito rinviare a L. PASCUCCI, *Il diritto all'unità familiare del cittadino europeo con il partner extra U.E. nel diritto di derivazione unionale*, cit., p. 641, nt. 106.

omosessuali di cittadinanza interamente extraeuropea.

DE IUSTITIA

Rivista scientifica Anno 2025 – N°4 – Ottobre 2025

DIRITTO PENALE ISSN 2974-7562

IL TRAMONTO DELL'ABUSO D'UFFICIO E L''ALBA DI UN NUOVO 'PECULATO PER DISTRAZIONE'. L'ABROGAZIONE DELL'ART 323 C.P. E L'INTRODUZIONE DELL'ART. 314-BIS C.P., TRA ABOLITIO CRIMINIS E CONTINUITÀ NORMATIVA

di **Asia BIFULCO***

ABSTRACT

L'abrogazione dell'abuso di ufficio rappresenta l'esito di una lunga parabola discendente, che ha visto via via restringersi, nel corso dei decenni, l'ambito applicativo di una fattispecie dai contorni indefiniti e perciò problematica sotto il profilo della legalità penale. Tuttavia, alla scelta ablativa ha fatto immediato seguito l'introduzione di una nuova figura di reato, che contempla una sorta di nuovo peculato per distrazione. Tale intricata vicenda normativa, sulla quale si sono subito registrate voci critiche in dottrina e giurisprudenza, trova genesi e sviluppo nel contesto della dimensione multilivello degli ordinamenti giuridici, ove oramai anche le scelte in materia penale sembrano essere, il più delle volte, "a rime obbligate".

SOMMARIO

1. Premessa..... 16

2. L'evoluzione normativa dell'articolo 323 c.p. una veloce ricognizione 18

3. Profili critici dell'abrogazione del reato di abuso d'ufficio: vulnerabilità del sistema sanzionatorio e compatibilità con gli obblighi sovranazionali. Il ruolo vicario dell'art. 314-bis c.p..... 22

4. Conclusioni..... 28

1. PREMESSA

Tra le diverse innovazioni introdotte dalla c.d. "Riforma Nordio" - l. 114/2024, contenente Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale, all'ordinamento giudiziario e al codice dell'ordinamento militare – la più discussa è senza dubbio l'abrogazione dell'articolo 323 del codice penale, che contemplava la 'famigerata' fattispecie di abuso d'ufficio[1]. Norma notoriamente problematica, in virtù di una sua atavica vaghezza strutturale, che ha reso nel tempo necessari plurimi interventi legislativi tesi a circoscriverne con maggiore compiutezza l'ambito applicativo e le modalità operative.

In tale parabola evolutiva, la scelta dell'abrogazione può intendersi come espressione emblematica di un più ampio e significativo mutamento di paradigma: da una fase storica caratterizzata dal rafforzamento dell'arsenale sanzionatorio quale risposta ai fenomeni patologici dell'amministrazione pubblica, si è assistito ad una brusca sterzata, in direzione di una visione ispirata a principi di salvaguardia dell'efficienza amministrativa, secondo una prospettiva deflattiva e garantista, volta a contenere l'interventismo repressivo entro confini più rigorosamente definiti, eliminando o circoscrivendo entro i limiti di una legislazione penale costituzionalmente orientata quelle fattispecie la cui ampiezza e indeterminatezza rischiano di generare un'area di punibilità dai confini imprecisi, eccessiva; alimentando, per altro, anche una sorta di 'tic difensivo - la cosiddetta "paura della firma"[2] – in grado di sfociare, se non 'esorcizzata', in veri e propri fenomeni di paralisi amministrativa. Da sempre fattore critico, il tema dell'efficientamento della p.a. - con la crisi pandemica - è divenuto impegno non più rimandabile, anche sul versante dell'ordinamento penale.

Ed allora, pur potendosi riconoscere dei potenziali benefici derivanti dall'abrogazione dell'articolo 323 c.p. - quali l'auspicabile alleggerimento del carico giudiziario e una più selettiva allocazione delle risorse verso i reati di più rilevante allarme sociale – è doveroso segnalare come tale decisione abbia nondimeno suscitato non poche

* Dottoressa in Giurisprudenza.

[1] Ampiamente sul tema E. MATTEVI, *L'abuso d'ufficio. Una questione aperta - Evoluzione e prospettive di una fattispecie discussa*, Napoli, 2022.

[2] Sul tema G.L. GATTA, *L'annunciata riforma dell'abuso d'ufficio: tra "paura della firma", esigenze di tutela e obblighi internazionali di incriminazione*, in *Sistema Penale*, 5/2023, pp.165 ss.

preoccupazioni in dottrina, con alcune posizioni sfociate in aperta critica al provvedimento.

Sebbene permanga, difatti, la possibilità di perseguire atti illeciti nella pubblica amministrazione tramite altre fattispecie di reato, come corruzione, peculato e concussione; e sebbene rimanga tutto sommato inalterata la possibilità di rivolgersi ad altri strumenti di tutela diversi da quelli seccamente punitivi, come quelli volti a far valere l'illegittimità amministrativa degli atti abusivi dei pubblici agenti; nondimeno, la scelta abrogativa potrebbe creare un vuoto normativo, che, oltre a privare i cittadini di uno strumento idoneo per rivolgersi alla magistratura in caso di condotte prevaricatrici da parte dei pubblici ufficiali – rischiando così che tali comportamenti restino impuniti[3] – potrebbe altresì esporre l'Italia al rischio di una procedura d'infrazione da parte dell'Unione Europea per il mancato rispetto della Direttiva (UE) 2017/1371.[4]

Verosimilmente, è stato proprio il fine di arginare tale vuoto normativo, che ha spinto il Governo ad introdurre nel corpo dei delitti contro la P.A. - con il coevo D.L. 4 luglio 2024, n. 92 - l'articolo 314-bis c.p., rubricato "Indebita destinazione di denaro o cose mobili"; tale reato, come vedremo, sembra riproporre nel nostro ordinamento una nuova forma di peculato "per distrazione", seppur più limitata rispetto all'originaria figura in vigore da 1930 al 1990 (anno in cui, per l'appunto, venne espunta la condotta distrattiva dall'ambito operativo dell'art. 314 c.p.). Legittimando, tra gli operatori del diritto, il diffuso sospetto che una tale previsione sia surrettiziamente diretta a sostituire il reato di abuso d'ufficio, mediante una disciplina nominalmente distinta, ma sostanzialmente assimilabile. Un'operazione di puro maquillage normativo, senza alcun risultato in termini di riperimetrazione dell'area del penalmente rilevante.

Da ciò scaturisce l'interrogativo centrale: se il nuovo strumento giuridico sia effettivamente idoneo a sostituire, in termini funzionali e sistematici, l'abrogato abuso d'ufficio. Sul possibile rapporto di continuità tra le due fattispecie, si è pronunciata la Corte di Cassazione[5] che ha in effetti, ma solo in parte, fornito risposta positiva al quesito[6].

Ciò, tuttavia, non è stato ritenuto sufficiente, se è vero che la stessa S.C., all'unisono con numerosi fori di merito, ha poi sollevato una più generale questione di legittimità costituzionale dell'abrogazione dell'abuso di ufficio, il cui vuoto – evidentemente – non è stato del tutto riempito dalla neofattispecie di cui all'art. 314-bis c.p. Come è noto, tali provvedimenti hanno determinato l'intervento della Corte costituzionale, la quale, dopo aver esaminato le questioni sollevate, si è pronunciata in data 8 maggio u.s., valutando la compatibilità dell'abrogazione dell'abuso d'ufficio con i principi fondamentali dell'ordinamento, in particolare con quelli del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione nonché con il diritto alla tutela giurisdizionale.

Per un'analisi esaustiva delle pronunce e una piena comprensione della portata normativa, sistematica e sociale delle disposizioni in esame, nonché delle ragioni alla base *dell'abolitio criminis*, è necessario procedere preliminarmente ad una 'retrospettiva' dell'evoluzione normativa delle fattispecie coinvolte.

Solo attraverso tale percorso ermeneutico si potranno cogliere non solo le finalità del legislatore, ma anche le criticità della riforma, che hanno dato origine a un intenso contenzioso costituzionale, testimonianza non solo delle profonde incertezze interpretative e applicative suscitate dall'abrogazione, ma anche della sua discutibilità almeno sotto il profilo di un giudizio di politica criminale.

[3] Cfr. A.MANNA, *Sull'abolizione dell'abuso d'ufficio e gli ulteriori interventi in tema di delitti contro la P.A.: note critiche*, in *Sistema Penale*, 6 agosto 2024; ancora G.L. GATTA, *Abuso d'ufficio e traffico di influenze dopo la l. n. 114/2024: il quadro dei problemi di diritto intertemporale e le possibili questioni di legittimità costituzionale*, in *Sistema penale*, 7-8/2024, pp.187 ss.

[4] Cfr. L. STORTONI, G.S. CALIFANO, *Ex falso sequitur quodlibet: l'invocazione di vincoli sovranazionali nel dibattito sull'abrogazione dell'abuso d'ufficio*, in *disCrimen*, 08 giugno2023.

[5] Cass. Pen., Sez. VI, ud. 23 ottobre 2024, n. 13

[6] Cass., sez. VI, (Pres. Fidelbo, Giud. estensore D'Arcangelo), con ordinanza n. 9442 del 21 febbraio del 2025 (depositata il 7 marzo del 2025).

2. *L'EVOLUZIONE NORMATIVA DELL'ARTICOLO 323 C.P. UNA VELOCE RICOGNIZIONE*

La fattispecie dell'abuso d'ufficio ha alle spalle una travagliata storia normativa[7], la cui cifra costante è rappresentata dal tentativo di aumentarne il tasso di determinatezza.

Le sue radici affondano nella tradizione liberale fatta propria dai codici ottocenteschi, che la liberarono della componente assolutistica propria di quel vecchio ceppo di delitti riconducibili al concetto di lesa maestà, e ne fecero una fattispecie a salvaguardia dei diritti dei cittadini contro i soprusi dei pubblici ufficiali. Il problema risiede nel fatto che, già dalla sua previsione nell'art 175[8] del Codice Zanardelli, il reato di abuso d'ufficio - all'epoca rubricato abuso di autorità - era concepito come una norma di chiusura del sistema, dal carattere conseguentemente vago[9], poiché destinata a punire in via residuale (e cioè ove la tipicità del fatto non fosse stata già intercettata da altra figura nominata di reato) quelle condotte generiche dell'agire illegittimo da parte del pubblico ufficiale, come gli atti arbitrari o compiuti per scopi privati, includendo talvolta fenomeni di clientelismo.

Con l'entrata in vigore del Codice Rocco, il legislatore, sostituì il concetto di abuso di autorità con quello di abuso di potere, spostando l'attenzione dalla lesione del diritto del singolo cittadino alla valutazione del disvalore della condotta del pubblico ufficiale. Ciò e abbastanza evidente se si confrontano- sul piano strutturale e dell'offesa – le due differenti impostazioni: nel codice Zanardelli, infatti, l'abuso d'ufficio si configurava come un reato di danno, centrato sulla protezione degli interessi privati; con l'introduzione del Codice fascista, invece, la traiettoria di tutela si sublima nell'integrità stessa della Pubblica Amministrazione, da perseguire mediante il mantenimento della legittimità dell'operato amministrativo, a prescindere da eventuali profili di effettivo perseguimento di danno o vantaggio (l'abuso di ufficio diviene, in effetti, fattispecie a dolo specifico, con conseguente anticipazione della soglia di tutela al mero realizzarsi della condotta infedele del pubblico agente). Inutile sottolineare come tale approccio rifletteva a piano la visione etica e statolatrica propria di quel contesto ideologico ed istituzionale.

Nella primigenia versione, l'articolo 323 del Codice Penale così disponeva: «Il pubblico ufficiale che, abusando dei poteri inerenti alle sue funzioni, commette, per recare ad altri un danno o per procurargli un vantaggio, qualsiasi fatto non preveduto come reato da una particolare disposizione di legge, è punito con la reclusione fino a due anni o con la multa da lire ventimila a quattrocentomila».

Si osserva come – al di là del contesto sistematico e dell'unificazione *quod poenam* degli abusi di danno e quelli di vantaggio - l'indeterminatezza della norma rimase 'piena': il reato continuò a presentarsi come "innominato""[10], conservando quella funzione residuale e di chiusura che lo caratterizzava anche nel precedente codice.

L'assenza di un *nomen iuris* che delineasse con chiarezza il comportamento da punire, oltre a rivelare una manifesta violazione del principio fondamentale di determinatezza dell'ordinamento penale, rifletteva anche un'impronta autoritaria che consentiva al giudice penale un'ingerenza eccessiva nella valutazione dell' attività dell'amministrazione, finanche quella di natura discrezionale (con il pericolo di poter sfociare in un vero e proprio giudizio sul merito delle scelte del pubblico agente)[11].

---

[7] Ex multis, sul tema, cfr. FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto Penale*, Parte Speciale, I, Appendice, Bologna, 1991, p. 27; V.SCORDAMAGLIA, *L'abuso di ufficio*, in F.COPPI (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 1993, pp. 191 ss.; ivi, F.BRICOLA, *La riforma dei reati contro la pubblica amministrazione: cenni generali*, in *Reati contro la pubblica amministrazione* pp.13 ss.; F.MANTOVANI, *Stato costituzionale e diritto penale costituzionalizzato*, in *Giust. Pen.*,I, 2011, pp.235 ss.

[8] L'art. 175 del Codice Zanardelli così disponeva: «Il pubblico ufficiale, che, abusando del suo ufficio, ordina o commette, contro gli altrui diritti qualsiasi atto arbitrario non preveduto come reato da una speciale disposizione di legge, è punito con la detenzione da quindici giorni ad un anno, e qualora agisca per un fine privato, la pena è aumentata di un sesto, sostituita alla detenzione la reclusione».

[9] Cfr. A. MANNA, *Abuso di ufficio e conflitto di interessi nel sistema penale*, Torino, 2004.

[10] Ampiamente V.F. INFANTINI, *Abuso innominato d'ufficio*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988 (Id, *Abuso delle qualità o delle funzioni di pubblico ufficiale in diritto penale*, Milano, 1974); M. PARODI GIUSINO, *Abuso innominato d'ufficio*, in *Dig. disc. pen.*, I, Torino, 1987; E. CONTIERI, *Abuso innominato d'ufficio,* in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 187 e ancora T. PADOVANI, *L'abuso d'ufficio*, in *Studi in onore di G. Vassalli*, I, Milano, 1991, pp. 595 ss.

[11] Sul punto cfr. A. SATTA L'evoluzione *legislativa: dall'abuso innominato all'attuale formulazione dell'art. 323 c.p.* in A. R.

L'indeterminatezza della fattispecie, per quanto insidiosa, si rivelò per lunghi decenni di vigenza della norma 'asintomatica', risultando assai rara la sua contestazione pratica e dunque mai seriamente affrontata – nei suoi profili problematici - dalla giurisprudenza.

Con il trascorrere del tempo - in particolare tra gli anni Settanta e Ottanta, periodo in cui emersero progressivamente scandali legati a tangenti, corruzione e concussione tra il mondo politico e quello delle imprese, dell'industria e della finanza - fattispecie come l'abuso d'ufficio assunsero un ruolo sempre più centrale nella prassi giuridica[12]. L'acuirsi del conflitto tra politica e magistratura aveva messo in luce le effettive potenzialità di norme volutamente indeterminate, frutto di una legislazione centralizzatrice, che, in tale contesto, rischiavano di compromettere gli equilibri tra i poteri.[13]

Allo scopo di ripristinare tali equilibri, la prima significativa modifica alla disciplina dell'abuso d'ufficio avvenne nel 1990[14] con la Legge n. 86/1990 (c.d. Riforma Andreotti), che tuttavia non riuscì nel dichiarato intento di restituire maggiore spessore descrittivo alla norma, finendo anzi con allargarne ulteriormente il perimetro applicativo. Di fatto un doppio e doloroso colpo inferto alla selettività del diritto penale: veniva aumentata l'area di responsabilità penale legata alla mera vigilanza sul corretto esercizio amministrativo del potere pubblico - più che sulla vera e propria prevenzione di abusi riconoscibili; la struttura del reato, anziché recuperare punti sul piano di una più compiuta indicazione degli elementi di tipicità, accrebbe il suo carattere 'onnivoro'.

In tal senso, si estendeva la responsabilità per l'abuso d'ufficio anche agli incaricati di pubblico servizio, e si interveniva sulla "clausola di sussidiarietà" originariamente prevista dall'art. 323 cod. pen. («se il fatto non è previsto come reato da una particolare disposizione di legge»), trasformandola in una "clausola di consumazione" («se il fatto non costituisce più grave reato»)[15]. Nel suo bacino applicativo, inoltre, confluirono altre classi comportamentali che sino ad allora erano state previste o a titolo di peculato per distrazione o di interesse privato in atti di ufficio (art. 324 c.p.): l'abrogazione di tali norme, ad opera della stessa legge del '90, non si riflesse, infatti, – sul piano sostanziale – in un effetto di *abolitio criminis*, dando vita invece ad un fenomeno di successione in senso stretto.

L'intervento legislativo pretendeva di perseguire l'obiettivo di rendere la fattispecie maggiormente selettiva subordinandone la configurazione alla sussistenza di un danno o di un vantaggio ingiusto. In particolare, la riforma differenziò il regime sanzionatorio, prevedendo pene differenti in relazione alla natura del vantaggio conseguito: la reclusione da due a cinque anni nei casi di vantaggio patrimoniale, e fino a due anni in quelli di vantaggio non patrimoniale. Tuttavia, tale impostazione si rivelò di difficile applicazione, poiché implicava un inevitabile scrutinio sul merito dell'azione amministrativa, in contrasto con il principio di separazione tra funzione amministrativa e giurisdizionale.

Nonostante l'intento di rafforzare la determinatezza e ridurre l'area del penalmente rilevante, dunque, la riforma non riuscì a eliminare le ambiguità interpretative, dando luogo a un contenzioso diffuso e a un'applicazione giurisprudenziale disomogenea[16]: prova ne sia l'immediato deflagrare del fenomeno giudiziario ad ampio raggio conosciuto come Tangentopoli, del quale l'abuso di ufficio costituì eccezionale volano e catalizzatore delle iniziative investigative ed inquirenti.

CASTALDO e M. NADDEO (a cura di), *La riforma dell'abuso d'ufficio*, Giappichelli, 2025, pp. 7 e ss.

[12] Per un approfondimento sull'evoluzione normativa dell'articolo 323 e per riflessioni su prospettive e orientamenti futuri, si veda F. RIPPA, *Verso l'abrogazione dell'abuso di ufficio. Una scelta "irrazionale"* in *De Iustitia*, Gennaio 2024.

[13] Ampiamente si vedano le riflessioni di G. INSOLERA, *La criminalità politico amministrativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*,II, 2011, pp. 584 ss.; G. M. FLICK, *Le novelle su corruzione e dintorni: dal dire al fare o viceversa*, in *Cass. pen.* , n. 10, 2019p. 3430 ss; S. PANAGIA, *Del metodo e della crisi del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 4, 1997, pp. 1124 ss.

[14]Riguardo alla riforma del 1990 si veda A. MERLO , *L'abuso d'ufficio tra legge e giudice*, Torino, 2019, pp.6 ss.; M.PELISSERO , *L'instabilità dell'abuso d'ufficio e la lotta di Sumo*, in *DPP*, 2023, pp.613 ss.

[15] Cfr. A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte speciale,* vol. I, *I delitti contro la Pubblica amministrazione,* Milano, 2000, pp. 237 ss.

[16] Abbondantemente G.DI VETTA, *L'abuso d'ufficio: cronaca di un «ritorno»*, in *Criminalia* ,2016, pp.470 ss.

Un decisivo recupero sul piano della precisione/selettività della norma, si avrà solo successivamente, con la Legge n. 234/ 1997[17] (c.d. Riforma Prodi), che introdusse rigorosi filtri selettivi, mirati a garantire una più restrittiva applicazione del reato.

Innanzitutto, attraverso quella sorta di controriforma (avvenuta ad appena sette anni dalla tanto decantata novella del '90), si subordinò la configurabilità di tale reato alla violazione di disposizioni legislative o regolamentari, ovvero, in alternativa, in caso di inosservanza di un obbligo di astensione[18]; e non più, come in passato, ad una non meglio precisata condotta di abuso; sempre sul piano della fattispecie oggettiva, poi, si attribuì rilevanza esclusiva al solo vantaggio patrimoniale, escludendo in maniera esplicita i quelli di natura non patrimoniale (rimase, invece, indifferenziato il profilo dell'offesa in caso di evento di danno)[19]. L'evento – tanto di danno che di vantaggio – venne poi trasferito dal piano della mera prospettiva finalistica a quello dell'offesa concreta, tramutando il dolo da specifico in generico: più di preciso, in dolo intenzionale, limitando, così, la possibilità di configurare il reato in caso di dolo eventuale.

Ora, nonostante l'evidente intento restrittivo del legislatore, volto a circoscrivere l'ambito di applicazione della norma, la prassi giurisprudenziale si segnalò – more solito – per una sorta di atteggiamento controriformistico, nel dichiarato intento di resistere alle manovre di riduzione dell'area del penalmente rilevante.

In particolare, la disposizione legislativa che stabiliva che l'abuso d'ufficio potesse configurarsi esclusivamente qualora la condotta del pubblico ufficiale fosse espressamente vietata o prescritta dalla legge divenne oggetto di un'interpretazione giuridica a maglie larghe, tanto da arrivare a ricomprendere nel novero delle fonti in grado di 'fare corpo' con la disposizione incriminatrice, anche le norme di mero principio, come ad esempio quelle sul procedimento amministrativo o lo stesso art. 97 cost., che genericamente richiamano i principi di buon andamento ed imparzialità. Inoltre, la stessa violazione non veniva intesa come mera inosservanza formale delle norme: al riguardo, le Sezioni Unite nel 2011[20] chiarivano che l'abuso d'ufficio si configurava non soltanto in caso di violazione formale della legge, ma anche quando l'atto amministrativo era indirizzato a soddisfare un interesse personale.

Ne scaturì così un disallineamento tra la *voluntas legislatoris,* che mirava a delimitare con rigore l'ambito applicativo della fattispecie incriminatrice, e talune letture giurisprudenziali che, al contrario, ne ampliavano indebitamente i confini, alimentando un'incertezza sistemica e favorendo – ancora una volta - l'ingerenza del giudice penale in sfere tradizionalmente riservate alla discrezionalità dell'amministrazione[21]

Cosicché, pur dovendosi riconoscere alla novella del'97 il merito di aver apportato una maggiore determinatezza alla previsione normativa, il ricorso alla fattispecie di abuso d'ufficio continuò a registrare una significativa frequenza applicativa, sorretto da un clima culturale permeato da istanze giustizialiste e da una crescente pressione sociale volta alla criminalizzazione dell'agire amministrativo.

Non di rado, infatti, la fattispecie incriminatrice è stata strumentalizzata dai cittadini e dagli stessi soggetti interni alla pubblica amministrazione, quale mezzo di pressione a sostegno di pretese amministrative ovvero per la tutela di interessi in presunto conflitto con la legalità sostanziale[22]: proposito che sicuramente è stato facilitato dalla natura indeterminata della fattispecie, che ne ha consentito un ricorso eccessivo e smodato.

[17] A tal riguardo si veda A. D'AVIRRO, *L'abuso d'ufficio – Le legge di riforma 16 luglio 1997 n. 234*, II, Milano, 1997, pp.147 ss.
[18] Cfr. A. DI MARTINO, *Abuso d'ufficio*, (a cura di) A. BONDI- A. DI MARTINO - G. FORNASARI, *Reati contro la Pubblica Amministrazione*, II ed., Torino, 2008, p. 255; ancora T. PADOVANI, *Art. 1, Modifica dell'art, 323 del codice penale,* in *Leg. pen.*, 1997, p. 747.
[19] Si vedano. I.A. SANTANGELO, *L'abuso d'ufficio,* in *Giur. merito*, 2003, n. 5, pp. 1021 ss.; G. LA GRECA, *La nuova figura di abuso d'ufficio: questioni applicative,* in Foro. *it.* 1998; V. MANES, *Abuso d'ufficio e progetti di riforma, i limiti dell'attuale formulazione, alla luce delle soluzioni proposte*, in *Riv. It. Dir. proc. pen.* 1997, pp. 1221-1225.
[20] Cfr. Cass. Sez. Un. 29 settembre 2011, n. 155, in Cass. Pen. 2012, pp.258 ss.
[21] Sul punto v. T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio,* in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 7-8.
[22] Nuovamente, sul punto F. RIPPA, *Verso l'abrogazione dell'abuso di ufficio*, op.cit.

Tale situazione, oltre a sovvertire gli equilibri tra i poteri pubblici – di fatto consegnando alla magistratura ordinaria un controllo incondizionato sulla vita dei pubblici uffici - ha anche generato, tra i pubblici ufficiali, una sorta di cautela verso l'assunzione di responsabilità, manifestatasi nei suoi estremi più patologici in una vera e propria paralisi dell'azione amministrativa.

Il fine di scongiurare quella che potrebbe essere definita una "paresi"[23] difensiva da parte della burocrazia, rappresenta il filo conduttore che ha ispirato gli interventi legislativi successivi, compreso il definitivo provvedimento abrogativo.

Tale timore, trascinato nel contesto di una crisi senza precedenti - quella pandemica - avrebbe certamente costituito un ostacolo esiziale alle necessarie azioni di rilancio e al recupero dell'efficienza della pubblica amministrazione. In ciò la ragione per cui, nel 2020, al fine di assicurare l'efficienza dell'amministrazione pubblica – chiamata a realizzare gli obiettivi ambiziosi del PNRR – ed evitare che un indiscriminato intervento dell'autorità giudiziaria potesse rappresentare un fattore di disincentivante all'assunzione di iniziative ambiziose e necessarie, in particolare a carico enti locali, il legislatore si convinse della necessità di riaffrontare la questione dell'indeterminatezza e dell'ampiezza dell'abuso d'ufficio. Con l'emanazione del Decreto Semplificazioni (D.L. 76/2020),[24] il reato fu quindi ulteriormente circoscritto[25].

In tale contesto, venne sostituita la formula «in violazione di norme di legge o di regolamento» con l'ancor più restrittiva espressione «in violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità».[26]

A ben vedere, la ratio della modifica risiedeva nell'intento di espungere dall'area del penalmente rilevante le violazioni di norme regolamentari, le disposizioni generiche e (soprattutto) quelle connotate da margini di discrezionalità amministrativa[27]. Ma la storia della norma - segnata da un suo uso strategico e strumentale nel contesto del ben noto conflitto tra politica e magistratura – ancora una volta, aveva cominciato a ripetersi. E la giurisprudenza ha continuato imperterrita a perseguire resistenze interpretative, estendendo l'ambito applicativo della norma anche a ipotesi di sviamento di potere e a violazioni di fonti sub-legislative integrative della legge, (c.d. violazione mediata). Anche in tal caso, quindi, – come già accaduto con la riforma del 1997, e prima ancora quella del '90 – si è verificata una divergenza tra l'intento del legislatore, volto a circoscrivere la fattispecie, e interpretazioni

[23] Vedasi G.L.GATTA, *L'annunciata riforma dell'abuso di ufficio: tra "paura della firma", esigenze di tutela e obblighi internazionali di incriminazione*, in *Sistema penale*, 2023, Pp. 165 ss.

[24] Cfr. G. L. GATTA, *Da "Spazza-corrotti" a "basta paura": il decreto semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell'abuso di ufficio, approvata dal governo "salvo intese" (e la riserva di legge?)*, in *Sistema penale*, 17 luglio 2020; ancora N. PISANI, *La riforma dell'abuso d'ufficio nell'era della semplificazione*, in *Dir. pen. processo*, 2021.

[25] Art. 323 c.p. (d.l. n. 76/2020): «Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto, è punito con la reclusione da uno a quattro anni. La pena è aumentata nei casi in cui il vantaggio o il danno hanno carattere di rilevante gravità». L'art. 323 c.p. era prima così formulato (l. n. 234/1997): «Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di norme di legge o di regolamento, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni. La pena è aumentata nei casi in cui il vantaggio o il danno hanno un carattere di rilevante gravità».

[26] Cfr., tra gli altri, B. BALLINI, *Note minime sulla riformata fattispecie di abuso d'ufficio*, in *disCrimen*, 10 agosto 2020; M. GAMBARDELLA, *Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile*, in *Sistema Penale*, fasc. 7/2020, pp. 133 ss.; G.L. GATTA, *La riforma del 2020*, (a cura di) B. ROMANO, *Il "nuovo" abuso d'ufficio*, Pacini Editore, Pisa, 2021, pp. 73 ss.; G. INSOLERA, *Quod non fecerunt Barberini fecerunt Barbari. A proposito dell'art. 23 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76*, in *disCrimen*, 31 luglio 2020.

[27] Significativa, al riguardo, è la sentenza della Corte costituzionale n. 8 del 18 gennaio 2022, con la quale è stata dichiarata infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 323 c.p., come modificato dall'art. 23 del d.l. n. 76/2020, sollevata per asserita violazione dell'art. 77 Cost. Pur discostandosi da precedenti indirizzi critici sull'uso della decretazione d'urgenza in materia penale, la Corte ha ritenuto conforme a Costituzione il ricorso a tale strumento normativo, valorizzando l'obiettivo di contrastare la cd. burocrazia difensiva e di incrementare l'efficienza dell'azione amministrativa, in un contesto emergenziale.

giurisprudenziali che ne hanno esteso i confini, generando una ennesima e non più tollerabile situazione di incertezza applicativa[28].

3. PROFILI CRITICI DELL'ABROGAZIONE DEL REATO DI ABUSO D'UFFICIO: VULNERABILITÀ DEL SISTEMA SANZIONATORIO E COMPATIBILITÀ CON GLI OBBLIGHI SOVRANAZIONALI. IL RUOLO VICARIO DELL'ART. 314-BIS C.P.

Nel contesto fin qui descritto, e visto il continuo riformarsi in ambiente pretorio di sacche di resistenza alla volontà politica di restringere le opprimenti maglie applicative dell'abuso di ufficio, il legislatore ha deciso di intervenuto nuovamente - con la c.d. Riforma Nordio – ma stavolta in maniera drastica, optando per la definitiva abrogazione del reato in parola[29].

Tale intervento si inserisce, come già anticipato, in una più ampia strategia di semplificazione dell'ordinamento penale, volta a ridurre l'ingerenza del diritto penale nell'attività amministrativa e a prevenire il rischio di paralisi decisionale negli uffici pubblici. La scelta radicale dell'abrogazione – che sul piano contenutistico-sostanziale dovrebbe comportare un fenomeno di *abolitio* – trascinerà con sé non solo tutti i procedimenti penali pendenti per abuso di ufficio, ma travolgerà nella sua ondata di ritorno retroattiva anche le condanne irrevocabili.

È evidente, in tal senso, la volontà di espungere una volta per tutte dall'ordinamento una figura di reato che, pur concepita in funzione della tutela del buon andamento della pubblica amministrazione, si era progressivamente trasformata in un elemento di freno all'efficienza e all'autonomia dell'azione amministrativa.

In verità, già con la riforma del 2020, la struttura del reato era stata profondamente modificata, ridimensionandone a tal punto la portata applicativa da trasfigurarne volto e significato di tutela. Anzi, secondo parte della dottrina, l'obiettivo apparente di garantire maggiore determinatezza alla norma incriminatrice dissimulava, in realtà, la più radicale finalità di renderne pressoché inoperante l'efficacia sanzionatoria, avviando così un surrettizio processo di svuotamento sostanziale. In tale contesto, non sono mancate voci critiche che, già allora, invocavano una soluzione più lineare e coerente: un'abrogazione esplicita del reato, anziché una sua progressiva desertificazione, foriera di persistenti ambiguità interpretative.

Alla luce di ciò, la recente scelta di abrogare formalmente l'art. 323 c.p. può essere letta, almeno in parte, come l'approdo naturale di un percorso di dismissione già tracciato dalle precedenti riforme.[30]

Resta, tuttavia, lecito interrogarsi circa l'effettiva necessità di una simile scelta[31], e per costruire una risposta plausibile e ragionata a tale quesito, si rende indispensabile una premessa: quasi contestualmente[32] alla soppressione del delitto di abuso d'ufficio, il legislatore ha introdotto una nuova fattispecie incriminatrice che appare in parte non trascurabile modellata sui connotati essenziali del reato preesistente. Ci si riferisce, in particolare, alla fattispecie di cui all'art. 314-bis c.p., rubricato "Indebita destinazione di denaro o cose mobili", introdotto dal D.L. 4 luglio 2024, n. 92[33].

La norma punisce il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che , fuori dai casi previsti dall'articolo 314 "avendo per ragione del suo ufficio o servizio il possesso o comunque la disponibilità di denaro o di altra cosa mobile altrui, li destina

[28] Cfr. T. PADOVANI, *Una riforma imperfetta*, (a cura di) B. ROMANO, *Il "nuovo" abuso d'ufficio*, Pacini Editore, Pisa, 2021.
[29] Cfr. M. GAMBARDELLA, *L'abrogazione dell'abuso d'ufficio e la riformulazione del traffico d'influenze nel "disegno di legge Nordio"*, in *Sistema Penale*, 26 settembre 2023, ancora M. PARODI GIUSINO, *La proposta di abolizione dell'abuso d'ufficio: discutibili ragioni e dannose conseguenze*, in *La legislazione penale*, 2024.
[30] Cfr. G. LATTANZI, *Sulla proposta abolizione del reato di abuso di ufficio. Note critiche*, in *Sistema Penale*, 20 settembre 2023.
[31] Si veda G.L.GATTA *Morte dell'abuso d'ufficio, recupero in zona Cesarini del "peculato per distrazione" (art. 314-bis c.p.) e obblighi (non pienamente soddisfatti) di attuazione della Direttiva UE 2017/1371,* in *Sistema Penale*, 10 luglio 2024.
[32] È importante sottolineare che il momento abrogativo e quello introduttivo sono risultati quasi contemporanei, delineando, in taluni frangenti, un breve intervallo di coesistenza tra le due previsioni. Tale evenienza ha comportato il rischio concreto di una sovrapposizione delle fattispecie che, stante l'intrinseca similitudine, avrebbe potuto vulnerare il principio del *ne bis in idem*, oltre che compromettere la chiarezza e la certezza del diritto.
[33] Ampiamente M. RAVENNA, *Il nuovo art. 314 bis c.p.: una prima scoraggiante lettura*, in *PDP*, 11 dicembre 2024.

ad un uso diverso da quello previsto da specifiche disposizioni di legge o da atti aventi forza di legge dai quali non residuano margini di discrezionalità e intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale o ad altri un danno ingiusto".

La contemporaneità dei due provvedimenti, e la parziale sovrapponibilità sintattica tra le disposizioni che si avvicendano, lasciano affiorare – con naturalezza e non poca malizia - taluni quesiti: si tratta, forse, di una norma concepita per colmare il vuoto lasciato dalla soppressione dell'abuso d'ufficio? È destinata a sostituirlo, e, in tal caso, quale sarebbe la ratio – se mai ce ne fosse una giuridicamente convincente - sottesa all'eliminazione di una figura criminosa per introdurne un'altra che, nella sostanza, ne riproporrebbe i tratti essenziali? E ancora: ove fosse realmente intesa quale norma sostitutiva, l'art. 314-bis c.p. sarebbe in grado di assorbire tutte le condotte che, sotto la vigenza dell'abrogato art. 323 c.p., rientravano nell'alveo del penalmente rilevante? E infine, l'innovazione legislativa – visto l'imbarazzo che avrebbe creato una retromarcia rispetto alla scelta di abrogare l'abuso - rappresenta una risposta alle pressioni esercitate in ambito europeo, allo scopo di scongiurare l'apertura di una procedura d'infrazione?

Per provare a fornire una lettura ragionata di questa 'bifida' vicenda normativa, conviene probabilmente assumere come di partenza proprio l'ultimo degli interrogativi proposti.

In effetti, sulla ratio sottesa all'introduzione dell'art. 314-bis c.p. non si possono avere particolari dubbi: essa trova anzi esplicita enunciazione nella relazione illustrativa al disegno di legge di conversione del decreto-legge n. 92 del 2024, nella quale si evidenzia che la disposizione è finalizzata a «definire con certezza i profili di punibilità delle condotte distrattive prive di carattere appropriativo», in un'ottica di armonizzazione con gli obblighi derivanti dall'ordinamento euro-unitario.

È, infatti, proprio il vincolo sovranazionale a fungere da fondamento alle ragioni di necessità e urgenza che hanno giustificato l'intervento normativo. In particolare, l'art. 4, paragrafo 3, della Direttiva (UE) 2017/1371 (cosiddetta Direttiva PIF) impone agli Stati membri l'obbligo di sanzionare penalmente le condotte distrattive idonee a pregiudicare gli interessi finanziari dell'Unione. L'abrogazione dell'articolo 323 c.p., il cui ambito di applicazione comprendeva anche tali ipotesi, avrebbe comportato in tal senso una violazione del diritto dell'Unione Europea.
Uno sguardo al passato rivela che l'attuale dibattito sulla potenziale violazione della Direttiva PIF non costituisce un precedente isolato e, parimenti, la discussione sulla figura del peculato per distrazione non rappresenta una novità assoluta nel panorama normativo nazionale.

Infatti, prima della riforma del 1990 (Legge 26 aprile 1990, n. 86), l'articolo 314 del Codice Penale configurava il peculato come reato a duplice modalità di condotta: l'appropriazione e la distrazione. In quel contesto, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio rispondeva di peculato non solo per l'illegittima acquisizione di denaro o cose mobili di cui aveva il possesso in ragione del suo ufficio o servizio, ma anche per la mera destinazione di tali beni a fini diversi da quelli istituzionali, pur in assenza di un'interversione del possesso in senso stretto.

La riforma del 1990 ha rappresentato un punto di svolta decisivo, eliminando esplicitamente ogni riferimento alla "distrazione" dalla fattispecie del peculato e concentrando l'articolo 314 c.p. sulla sola condotta appropriativa, intesa come interversione del possesso e disposizione del bene uti dominus. Questa scelta legislativa mirava a delineare un confine più netto tra il peculato e altre condotte di malgoverno. Tuttavia, l'interpretazione giurisprudenziale successiva ha mantenuto una forma di rilevanza per talune condotte distrattive nell'ambito del peculato, attraverso un'interpretazione estensiva del concetto di "appropriazione"[34] che ha ricompreso l'uso indebito di risorse pubbliche finalizzato a vantaggi privatistici, qualificando tale condotta come espressione di una signoria esclusiva sul bene.

Quando, nel 2017, l'Unione Europea adottò la Direttiva (UE) 2017/1371 (Direttiva PIF), la quale

[34] Cfr. A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, op.cit., pp. 40 ss

imponeva agli Stati membri l'obbligo di garantire un elevato livello di tutela penale per i reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione – includendo implicitamente fattispecie che richiamavano proprio quella "variante distrattiva" precedentemente abrogata dal peculato – l'Italia si trovò dinanzi a un potenziale rischio di procedura d'infrazione per inadempimento.

In tale situazione la giurisprudenza di legittimità è prontamente intervenuta. Se da un lato, come già detto, alcune condotte distrattive con finalità privatistica potevano ricadere, per interpretazione estensiva, nella nozione di appropriazione ex art. 314 c.p., dall'altro, la giurisprudenza ha saggiamente ricondotto determinate condotte distrattive a fini non appropriativi – in particolare quelle in cui 1) il bene, sebbene deviato dalla sua finalità originaria, rimaneva destinato a un fine pubblico[35] (seppur illegittimo) e 2) la condotta comportava un ingiusto vantaggio o danno in violazione di legge – nell'ambito applicativo dell'articolo 323 c.p. (abuso d'ufficio). La Cassazione, nella sentenza "Vattani," ha stabilito che si configura peculato quando l'uso improprio di risorse pubbliche avvantaggia interessi privati; se invece il fine è pubblico, anche se diverso dall'originario, può configurarsi abuso d'ufficio, ed è proprio per questa classe di fatti che, la abrogazione di tale reato, ha rischiato di generare un vuoto normativo incompatibile con i vincoli eurounitari[36].

Come si può vedere, dunque, la formulazione dell'abuso d'ufficio, sebbene oggetto di frequenti critiche per la sua indeterminatezza, ha nondimeno assolto una fondamentale funzione di norma di chiusura, consentendo di ricomprendere un'ampia gamma di condotte irregolari riconducibili alla Pubblica Amministrazione. È proprio tale ampiezza che, all'epoca dell'adozione della Direttiva PIF, la giurisprudenza ha saputo impiegare come un paracadute, facendo leva sulla flessibilità applicativa della norma per evitare di precipitare nel vuoto di tutela sanzionatoria rispetto a condotte distrattive non appropriative, e scongiurare così il rischio di una procedura d'infrazione per inadeguato recepimento degli obblighi imposti dal diritto dell'Unione.

Con l'abrogazione dell'art. 323 c.p., si è nuovamente posto il problema della conformità del sistema sanzionatorio interno agli obblighi sovranazionali, esponendo l'ordinamento italiano al medesimo rischio. In tale contesto, il refugium peccatorum è stato rappresentato dall'introduzione dell'art. 314-bis c.p.

Sul punto, la Suprema Corte ha avuto modo di intervenire sin dai primi mesi di vita della neodisposizione, perimetrandone l'ambito di applicazione. In particolare, secondo la VI sez. penale, «il nuovo reato di indebita destinazione di denaro o cose mobili di cui all'art. 314-bis cod. pen. sanziona le condotte distrattive che la giurisprudenza di legittimità riferiva all'abrogata fattispecie di abuso di ufficio»[37].

Appare dunque evidente che il giudice di legittimità riconosca una continuità normativa tra la nuova fattispecie e la previgente ipotesi di abuso d'ufficio nella forma distrattiva. Contestualmente, viene anche esclusa qualsiasi sovrapposizione con il peculato propriamente detto, rispetto al quale la nuova disposizione non intende né comprimerne l'ambito applicativo, né legittimare una diversa qualificazione giuridica delle condotte appropriative, che restano integralmente sussumibili nell'alveo dell'art. 314 c.p. Nessuno 'slittamento', dunque, delle condotte distrattive di tipo appropriativo nel nuovo titolo di reato; né – di conseguenza- alcun regime di maggior favore da dover applicare, ove possibile, retroattivamente.

Ciò constatato - e prima ancora di un giudizio anche solo politico sulla vicenda in esame - si propongono due ulteriori interrogativi: l'introduzione del peculato per distrazione, ossia della nuova fattispecie di cui all'art. 314-bis c.p., può considerarsi uno strumento efficace e idoneo a neutralizzare compiutamente le criticità emerse? Inoltre, il rischio di infrazione costituisce una minaccia

[35] Si veda M. MORRA, *Abrogazione dell'abuso di ufficio e introduzione dell'art. 314-bis cod. pen.: parziale abolitio criminis ed effetti successori che non interessano il peculato*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2024, p.12.

[36] Sul punto si vedano le puntuali considerazioni di M. GAMBARDELLA *Peculato, abuso d'ufficio e nuovo delitto di "indebita destinazione di denaro o cose mobili" (art. 314-bis c.p.). I riflessi intertemporali del decreto-legge n. 92/2024* in *Sistema Penale*, 17 luglio 2024.

[37] Cass. Pen., Sez. VI, ud. 23 ottobre 2024, n.13

concreta, dotata di reale consistenza sul piano sostanziale?

In ordine al primo quesito, l'articolo 314-bis c.p., nella sua attuale formulazione, presenta un ambito applicativo senza ombra di dubbio più ristretto rispetto alla fattispecie di abuso d'ufficio previgente. Esso si limita, infatti, a sanzionare condotte di indebita destinazione di denaro o beni mobili, lasciando inevitabilmente prive di copertura penale numerose condotte abusive che, pur non concretizzandosi in un danno o vantaggio patrimoniale diretto, risultano gravemente lesive dei principi di legalità, imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione.

A titolo esemplificativo, si considerino atti di esercizio arbitrario del potere pubblico, in assenza di distrazione patrimoniale, che si traducano in favoritismi personali non economici, come assunzioni clientelari prive di compenso, ovvero la concessione di vantaggi non patrimoniali o onorifici in violazione delle regole di imparzialità.

Analogamente, rientrano tra le condotte oggi prive di adeguata sanzione penale quelle che ledono i principi di trasparenza e par condicio, come l'adozione di provvedimenti illegittimi volti ad alterare l'esito di procedure concorsuali o selettive, pur in assenza di un immediato pregiudizio economico. Non meno rilevanti sono i casi di sviamento funzionale relativi a prestazioni immateriali o a posizioni giuridiche soggettive, quali l'uso distorto di risorse umane, l'accesso indebito a informazioni riservate, o la manipolazione di procedimenti amministrativi.[38]

Che tali condotte, pur non coinvolgendo denaro o beni mobili, arrechino un vulnus all'interesse pubblico e all'effettività della funzione amministrativa, difficile dubitarlo. Altro discorso, tutto ancora da verificare, e se esista una necessità penale di configurare tali classi comportamentali all'interno di una fattispecie criminosa. Un dato, tuttavia, è inoppugnabile: l'abuso d'ufficio non è stato rimpiazzato da un diverso strumento giuridico equivalente, in grado di assicurare con la stessa capacità applicativa la trasparenza dell'azione amministrativa e di prevenire situazioni di conflitto di interessi. La natura residuale di quel reato, del resto, ci impone di verificare che nessuna altra fattispecie preesistente sia in grado di dare copertura tipica a quel tipo di comportamenti.

L'abuso di ufficio, dunque – e seppur con i limiti applicativi cui si è fatto cenno – era strumento di tutela forte contro certe condotte autoritarie e arbitrarie dei pubblici ufficiali, specie nei confronti dei cittadini più esposti. Per tale ragione, la sua abrogazione risulta intervento né ineluttabile, né esente da costi sul piano della tutela del principio di legalità e del corretto esercizio del potere pubblico[39], visto che da un lato, ha privato i cittadini di un efficace presidio giuridico volto a contrastare l'uso distorto del potere pubblico, che si manifestava in condotte abusive spesso di natura meramente materiale e non formalmente strutturate, sottratte tanto al controllo giurisdizionale amministrativo quanto alla disciplina interna; dall'altro, ha generato il rischio di uno slittamento repressivo verso fattispecie di maggiore gravità, con la conseguente disarmonia proporzionale tra disvalore della condotta e severità della sanzione[40].

Non può ritenersi, pertanto, completamente scongiurato il rischio che l'Italia incorra in una violazione del diritto internazionale e/o europeo.

Anche perché – ed è importante sottolinearlo quale premessa imprescindibile per comprendere le ragioni per cui l'intervento abrogativo ha sollevato dubbi circa la sua legittimità costituzionale, questioni che saranno a breve approfondite — sebbene il punto di partenza da cui si è preso le mosse sia rappresentato dalla Direttiva PIF, questa non costituisce l'unico riferimento sovranazionale rilevante ai fini della repressione delle condotte lesive della legalità amministrativa.

L'obbligo di tutela penale dell'imparzialità e dell'integrità dell'azione pubblica trova, infatti, fondamento in un più ampio ventaglio di strumenti internazionali, tra cui la Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione (Convenzione di

[38] Cfr. D. MICHELETTI, *La "distrazione" gioca brutti scherzi,* in *Discrimen*, 2024

[39] Cfr. M. PARODI GIUSINO, *Aspetti problematici della disciplina dell'abuso d'ufficio in relazione all'eccesso di potere ed alla discrezionalità amministrativa*, in *RTDPE*, 2009.

[40] Cfr. A. MANNA, *Una possibile riforma dei delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, in I*Materiali sulla riforma dei reati contro la Pubblica Amministrazione,* Padova, 2007.

Mérida)[41]. Ecco che allora, con specifico riferimento agli articoli 7, paragrafo 4 — che raccomanda l'adozione di sistemi idonei a prevenire i conflitti di interesse; 19 — che invita gli Stati a considerare la criminalizzazione dell'abuso intenzionale delle funzioni pubbliche a fini di vantaggio indebito; e 65, paragrafo 1 — che impone l'adozione delle misure legislative e amministrative necessarie all'attuazione della Convenzione, l'abrogazione della fattispecie di abuso d'ufficio appare come una scelta fortemente disarmonica.

Secondo un'interpretazione autorevole, tali norme comporterebbero non solo un obbligo di criminalizzazione, ma anche un implicito divieto di depenalizzazione, assimilabile a una clausola di *stand still*[42]: infatti l'uso del verbo *maintain* in alcuni passaggi della Guida all'implementazione della Convenzione sembrerebbe implicare un divieto di arretramento rispetto agli standard di tutela già raggiunti, imponendo agli Stati contraenti di preservare – salvo motivata incompatibilità ordinamentale – un adeguato livello di penalizzazione delle condotte distorsive dell'attività pubblica. [43]

Aperta e chiusa questa breve ma fondamentale parentesi sulle norme extra-nazionali coinvolte; una volta chiarito che l'art. 314-bis c.p. è stato introdotto per evitare una procedura d'infrazione conseguente all'abrogazione dell'abuso d'ufficio; e che tuttavia la nuova fattispecie presenta un ambito troppo ristretto e non è in grado, in termini di tutela, di sostituire le garanzie offerte dalla norma abrogata, con la conseguente inadeguatezza rispetto al livello minimo di protezione richiesto dal diritto europeo e la persistente attualità del rischio di infrazione, si giunge al secondo quesito inizialmente posto: qual è la natura di tale rischio: concreta o meramente teorica? In altri termini, gli obblighi sovranazionali possiedono una natura cogente e vincolante o assumono carattere esclusivamente programmatico?

Sul punto si è recentemente pronunciata la Corte costituzionale.

Difatti, la discrasia tra l'abrogazione dell'abuso d'ufficio e le prescrizioni delle fonti sovranazionali implica una possibile incompatibilità con il dettato costituzionale. Più in generale, le criticità fin qui delineate — ovvero, da un lato, il vuoto di tutela determinato dalla soppressione della fattispecie di cui all'art. 323 c.p., e, dall'altro, il possibile contrasto con gli obblighi internazionali e sovranazionali — trovano il proprio fondamento giuridico in alcuni parametri sanciti nella nostra Carta fondamentale[44].

È dunque in tale prospettiva che assumono rilievo le questioni di legittimità sollevate da una pluralità di uffici giudiziari, con quattordici diverse ordinanze (tredici di giudici di merito[45] e una della Corte di cassazione[46]) le quali convergono nella denuncia della potenziale illegittimità dell'intervento abrogativo in apparente contrasto con le disposizioni di cui agli artt. 97, 117 e 11 della Costituzione[47].

In particolare, la violazione dell'art. 97 Cost., il quale impone alla pubblica amministrazione di operare secondo criteri di imparzialità e buon andamento, sussisterebbe nella misura in cui la soppressione della norma incriminatrice finisce con il privare l'ordinamento di uno strumento sanzionatorio efficace nei confronti di condotte devianti ma non corruttive in senso stretto.

Quanto al profilo sovranazionale le censure si sono incentrare sulla violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., in relazione agli obblighi assunti dallo Stato italiano mediante la ratifica della Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione (cd. Convenzione di Merida), nonché sull'art. 11

[41] Cfr. G.M. RUOTOLO *L'abrogazione del reato di abuso d'ufficio alla luce della Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione. Alcune brevi considerazioni internazionalistiche* in *Sistema penale*,19 dicembre2024.

[42]v. K. MICHAEL, R.A. CORNELIA,*The United Nations Convention against corruption and its criminal law provisions*, in P. HAUCK, S. PETERKE (Eds), *International Law and Transnational Organised Crime*, Oxford. 2016, pp. 219 ss.

[43] Cfr. B. BONAFÈ, *Constitutional judicial review and international obligations of criminalization*, in *International Criminal Law Review*, 2021, pp. 660 ss, e ancora, v. D. AMOROSO, *The Duties of Criminalization under International Law in the Practice of Italian Judges: An Overview*, ivi, pp. 641 ss.

[44] Cfr. A. MILONE, M. CUTOLO *Dalle istanze liberali al parossismo penalistico e alle lacune di tutela, ovvero: l'abrogazione dell'abuso d'ufficio come cavallo di Troia*, in *Sistema Penale*, 24 settembre 2024.

[45] Tra le altre, 21 ottobre 2024, Tribunale di Busto Arsizio; 3 ottobre 2024, Tribunale di Firenze; 30 settembre 2024, Tribunale di Locri; 24 settembre 2024, Tribunale di Firenze.

[46] Cass., Sez. VI, ord. 21 febbraio 2025 (dep. 7.3.2025), n. 9442.

[47] Si veda M. DONINI, *Gli aspetti autoritari della mera cancellazione dell'abuso di ufficio*, in *Sistema Penale*, 23 giugno 2023;

Cost., che riconosce l'apertura dell'ordinamento italiano alla cooperazione internazionale e al rispetto degli impegni convenzionali.

È l'ordinanza di rimessione emanata della Corte di Cassazione a compendiare le diverse questioni di legittimità costituzionale, sollevate in maniera sparsa dai giudici rimettenti nei procedimenti a quibus. A quella si può fare riferimento, pertanto, per farsi una prima idea in ordine alla risposta che alle stessi ha fornito il giudice costituzionale.

Con l'ordinanza n. 9442 del 2025, la Suprema Corte ha richiamato le numerose pronunce di merito che hanno sollevato dubbi di costituzionalità nei mesi recenti per valorizzare il rapporto tra gli obblighi sovranazionali, derivanti dalla Convenzione ONU contro la corruzione (ratificata con legge n. 116/2009), e gli articoli 11 e 117 della Costituzione. La Convenzione, infatti, mira a rafforzare in modo efficace le misure di prevenzione e repressione della corruzione, prevedendo altresì un articolato sistema di cooperazione internazionale. L'articolo 19 della Convenzione descrive l'"abuso d'ufficio" in termini sostanzialmente analoghi a quelli dell'abrogato articolo 323 del codice penale, riferendosi al comportamento del pubblico ufficiale che abusa delle proprie funzioni o si astiene dall'adempiere ai propri doveri in violazione di legge, al fine di ottenere un indebito vantaggio per sé o per altri. La Guida all'attuazione della Convenzione chiarisce che gli Stati contraenti non sono tenuti ad introdurre specifiche fattispecie incriminatrici, qualora incompatibili con il proprio ordinamento; tuttavia, l'uso del verbo "*maintain*" impone il mantenimento del livello di tutela già raggiunto, vietando regressioni legislative o amministrative. La Corte di Cassazione ha concluso che tale vincolo non implica l'immutabilità delle norme penali interne, ma attribuisce loro una peculiare resistenza all'abrogazione, proprio in quanto funzionali alla realizzazione degli obblighi convenzionali.

La risposta della Corte Costituzionale, dopo l'accumularsi delle tante ordinanze di rimessione richiamate, ha reso nota la propria decisione con il comunicato dell'8 maggio 2025[48]. Il tenore di tale comunicato, in attesa del deposito della motivazione, consente nondimeno di cogliere con sufficiente chiarezza le linee direttrici dell'argomentazione adottata.

Anzitutto, quanto alle censure fondate sull'art. 97 Cost., la Corte ne ha dichiarato l'inammissibilità, escludendo la possibilità di un vaglio del rispetto dei principi di imparzialità e buon andamento.

In ordine alle questioni sollevate in relazione agli obblighi internazionali. In tal caso, la Corte ha ritenuto le censure ammissibili ma infondate. Più precisamente, ha escluso che la scelta abrogativa possa costituire una violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., in relazione alla Convenzione di Merida.

È stato, infatti, chiarito che l'art. 19 della Convenzione[49], pur raccomandando agli Stati parte l'introduzione di strumenti penalmente sanzionatori contro l'abuso di funzioni pubbliche, non impone un obbligo cogente. La formulazione utilizzata ("shall consider adopting") ha natura marcatamente programmatica e non vincolante, a differenza di altre disposizioni della stessa Convenzione che invece si esprimono in termini imperativi ("*shall adopt*"). Ne consegue che l'Italia, nel scegliere di espungere dall'ordinamento la fattispecie penale dell'abuso d'ufficio, non ha trasceso il margine di discrezionalità che le convenzioni internazionali lasciano ai legislatori nazionali nell'attuazione dei propri impegni.

La Corte ha dunque evidenziato come si tratti di una clausola di *soft law*, idonea a orientare le politiche criminali degli Stati, ma non vincolante sul piano giuridico, e ciò in linea con quanto già affermato da altri organi giurisdizionali, tra cui la Corte di Giustizia dell'Unione europea, in merito all'ampiezza del margine di apprezzamento degli Stati nell'attuazione degli obblighi internazionali.

[48] Cfr. *Non è incostituzionale l'abrogazione del reato di abuso d'ufficio. La nota dell'Unione e dell'Osservatorio Corte Costituzionale, Unione delle Camere Penali Italiane*, 9 maggio 2025.

[49] L'articolo 19 recita: *«Each State Party shall consider adopting such legislative and other measures as may be necessary to establish as a criminal offence, when committed intentionally, the abuse of functions or position, that is, the performance of or failure to perform an act, in violation of laws, by a public official in the discharge of his or her functions, for the purpose of obtaining an undue advantage for himself or herself or for another person or entity».*

Preme, in questa sede sottolineare che è insita nel principio costituzionale di legalità l'inesistenza di un obbligo di incriminazione, poiché la rilevanza di un bene non genera tali vincoli per il legislatore, cui è demandato il monopolio esclusivo di tali scelte[50]; essa offre unicamente un criterio di "legittimazione negativa", circoscrivendo ciò che non può assurgere a materia di reato. La giurisprudenza costituzionale[51] ha costantemente asserito la propria preclusione a sindacare le scelte di criminalizzazione o ad ampliare l'ambito applicativo delle norme penali, giacché alla sua giurisdizione è interdetta la creazione di nuove fattispecie penali o l'introduzione di effetti *in malam partem*.

Quanto all'effettiva incidenza dell'abrogazione sulla tenuta del principio di legalità amministrativa, la Corte non si è pronunciata, avendo ritenuto che tali profili esorbitassero dall'oggetto concreto dei giudizi a quibus, limitandosi semplicemente ad osservare che esistono strumenti alternativi di tutela, quali la responsabilità amministrativa, contabile e disciplinare, nonché il sindacato giurisdizionale sugli atti. Ne consegue che la Corte non ha certamente condannato nel suo complesso il sistema né ha stigmatizzato irrevocabilmente l'abrogazione, tuttavia, il mancato pronunciamento nel merito lascia comunque aperto il dibattito, circa l'adeguatezza dei nuovi strumenti a colmare il vuoto di tutela generato dall'intervento abrogativo.

Si potrebbe sostenere che sia preferibile così? Che la Corte, nel rispetto della gerarchia delle fonti, abbia scelto di non pronunciarsi, rilanciando invece il dibattito nella sua sede naturale ossia sul piano legislativo?

Probabilmente sì, nell'auspicio che il Parlamento colga tale invito a valutare un eventuale intervento volto a colmare il vuoto normativo lasciato dall'abrogazione, mediante l'introduzione di fattispecie penalmente rilevanti, più circoscritte, determinate e conformi ai principi di tassatività, ma al contempo efficaci nel contrastare le forme più gravi di devianza nell'azione amministrativa, e che non rimanga inerte; timore questo che appare tutt'altro che infondato, considerata l'esperienza degli ultimi anni, nei quali nel silenzio della legislazione è stata invero la giurisprudenza a supplire la sua funzione con interventi formalmente interpretativi ma sostanzialmente normativi.

4. *CONCLUSIONI*

Il complesso iter normativo culminato nell'abrogazione del reato di abuso d'ufficio ad opera della Legge n. 114 del 2024 e nell'introduzione del peculato per distrazione ha imposto una profonda riflessione sull'equilibrio tra istanze garantiste e l'ineludibile esigenza di tutela penale nell'ambito della pubblica amministrazione. La scelta deflattiva, volta a mitigare la "paura della firma" e a promuovere l'efficienza, ha inevitabilmente sollevato interrogativi sulla tenuta del sistema sanzionatorio e la sua conformità agli obblighi sovranazionali, in particolare quelli discendenti dalla Direttiva (UE) 2017/1371 e dalla Convenzione ONU contro la corruzione.

L'introduzione dell'articolo 314-bis c.p., sebbene concepita per colmare il vuoto normativo e rispondere alle sollecitazioni europee, si rivela intrinsecamente più circoscritta. Tale limitazione lascia prive di copertura penale numerose condotte abusive che, pur non configurando un vantaggio o danno patrimoniale diretto, pregiudicano i principi di legalità, imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione. Il peculato per distrazione, pertanto, non si configura quale equivalente funzionale dell'abuso d'ufficio, bensì come presidio specifico, lasciando irrisolta la questione di una tutela generale contro le devianze non appropriative del potere pubblico.

La recente pronuncia della Corte Costituzionale, pur confermando la discrezionalità del legislatore nazionale e dichiarando l'inammissibilità delle censure sull'articolo 97 Cost. e l'infondatezza di quelle sugli obblighi internazionali non cogenti, ha delineato un quadro che, se da un lato offre chiarezza formale, dall'altro accentua la responsabilità del Parlamento. Tale statuizione, pur accorta nel

[50] Sul punto, cfr. D. PULITANÒ, Obblighi costituzionali di tutela penale?, in. Riv. it. dir. proc. pen., 1983; A. MANNA, "Diritto penale e Costituzione" , in Trattato di diritto penale e legge penale (a cura di) A.CADOPPI, S.CANESTRANI, A.MANNA vol.I 2012 ; V.MANES Introduzione ai principi costituzionali in materia penale, Ed. II, 2024

[51] Cfr. C. cost. n. 447/1998; C. cost. n. 161/2005; C. cost. n. 108/1981

rispetto della gerarchia delle fonti, si configura come un monito implicito: un invito a colmare una lacuna che, se non indirizzata, potrebbe compromettere la pienezza della tutela della legalità amministrativa e favorire una progressiva erosione della percezione di responsabilità. La sfida per il legislatore risiede ora nel formulare nuove fattispecie penali: mirate, determinate e conformi al principio di tassatività, ma al contempo sufficientemente robuste da salvaguardare l'integrità dell'agire amministrativo. Solo così si potrà evitare che l'intenzione di semplificare si traduca in una pericolosa attenuazione dei presidi a tutela del buon andamento e dell'imparzialità della cosa pubblica, pilastri imprescindibili per la legittimazione dell'azione statale.

DE IUSTITIA

Rivista scientifica Anno 2025 – N°4 – Ottobre 2025

DIRITTO PENALE ISSN 2974-7562

ISCRIZIONE DELLA NOTIZIA DI REATO E PRINCIPIO DI LEGALITÀ PENALE E PROCESSUALE

di **Perla PICCOLO** *

ABSTRACT

Il lavoro analizza la rinnovata disciplina processuale della notizia di reato, in relazione ai risvolti potenzialmente positivi per il principio di legalità e le garanzie penalistiche nell'ottica del sistema complessivo di giustizia penale.

The written analyzes the renewed procedural discipline of the crime reporting, in relation to the potentially positive implications for the principle of legality and criminal law guarantees from the perspective of the overall criminal justice system.

SOMMARIO

1. Cenni introduttivi 30

2. Presupposti oggettivi della "notizia di reato" e iscrizione a modello 45 32

3. Presupposti soggettivi: iscrizione a modello 44 o a modello 21 34

4. Retrodatazione e controlli giurisdizionali sull'iscrizione..... 35

5. Le ricadute in tema di principio di legalità penale sostanziale e processuale nel contesto della nuova regola di giudizio in tema di archiviazione e di udienza preliminare 37

1. CENNI INTRODUTTIVI

Nell'originaria previsione codicistica, l'esigenza di contenere i tempi delle indagini era conseguente alla separazione delle fasi procedimentali, alla tendenziale inidoneità probatoria degli atti assunti unilateralmente dal pubblico ministero, alla necessità che fosse il processo la sede naturale in cui assumere le prove e ricostruire i fatti, all'esigenza che la prova fosse formata il più "vicino" possibile alla data di commissione del fatto. Ciò giustificava una serie di previsioni normative: l'atto di indagine compiuto dopo la scadenza del termine di durata della indagini era inutilizzabile (art. 407, comma 3, c.p.p.); il pubblico ministero, decorso il termine di durata delle indagini, formalizzava le sue determinazioni attraverso l'opzione tra richiesta di archiviazione ed esercizio dell'azione penale; il potere di avocazione obbligatoria, previsto dall'art. 412, comma 1, c.p.p., era funzionale a garantire la sequenza procedimentale delineata e aveva come presupposto la previsione che la procura generale ricevesse dalle procure della Repubblica del distretto, con cadenza settimanale, l'elenco dei procedimenti per i quali risultavano scaduti i tempi d'indagine (art. 127 disp. att. c.p.p.); l'indagato e la persona offesa avevano il potere di richiedere al pubblico ministero di secondo grado di disporre l'avocazione tutte le volte in cui l'ufficio di prime cure fosse rimasto inerte allo scadere del termine di durata massima delle indagini (art. 413 c.p.p.).

Il sistema non ha funzionato per molteplici ragioni[1]; un sistema in cui – ad esclusione del meccanismo delle proroghe – controllore e controllato si sovrapponevano in un'unica figura, quella del pubblico ministero.

Un sistema che presupponeva certezza nella individuazione del *dies a quo* di decorrenza del termine di durata delle indagini e, quindi, una rigorosa coincidenza temporale fra il momento in cui la notizia di reato fosse oggettivamente e soggettivamente configurabile e quello della iscrizione nell'apposito registro di cui all'art. 335 c.p.p. del nome della persona indagata.

Non vi era invece una definizione di notizia di reato e neppure una chiara indicazione di quando, cioè in presenza di quali condizioni, il pubblico ministero dovesse procedere alla iscrizione del nome della persona sottoposta alle indagini.

È accaduto che spesso l'iscrizione oggettiva della notizia di reato e del nome della persona sottoposta alle indagini abbia seguito di molti mesi la formale acquisizione della notizia di reato da parte

* Dottoressa in Giurisprudenza.

[1] In argomento, A. Marandola, *I registri del pubblico ministero. Tra notizia di reato ed effetti procedimentali*, Padova, 2001.

della polizia giudiziaria, il cui obbligo di trasmissione al pubblico ministero era a sua volta conformato su un parametro cronologico molto sfuggente e non legato a rigide scansioni temporali.

Il d.lgs. n. 150/2022 è così intervenuto sulla fase delle indagini preliminari, valorizzandone la funzione probatoria nella prospettiva della nuova regola di giudizio, in tema di archiviazione e di sentenza *ex* art. 425 c.p.p., della ragionevole previsione di condanna[2]: la completezza e lo spessore dell'indagine costituiscono dunque precondizioni per l'efficacia deflattiva della regola di giudizio applicata dal giudice dell'udienza preliminare. È stato introdotto l'auspicato controllo giurisdizionale sugli snodi cruciali dello sviluppo della fase investigativa, con particolare riguardo al momento dell'iscrizione della notizia di reato. Recependo le direttive contenute nella legge-delega, è stato sostanzialmente chiarito che l'iscrizione è un atto a struttura complessa, nel quale coesistono una componente "oggettiva", cioè la descrizione di un determinato fatto ("notizia") riconducibile ad una fattispecie penale, e una componente "soggettiva", rappresentata dall'attribuibilità soggettiva di quel fatto, cioè dalla indicazione della persona da sottoporre alle indagini, la cui individuazione costituisce il *dies a quo* per la decorrenza dei termini di durata della indagini. Sono stati definiti, da una parte, i presupposti oggettivi della "notizia di reato", al fine di meglio delineare il limite inferiore rispetto al registro degli atti non costituenti notizia di reato (modello 45), e, per altro verso, i presupposti soggettivi della iscrizione, in tal modo chiarendo lo scrutinio da effettuare come discrimine tra iscrizione a modello 44 (registro delle notizie di reato a carico di persone ignote) e iscrizione a modello 21 (registro delle notizie di reato a carico di persone note).

L'intervento legislativo risulta calibrato sulla presa d'atto che il baricentro del processo si è progressivamente e sostanzialmente spostato nella fase anteriore all'esercizio dell'azione penale, segnatamente nel momento in cui si radica la più invasiva coloritura mediatica[3]. Il naturale contraltare di una simile impostazione di sistema non può che consistere nel rafforzare le garanzie difensive, di matrice costituzionale, ed il controllo giurisdizionale sugli snodi principali della fase investigativa.

In tale contesto, valore centrale assume il momento dell'iscrizione della notizia di reato, adempimento al quale si ricollegano una serie di rilevanti effetti, tra i quali[4]: 1) l'inizio della decorrenza del termine per le indagini e, conseguentemente, del termine per l'azione con tutte le nuove dinamiche ad esso collegate; 2) l'inutilizzabilità degli atti compiuti oltre il termine per le indagini; 3) il regime delle intercettazioni telefoniche ed ambientali; 4) la necessità di tutelare il diritto costituzionalmente garantito di difesa dell'indagato; 5) i riflessi sulla successiva formulazione dell'imputazione; 6) i rischi per la presunzione di innocenza, esaltati dalla risonanza mediatica dell'inchiesta penale e dal cortocircuito mediatico-giudiziario che molti (e talora irreparabili) guasti produce e che si scatena con la sola notizia dell'iscrizione della notizia di reato.

In relazione a tali rilevanti effetti, si evidenziava in passato il tenore estremamente laconico dell'art. 335 c.p.p. nella versione originaria, che nulla precisava sui criteri e sulle modalità dell'iscrizione[5]. Ciò apriva ampi spazi alla prassi per riempire l'obbligo del pubblico ministero, rimanendo un po'

[2] Sul tema, cfr. F. D'Arcangelo, *L'udienza preliminare*, in *La riforma del sistema penale*, a cura di A. Bassi - C. Parodi, Milano, 2022, 141 ss.; G. Garuti, *L'efficienza del processo tra riduzione dei tempi di indagine, rimedi giurisdizionali e "nuova" regola di giudizio*, in www.archiviopenale.it; T. Rafaraci, *Archiviazione e udienza preliminare nella riforma Cartabia*, in *Dir. proc. pen.*, 2023, 161 ss.

[3] C. Conti, *L'iscrizione della notizia di reato nel prisma dell'azione: nuovi requisiti e finestre di giurisdizione*, in *Dir. pen. proc.,* 2023, 142 ss. In argomento, V. Manes, *Giustizia mediatica*, Bologna, 2022, il quale osserva che i media hanno trasformato la giustizia in spettacolo, portando notizie di indagini e processi attraverso giornali e telegiornali, salotti televisivi e talk show. L'Autore rileva che non si tratta solo di informazione o di cronaca giudiziaria, bensì di una rappresentazione spettacolarizzata dove la corretta descrizione dei fatti viene sacrificata all'impatto sull'audience, generando una tipicità mediatica che richiede simbolicamente punizione. Si dà vita in tal modo a una sorta di processo parallelo incurante delle regole e delle garanzie individuali, facendo leva sull'indignazione morale del pubblico e generando scandali. Nel tribunale mediatico il diritto rischia di rimanere imbrigliato nel giudizio dell'opinione pubblica, che trasforma automaticamente l'indagato in colpevole, negandogli il diritto alla presunzione d'innocenza, e travolgendo molti altri diritti fondamentali.

[4] C. Conti, *L'iscrizione della notizia di reato nel prisma dell'azione: nuovi requisiti e finestre di giurisdizione*, cit., 142 ss.

[5] D. Curtotti, *L'iscrizione della notizia di reato e il controllo del giudice*, in AA.VV., *La riforma Cartabia*, a cura di G. Spangher, Pisa, 2022, 35 ss.

tutti ancorati all'unica certezza, di derivazione giurisprudenziale, dell'esclusione di un controllo del giudice in ordine alla tempestività dell'iscrizione da parte del PM, a cui si è sempre riconosciuta (e si continua a riconoscere) una esclusiva valutazione discrezionale. Si parla al riguardo di "discrezionalità valutativa" del pubblico ministero[6].

Le problematiche emerse nella prassi erano: a) l'eccesso di iscrizioni a *modello 21* (a carico di noti), con tutti gli effetti pregiudizievoli che ne conseguono, pur in assenza di un adeguato quadro indiziario soggettivamente indirizzato; b) la tardività dell'iscrizione, o, ancora, la mancata iscrizione, pur in presenza delle condizioni di legge, con il conseguente abuso della dilatazione del termine di decorrenza delle indagini preliminari e, prima ancora, con conseguente violazione del diritto alla conoscenza delle indagini a proprio carico, quale momento essenziale del diritto di difesa; c) le difficoltà legate alla esatta perimetrazione della nozione di "notizia di reato", così da evitare il duplice rischio di iscrizioni di notizie "generiche", che al massimo andrebbero iscritte a *modello 45* quali fatti non costituenti reato, o di "non iscrizioni" al cospetto di notizie di reato, con l'effetto di ritardare sia il termine di decorrenza delle indagini, sia l'attivazione delle garanzie riconosciute alla persona sottoposta alle indagini.

Ne derivava il problema della c.d. "iscrizioni facili" per ipotesi che scontano una carenza di tipicità delle rispettive fattispecie, e dunque una inevitabile corresponsabilità del legislatore, come talvolta è avvenuto in materia di abuso d'ufficio e di responsabilità colposa in ambito sanitario[7].

Per contro, la disciplina introdotta dal d. lgs. n. 150 del 2022 da vita ad un legame ideale tra la notizia di reato e l'imputazione, in modo che la prima ponga le premesse della seconda, innescando una sequenza di addebiti provvisori tutti protesi ad evitare che la fluidità delle indagini si traduca in una vaghezza dei presupposti e della consistenza temporale delle stesse[8]. Sul piano valoriale, la modifica si collega, altresì, alle interpolazioni delle norme sull'udienza preliminare, che attribuiscono al giudice il potere di ordinare al pubblico ministero la riformulazione delle imputazioni generiche (art. 421, commi 1 e 2, c.p.p.).

2. *PRESUPPOSTI OGGETTIVI DELLA "NOTIZIA DI REATO" E ISCRIZIONE A MODELLO 45*

Al fine di soddisfare le esigenze di garanzia, certezza e uniformità delle iscrizioni, determinanti nell'individuazione del momento in cui le indagini hanno inizio e allo scopo di garantire quello che attenta dottrina ha definito come "*un vero e proprio "principio di coerenza" nell'evoluzione dell'addebito nel corso del procedimento*"[9], la nuova versione dell'art. 335, comma 1, c.p.p. prevede espressamente i criteri in base ai quali è possibile procedere all'iscrizione oggettiva e soggettiva della *notitia criminis*[10].

[6] Per tutti, A. Marandola, *Notizia di reato, tempi delle indagini e stadi procedurali nella (prossima) riforma del processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 1570 ss.

[7] Si pensi a riforme in senso sempre più tassativo dell'art. 323 del 1990, 1997, 2020 e, forse, 2023, a fronte di interpretazioni che in una dimensione diametralmente opposta ne riespandono l'ambito applicativo per ricomprendervi l'eccesso di potere (cfr. Cass., 23 febbraio 2022, n. 13139). Si pensi agli interventi legislativi sulla colpa medica nel 2012 e nel 2017, a fronte di norme difficilmente intelligibili e poco funzionali allo scopo di tranquillizzare la classe medica, assai preoccupata da interpretazioni restrittive della non punibilità: cfr. Cass. pen., sez. un., 21 dicembre 2017 (dep. 22 febbraio 2018) n. 8770, che si è mossa alla ricerca di un'interpretazione costituzionalmente conforme attraverso un'attività ermeneutica spintasi dichiaratamente «oltre» la letteralità del testo, attraverso una reinterpretazione del canone dell'art. 12 delle preleggi. Per tale pronuncia «la valorizzazione del significato immediato delle parole, di quello derivante dalla loro connessione nonché della intenzione del legislatore», comporta il divieto ricavabile per l'interprete di «andare "contro" il significato delle espressioni usate», non implicando invece quello di andare «'oltre" la letteralità del testo», soprattutto allorquando l'opzione ermeneutica prescelta rappresenti «il frutto di uno sforzo che si rende necessario per giungere a un risultato costituzionalmente adeguato, candidandosi così a dare luogo, in presenza di una divisione netta nella giurisprudenza delle sezioni semplici, al "diritto vivente" nella materia in esame» (§ 5). Sulla base di tale premessa, si è ritenuto che esulino dall'area di non punibilità non solo le forme di negligenza e imprudenza ma anche quelle di imperizia grave (nell'atto esecutivo). In tema, C. Cupelli, *L'art. 590-sexies nelle motivazioni delle Sezioni Unite: un'interpretazione 'costituzionalmente conforme' dell'imperizia medica (ancora) punibile*, in *Cass. pen.*, 2018, 1470 ss.

[8] C. Conti, *L'iscrizione della notizia di reato nel prisma dell'azione: nuovi requisiti e finestre di giurisdizione*, cit., 142 ss.

[9] C. Conti, *L'iscrizione della notizia di reato nel prisma dell'azione: nuovi requisiti e finestre di giurisdizione*, cit., 142 ss.

[10] Il presupposto della disciplina è il rilievo, avvalorato da noti e autorevoli precedenti - si pensi alla *Circolare* del Ministero della Giustizia 11 novembre 2016, alla *Circolare* della Procura di Roma del 2 ottobre 2017 (c.d. *Circolare* Pignatone) e

La responsabilità dell'iscrizione è riservata al Procuratore della Repubblica, anche in difformità rispetto a quanto segnalato dal denunciante o indicato dalla polizia giudiziaria e l'individuazione del registro nel quale iscrivere costituisce un atto processuale pienamente espressivo della funzione giudiziaria. Nella prassi si ritiene che il sostituto assegnatario del procedimento possa esclusivamente procedere a successivi adeguamenti o, al massimo, a ulteriori iscrizioni che si rendano necessarie nell'ambito della medesima vicenda, sotto il controllo del capo dell'ufficio.

Alla luce del d.lgs. n. 150/2022 il pubblico ministero iscrive immediatamente nell'apposito registro ogni notizia di reato, che gli perviene o che ha acquisito di propria iniziativa, "contenente la rappresentazione di un fatto, determinato e non inverosimile, riconducibile in ipotesi ad una fattispecie incriminatrice. Nell'iscrizione sono indicate, ove risultino, le circostanze di tempo e di luogo del fatto" (art. 335, comma 1, c.p.p.).

In buona sostanza gli elementi costitutivi della notizia di reato sono: a) la rappresentazione del fatto storico; b) la sua non inverosimiglianza; c) il suo carattere determinato con la precisazione che le circostanze di tempo e di luogo del fatto non sono indispensabili a integrare questo requisito e sono indicate solo ove risultino; d) la possibilità di sussumerlo in un tipo normativo.

Solo al ricorrere congiunto di tali requisiti è possibile distinguere il mero ed astratto sospetto di reato di cui all'art. 116 disp. att., ovvero la sussistenza di un'area di principio di sospetto eticizzante ricostruito in termini di presunta illegalità, dalla notizia di reato quale ipotesi concreta di fatto storico corrispondente, almeno dal punto di vista materiale e strutturale, ad una fattispecie penale e dunque riconducibile alla tipicità penale con tutto il corredo di garanzie legalitarie che accompagna tale ultima ipotesi. Non deve trattarsi, pertanto, di un fatto meramente ipotizzato in chiave presuntiva anche al fine di ricercare un reato. Inoltre, il fatto rappresentato deve essere determinato e cioè deve avere caratteri definiti e precisi della tipicità penale; deve essere non inverosimile e cioè la rappresentazione non deve risultare in contrasto con la migliore scienza ed esperienza del momento storico[11]; infine, deve trattarsi di un fatto riconducibile in ipotesi ad una fattispecie incriminatrice, con un chiaro riferimento ad una prima prognosi sulla sussumibilità del fatto nella norma penale[12]. Occorre tenere presente, invece, che l'indicazione delle circostanze di tempo e di luogo non è requisito costitutivo del concetto di notizia di reato, bensì un aspetto accessorio che può essere indicato ove risulti.

Scopo della nuova disposizione pare essere, secondo la dottrina, quello di tracciare in modo il più possibile netto il discrimine tra l'iscrizione a modello 21 (indagati noti) o a modello 44 (indagati ignoti) e l'iscrizione nel registro delle pseudonotizie di reato (modello 45)[13]. Un fatto privo di elementi minimi, che risulti confuso o che non possa essere ricompreso nemmeno in astratto all'interno di una fattispecie incriminatrice, è senz'altro destinato a quest'ultimo registro[14].

Nei nuovi presupposti per l'iscrizione oggettiva è stato evidenziato il rischio di valorizzazione di un vero e proprio *standard* probatorio da raggiungere perché si possa parlare di "notizia di reato", laddove il concetto di *standard* probatorio presuppone

agli *Orientamenti* della Procura generale presso la Corte di cassazione del 3 giugno 2019 in merito all'osservanza delle norme sulle iscrizioni - secondo cui, come si desume dal tenore letterale dell'art. 109 disp. att., si è dinanzi ad un'attività valutativa che comporta l'esercizio di una discrezionalità tecnica, di modo che nessun automatismo è configurabile nella scelta sull'*an*, sul *quando*, sul *quomodo* e sull'*ubi* (*id est* in quale registro) l'iscrizione debba essere effettuata. Per la circ. min. giustizia 11 novembre 2016, 5 "l'iscrizione è un atto a struttura complessa, nel quale simbioticamente convivono una componente 'oggettiva', qual è la configurazione di un determinato fatto ('notizia') sussumibile nell'ambito di una determinata fattispecie criminosa; e una componente 'soggettiva', rappresentata dal nominativo dell'indagato, dalla cui individuazione soltanto i termini cominciano a decorrere". V. già, Cass. Pen., SS.UU., 24 settembre 2009, Lattanzi, in *Cass. pen.*, 2010, 503. In dottrina, cfr. D. Curtotti, *L'iscrizione della notizia di reato e il controllo del giudice*, cit., 35 ss. A. Marandola, *Notizia di reato, tempi delle indagini e stadi procedurali nella (prossima) riforma del processo penale*, cit., 1570 ss.

[11] R. Aprati, *La notizia di reato nella dinamica del procedimento penale*, Napoli, 2010; A. Zappulla, *La formazione della notizia di reato. Condizioni, poteri, effetti*, Torino, 2012.

[12] V. Maiello, *Indagini e udienza preliminare nello specchio della legalità penale, in Riv. it. dir. proc. pen.,* 2023, 625 ss.

[13] C. Conti, *L'iscrizione della notizia di reato nel prisma dell'azione: nuovi requisiti e finestre di giurisdizione*, cit., 142 ss.

[14] Una ancora preziosa esemplificazione di atti costituenti pseudonotizie di reato si rinviene nella circ. min. giustizia 11 novembre 2016, 5 e 6.

l'acquisizione di elementi di prova. Ne risulterebbe, così, alterato il tradizionale discrimine tra i registri, perché il modello 45 finirebbe per raccogliere anche informazioni in relazione alle quali è stata svolta una pre-indagine, rimaste tuttavia al di sotto della soglia probatoria necessaria per l'iscrizione, "derubricando così a non notizia fatti che fino a poco tempo fa rientravano in quella categoria"[15]. Fino ad oggi, viceversa, ogni notizia in relazione alla cui fondatezza fosse stata svolta un'indagine sarebbe stata naturalmente votata all'iscrizione a modello 44 o a modello 21.

Rileva attenta dottrina, che "*come accade di consueto, si tratta di un problema di "dosaggio", anche se pare ragionevole ritenere che i nuovi requisiti oggettivi servano a meglio delimitare il discrimine tra il modello 45 e gli altri registri e non a spostare i confini tra gli stessi ampliando il novero delle informazioni da considerare come "non notizie"*"[16].

3. PRESUPPOSTI SOGGETTIVI: ISCRIZIONE A MODELLO 44 O A MODELLO 21

Quanto al nome dell'indagato, il nuovo comma 1-*bis* dell'art. 335 c.p.p. conferma la possibilità di iscriverlo in un momento successivo rispetto alla registrazione della notizia nella sua oggettività[17]: "il pubblico ministero provvede all'iscrizione del nome della persona alla quale il reato è attribuito non appena risultino, contestualmente all'iscrizione della notizia di reato o successivamente, indizi a suo carico".

La norma mira a chiarire i tempi e i presupposti per l'iscrizione nominativa.

Anzitutto, si ribadisce la "*necessità che essa venga effettuata nello stesso momento in cui ne risultano le condizioni, in nulla discostandosi dalla disciplina originaria del codice in cui veniva utilizzato l'avverbio "immediatamente" o "dal momento in cui" risulta: ciò che muta è solo la "sensibilità" linguistica per cui l'utilizzo della congiunzione temporale "non appena" "serve a sottolineare il succedersi ravvicinato di due azioni (quella della frase temporale e quella della reggente) e che può essere esclusivo e corrispondere quindi a 'subito dopo che', 'quasi nello stesso momento in cui'"; l'uso pleonastico del "non" "attribuisce al significato complessivo del periodo una vivacità sensibilmente maggiore, dovuta all'apparente diminuzione dell'arco temporale che separa l'azione della frase secondaria rispetto a quella espressa nella reggente"*"[18].

Per la prima volta viene reso esplicito il presupposto sostanziale per procedere all'iscrizione, esplicito facendosi riferimento all'esistenza di "*indizi*" a carico di una persona[19].

Non è ovviamente questa la sede per indagare cosa debba intendersi per "indizi", ma può comunque rilevarsi che il presupposto soggettivo sembra fare riferimento ad uno *standard* probatorio minimo al di sotto del quale il nome non può essere iscritto; nell'ipotesi cioè di un fatto di possibile rilievo penale in ordine al quale, manchi, nel momento dell'iscrizione, un quadro indiziario soggettivamente indirizzato[20].

Il che è del tutto coerente con la considerazione di come sia proprio l'iscrizione soggettiva a sortire i più gravi effetti quanto meno di tipo reputazionale sull'individuo, ove eccessivamente precoce.

La stessa Relazione al decreto legislativo 150 del 2022 (p. 79) rivela il duplice obiettivo di evitare due opposti rischi: 1) da un lato, quello di considerare l'iscrizione come "atto dovuto", anche a fronte di notizie del tutto generiche e di soggetti raggiunti da meri sospetti (aggiungiamo, con tutti i connessi rischi in punto di presunzione di innocenza e di processo mediatico); 2) dall'altro lato, quello di richiedere requisiti troppo stringenti, che potrebbero

[15] A. Marandola, *Notizia di reato, tempi delle indagini e stadi procedurali nella (prossima) riforma del processo penale*, cit., 1570 ss.
[16] C. Conti, *L'iscrizione della notizia di reato nel prisma dell'azione: nuovi requisiti e finestre di giurisdizione*, cit., 142 ss.
[17] C. Conti, *L'iscrizione della notizia di reato nel prisma dell'azione: nuovi requisiti e finestre di giurisdizione*, cit., 142 ss.
[18] C. Conti, *L'iscrizione della notizia di reato nel prisma dell'azione: nuovi requisiti e finestre di giurisdizione*, cit., 142 ss.
[19] Realizzando un raccordo con l'art. 63, comma 1 cpp, che, nel disciplinare le dichiarazioni indizianti, riconduce alla presenza di "indizi" a carico del dichiarante la possibilità che si instauri nei suoi confronti un procedimento penale e rievocando le indicazioni delle Sezioni Unite Tammaro del 2000, ove si era chiarito che per l'iscrizione nominativa non bastassero meri sospetti, ma occorressero specifici elementi indizianti, ossia una piattaforma cognitiva tale da consentire l'individuazione a carico di una persona degli elementi essenziali di un fatto astrattamente qualificabile come reato con l'indicazione di fonti di prova.
[20] L'ipotesi è frequente in tema di responsabilità sanitaria, in particolare alle attività mediche in équipe, e in materia antinfortunistica o ambientale riconducibile a organizzazioni societarie complesse.

ritardare l'attivazione delle garanzie in favore dell'indagato e la decorrenza dei termini per le indagini con una vera e propria eterogenesi delle finalità di garanzia sottese alla disciplina[21].

La disciplina reca con sé, secondo parte della dottrina, il rischio di un effetto paradossale collegato al rafforzamento dei presupposti per l'iscrizione soggettiva, e cioè quello di creare un'ombra sulla presunzione di innocenza[22].

Sul punto, si afferma tuttavia che la risposta è identica a quella che si prospetta con riguardo all'analogo possibile inconveniente derivante dal rinvio a giudizio disposto alla luce del nuovo stringente criterio della ragionevole previsione di condanna: l'effetto virtuoso che tali norme, se ben applicate, producono *ex ante* nel tutelare la presunzione di innocenza delle persone nei cui confronti non vengono raggiunti, rispettivamente, lo *standard* probatorio per il rinvio a giudizio ed i presupposti per l'iscrizione soggettiva nel registro, supera l'effetto pregiudizievole che i predetti atti sortiscono nei confronti di coloro che vengono rinviati a giudizio o iscritti. Anche perché palese sarebbe l'irragionevolezza della soluzione opposta, consistente nel rinviare a giudizio o nell'iscrivere sulla base di presupposti evanescenti in ragione di un'asserita tutela della presunzione di innocenza, che, per contro, risulterebbe compromessa[23].

4. RETRODATAZIONE E CONTROLLI GIURISDIZIONALI SULL'ISCRIZIONE

L'evoluzione dell'indagine può fisiologicamente condurre a riconsiderare le scelte poste a base dell'iscrizione. Ebbene, il nuovo comma 1-*ter* dell'art. 335 c.p.p. attribuisce espressamente al pubblico ministero il potere di retrodatare l'iscrizione quando non abbia provveduto tempestivamente ad inserire nel registro o la notizia nella sua oggettività o il nome dell'indagato. In tali ipotesi, sarà il magistrato ad indicare la data anteriore a partire dalla quale l'iscrizione deve intendersi effettuata[24].

Si tratta, peraltro, della codificazione di un potere già implicito nella disciplina previgente, il cui esercizio ha determinato una prassi virtuosa, da tempo seguita in alcune procure. Il pubblico ministero potrà rimediare ad eventuali ritardi senza che debba attivarsi il controllo giurisdizionale contestualmente introdotto dalla riforma. È appena il caso di rilevare che, essendo stato, egli stesso, a provvedere in tal senso, il magistrato requirente avrà già valutato le ripercussioni di tale atto sui termini per le indagini e per l'azione, nonché le conseguenze collegate all'eventuale mancato rispetto degli stessi termini[25].

Le nuove regole sull'iscrizione trovano il loro naturale completamento nella previsione di un potere di controllo del giudice. La disciplina introdotta dal d.lgs. n. 150/2022 rinviene il proprio presupposto concettuale nella presa d'atto che l'iscrizione comporta l'esercizio di una discrezionalità tecnica ed è una precondizione per il rispetto dell'obbligatorietà dell'azione penale.

Una conferma si coglie nella nota pronuncia delle Sezioni unite Lattanzi del 2009 che, con una impostazione esattamente opposta, da un lato, aveva ritenuto che l'iscrizione fosse un incombente configurato in termini di rigorosa doverosità, alla stregua di un compito "neutro", in relazione al quale non si configurasse alcuna discrezionalità in capo al magistrato (per quanto, in assenza di qualsivoglia indicazione normativa dei presupposti oggettivi e soggettivi, fosse inevitabile una naturale "fluidità" dello scrutinio effettuato); da un altro lato, e conseguentemente, aveva escluso, *de iure condito*,

[21] C. Conti, *L'iscrizione della notizia di reato nel prisma dell'azione: nuovi requisiti e finestre di giurisdizione*, cit., 142 ss.

[22] Nel quadro di un'importazione critica rispetto alla nozione "sostanziale" di notizia di reato, A. Cabiale, *I nuovi controlli giudiziali sui tempi della fase investigativa: una riforma tanto attesa quanto indispensabile*, in *Leg. pen.*, 2022, 9 ss.

[23] C. Conti, *L'iscrizione della notizia di reato nel prisma dell'azione: nuovi requisiti e finestre di giurisdizione*, cit., 142 ss. Direttamente connessa alla problematica appena accennata è l'introduzione del nuovo art. 335-*bis* c.p. p. amente del quale "la mera iscrizione nel registro di cui all'art. 335 non può, da sola, determinare effetti pregiudizievoli di natura civile o amministrativa per la persona alla quale il reato è attribuito". Al fine di mitigare le possibili proiezioni pregiudizievoli dell'iscrizione soggettiva della notizia di reato, in ragione dell'innalzamento del relativo standard probatorio, ma anche nella consapevolezza della inevitabile fragilità di un ragionamento da condursi allo stadio iniziale dell'inchiesta, la nuova norma sterilizza alcuni effetti dell'iscrizione a tutela della presunzione di innocenza.

[24] C. Conti, *L'iscrizione della notizia di reato nel prisma dell'azione: nuovi requisiti e finestre di giurisdizione*, cit., 142 ss.

[25] C. Conti, *L'iscrizione della notizia di reato nel prisma dell'azione: nuovi requisiti e finestre di giurisdizione*, cit., 142 ss.

un sindacato giurisdizionale sul ritardo, giacché si trattava di una attività non ricollegabile all'esercizio dell'azione penale.

Tale decisione aveva ritenuto la possibilità di sanzionare sul piano disciplinare e/o finanche penale il pubblico ministero che non avesse provveduto ad iscrivere tempestivamente, senza, tuttavia, in alcun modo incidere sulla validità degli atti compiuti nel procedimento penale[26].

Il nuovo art. 335-*ter* c.p.p. riconosce al giudice il generale potere di ordinare d'ufficio al pubblico ministero l'iscrizione del nome dell'indagato e il nuovo art. 335-*quater* c.p.p. riconosce all'organo giurisdizionale, su richiesta dell'indagato, il potere di ordinare la retrodatazione dell'iscrizione[27].

Più nello specifico, il nuovo art. 335-*ter* c.p.p. stabilisce che il giudice per le indagini preliminari, "quando deve compiere un atto del procedimento", se ritiene che il reato per cui si procede "debba essere attribuito a una persona che non è stata ancora iscritta nel registro delle notizie di reato", sentito il pubblico ministero, "gli ordina con decreto motivato di provvedere all'iscrizione" (art. 335-*ter*, comma 1, c.p.p.). A seguito dell'ordine del giudice, "il pubblico ministero provvede all'iscrizione, indicando la data a partire dalla quale decorrono i termini delle indagini" (art. 335-*ter*, comma 2, c.p.p.). Resta salva la facoltà dell'indagato di proporre al giudice la richiesta di accertamento della tempestività dell'iscrizione in base alla nuova disciplina introdotta all'art. 335-*quater* c.p.p.

Si è al cospetto di una pregnante collocazione di tale potere in un luogo sistematico adeguato alla vera natura dello stesso, collegata al rispetto delle regole sull'iscrizione[28].

Così, il giudice, nel momento in cui si trova a decidere nel corso del procedimento (emblematico il caso in cui sia presentata una richiesta di intercettazione), può verificare anche la corretta gestione delle iscrizioni. Come è intuitivo, la capacità valutativa del giudice risulta condizionata dagli atti disponibili: meno penetrante, se l'accusa ha messo a disposizione un compendio probatorio selezionato; più ampia, laddove -come accade in presenza di una richiesta di archiviazione contro ignoti- il giudice abbia a disposizione l'intero fascicolo. Una volta che l'organo giurisdizionale abbia ordinato l'iscrizione -atto che comunque egli può compiere soltanto dopo aver sentito il pubblico ministero- è quest'ultimo soggetto a dovervi provvedere; inoltre, in ragione delle prerogative costituzionali, in prima battuta è il magistrato requirente a individuare la data a partire dalla quale decorrono i termini delle indagini. Se, poi, l'indagato, nel momento in cui prende conoscenza di uno o più atti del procedimento, dovesse ritenere che la data sia indicata in modo scorretto, egli ha la possibilità di adire il giudice con la richiesta di accertamento della tempestività dell'iscrizione *ex* art. 335-*quater* c.p.p.[29]

[26] Cass. Pen., SS.UU. 24 settembre 2009, Lattanzi, in *Cass. pen.*, 2010, 503. In termini analoghi, Cass. Civ., SS.UU., 18 aprile 2018, n. 9557, G., in *CED*, 648128-01. *Contra* Cass. Pen., SS.UU., 10 giugno 2009, Fruci, in *Giur. it.*, 2010, 423. La Corte costituzionale è stata chiamata in due occasioni a confrontarsi con la questione. Così, con ordinanza 22 luglio 2005, n. 307, in *www.giurcost.org*, la Consulta ha dichiarato manifestamente infondata una questione di legittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 335, comma 1, 405, comma 2, e 191 c.p.p., nella parte in cui consentivano - in caso di iscrizione tardiva - la possibilità di utilizzare gli atti processuali compiuti oltre il termine previsto dall'art. 405, comma 2, del codice di rito, "con riferimento all'epoca di individuazione degli elementi configuranti indizi di reato nei confronti della persona il cui nome [fosse] stato tardivamente iscritto nel registro di cui all'art. 335 c.p.p.". La Corte ha considerato che, nel prospettare le censure, il giudice rimettente aveva omesso di svolgere qualsiasi considerazione in ordine alle ragioni per le quali, alla luce del dato normativo, non risultasse possibile una diversa ricostruzione ermeneutica delle disposizioni impugnate, tale da sottrarre le stesse al contrasto ipotizzato con i parametri invocati. In altra occasione (ordinanza Corte cost. 1° dicembre 2006, n. 400, in *www.giurcost.org*) la Consulta ha dichiarato manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 407, comma 3, c.p.p. "nella parte in cui non prevede[va], in caso di ritardo abnorme o comunque ingiustificato nella iscrizione della notizia di reato a cura del pubblico ministero *ex* art. 335 c.p.p., l'inutilizzabilità degli atti di indagine compiuti dopo la scadenza del termine di cui all'art. 405, comma 2, c.p.p., calcolato a far tempo dal momento in cui la notizia di reato avrebbe dovuto essere iscritta". Ad avviso della Corte, il quesito si sostanziava nella richiesta di una declaratoria di illegittimità costituzionale fondata su parametri del tutto aspecifici, quali quelli del "ritardo abnorme" o dell'"ingiustificato ritardo" nella iscrizione della notizia nel registro *ex* art. 335 c.p.p. con conseguente evidente inammissibilità del *petitum* per totale genericità dei suoi presupposti. In argomento, di recente, C. Conti, *L'iscrizione della notizia di reato nel prisma dell'azione: nuovi requisiti e finestre di giurisdizione*, cit., 142 ss.

[27] C. Conti, *L'iscrizione della notizia di reato nel prisma dell'azione: nuovi requisiti e finestre di giurisdizione*, cit., 142 ss.

[28] C. Conti, *L'iscrizione della notizia di reato nel prisma dell'azione: nuovi requisiti e finestre di giurisdizione*, cit., 142 ss.

[29] C. Conti, *L'iscrizione della notizia di reato nel prisma dell'azione: nuovi requisiti e finestre di giurisdizione*, cit., 142 ss.

Il d.lgs. n. 150/2022 prevede il potere del giudice di disporre la retrodatazione dell'iscrizione su richiesta dell'indagato. Il nuovo art. 335-*quater* c.p.p. disciplina un procedimento incidentale che può svolgersi con forme agili anche nel corso delle indagini preliminari, ogniqualvolta cada il segreto investigativo: si pensi alle ipotesi in cui siano compiuti atti conoscibili, o sia disposta una misura cautelare, o venga inviato l'avviso di conclusione delle indagini.

L'indagato può chiedere al giudice di accertare la tempestività dell'iscrizione della notizia di reato e del proprio nome; la richiesta di retrodatazione è presentata entro venti giorni da quello in cui l'interessato ha avuto facoltà di accedere agli atti e deve indicare, a pena di inammissibilità, le ragioni che la sorreggono e gli atti del procedimento dai quali è desunto il ritardo (art. 335-*quater*, comma 1, c.p.p.). Al fine di evitare una ingiustificata reiterazione di istanze con finalità meramente dilatoria, è stato previsto che ulteriori richieste siano ammissibili soltanto se proposte nello stesso termine e fondate su atti diversi, in precedenza non conoscibili[30].

Il successivo riferimento della norma alla natura inequivocabile della dilazione temporale induce a ritenere che, nel dubbio, il giudice debba respingere la richiesta di retrodatazione. Quest'ultima, infatti, è disposta dal giudice quando il ritardo è "inequivocabile" e "non è giustificato" (art. 335-*quater*, comma 2, c.p.p.). Si tratta di aggettivi, che indicano uno *standard* probatorio ed un giudizio di rimproverabilità[31].

La riforma rivela così la piena consapevolezza che il potere di retrodatazione del giudice trova il proprio imprescindibile presupposto nel tentativo di scolpire i contorni oggettivi e soggettivi della notizia di reato in modo da fornire all'organo giurisdizionale i necessari parametri di riferimento per valutazioni che, altrimenti, finirebbero per risultare "aspecifiche", così come, *illo tempore*, notato anche dalla Corte costituzionale[32]: "è chiaro che ogni ipotesi di retrodatazione impone una delimitazione di cosa debba essere iscritto"[33].

In caso d'accoglimento della richiesta, il giudice indica la data nella quale deve intendersi iscritta la notizia di reato e il nome della persona alla quale il reato stesso è attribuito. La norma in esame nulla precisa in ordine agli effetti della decisione del giudice, dando adito a qualche incertezza proprio sull'aspetto più rilevante.

5. *LE RICADUTE IN TEMA DI PRINCIPIO DI LEGALITÀ PENALE SOSTANZIALE E PROCESSUALE NEL CONTESTO DELLA NUOVA REGOLA DI GIUDIZIO IN TEMA DI ARCHIVIAZIONE E DI UDIENZA PRELIMINARE*

Le disposizioni analizzate assumono una valenza innovativa, di cui va esaltata la funzione di garanzia nell'ottica del diritto penale e processuale ad orientamento costituzionale[34], saldamente ancorato al principio di stretta legalità.

La riforma, sul versante dei rapporti tra diritto penale e processo, avvia un'opera di ricomposizione di un sistema di giustizia penale integrata, in quanto, dal punto di vista valoriale, tende ad emanciparsi dalla cd. "processualizzazione" delle categorie sostanziali[35], la quale sdogana tipicità processuali funzionali calibrate sul materiale probatorio raccolto.

Si ricorda come i concreti assetti probatori delle inchieste e dei processi non possono definire la tipicità della fattispecie legale e la conseguente imputazione, che invece devono essere

[30] C. Conti, *L'iscrizione della notizia di reato nel prisma dell'azione: nuovi requisiti e finestre di giurisdizione*, cit., 142 ss.

[31] Tali aggettivi erano già presenti nella L. delega n. 134 del 2021 e mirano a ridurre ad ipotesi eccezionali il sindacato sulle scelte del pubblico ministero, in modo da evitare di riconoscere all'indagato e al giudice una sorta di generalizzato potere di intromissione nelle valutazioni della pubblica accusa, che derivano dall'esercizio di una discrezionalità tecnica imposta dall'assetto costituzionale.

[32] Sul punto, A. Zappulla, *Retrodatazione dell'iscrizione della* notitia criminis *nella prospettiva* de iure condendo, in *Cass. pen.*, 2015, 3811 e 3816.

[33] A. Marandola, *Notizia di reato, tempi delle indagini e stadi procedurali nella (prossima) riforma del processo penale*, cit., 1570 ss.

[34] Tale profilo è dottamente messo in evidenza dalla migliore dottrina; cfr. V. Maiello, *Indagini e udienza preliminare nello specchio della legalità penale*, cit., 625 ss.

[35] A. Gargani, *Processualizzazione del fatto e strumenti di garanzia: la prova della tipicità "oltre ogni ragionevole dubbio"*, in *LP* 2013, 839 ss.; T. Padovani, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *IP* 1999, 527 ss. Con particolare riferimento all'area della criminalità organizzata, cfr. V. Maiello, *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, Torino 2019, 85 ss.

prevedibili/accessibili ed intellegibili *ex ante*[36], dal punto di vista generale ed astratto, nel rispetto della tradizionale funzione garantistico/selettiva storicamente adempiuta dalla tipicità penale, consistita nell'assoggettare, come si impone nel modello orizzontale della separazione dei poteri[37], il potere della magistratura entro i limiti delle scelte di tutela rigorosamente formalizzate dalle norme incriminatrici.

In questa chiave di lettura si possono leggere le norme in tema di iscrizione della notizia di reato, oltre a quelle, di retrodatazione dei termini dei termini delle indagini, dei criteri di priorità, unitamente alle nuove regole di archiviazione e di giudizio dell'udienza preliminare. Parafrasando in una dimensione controintuitiva[38] la cd. "processualizzazione" delle categorie sostanziali, si potrebbe forse ipotizzare che la nuova logica sia quella della "sostanzializzazione" delle categorie processuali, in una dimensione di piena valorizzazione del principio di stretta legalità, che non solo mira ad impedire condanne per fatti non costituenti reato all'esito di un processo, ma con il *novum* anche la possibilità di avvio un processo *per un fatto non costituente reato*. In particolare, tali disposizioni impongono nel contesto delle indagini preliminari iscrizioni conformi a fattispecie incriminatrici, "*attraendo, perciò, la disciplina dell'avvio delle indagini e della sua chiusura, oltre che quella immediatamente successiva del rinvio a giudizio, nel fascio delle prestazioni, ordinanti e garantistiche, della legalità penale*"[39].

Viene in particolare in evidenza il corollario di determinatezza del *tipo*, quale vincolo selettivo dell'agire processuale[40], inibendo torsioni della discrezionalità investigativa, esercitata come strumento di ricerca del reato, anziché del suo riscontro nell'imputazione, che oggi si salda con la notizia di reato. Le nuove disposizioni dovrebbero ancora inibire le iscrizioni facili e le cd. indagini esplorative, fondate sul principio di sospetto, con conseguente dilatazione incontrollata della tipicità legale e alterazione delle "linee di una corretta interazione con le strutture del diritto penale"[41].

Come prontamente rilevato dalla migliore dottrina[42], il medesimo assetto valoriale permea il reticolato normativo che salda le disposizioni in tema di "notizia di reato" con la nuova regola di giudizio del potere di archiviazione[43] e dell'epilogo dell'udienza preliminare, nella cui logica appare conformarsi anche il controllo sulla qualificazione giuridica dei fatti contemplato dalla disciplina dell'udienza di comparizione predibattimentale a seguito di citazione diretta.

Si fa riferimento alla "ragionevole previsione di condanna", che in quest'ottica valorizza la funzione di garanzia e la selettività del principio di stretta legalità in materia penale.

Insomma, pare possibile affermare che, da un punto di vista sistematico, con l'introduzione di questo nuovo parametro per la richiesta di archiviazione e per l'emissione della sentenza di non luogo a procedere, le singole fasi del processo ordinario – indagini/udienza preliminare/dibattimento – risultano oggi tutte allineate in una prospettiva unitaria valutabile alla stregua della medesima regola di giudizio che si salda con i diversi corollari del principio di legalità in materia penale.

In particolare, come ben rilevato, la prognosi di condanna impone la verifica di conformità del fatto concreto alla tipicità normativa, in relazione all'accertamento di tutti gli elementi del concetto dommatico di reato, risultante dalla "*scomposizione e ricomposizione su basi analitico/descrittivo/valutative dei relativi requisiti*"[44], dovendo i compendi probatori suffragare la configurabilità della fattispecie incriminatrice cristallizzata nell'imputazione.

Il d.lgs. n. 150/2022 ha dunque, nella fase delle indagini, potenziato il rapporto tra processo e legalità penale, dando avvio, con le nuove norme in

[36] S. De Blasis, *L'intellegibilità come misura oggettiva di prevedibilità della norma penale,* Napoli, 2023.
[37] V. Maiello, *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, cit., 85 ss.
[38] V. Manes, *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di deontologia "ermeneutica"*, in *Dir. pen. cont.*, 17 gennaio 2018, 6.
[39] V. Maiello, *Indagini e udienza preliminare nello specchio della legalità penale*, cit., 625 ss.
[40] F. Palazzo, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., 40 ss.
[41] V. Maiello, *Indagini e udienza preliminare nello specchio della legalità penale*, cit., 625 ss.
[42] V. Maiello, *Indagini e udienza preliminare nello specchio della legalità penale*, cit., 625 ss.
[43] Enunciato ora dal solo art. 408, comma 1, c.p.p., essendo stato abrogato l'art. 125 disp. att., s.c.
[44] V. Maiello, *Indagini e udienza preliminare nello specchio della legalità penale*, cit., 625 ss.

tema di iscrizione delle notizie di reato, ad un percorso di innesto nel corpo della legalità processuale della legalità sostanziale[45], che esclude a monte indagini fondate su meri sospetti ovvero sulla ricerca e sulla costruzione di notizie di reato in aree sbiadite di azione ritenute meramente immorali senza fatti in relazione ai quali può essere esercitato il diritto di difesa.

Tali assunti emergono chiaramente dalla lettura dell'articolo 335 c.p.p., laddove il riferimento al "*fatto*" va inteso come richiamante la fattispecie oggettiva e soggettiva della tipicità. Il fatto deve poi essere "*determinato*", in tal modo valorizzandosi i canoni della precisione/determinatezza/tassatività. Il "non inverosimile" non va inteso nel senso di "fantasioso", non potendosi intendere per tale l'attività degli inquirenti, ma come quale sinonimo di "empiricamente verificabile", segnatamente provabile nel processo penale tendenzialmente accusatorio, valorizzandosi il versante processuale della determinatezza[46]. Allo stesso tempo, il riferimento alla "fattispecie incriminatrice" riafferma il valore della legalità e inibisce interpretazioni (vieta nella materia penale) analogiche, in ossequio al nuovo corso del divieto di analogia inaugurato dalla sentenza n. 98/2021 della Corte costituzionale[47]. Senza dimenticare come la nuova disciplina instaura anche un legame ideale tra la notizia di reato e l'imputazione, in modo che la prima ponga le premesse della seconda, innescando una sequenza di addebiti provvisori tutti protesi ad evitare che la fluidità delle indagini si traduca in una vaghezza dei presupposti e della consistenza temporale delle stesse.

Su queste basi, non è peregrino rilevare che le nuove disposizioni in tema di iscrizione, retrodatazione, unitamente alla regola di giudizio della archiviazione e dell'udienza preliminare rinvigoriscono il principio di stretta legalità. A tale ottica, corrisponde altresì un rafforzamento della legalità nella predeterminazione legislativa dei criteri di priorità.

[45] V. Maiello, *Indagini e udienza preliminare nello specchio della legalità penale*, cit., 625 ss.
[46] V. Maiello, *Indagini e udienza preliminare nello specchio della legalità penale*, cit., 625 ss.
[47] V. Maiello, *Procedimento di scelta del contraente – Legalità della legge e divieto di analogia sfavorevole nella turbativa delle procedure selettive*, in *Giur. it.*, 2022, 2487 ss.

DE IUSTITIA

Rivista scientifica Anno 2025 – N°4 – Ottobre 2025

DIRITTO PUBBLICO ISSN 2974-7562

LE SOCIETÀ DI BENEFICIO COMUNE TRA ITALIA E SPAGNA: EVOLUZIONE NORMATIVA, AMMISSIBILITÀ E PROSPETTIVE DI CONVERGENZA

di **Luisa RUSSO***

ABSTRACT

L'articolo esamina in chiave comparata l'evoluzione del modello di impresa a finalità mista in Italia e in Spagna, con particolare riferimento alle Sociedades de Beneficio e Interés Común (SBIC) introdotte dalla Ley 18/2022 e alle società benefit italiane. Dopo aver ricostruito il contesto legislativo spagnolo, il contributo analizza l'ammissibilità del modello SBIC alla luce della causa lucrativa tradizionale, evidenziando le cautele dottrinali e giurisprudenziali ancora presenti. Il confronto con l'esperienza italiana mostra un sistema più maturo e coerente, fondato su obblighi di governance e rendicontazione d'impatto. Entrambi gli ordinamenti, pur con diversi gradi di consolidamento, convergono verso una nuova concezione dell'impresa come soggetto capace di integrare profitto e beneficio comune.

SOMMARIO

1. Contesto legislativo spagnolo 40

2. Ammissibilità del modello in *Spagna* 43

3. Analogie e differenze tra l'esperienza italiana e quella spagnola 48

1. CONTESTO LEGISLATIVO SPAGNOLO

L'introduzione della figura giuridica delle Sociedades de Beneficio e Interés Común (SBIC) nel diritto spagnolo rappresenta l'esito di un articolato e prolungato processo di evoluzione normativa e culturale, che ha coinvolto una molteplicità di attori appartenenti al panorama economico, accademico e istituzionale del Paese. Questo percorso si inserisce in un contesto globale caratterizzato da trasformazioni economiche, sociali e ambientali di vasta portata, che hanno reso evidente la necessità di ripensare i modelli tradizionali di impresa, orientandoli verso una maggiore responsabilità sociale e ambientale.[1]

In tale scenario, la Spagna ha avvertito l'urgenza di aggiornare il proprio sistema giuridico, introducendo modelli societari capaci di conciliare la finalità lucrativa con obiettivi di interesse generale. La regolamentazione delle SBIC risponde, pertanto, alla crescente domanda di un nuovo patto sociale, in grado di armonizzare lo sviluppo economico con il perseguimento di finalità ambientali e sociali[2], in linea con gli obiettivi delineati nell'Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile. [3]

La promulgazione della Ley 18/2022, nota come Ley de Creación y Crecimiento de Empresas (Legge Crea y Crece), ha segnato un momento di svolta nel diritto societario spagnolo, riconoscendo ufficialmente la possibilità di costituire imprese che si impegnino statutariamente non solo alla generazione di utili per i soci, ma anche al perseguimento di benefici ambientali e sociali tangibili, misurabili e verificabili.[4] Si tratta di un cambiamento paradigmatico che va oltre l'introduzione di una nuova tipologia societaria, riflettendo una profonda revisione del concetto stesso di attività imprenditoriale[5] e ponendo al centro l'esigenza di ridefinire il rapporto tra impresa, collettività e ambiente.[6]

Fino all'emanazione della Ley 18/2022 del 28 settembre, il quadro normativo spagnolo non prevedeva una disciplina specifica per le imprese che si proponevano di perseguire un beneficio comune oltre al profitto. Tuttavia, il dibattito sulla

* Avvocato e Phd Student.

[1] ENCISO ALONSO MUÑUMER M., *La empresa sostenible*, Navarra, 2022.

[2] BELTRÁN SÁNCHEZ E., *Capitalismo consciente y derecho mercantil*, in Revista de Derecho de Sociedades, 2023.

[3] JOSÉ ESTEBAN FERRER M., *La Sociedad de Beneficio e Interés Común (SBIC) en la Ley de Creación y Crecimiento de Empresas*, in Revista Jurídica de Responsabilidad Social Corporativa, 2022.

[4] EMBID IRUJO J.M., *¿Hay que regular la sociedad de beneficio e interés común en el Derecho español?*, Commenda. Grupo investigador, in Derecho de sociedades, 2021.

[5] ESTEBAN VELASCO G., *Buen gobierno, fin/interés social y responsabilidad social corporativa. Hacia un modelo de gobierno corporativo socialmente responsable*, in RONCERO SÁNCHEZ A. (coord.), *Sociedades cotizadas y transparencia en los mercados*, t. I, Navarra, 2019, pp. 969-1024.

[6] Ministerio de Justicia de España, Memoria justificativa de la Ley 18/2022, 2022.

regolamentazione di questo modello imprenditoriale era già presente nel Paese, sostenuto sia dalla dottrina giuridica sia dal mondo imprenditoriale. Numerose realtà adottavano su base volontaria pratiche di responsabilità sociale d'impresa (RSI), ispirandosi a standard internazionali quali il Global Compact delle Nazioni Unite o le Linee guida OCSE per le imprese multinazionali. Tuttavia, tali iniziative, sebbene apprezzabili, rimanevano prive di riconoscimento giuridico formale e non beneficiavano di alcuna tutela o incentivo normativo specifico. Questo "vuoto normativo" impediva una piena valorizzazione delle imprese sostenibili.[7]

L'elaborazione di un quadro regolatorio ad hoc per le SBIC ha preso forma a seguito di una vasta mobilitazione di esperti, accademici, associazioni di categoria e realtà della società civile. Un ruolo di assoluto rilievo è stato svolto da B Lab Spain, affiliata dell'organizzazione non profit globale B Lab, promotrice del movimento B Corp a livello internazionale, che dal 2014 opera in Spagna. Ad oggi, 74 imprese spagnole hanno ottenuto tale certificazione, mentre 2.462 aziende si sono registrate per il processo di valutazione dell'"impatto B", che prevede il rispetto di criteri rigorosi relativi alla governance, alla gestione dei lavoratori, all'impatto ambientale e al coinvolgimento della comunità. Questi numeri testimoniano la crescente attenzione del tessuto imprenditoriale verso un modello di impresa che vada oltre la mera finalità lucrativa. Tuttavia, fino all'approvazione della Ley 18/2022, tali iniziative non avevano alcun valore giuridico riconosciuto e dipendevano unicamente dall'adesione volontaria delle imprese [8].

Ad accelerare il processo di approvazione legislativa ha concorso in modo determinante anche il mutato contesto economico e sociale causato dalla pandemia di COVID-19. La crisi sanitaria ed economica ha infatti evidenziato in modo drammatico la vulnerabilità dei sistemi produttivi tradizionali e la necessità di ripensare il ruolo dell'impresa non più solo come produttore di ricchezza privata, ma anche come soggetto attivo nella costruzione del benessere collettivo e della resilienza sociale ed ambientale. In questo scenario, la richiesta di introdurre nuovi modelli di impresa inclusiva e sostenibile è divenuta una priorità politica condivisa a livello internazionale.[9]

La pandemia ha reso ancora più evidente la necessità di riconsiderare il ruolo delle imprese all'interno della società, promuovendo un approccio più responsabile e sostenibile. Parallelamente, anche il percorso spagnolo è stato influenzato dal dibattito internazionale che ha contribuito a rafforzare questa tendenza. In particolare, nel 2019, la Business Roundtable ha ridefinito il concetto di impresa, passando da un modello basato esclusivamente sugli interessi degli azionisti (shareholder) a un modello che considera anche le esigenze degli altri portatori di interesse (stakeholder). Inoltre, nel 2022, il CEO di BlackRock, Larry Fink, ha ribadito l'importanza della creazione di valore a lungo termine per tutti gli stakeholder, consolidando ulteriormente la spinta verso un cambiamento strutturale del paradigma aziendale.[10]

Il riconoscimento normativo delle SBIC in Spagna è stato il risultato di un lungo percorso di sensibilizzazione e advocacy portato avanti da B Lab Spain, Gabeiras y Asociados e Fundación Gabeiras. Queste organizzazioni hanno lavorato per promuovere un dibattito strutturato sul tema, attraverso la pubblicazione del Libro Verde delle Empresas con Propósito nel 2020 e del successivo Libro Blanco nel giugno 2022, che hanno fornito una base teorica e una proposta normativa per l'introduzione delle SBIC. Tali opere hanno sistematizzato il dibattito scientifico e tecnico sul tema[11], proponendo una definizione condivisa di impresa ad impatto positivo, delineando le principali caratteristiche delle SBIC e suggerendo soluzioni normative

[7] MONTIEL VARGAS A., *Viabilidad institucional de la sociedad benéfica: el planteamiento del derecho español de sociedades como ejemplo*, in C VARGAS VASSEROT C., ALCALDE SILVA J., CLARK W. H. JR. (a cura di), *Empresas B y Sociedades BIC. Perspectiva comparada de las empresas con propósito*, Valencia, 2024.

[8] B Lab Spain (2019), Memoria Anual 2019, disponibile su https://www.bcorpspain.es/b-lab-es.

[9] EMBID IRUJO J.M., *Consideraciones sobre la introducción de las sociedades de beneficio e interés común en España*, in Revista de Derecho Mercantil, 2023, pp. 221-245.

[10] BlackRock Investment Stewardship (BIS).

[11] FUNDACIÓN GABEIRAS, *Libro Verde de las Empresas con Propósito*, Fundación Gabeiras, Madrid, 2020, p. 9. "*Resulta indispensable dotar a las empresas que buscan crear impacto positivo de un reconocimiento legal específico.*""*È indispensabile conferire alle imprese che mirano a creare un impatto positivo un riconoscimento giuridico specifico.*"

concrete. In particolare, il Libro Blanco ha avuto il merito di presentare una proposta normativa completa, che ha costituito una base di riferimento per l'elaborazione delle disposizioni poi confluite nella Ley 18/2022[12].

A queste iniziative si sono aggiunti un manifesto firmato da 53 esperti del settore e 32 organizzazioni, una petizione su Change.org che ha raccolto oltre 30.700 firme e numerosi incontri con gruppi parlamentari per sostenere l'inserimento delle SBIC nel quadro normativo spagnolo.

Grazie a questi sforzi, il 22 giugno 2022 il Congresso dei Deputati ha approvato il riconoscimento delle SBIC come figura giuridica, inserendole nella Legge di Creazione e Crescita delle Imprese (*Legge Crea y Crece*), mediante una disposizione aggiuntiva.

Il 30 giugno 2022, la normativa è stata definitivamente approvata, sancendo l'ingresso delle SBIC nell'ordinamento giuridico spagnolo.

La scelta di integrare la regolamentazione delle SBIC nella Legge Crea y Crece non è stata casuale: tale normativa ha come obiettivo il miglioramento del contesto economico e l'incentivazione della crescita delle imprese e, non a caso, le analisi economiche dimostrano che le aziende certificate B-Corp in Spagna hanno registrano un aumento medio del 30% dei loro risultati finanziari annuali, confermando che la sostenibilità non è in contrasto con la redditività, ma anzi può rappresentare un motore di crescita.[13]

Nonostante però l'approvazione della Legge 18/2022 abbia rappresentato un passo significativo verso il consolidamento del modello SBIC in Spagna, la sua implementazione pratica presenta ancora diverse sfide.

La normativa stabilisce che le SBIC debbano incorporare nei loro statuti l'impegno a perseguire un beneficio comune, in conformità con i principi ESG (Environmental, Social, and Governance). Tuttavia, a differenza di altri ordinamenti, come quello italiano, la legge spagnola non prevede incentivi fiscali o economici specifici per queste imprese, lasciando che sia il mercato a determinarne la competitività e il successo.[14]

Uno degli aspetti cruciali per garantire l'efficacia della regolamentazione sarà l'implementazione di sistemi di controllo e trasparenza che limitino fenomeni quali il *greenwashing* o *social washing*.

La creazione di meccanismi di pubblicità affidabili e l'introduzione di verifiche rigorose saranno fondamentali per garantire la credibilità del modello SBIC e per attrarre investimenti orientati alla sostenibilità. Inoltre, sarà necessario trovare un equilibrio tra regolamentazione e flessibilità, evitando un eccessivo carico burocratico che potrebbe scoraggiare le imprese dall'adozione del modello.

In ogni caso, sebbene l'applicazione della normativa sia ancora in fase di consolidamento, il riconoscimento giuridico delle SBIC apre nuove opportunità per lo sviluppo di un'economia più equa e sostenibile. L'introduzione delle SBIC segna un cambiamento significativo nel panorama giuridico ed economico spagnolo, ponendo le basi per un modello di impresa più responsabile e orientato alla creazione di valore condiviso.

Alla luce degli impegni internazionali dell'Unione Europea, come gli Obiettivi di Sviluppo Sostenibile 2030 e l'Accordo di Parigi, la promozione delle SBIC rappresenta anche in Spagna un elemento chiave per il rafforzamento di un modello economico più resiliente e inclusivo.[15].

Il riconoscimento normativo delle Sociedades de Beneficio e Interés Común (SBIC) attraverso la Ley 18/2022 rappresenta un passaggio epocale nel diritto societario spagnolo, nella misura in cui sancisce l'ingresso ufficiale di un modello imprenditoriale orientato alla creazione di valore condiviso, che si fonda su una visione dell'impresa non più meramente orientata al profitto, ma consapevolmente integrata nel tessuto sociale e ambientale. La traiettoria evolutiva che ha condotto a tale riconoscimento è il risultato di una progressiva

[12] FUNDACIÓN GABEIRAS, "*Libro Blanco de las Empresas con Propósito*", FUNDACIÓN GABEIRAS Y B LAB SPAIN, Madrid, 2022, p. 12 "*La empresa con propósito se compromete a generar un impacto positivo y verificable en la sociedad y en el medio ambiente, más allá de la generación de beneficios económicos.*" "*L'impresa con scopo si impegna a generare un impatto positivo e verificabile sulla società e sull'ambiente, oltre alla produzione di benefici economici.*"

[13] ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE FUNDACIONES, *Guía de Fundaciones Empresariales Sostenibles*, 2023.

[14] LÓPEZ PELÁEZ P., *Sociedades de beneficio e interés común: ¿hacia una redefinición del interés social?*, in Diario La Ley, n. 10142, 2023.

[15] DEL VAL TALENS P., *Empresas b y sociedades bic perspectiva comparada de las empresas con propósito*, Valencia, 2024, pp. 352 ss.

sedimentazione culturale, giuridica e politica, che riflette la crescente esigenza, avvertita tanto a livello nazionale quanto sovranazionale, di riformulare il contratto sociale tra economia e collettività alla luce dei principi di sostenibilità, corresponsabilità e giustizia intergenerazionale.

Tuttavia, il momento legislativo in sé non esaurisce le questioni aperte: l'inclusione delle SBIC nel quadro normativo spagnolo solleva infatti interrogativi non secondari circa la compatibilità sistemica di tale figura con l'architettura tradizionale del diritto societario, nonché circa la tenuta teorica e pratica del modello nel contesto giuridico iberico. Sarà pertanto necessario verificare, sul piano giuridico-costituzionale, se e in che termini il modello SBIC sia ammissibile alla luce dei principi fondamentali dell'ordinamento spagnolo, delle fonti sovranazionali vincolanti e delle dinamiche economico-istituzionali che ne influenzano l'attuazione concreta.

È a partire da queste premesse che si sviluppa l'analisi del paragrafo successivo, dedicato all'ammissibilità giuridica del modello SBIC in Spagna, con l'obiettivo di esplorare criticamente i presupposti teorici, i limiti normativi e le potenzialità applicative di questa nuova forma societaria nel sistema giuridico iberico.

2. *AMMISSIBILITÀ DEL MODELLO IN SPAGNA*

L'introduzione nel diritto positivo spagnolo della figura giuridica delle Sociedades de Beneficio e Interés Común (SBIC) ha inaugurato un orizzonte normativo inedito, ponendo le basi per un'evoluzione significativa nel modo di concepire la finalità dell'attività imprenditoriale. Tuttavia, questa innovazione ha anche sollevato questioni interpretative di rilievo sistematico, nonché profili di criticità teorica che impongono un'analisi approfondita sotto il profilo dogmatico e sistemico. L'apparente coesistenza tra scopo lucrativo e finalità di beneficio comune, formalmente accolta dalla Ley 18/2022, ha infatti messo in discussione la tenuta complessiva dell'impianto classico del diritto societario spagnolo, fondato sulla centralità della funzione lucrativa.

Se, da un lato, la legge ha riconosciuto espressamente la possibilità per le società commerciali di prevedere, accanto alla finalità lucrativa, obiettivi sociali e ambientali nell'ambito dello statuto, dall'altro lato, la compatibilità sistematica di tale modello con i principi cardine dell'ordinamento societario ha dato luogo a un acceso dibattito, tanto nella letteratura scientifica quanto nella prassi giurisprudenziale e amministrativa. In particolare, le riflessioni critiche si sono concentrate sull'eventuale tensione tra la missione extralucrativa delle SBIC e la configurazione giuridica della società commerciale, così come delineata dagli articoli 1665 del Código Civil (CC) e 116 del Código de Comercio (Cdc), i quali identificano nella finalità lucrativa la causa tipica e necessaria del contratto di società.

Tali disposizioni, che rappresentano l'espressione della concezione tradizionale della società commerciale come strumento contrattuale per la produzione e la distribuzione del profitto, hanno storicamente ostacolato l'ammissibilità di finalità ulteriori o concorrenti con lo scopo lucrativo. Secondo la lettura consolidata, infatti, il lucro assume una duplice valenza: oggettiva, intesa come produzione di utili attraverso l'attività d'impresa, e soggettiva, relativa alla distribuzione degli stessi tra i soci. L'apertura a obiettivi ulteriori è stata a lungo considerata, in tale prospettiva, una deviazione rispetto alla causa tipica del contratto societario, potenzialmente idonea a comprometterne la validità.

In primo luogo, occorre rilevare che gli articoli 1665 del Código Civil (CC) e 116 del Código de Comercio (Cdc), prevedono come causa tipica del contratto di società la finalità lucrativa, intesa nella duplice accezione di lucro oggettivo (generazione di utili) e soggettivo (distribuzione degli utili tra i soci). Tale impianto concettuale tradizionale ha storicamente ostacolato la possibilità di riconoscere, all'interno delle società commerciali, scopi ulteriori rispetto al profitto. La questione principale verteva, e in parte verte ancora, sulla possibilità di

superare una concezione rigidamente lucrativa della causa societaria.[16]

In un primo momento contraria, anche la Direzione Generale di Sicurezza Giuridica e Fede Pubblica (*Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública* - DGSJFP) ha ora generalmente ammesso che le società commerciali possano perseguire un interesse collettivo accanto alla finalità lucrativa. Tuttavia, interpretazioni restrittive hanno ostacolato e tuttora ostacolano una piena accettazione del modello benefit.

L'anzidetto impianto ha dato vita ad una bipartizione fra i sostenitori della superabilità della classica causa incentrata sulla sola finalità lucrativa e coloro che, in assenza di una modifica della impostazione legislativa preesistente, hanno difeso un'interpretazione più rigorosa e aderente alla visione classica fornita dal combinato disposto fra gli articoli 1665 CC e 116 Cdc.

Una parte della dottrina ha sostenuto che la configurazione delle società benefit come società "ibride" non contraddice il modello capitalistico tradizionale[17], bensì lo arricchisce, consentendo la coesistenza, nello statuto, di finalità di lucro e di scopi di interesse generale.[18]

L'articolo 2 della Ley de Sociedades de Capital (LSC) è stato interpretato in tal senso come norma di apertura, in quanto riconosce il carattere commerciale delle società di capitali indipendentemente dall'oggetto sociale, consentendo così di introdurre finalità extralucrative.[19]

Ma, nonostante tali interpretazioni evolutive, la giurisprudenza e l'autorità registrale, rappresentata dalla Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJFP), hanno mantenuto per lungo tempo un atteggiamento restrittivo, ritenendo che ogni attenuazione della finalità lucrativa potesse compromettere la validità del contratto societario.[20]

La Direzione Generale di Sicurezza Giuridica e Fede Pubblica (DGSJFP), che dal 2020 ha sostituito la Direzione Generale dei Registri e del Notariato (DGRN), di fatto, impediva l'accesso al Registro delle Imprese per clausole statutarie direttamente o indirettamente incompatibili con la finalità lucrativa, tradizionalmente intesa[21].

Tuttavia, questa posizione è stata parzialmente rivista con la Risoluzione della DGSJFP del 17 dicembre 2020[22].

Con tale decisione, l'autorità ha infatti ammesso la possibilità di iscrivere società che perseguano finalità non esclusivamente lucrative.[23]

Tale apertura, seppure significativa, è stata circondata però da vincoli rigorosi. Le attività finalizzate al beneficio comune devono mantenere un carattere accessorio, onde evitare che venga compromessa la capacità della società di garantire ai soci i diritti patrimoniali fondamentali, quali la partecipazione agli utili e la quota di liquidazione.

In ogni caso, tutto il dibattito sull'ammissibilità, nell'ordinamento spagnolo, del modello societario in commento, si è concentrato su un cambio di paradigma riguardo l'elemento lucrativo - inteso fino a quel momento quale unico e solo elemento concepibile alla base della causa del contratto di società - più che sulla creazione di un modello ibrido[24], in cui la finalità di beneficio comune fosse combinata con lo svolgimento di un'attività avente il classico scopo di lucro.

La dottrina spagnola, in effetti, restituisce una concezione abbastanza rigida, per la quale un'attività sia considerata non lucrativa per la semplice circostanza che persegua finalità non strettamente lucrative, oltre che quelle lucrative.

---

[16] CAMPUZANO LAGUILLO A. B., *Interés social y sostenibilidad empresarial: perspectivas de futuro*, in Revista de Derecho Mercantil, 2022, pp. 87-109.

[17] DEL VAL TALENS P., *La sociedad benefit en españa*, in VARGAS VASSEROT C., ALCALDE SILVA J., CLARK W. H. JR. (a cura di), *Empresas B y Sociedades BIC. Perspectiva comparada de las empresas con propósito*, Valencia, 2024.

[18] SÁNCHEZ J., GUILARTE C,, *Lucro y empresas con propósito*, Anuario de Derecho Mercantil, 2022.

[19] VARGAS VASSEROT C., ALCALDE SILVA J., CLARK W. H. JR. (a cura di), *Empresas B y Sociedades BIC. Perspectiva comparada de las empresas con propósito*, Valencia, 2024.

[20] STS (Sala de lo Civil, Sección1ª) de 29 noviembre de 2007 (núm. 1229) [RJ 2008\32], FD IV.

[21] RDGRN de 2 de febrero de 1966 [RJ 1966\1398]; RDGRN de 11 de abril de 2016 (núm. 5291) [RJ\2016\2990], FD IX.

[22] RDGSJFP de 17 de diciembre de 2020 [JUR\2021\5839].

[23] ILLESCAS ORTIZ R., *El interés social en las sociedades de capital y las nuevas exigencias de sostenibilidad*, in Revista de Derecho Mercantil, 2023, p. 77.

[24] DÍAZ LÓPEZ A. M., *La función de la empresa ante el reto de la sostenibilidad*, in Revista de Derecho Mercantil, 2024.

Viene posta innanzitutto una differenzia tra le società a seconda che escludano la finalità lucrativa in senso oggettivo o soggettivo.

Nel primo caso, la società viene costituita con uno scopo ideale e si dedica a un'attività orientata a promuoverlo.

Nel secondo caso, il risultato positivo dell'attività non viene distribuito tra i soci, ma destinato alla promozione dello scopo ideale.

Nella prima ipotesi, si possono immaginare due scenari: l'attività della società è completamente inidonea a generare profitti, quindi la società dipende da fonti di finanziamento esterne (modalità dotazionale); l'attività della società è in grado di generare risorse sufficienti per garantirne la sussistenza, ma senza produrre eccedenze (modalità di sussistenza).

Alcuni autori hanno peraltro identificato la società non lucrativa con una società il cui oggetto sociale non è idoneo a generare rendimenti economici (lucro oggettivo), in modo che il lucro sia escluso in entrambe le sue accezioni.

Tornando alla identificazione della società di beneficio comune, per alcuni autori, atteso che il modello benefit è ibrido (coesistendo in esso lo scopo lucrativo e lo scopo non lucrativo), attribuire a quest'ultimo la modalità dotazionale di una società senza fine di lucro oggettivo avrebbe significato allontanarsi dallo schema in analisi.

La modalità di sussistenza, invece, si collocherebbe in una zona grigia, ma risulterebbe più attinente al modello ibrido della SBIC, purché l'attività d'impresa sia in grado di generare un risultato economico positivo.

Per la dottrina spagnola, ciò è coerente con la caratterizzazione del modello benefit, inteso come una forma sociale che esclude o modula la finalità lucrativa in senso soggettivo, ma non in senso oggettivo.

Tali criteri, pur non codificati, si ricavano da una lettura sistematica del diritto societario spagnolo e si pongono come parametri interpretativi fondamentali per valutare la legittimità delle SBIC. Essi rispondono all'esigenza di conciliare la tutela dell'autonomia privata, che consente ai soci di modellare liberamente il contenuto del contratto sociale (art. 1255 CC), con la protezione dei diritti individuali dei soci, quali il diritto alla partecipazione agli utili (art. 93 LSC) e il diritto alla quota di liquidazione.[25]

Sebbene queste teorie siano ampiamente condivise in dottrina, la loro piena applicazione pratica incontra le resistenze dei tribunali nel superare la finalità lucrativa.

Gli organi giurisdizionali sono ora infatti generalmente favorevoli alla possibilità che le società commerciali possano svolgere attività a carattere benefico o filantropico, orientate alla promozione di scopi ideali come quelli educativi, sociali, ambientali, ma, per conciliare la finalità lucrativa con questo tipo di operazioni, richiedono due condizioni.

In primo luogo, ritengono che le operazioni legate allo scopo di beneficio comune debbano avere carattere occasionale o marginale, che non fanno parte dell'attività ordinaria della società, anche se ciò non esclude una certa regolarità nell'effettuazione di queste disposizioni.[26]

Questa prima condizione ha la funzione di preservare la finalità lucrativa oggettiva e si basa sull'idea di fondo che la destinazione di risorse della società ad uno scopo di beneficio comune non possa rappresentare la sua attività principale, in quanto ciò la renderebbe inidonea a generare un risultato economico positivo.

In secondo luogo, tali assegnazioni di risorse devono rispettare un criterio di moderazione.[27] Il criterio della moderazione non è stato definito chiaramente dalla giurisprudenza o dalla dottrina registrale, ma può essere interpretato facendo riferimento ad altri parametri di adeguatezza e ragionevolezza già presenti nel diritto societario spagnolo, come quelli relativi alla remunerazione degli amministratori (art. 217.3 LSC).

[25] DEL VAL TALENS P., *La sociedad benefit en españa*, in VARGAS VASSEROT C., ALCALDE SILVA J., CLARK W. H. JR. (a cura di), *empresas b y sociedades bic. perspectiva comparada de las empresas con propósito*, Valencia, 2024.

[26] RDGRN de 2 de febrero de 1966 [RJ 1966\1398]; RDGRN de 11 de abril de 2016 (núm. 5291) [RJ\2016\2990], FD IX; RDGRN de 20 de enero de 2015 (núm. 1869) [JUR 2015\59988], FD II.

[27] STS (Sala de lo Civil, Sección1ª) de 29 noviembre de 2007 (núm. 1229) [RJ 2008\32], FD IV.

Il criterio della moderazione mira a tutelare i diritti dei soci, in particolare il diritto alla partecipazione agli utili e il diritto alla quota di liquidazione. Se la condizione dell'occasionalità è finalizzata alla tutela del lucro oggettivo, il criterio della moderazione protegge il lucro soggettivo.

Tutto ciò dimostra che la situazione normativa in Spagna è molto simile a quella dell'ordinamento italiano prima dell'introduzione delle norme sulla società benefit, nonostante in Spagna ci sia attualmente una normativa.

Le società di capitali incontrano limiti nel configurarsi come ibride, a causa della attuale posizione dominante in ambito giurisdizionale e registrale, ancora restia all'idea della funzionalità del modello benefit.

In conclusione, pur permanendo alcune resistenze interpretative da parte della dottrina tradizionale e di una parte della prassi applicativa,[28] si può affermare che l'ordinamento giuridico spagnolo stia progressivamente maturando una concezione più evoluta della causa societaria. Questa nuova prospettiva si caratterizza per l'integrazione armonica, seppur complessa, tra la finalità di lucro – ancora imprescindibile per la validità del contratto di società – e il perseguimento di finalità di interesse generale che si proiettano oltre il mero soddisfacimento degli interessi dei soci.[29]

Tale evoluzione si inserisce in un quadro di crescente apertura ai principi dell'economia sostenibile e responsabile, che trovano oggi terreno fertile non solo a livello nazionale, ma anche nel più ampio contesto sovranazionale.[30] In particolare, le recenti evoluzioni della normativa europea – tra cui spiccano, come già accennato, la Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD) e la proposta di Direttiva sulla Corporate Sustainability Due Diligence – evidenziano una sempre maggiore attenzione verso la responsabilizzazione delle imprese rispetto agli impatti sociali e ambientali delle proprie attività[31], contribuendo così ad accelerare il riconoscimento giuridico di modelli imprenditoriali ibridi come quello delle SBIC.[32]

L'affermazione del modello SBIC in Spagna, tuttavia, non si limita alla mera possibilità giuridica di istituire società che perseguano finalità di beneficio comune. Essa implica anche una profonda trasformazione culturale nel modo di concepire l'impresa e il suo ruolo all'interno della società, spingendo verso una nuova configurazione dell'interesse sociale, non più inteso esclusivamente come massimizzazione del profitto per i soci, ma come realizzazione di un valore condiviso tra impresa e società.

In tale prospettiva, sarà fondamentale monitorare l'applicazione concreta della normativa nei prossimi anni, osservando come le imprese sapranno integrare gli obblighi statutari di perseguimento del beneficio comune all'interno della propria governance e delle proprie strategie operative. L'effettività di tale integrazione dipenderà, in larga misura, non solo dalla volontà degli operatori economici, ma anche dalla capacità degli enti regolatori, delle autorità giudiziarie e degli stessi stakeholder di interpretare e applicare i principi sottesi al modello SBIC in modo coerente e dinamico.

Del pari, un altro tema che meriterà un'attenta riflessione sarà quello relativo alla protezione dei soci di minoranza, ai quali dovrà essere garantito un adeguato equilibrio tra i diritti economici individuali e la partecipazione a una società che persegue anche finalità di interesse generale. Le modalità attraverso cui verranno gestite le potenziali tensioni tra scopo lucrativo e finalità benefiche saranno decisive per il consolidamento del modello e per la prevenzione di controversie societarie che potrebbero altrimenti minare la fiducia nel nuovo istituto.

Non meno rilevante sarà, inoltre, la capacità del mercato – in particolare dei consumatori e degli investitori istituzionali – di riconoscere e premiare le imprese SBIC che dimostrino coerenza e

[28] LÓPEZ PELÁEZ P., *Sociedades de Beneficio Común en España*, Diario La Ley, 2023.
[29] HERNÁNDEZ M.B., *La materialización del interés social en la práctica societaria*, in Diario La Ley, 2023.
[30] CORREA M.E., *Un nuevo sentido del éxito: las Empresas B*, in VARGAS VASSEROT C., ALCALDE SILVA J., CLARK W. H. JR. (a cura di), *Empresas B y Sociedades BIC. Perspectiva comparada de las empresas con propósito*, Valencia, 2024.
[31] RAMOS ENRÍQUEZ V., DUQUE P., VIEIRA SALAZAR A., *Responsabilidad Social Corporativa y Emprendimiento: evolución y tendencias de investigación*, in Desarrollo Gerencial, 2021.
[32] TAPIA J., *Empresas B y la construcción del capitalismo responsable*, in Revista Empresa y Sociedad, 2023.

trasparenza nel perseguimento dei propri obiettivi di beneficio comune. A tal fine, si renderà imprescindibile rafforzare i meccanismi di certificazione e rendicontazione dell'impatto sociale e ambientale, evitando il rischio di derive opportunistiche quali il greenwashing o il social washing.

In definitiva, l'introduzione del modello delle Sociedades de Beneficio e Interés Común (SBIC) nell'ordinamento spagnolo ha segnato un momento di rottura – se non ancora compiutamente sistematizzato – con l'architettura tradizionale del diritto societario iberico, fondata sulla centralità assiologica e funzionale della finalità lucrativa. L'analisi dell'ammissibilità di tale modello, condotta nella presente sezione, ha consentito di mettere in luce come la recente apertura normativa operata dalla Ley 18/2022 si collochi in un quadro normativo e culturale ancora in fase di assestamento, caratterizzato da tensioni interpretative, cautele giurisprudenziali e resistenze dottrinali non sempre convergenti verso un'evoluzione coerente della causa societaria.

Il riconoscimento giuridico delle SBIC, pur rappresentando un passo avanti verso un ripensamento più inclusivo della funzione dell'impresa nella società contemporanea, continua a scontare la necessità di conciliare la nuova configurazione "ibrida" della società con i principi classici sanciti dal Código Civil e dal Código de Comercio, in particolare con riferimento alla causa tipica del contratto societario, tradizionalmente identificata nella produzione e distribuzione del profitto. In tale cornice, l'integrazione di finalità di beneficio comune rischia talvolta di essere tollerata più che valorizzata, e di essere considerata ammissibile solo a condizione che non intacchi l'integrità dell'assetto patrimoniale né pregiudichi i diritti fondamentali dei soci, primi tra tutti il diritto alla partecipazione agli utili e alla quota di liquidazione.

È dunque evidente come l'ordinamento spagnolo si trovi a un bivio tra consolidamento e trasformazione. Da un lato, esso ha compiuto un passo importante riconoscendo formalmente che l'impresa possa contribuire alla realizzazione di obiettivi di interesse collettivo, ambientale o sociale; dall'altro, rimane incardinato in un impianto dogmatico e giurisprudenziale che fatica ad abbracciare una piena ridefinizione del concetto di "interesse sociale" e del ruolo dell'imprenditore nel contesto socio-economico odierno.

Le analisi giuridiche condotte mostrano infatti come l'adozione del modello SBIC presupponga non solo una modifica delle fonti primarie, ma soprattutto una metamorfosi culturale che attraversa l'intera filiera giuridico-economica: dalla redazione degli statuti alle modalità di gestione e di governance, dalla struttura dei controlli interni fino alla rendicontazione dell'impatto generato. Una tale transizione richiede, per essere efficace, un'azione coordinata tra il legislatore, gli organi giurisdizionali, l'amministrazione pubblica e, non da ultimo, la società civile e gli operatori del mercato.

Sul piano strettamente sistematico, la sfida maggiore consiste nell'individuare un punto di equilibrio tra l'esigenza di garantire certezza del diritto e la necessità, sempre più avvertita, di introdurre forme di flessibilità nella disciplina societaria, che consentano di valorizzare la dimensione etica, sociale e ambientale dell'impresa senza scardinare le garanzie patrimoniali. In tale ottica, il concetto di "moderazione" nell'allocazione delle risorse e quello di "occasionalità" delle finalità extralucrative, pur fungendo da presìdi a tutela della coerenza interna dell'ordinamento, rischiano di ostacolare un'effettiva emancipazione del modello SBIC, se non opportunamente ricalibrati in una prospettiva sostanzialmente evolutiva.

La piena affermazione delle SBIC, pertanto, non può che passare attraverso un processo di progressiva sedimentazione normativa e culturale, che consenta di superare la visione dicotomica tra impresa "a scopo di lucro" e impresa "filantropica" o "ideale", riconoscendo nella società di beneficio e interesse comune una sintesi originale e moderna capace di tenere insieme generazione di valore economico e promozione del bene comune.

In questa prospettiva, il modello spagnolo presenta profili di originalità ma anche punti di contatto con esperienze normative analoghe, tra le quali merita un esame approfondito quella italiana. Il nostro ordinamento, infatti, è stato tra i primi in Europa ad introdurre una disciplina organica delle società benefit, fornendo una base giuridica più articolata e coerente sotto il profilo dogmatico e

applicativo. Ne deriva la necessità, ai fini di una riflessione comparata e critica, di analizzare analogie e differenze tra le due esperienze, per coglierne i rispettivi punti di forza, le criticità strutturali e le potenzialità evolutive.

Il prossimo paragrafo sarà dunque dedicato a un confronto sistematico tra il modello spagnolo delle SBIC e quello italiano delle società benefit, nella consapevolezza che solo attraverso un'analisi comparativa sarà possibile cogliere appieno le implicazioni giuridiche, economiche e culturali di un paradigma imprenditoriale che, pur declinato in forme diverse, tende sempre più a farsi interprete di una nuova economia fondata sull'integrazione tra profitto e responsabilità sociale.

3. ANALOGIE E DIFFERENZE TRA L'ESPERIENZA ITALIANA E QUELLA SPAGNOLA

L'analisi comparativa tra il modello spagnolo e quello italiano rivela significative analogie e differenze, sia sotto il profilo concettuale che normativo.[33]

In Italia, l'art. 1, comma 379, della legge n. 208/2015 impone un inserimento esplicito stabilendo che uno o più scopi di beneficio comune debbano essere espressamente indicati nella clausola relativa all'oggetto sociale (art. 1, comma 376 e ss.).[34] Anche in Spagna si tratta di un modello societario in cui la causa contrattuale (art. 116.1 Cdc) è ibrida o duale, combinando lo scopo di lucro con la promozione di uno o più interessi comuni o generali.[35]

Il beneficio comune si inserisce nell'oggetto sociale e, a tal fine, viene contemplato che venga inserito nella clausola relativa all'oggetto sociale (art. 23.b) LSC).

Tuttavia, attualmente, la dottrina della DGSJFP considera rispettato il requisito di determinazione statutaria, a condizione che, indipendentemente dall'elevato numero di attività incluse, queste corrispondano alla Classificazione Nazionale delle Attività Economiche (CNAE).

In entrambi gli ordinamenti, è contemplata l'ipotesi di integrare l'attività principale con la promozione di finalità di utilità sociale, nel rispetto però dell'autonomia della volontà contrattuale, con alcune differenze (artt. 1255 CC e 28 LSC).

In particolare, la legge spagnola definisce la finalità come l'inserimento di un interesse extra societario, volto a migliorare le condizioni di uno o più gruppi di interesse e senza suggerire le categorie o i soggetti verso i quali indirizzare tale finalità.

La legge italiana, invece, in primis, impone il generale comportamento che la società benefit deve adottare, in modo che le politiche di quest'ultima siano generalmente orientate verso il beneficio comune e, inoltre, indica un elenco non tassativo di soggetti beneficiari come persone, enti, comunità e di finalità di beneficio comune ammissibili inclusi quelli di natura artistica, caritativa, culturale, economica, educativa, letteraria, medica, religiosa, scientifica o tecnologica (art. 1, comma 378 legge 28 dicembre 2015, n. 208).

In questo modo, l'Italia intende ottenere, da parte delle società benefit, un comportamento obbligatoriamente e generalmente orientato a generare effetti positivi generali e/o ridurre effetti negativi a beneficio di una o più categorie di soggetti, oltre che specifiche finalità di beneficio comune a vantaggio di determinati soggetti da perseguire.

Nel modello italiano, ciò avviene tramite una modulazione della clausola dell'interesse sociale, che funge da parametro di riferimento per il comportamento degli amministratori, consentendo loro di adottare decisioni che bilancino l'interesse benefico con quello dei soci (art. 1, comma 377 Legge 28 dicembre 2015, n. 208).

Nella legge spagnola non è prevista una disposizione simile, anche se la dottrina ha preso atto del fatto che una modifica dell'oggetto sociale in tal senso esige che siano adottate particolari politiche societarie atte a promuovere le finalità di beneficio comune prescelte.

[33] ENCISO ALONSO-MUÑUMER M., *La empresa sostenible: desafíos jurídicos en el modelo español y comparado*, Navarra, 2022

[34] GUIDA P., *La "società benefit" quale nuovo modello societario,* in Rivista del Notariato, 2018.

[35] FUNDACIÓN SERES, *Empresas con propósito: un nuevo paradigma*, 2022.

In Spagna, dunque, in assenza di una previsione espressa, l'interesse sociale coincide esclusivamente con l'interesse dei soci.

Tuttavia, gli interessi extrasociali possono essere presi in considerazione, a condizione che la decisione sia conforme a quello principale.

Inoltre, nel regime vigente, gli amministratori non solo sono autorizzati, ma devono anche tenere conto delle implicazioni ambientali o sociali delle operazioni, in quanto, se non lo facessero, potrebbe ritenersi che la decisione non sia stata adottata attraverso un processo decisionale adeguato e con un'informazione sufficiente (art. 226.1 LSC).[36]

Nel modello benefit, la pluralità di fini si riflette sulla dinamica societaria, ossia influenza la presa di decisioni da parte degli organi sociali.

Ciò si traduce in un problema di ponderazione: se esistono più obiettivi da perseguire[37], ogni decisione deve cercare di conciliarli o, in alternativa, valutarli adeguatamente (§ 362 II DGCL).[38]

Tuttavia, in assenza di criteri chiari sulla gerarchia dei fini, gli amministratori dovranno stabilirla autonomamente, rischiando di esporsi a responsabilità per errori di valutazione.

La questione può essere risolta applicando la regola della discrezionalità imprenditoriale, nota nei modelli benefit come "benefit judgment rule".

Con questa regola, si presta maggiore attenzione alla diligenza procedurale, in modo che la documentazione del processo decisionale e delle informazioni raccolte permetta di verificare il metodo con cui è stata effettuata la ponderazione dei fini.

Tuttavia, questa proposta è stata criticata, poiché si ritiene che possa ampliare eccessivamente il margine di discrezionalità degli amministratori.

Ad ogni modo, è possibile osservare come, in entrambi gli ordinamenti – pur essendo l'approccio italiano più dettagliato, rispetto a quello spagnolo – i tratti descritti delineano un fenomeno relativamente ampio e variegato, che può assumere diverse configurazioni, a seconda di come venga articolata la promozione del beneficio comune.

Si può dunque certamente affermare che la potenziale ampiezza del fenomeno giuridico, sia in Italia che in Spagna, renda difficile una delimitazione, anche da un punto di vista squisitamente teorico.

Può dirsi inoltre, e forse questa è la maggiore differenza, che nel modello italiano è previsto che le società benefit svolgano direttamente attività che possano generare un effetto positivo di interesse generale, mentre nel modello spagnolo, è previsto, semplicemente, che una parte delle risorse economiche sia destinata a finalità di interesse generale.

E a tal proposito la giurisprudenza spagnola ha ritenuto ammissibile la destinazione di risorse a scopi di utilità sociale, ma ha imposto limiti rigorosi per garantire la prevalenza della finalità lucrativa.

Un ulteriore elemento di divergenza riguarda la distribuzione degli utili. In Italia, il modello benefit consente di destinare una parte dell'utile a finalità benefiche senza particolari restrizioni.[39] In Spagna, invece, si applicano i criteri di moderazione e occasionalità, che mirano a proteggere il diritto dei soci alla partecipazione agli utili. [40] La DGSJFP ha ammesso che le società possano destinare una frazione moderata degli utili a iniziative di interesse generale, purché ciò non comprometta la loro natura commerciale.

. D'altro canto, l'autorità registrale sembra considerare le clausole in esame come una semplice facoltà concessa all'assemblea generale[41], senza che queste impongano un obbligo specifico di destinare gli utili a una finalità concreta. A nostro avviso, questa interpretazione deve essere precisata.

Se la clausola statutaria prevede un'espressa destinazione dell'utile, la delibera dell'assemblea generale che non la rispetti sarebbe stata adottata

[36] PEINADO GRACIA J. I., *La sostenibilidad y el deber de diligencia de los administradores: una primera reflexión sobre la sostenibilidad de la sociedad mercantil y la responsabilidad por falta de diligencia de los administradores*, in *Revista de Derecho Mercantil,* vol. 311, 2019.

[37] CASTILLO ROVIRA P., *La delimitación de la concurrencia de intereses en las sociedades de beneficio e interés común*, in Revista Aranzadi Doctrinal, 2024.

[38] RECALDE CASTELLS A., *El interés social como elemento dinámico en la empresa sostenible*, in Revista Española de Derecho de Sociedades, 2023.

[39] CORSO S., *Le società benefit nell'ordinamento italiano: una nuova "qualifica" tra profit e non profit*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 2016

[40] GIL PECHARROMÁN X., *Los registradores impulsan la nueva Sociedad de Beneficio e Interés Común comprometida con la sostenibilidad*, in *Economista,* 2024.

[41] MONTIEL VARGAS A., *Las Empresas B (B Corps) y la regulación de las sociedades con propósito (benefit corporations), in Derecho comparado,* REVESCO, 2022.

in violazione dello statuto e, pertanto, potrebbe essere impugnata per questa ragione (art. 204.1 LSC). Un'altra questione è che la clausola possa essere formulata in modi diversi, ad esempio come mera facoltà (la società potrà destinare) o come obbligo vincolante (la società destinerà).

Il rischio di violazione statutaria non viene meno solo perché una disposizione di questo tipo può essere inserita nello statuto esclusivamente nel rispetto di determinate garanzie, in particolare, garantendo i diritti dei soci. Al contrario, deve essere condivisa la tesi della DGSJFP, secondo cui la clausola statutaria non configura un diritto di terzi a partecipare agli utili sociali.

Dal punto di vista della governance, la normativa italiana impone obblighi specifici alle società benefit, prevedendo la nomina di un responsabile d'impatto e l'obbligo di redigere una relazione d'impatto annuale. Questa relazione funge da strumento di trasparenza e di accountability nei confronti degli stakeholder. In Spagna, invece, non esistono obblighi di governance espressamente dedicati alle società che perseguono scopi di interesse generale.[42] Tuttavia, si registra una crescente attenzione alla rendicontazione dell'impatto sociale e ambientale, sulla spinta delle best practices internazionali e dell'influenza esercitata dall'esperienza italiana.

Differenze si riscontrano anche circa il diritto di recesso dei soci, in caso di modifica statutaria. In Italia, il diritto di recesso è disciplinato dall'art. 2437 c.c., che consente ai soci di recedere qualora l'adozione del modello benefit comporti una modifica sostanziale dell'oggetto sociale.[43] Per la legge spagnola, quando l'alterazione della causa del contratto è sostanziale, essa comporta il diritto di recesso per il socio (art. 346.1.a) LSC). L'aggiunta di attività necessarie alla promozione del fine di interesse generale si considera una modifica sostanziale dell'oggetto sociale ai sensi dell'art. 346.1.a) LSC. Tuttavia, per la dottrina spagnola, il diritto di recesso del socio dissenziente per modifica sostanziale dell'oggetto sociale potrebbe non essere sufficiente come misura di protezione in caso di mutamento di una società lucrativa in società di beneficio comune.[44]

La soluzione di questo problema in termini astratti è complicata da due aspetti collegati tra loro.[45] In primo luogo, è possibile che l'alterazione della causa contrattuale derivi dalla modifica dell'oggetto sociale e non il contrario. In secondo luogo, in assenza di una modifica esplicita del contratto sociale, solo attraverso un'analisi caso per caso si può determinare se la modifica formale dell'oggetto sociale influisca materialmente sulla causa.

In generale, la risposta a questo problema dipende dal modo in cui si interpretano le relazioni tra oggetto e scopo sociale, nonché dalla concezione stessa della società non lucrativa. Se si pensasse che le società non lucrative come a delle società il cui oggetto sociale non è idoneo a generare lucro, ovvero prive di finalità lucrativa in senso oggettivo, la trasformazione in società non lucrativa richiederebbe una modifica dell'oggetto sociale, di fronte alla quale basterebbe riconoscere il diritto di recesso ai soci.

Nel caso della società benefit, questa posizione permetterebbe di difendere, a maggior ragione, la stessa soluzione, considerando che la natura ibrida di tale società impone comunque il mantenimento della finalità lucrativa in senso oggettivo. In altri termini, si potrebbe sostenere che adattarsi ai tratti di una società di beneficio comune non elimina la finalità lucrativa in senso oggettivo, ma la modula o la ridistribuisce parzialmente. Di conseguenza, il diritto di recesso del socio rappresenterebbe una tutela sufficiente.

la regola generale in Spagna prevede che sia necessario il consenso di tutti i soci per modificare la causa del contratto di società, incorporando una finalità non lucrativa. Dal punto di vista contrattuale, la modifica della causa del contratto non può essere imposta dalla maggioranza, pena la violazione del principio generale che vieta a una parte

[42] PERALES VISCASILLAS P., *Gobierno corporativo y sostenibilidad*, in Derecho de la Empresa, 2022.
[43] GUIDA P., *La tutela del socio nel passaggio a società benefit,* in *Giurisprudenza Commerciale,* 2021.
[44] VILLARREAL P., *Sociedades Benefit y su régimen jurídico en España*, in InDret, 2024.
[45] CARRILLO P., *Derecho de reembolso y sociedades de interés común*, in Derecho de Sociedades, 2022.

di disporre unilateralmente del contratto (art. 1256 CC).[46]

Lo stesso risultato si raggiunge considerando la prospettiva istituzionale, in quanto la modifica della causa lucrativa incide direttamente sul diritto alla partecipazione agli utili (art. 93 LSC). Poiché si tratta di una modifica che incide su un diritto individuale, essa può essere adottata solo con il consenso di ogni socio interessato (art. 292 LSC).

Ancora una volta, possono emergere difficoltà nel qualificare la modifica come un'alterazione del contratto o dello statuto. Anche alla luce dei modelli comparati, la dottrina più autorevole ha sostenuto che la trasformazione in società benefit richieda l'unanimità.

Non è chiaro, tuttavia, se la stessa soluzione debba essere applicata anche quando si tratti di introdurre una clausola statutaria che destini parte degli utili a un fine di interesse generale.

Da un punto di vista tecnico, poiché questa disposizione incide sul diritto alla partecipazione agli utili, che è un diritto individuale, sarebbe necessario il consenso individuale del socio interessato, ai sensi dell'art. 292 LSC.

Questa interpretazione è stata suggerita dalla Corte Suprema. Tuttavia, è opportuno considerare altri fattori per stabilire se questa soluzione possa essere rivista.

In primo luogo, nel modello benefit, se la finalità non lucrativa è parte della causa del contratto, destinare una parte degli utili a tale finalità equivale a destinarli a uno scopo sociale, e quindi potrebbe ritenersi sufficiente la delibera della maggioranza richiesta per decidere sulla distribuzione degli utili (art. 160.a) LSC).

Nel modello tradizionale (non benefit), si può valutare la percentuale di risorse destinate a tale scopo. Se questa quota è elevata, ad esempio compresa tra un quarto e la metà dell'utile, si potrebbe ritenere che essa sia incompatibile con la finalità lucrativa. Se invece si tratta di una quota residuale, per esempio tra l'1% e il 10%, essa potrebbe essere conciliabile con la finalità lucrativa. Secondo i criteri registrali di moderazione e marginalità, il primo caso sarebbe illecito, mentre il secondo sarebbe accettabile, anche se rimane il problema che destinare risorse a un fine extrasociale incide sul diritto individuale alla partecipazione agli utili.

In secondo luogo, si pone la questione della coerenza sistematica di questa soluzione. Bisogna determinare se sia corretto richiedere il consenso individuale del socio per introdurre una clausola statutaria di questo tipo, tenendo conto che nel diritto spagnolo il diritto di recesso è ritenuto una tutela sufficiente per escludere il socio dalla società in caso di mancata distribuzione di dividendi (art. 348 bis 2 LSC).[47]

Entrambe le situazioni riguardano la tutela di un diritto individuale – il diritto di recesso in un caso, il diritto alla partecipazione agli utili nell'altro – e si verificano nel contesto della distribuzione dell'utile d'esercizio.

Un'altra differenza riguarda l'applicazione delle norme sulle pratiche commerciali scorrette. La normativa italiana attribuisce all'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) il compito di vigilare sulla correttezza delle comunicazioni delle società benefit, per prevenire fenomeni di greenwashing e pubblicità ingannevole.[48] In Spagna, l'assenza di una regolamentazione specifica ha reso più complessa la gestione delle informazioni relative all'impatto sociale e ambientale delle imprese. Tuttavia, si osserva un crescente interesse verso l'introduzione di forme di regolamentazione ispirate a quelle italiane, in risposta alla crescente attenzione dell'opinione pubblica e delle istituzioni europee.

L'evoluzione normativa nei due ordinamenti evidenzia una tendenza convergente verso il riconoscimento della società benefit come strumento per promuovere un'economia più sostenibile e responsabile. Tuttavia, mentre l'Italia ha adottato un approccio legislativo chiaro e dettagliato, la Spagna sta ancora affrontando un dibattito aperto sulla necessità di una regolamentazione specifica. L'introduzione della Legge 18/2022 ha rappresentato un

[46] García - Cruces González J.A., *Modificación estatutaria y protección del socio disidente*, in Revista de Derecho de Sociedades, 2023.
[47] Sequeira Martín A., *La naturaleza del derecho de separación del socio en caso de falta de distribución de dividendos en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital*, in Fernández Torres I. et al. (coords.), *Derecho de sociedades y de los mercados financieros. Libro homenaje a Carmen Alonso Ledesma*, Madrid, 2018, pp. 829-860.
[48] Siclari D., *op. cit.*

passo avanti, ma il modello spagnolo necessita di ulteriori chiarimenti normativi per garantire una piena operatività delle società benefit.

Appare evidente che in entrambe le esperienze si riconosce l'importanza di una nuova configurazione della causa societaria, la quale, pur mantenendo il tradizionale orientamento verso la produzione di utili, si arricchisce attraverso l'esplicito perseguimento di finalità di beneficio comune. Tanto in Italia quanto in Spagna, infatti, il legislatore ha introdotto modelli che combinano, in maniera più o meno strutturata, il profitto con obiettivi di interesse generale. [49]

L'indagine comparativa condotta tra il modello italiano delle società benefit e l'esperienza spagnola delle Sociedades de Beneficio e Interés Común (SBIC) ha permesso di far emergere un quadro ricco e stratificato, nel quale si intrecciano istanze giuridiche, culturali ed economiche, delineando due traiettorie normative che, pur condividendo un obiettivo comune – quello di promuovere una nuova visione dell'impresa quale soggetto responsabile nei confronti della collettività e dell'ambiente – divergono in termini di struttura regolatoria, grado di maturazione giuridica e approccio sistemico. .[50]

L'ordinamento italiano, con l'introduzione delle società benefit attraverso la legge n. 208 del 2015, si è distinto per aver adottato un impianto normativo organico e dettagliato, che non solo ha definito con precisione le caratteristiche giuridiche della nuova forma societaria, ma ha anche introdotto obblighi specifici in capo agli amministratori, meccanismi di rendicontazione periodica (la relazione d'impatto), e una governance orientata alla trasparenza e alla responsabilità. Tale normativa ha rappresentato un intervento pionieristico a livello europeo, capace di anticipare le tendenze internazionali in materia di sostenibilità e di trasformare profondamente la concezione tradizionale della società commerciale, ampliando l'orizzonte dell'interesse sociale e promuovendo un equilibrio tra profitto e impatto positivo.

Di contro, l'esperienza spagnola, benché innovativa sul piano dell'introduzione formale del modello SBIC, rimane ancora ancorata a un paradigma giuridico più prudente, in cui la finalità lucrativa – come causa tipica del contratto di società – continua a esercitare un peso determinante, condizionando l'effettiva operatività delle clausole statutarie di beneficio comune. La Ley 18/2022, pur segnando un passaggio fondamentale verso il riconoscimento giuridico dell'impresa a finalità mista, si caratterizza per una disciplina meno strutturata, in cui l'assenza di obblighi puntuali, meccanismi di controllo vincolanti e una governance specificamente orientata alla misurazione dell'impatto costituiscono ancora fattori di debolezza normativa e di incertezza applicativa.

In tale contesto, l'Italia si pone come un riferimento normativo, in grado di offrire una matrice regolatoria completa e già sperimentata, mentre la Spagna appare collocata in una fase intermedia, di transizione e di consolidamento, nella quale il modello SBIC necessita ancora di essere accompagnato da una riflessione più profonda e da interventi normativi correttivi, al fine di garantirne l'effettiva operatività. L'evidente asimmetria tra i due ordinamenti si riflette, tra l'altro, nell'assenza, in Spagna, di figure analoghe al responsabile d'impatto o all'obbligo di relazione annuale, nonché nella mancata definizione di una cornice sanzionatoria e preventiva per comportamenti elusivi o in contrasto con i principi fondativi del modello.

Nonostante le differenze strutturali e le disomogeneità regolative, è possibile ravvisare tratti comuni che testimoniano l'esistenza di un orientamento convergente, ispirato ai principi dell'economia sostenibile e della responsabilità sociale d'impresa. Sia in Italia che in Spagna, si assiste a un progressivo superamento della concezione classica dell'impresa come ente esclusivamente dedito alla generazione di profitto, e all'emersione di una nuova configurazione del soggetto imprenditoriale come attore sociale, capace di generare valore non

[49] Parlamento Europeo, CSRD - Corporate Sustainability Reporting Directive, 2022.

[50] VELLOSO M., *Impacto de la legislación sobre Sociedades Benefit en España e Italia*, in Derecho y Empresa, 2024.

solo economico, ma anche etico, ambientale e culturale.[51]

Tale evoluzione, ancora in fase di pieno dispiegamento, impone una riflessione profonda sulla stessa nozione di "interesse sociale", che non può più essere ridotta alla mera soddisfazione degli interessi dei soci, ma deve includere anche il benessere collettivo e l'equilibrio ecologico. In questo senso, il confronto tra Italia e Spagna rappresenta un'opportunità preziosa per cogliere la ricchezza e la complessità delle soluzioni giuridiche adottate, nonché per immaginare nuove direttrici normative capaci di sostenere l'impresa nel suo ruolo trasformativo.[52]

Alla luce di queste considerazioni, si impone l'esigenza di un progressivo ravvicinamento tra i due modelli, anche in funzione dell'armonizzazione giuridica in ambito europeo.

Il percorso tracciato dai due ordinamenti mostra come l'introduzione di forme societarie orientate al beneficio comune costituisca non solo una riforma giuridica, ma una vera e propria rivoluzione culturale nella concezione dell'impresa e del suo ruolo all'interno della società contemporanea che, se sostenuta da strumenti normativi adeguati, potrà contribuire alla costruzione di un'economia realmente sostenibile, inclusiva e orientata al lungo periodo.

[51] DE LA FUENTE RIVERA M., *Las Sociedades de Beneficio e Interés Común (SBIC): Una revolución empresarial para un nuevo contrato social*, in Revista Diecisiete, vol. Call for Cases, 2022.

[52] ROSSI S., *L'impegno multistakeholder della società benefit*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale*, 2017.

DE IUSTITIA

Rivista scientifica Anno 2025 – N°4 – Ottobre 2025

DIRITTO AMMINISTRATIVO ISSN 2974-7562

CONFLITTO D'INTERESSI E CONTRATTI PUBBLICI: DINAMICHE EVOLUTIVE E FUTURE PROSPETTIVE DI IMPIEGO DELL'ISTITUTO

di **Riccardo LOFFREDO***

ABSTRACT

Lo studio esamina l'istituto del conflitto d'interessi - muovendo da una breve disamina dei caratteri del principio di imparzialità – e si propone di mettere in luce il dibattito che si è registrato all'interno della giurisprudenza e della dottrina sul quadro normativo dell'istituto, sul bene giuridico tutelato dal conflitto d'interessi e sulla tassatività delle ipotesi conflittuali. Successivamente, con l'entrata in vigore del d. lgs. 50/2016, si è analizzata l'evoluzione di tale dibattito rispetto al settore dei contratti pubblici con una serie di conseguenti contrasti in giurisprudenza. L'analisi del conflitto d'interessi suscita una rinnovata attenzione, a seguito dell'entrata in vigore dell'attuale Codice dei contratti pubblici, quanto alle tecniche di tutela dell'immagine della pubblica amministrazione. Ci si soffermerà sulle ricadute derivanti dall'abrogazione dell'abuso d'ufficio sugli strumenti amministrativi di tutela dell'immagine dell'amministrazione, nell'ambito del più ampio rapporto tra tecniche di contrasto alla corruzione proprie del diritto penale e quelle proprie del diritto amministrativo.

The study examines the institution of conflicts of interest, starting with a brief analysis of the characteristics of the principle of impartiality. It aims to highlight the debate that has taken place within case law and doctrine regarding the regulatory framework of the institution, the legal interest protected by conflicts of interest, and the exhaustiveness of conflictual situations. Subsequently, with the entry into force of Legislative Decree 50/2016, the evolution of this debate in relation to public procurement contracts has been analyzed, with a series of resulting contradictions in case law. The analysis of conflicts of interest has sparked renewed attention following the enactment of the current Public Procurement Code, particularly concerning techniques for protecting the image of public administration. The focus will be on the implications arising from the repeal of the abuse of office in relation to administrative tools for protecting the administration's image, within the broader context of the relationship between anti-corruption techniques in criminal law and those specific to administrative law.

SOMMARIO

1. Cenni sul principio di imparzialità: tra direzioni, esigenze e accezioni 54

2. Una questione di sistema: il bilanciamento tra la tutela dell'immagine dell'amministrazione e la certezza dell'azione amministrativa 57

3. Codice di comportamento dei dipendenti pubblici e legge severino: l'art. 7 del D.P.R. 62/2013 e l'art. 6 bis della l. 241/90..... 60

4. Le innovazioni apportate dal D.Lgs. n. 50/2016: riflessioni sul carattere esemplificativo o tassativo delle ipotesi di conflitto d'interessi tipizzate dal legislatore..... 63

4.1. (segue) dal D.Lgs. 50/2016 al D.Lgs. 36/2023: l'incisiva riformulazione della normativa..... 66

5. Conclusioni: quale futuro per il conflitto d'interessi dopo l'abrogazione dell'abuso d'ufficio?..... 69

1. CENNI SUL PRINCIPIO DI IMPARZIALITÀ: TRA DIREZIONI, ESIGENZE E ACCEZIONI

Il conflitto d'interessi è un istituto funzionale a prevenire i fenomeni di *maladministration*, le lesioni dell'immagine dell'amministrazione e il verificarsi di ipotesi corruttive nella pubblica amministrazione: per quest'attitudine il conflitto d'interessi si caratterizza fisiologicamente per un meccanismo di anticipazione della tutela che, come si vedrà, trova conferma anche nella normativa che disciplina in linea generale l'istituto in parola.

Il conflitto d'interessi può, dunque, essere definito come la situazione in cui ricorrano le condizioni per cui un interesse privato possa interferire con l'interesse pubblico che dev'essere perseguito dall'amministrazione, minando l'imparzialità e la terzietà del soggetto preposto all'assunzione della

* Dottore in Giurisprudenza.

decisione: assume, quindi, rilevanza la natura dell'interesse del privato e l'idoneità di quest'ultimo a interferire con la cura dell'interesse pubblico da parte dell'amministrazione.

L'interesse del privato non è stato oggetto di specificazione legislativa e, quindi, pare condivisibile ritenerlo ancorato a ogni tipo di utilità, anche astrattamente ritraibile dall'atto, sia patrimoniale che di altro tipo: a tal proposito l'ANAC ha accolto una nozione ampia di interesse privato, ritenendo che quest'ultimo "può essere di natura finanziaria, economica o derivante da particolari legami di parentela, affinità, convivenza o frequentazione abituale con i soggetti destinatari dell'azione amministrativa".

La definizione di conflitto d'interessi muove da un duplice presupposto: in primo luogo si deve constatare l'assenza di una definizione legislativa di conflitto d'interessi e, inoltre, si deve comprendere quale sia il legame tra il conflitto d'interessi e il principio d'imparzialità così come disciplinato dall'articolo 97 della Costituzione. Con riferimento alla definizione di conflitto d'interessi l'ANAC ha fornito tale definizione ponendosi in continuità con l'orientamento della giurisprudenza amministrativa, affermando come "la situazione di conflitto d'interessi si configura quando le decisioni che richiedono imparzialità di giudizio siano adottate da un pubblico funzionario che abbia, anche solo potenzialmente, interessi privati in contrasto con l'interesse pubblico alla cui cura è preposto"[1] e confermando, quindi la latitudine di pericolo potenziale dell'istituto.

La presenza di interessi che minacciano di esercitare un'influenza indebita sull'attività amministrativa comporta una serie di risvolti e di problematiche che attanagliano l'esercizio dell'attività amministrativa: per questo motivo, il conflitto d'interessi[2] è un istituto che ancora non pare giunto alla conclusone di un percorso che possa dirsi compiuto.

Sulla definizione di conflitto d'interessi e sulla natura dell'interesse del privato non si registra un'unanimità di vedute, in quanto la definizione elaborata in sede europea non è stata accolta dalla giurisprudenza amministrativa[3], sulla quale si tornerà, che è stata chiamata a sopperire all'assenza di una definizione legislativa dell'istituto.

Il conflitto d'interessi può essere strutturale o non strutturale: il conflitto d'interessi strutturale si manifesta quando dalla scelta della posizione da attribuire a un determinato funzionario nell'ambito dell'amministrazione di appartenenza derivi un conflitto d'interessi intrinseco che, pertanto, attiene all'inquadramento del dipendente nell'ente pubblico. Anche in questo caso il conflitto d'interessi opera al fine di prevenire di eventuali illeciti, anticipando l'operatività della tutela, affiancandosi alle tradizionali forme di repressione dell'illecito già verificatosi.

La latitudine di pericolo potenziale del conflitto d'interessi differenzia l'istituto in parola dalle ipotesi di corruzione della pubblica amministrazione, per la quale la risposta del sistema si esplica nella tutela repressiva successiva all'illecito.

Anche per questa ragione il contributo aspira a delineare gli approdi è giunta la giurisprudenza

[1] Tale definizione, così come quella dell'interesse del privato, è presente nel portale *anticorruzione.it.*

[2] Un inquadramento generale sul tema è svolto, tra i tanti, da S. CASSESE, *Conflitti di interessi: il fiume di Eraclito*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p.235 ss.

[3] La Commissione europea nella Comunicazione sugli orientamenti sulla prevenzione e sulla gestione dei conflitti d'interessi a norma del regolamento finanziario (2021/C 121/01) ha definito, al paragrafo 3.2.1, il conflitto d'interessi come situazione che "può sorgere anche se la persona non trae un beneficio effettivo dalla situazione, in quanto è sufficiente che le circostanze compromettano l'esercizio obiettivo e imparziale delle sue funzioni. Tali circostanze devono tuttavia avere un determinato legame identificabile e individuale con aspetti concreti della condotta, del comportamento o dei rapporti della persona o avere un impatto su tali aspetti". Il regolamento UE n. 966/2012 prevede che "esiste un conflitto d'interessi quando l'esercizio imparziale e obiettivo delle funzioni di un agente finanziario o di un'altra persona di cui al paragrafo 1, è compromesso da motivi familiari, affettivi, da affinità politica o nazionale, da interesse economico o da qualsiasi altra comunanza d'interessi con il destinatario". Rispetto al contenuto di tale Regolamento UE il Consiglio di Stato, sezione consultiva per gli atti normativi, nel rendere il parere n. 667/2019 in merito allo schema delle Linee Guida Anac in tema di conflitto d'interessi nelle procedure di gara ha osservato che '*la definizione di cui al regolamento della UE è talmente generale e generica da ricomprendere, praticamente, qualsiasi rapporto umano che non sia puramente occasionale, e dunque si pone al di fuori della nostra tradizione giuridica che richiede una precisa individuazione dei casi di conflitto*'.

amministrativa e a osservare come non sempre il legislatore si sia allineato agli stessi, disciplinando il conflitto d'interessi in maniera non sempre coerente con la natura di pericolo potenziale su cui si è assestata la giurisprudenza amministrativa.

Un lavoro che intenda analizzare l'istituto del conflitto d'interessi deve necessariamente muovere da alcune brevi riflessioni sul principio d'imparzialità, soprattutto in ragione della estrema latitudine ad esso attribuito alla luce del dibattito sviluppato sul concetto stesso di imparzialità. Tali considerazioni sono il presupposto del presente scritto, che tende a tracciare un quadro unitario della disciplina del conflitto d'interessi nell'ordinamento nazionale, muovendo da considerazioni di teoria generale per addivenire all'analisi dell'istituto in parola nel settore dei contratti pubblici, anche in considerazione delle recenti novità normative e degli orientamenti espressi da giurisprudenza e dottrina.

Il principio di imparzialità è menzionato, ma non definito, dall'articolo 97 della Costituzione: la mancata esplicazione del suo contenuto, nonché il suo riferimento testuale all'organizzazione dei pubblici uffici, hanno dato vita a un dibattito inerente al contenuto e all'ambito di applicazione del principio stesso[4]. Partendo dall'analisi delle disposizioni costituzionali è utile richiamare l'articolo 98 della Costituzione, poiché tale norma, nel prevedere che i pubblici impiegati siano al servizio esclusivo della Nazione, evidenzia una prima direzione del principio d'imparzialità.

L'imparzialità è, in base all'articolo 98, diretta verso l'alto per evitare una pressione che l'apparato politico potrebbe esercitare sull'apparato amministrativo al fine di orientarne il contenuto dell'attività.

Al tempo stesso, l'imparzialità amministrativa è, di riflesso, diretta verso il basso per evitare che pressioni politiche[5] - esercitate "dall'alto" - conducano alla presenza di interessi indebiti, idonei a minacciare l'imparzialità dell'amministrazione nella sua attività.

Quanto al contenuto del principio d'imparzialità la dottrina aveva, inizialmente, fornito una lettura dell'imparzialità tale da sovrapporla al principio di eguaglianza[6], e per la quale si riteneva che l'imparzialità fosse una regola di condotta dell'amministrazione nell'esercizio del potere discrezionale ad essa attribuito.

Una prima lettura del principio d'imparzialità a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione è stata proposta da Barile, il quale riferiva l'imparzialità al dovere di non adottare una condotta discriminatoria, rendendo il principio in parola un corollario del principio di eguaglianza. Il problema di tale assunto, com'è stato evidenziato[7], si rinveniva nell'assenza di riflessi in positivo sull'attività

[4] Il tema del principio d'imparzialità ha da sempre impegnato le riflessioni della dottrina amministrativistica, sia sul contenuto del principio che sul concetto di amministrazione come parte imparziale: tra i tantissimi studi sul punto, si rinvia a P. BARILE, *Il dovere di imparzialità,* in Scritti in memoria di P. Calamandrei, IV, Padova, Cedam, 1958; U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, Cedam, 1965; S. CASSESE, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, Giuffrè, Milano, 1973; F. SATTA, *Imparzialità della pubblica amministrazione,* in *Enc. Giur.,* Treccani, Roma, 1989; U. ALLEGRETTI, *Imparzialità e buon andamento secondo l'art. 97 della Costituzione, (voce)*, in Digesto delle discipline Pubblicistiche, VIII, Torino, 1993; G. GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione, organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea,* Giuffrè, Milano, 2003; I. TRUJILLO, *Imparzialità,* Giappichelli, Torino, 2003; Aa. Vv., (diretto da) S. CASSESE, *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2006; F. VETRO', *Il principio di imparzialità,* in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo,* Milano, Giuffrè, 2012; A. CERRI, *Imparzialità e buon andamento della p.a.*, in *Diritto on line,* Treccani, 2013; A. MARRA, *L'amministrazione imparziale,* Giappichelli, Torino, 2018, I. PIAZZA, *L'imparzialità amministrativa come diritto,* Maggioli, 2021.

[5] L'imparzialità nel rapporto tra politica e amministrazione è stata definita come imparzialità in senso oggettivo. Sul tema si veda A. MARRA, *op. cit.*, pp. 92 e ss., in cui si definisce l'imparzialità nel rapporto tra politica e amministrazione come imparzialità in senso oggettivo. Inoltre, nell'analizzare il contributo fornito dalla giurisprudenza costituzionale per affermare alcuni criteri attuativi del principio di imparzialità in senso oggettivo si fa riferimento alla necessaria riserva di alcune competenze decisionali a soggetti esperti e alla distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie sono entrambi criteri con cui si esplica tale concezione oggettiva del principio d'imparzialità.

[6] Sin dalle prime analisi in dottrina si era evidenziata la sovrapponibilità tra i due principi, sul punto si veda P. BARILE, *op. cit.*, in cui si afferma che l'imparzialità ha un "valore concreto ben individuabile" che consiste nella regola di condotta che impone all'Amministrazione di "trattare in modo eguale fattispecie eguali, in modo affine fattispecie affini, in modo egualmente diverso fattispecie diverse".

[7] Secondo I. PIAZZA, *op. cit.,* la visione di Barile era in linea con la più generale concezione dell'epoca sul rapporto tra amministrazione e cittadino e, in tale contesto, l'A. si sofferma l'assenza di una declinazione in positivo dell'imparzialità.

amministrativa che andassero oltre rispetto al dovere di non *facere*.

A questa impostazione, esclusivamente rivolta all'applicazione della regola Weberiana per la quale il potere amministrativo dovesse essere esercitato *sine ira ac studio*, si è poi affiancata una lettura dalla quale emergeva l'accezione positiva dell'imparzialità[8]: si è, infatti, cominciato a ritenere che l'amministrazione sia una parte imparziale alla quale è attribuita la funzione di perseguire l'interesse pubblico, ragione per la quale tale funzione va esercitata ponderando tutti gli eventuali interessi privati coinvolti dalla decisione adottata dall'amministrazione.

Da questa ricostruzione è agevole ricavare che l'applicazione contenutistica dell'imparzialità si esplichi nella motivazione dei provvedimenti amministrativi, nel contraddittorio procedimentale e nell'ambito dell'attività istruttoria.

Pertanto, anche sulla scorta dell'innovativa tesi di Allegretti si è riconosciuta la doverosità di istituti che sono stati poi positivizzati soltanto con la l.241/90: è per questo che, come constatato[9], l'accezione dell'imparzialità delineata da Allegretti ha rappresentato una svolta nel dibattito. Inoltre, questa ricostruzione afferma che l'imparzialità riferita all'organizzazione amministrativa è funzionale a garantire l'imparzialità dell'attività amministrativa e che l'imparzialità nell'attività amministrativa raggiunge, come scopo finale, la giustizia sociale.

Si colloca in continuità con tale indirizzo la sentenza della Corte costituzionale n. 453 del 1990[10], che, analizzando un caso in materia di concorsi pubblici, ha affermato che l'imparzialità organizzativa incide direttamente sul buon andamento dell'azione amministrativa.

Dalle due ricostruzioni emerse emerge il carattere multiforme del principio d'imparzialità: l'imparzialità, nella sua dimensione attiva, va ricondotta alla ponderazione degli interessi, garantita attraverso la partecipazione democratica al procedimento e alla dimensione negativa, che emerge, nel divieto di discriminazione e nella previsione degli obblighi di astensione.

Il rischio di questa visione è che riduca l'imparzialità al ruolo di minimo comune denominatore degli istituti attuativi del principio stesso, rendendo l'imparzialità un tratto esteriore che finirebbe per essere privo di un'autonoma portata sostanziale[11].

Pertanto, l'esigenza affrontata è quella di riempire di contenuto autonomo il principio in questione e questa operazione si compie, inevitabilmente, anche tramite lo studio di istituti che ne costituiscono una diretta applicazione.

2. *UNA QUESTIONE DI SISTEMA: IL BILANCIAMENTO TRA LA TUTELA DELL'IMMAGINE DELL'AMMINISTRAZIONE E LA CERTEZZA DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA*

Come si è tentato di evidenziare, il conflitto d'interessi riflette anche il contenuto del principio d'imparzialità inteso come composizione d'interessi[12].

La disciplina fornita dal legislatore a partire dalla l. n. 190/2012, su cui si tornerà, configura il conflitto d'interessi come istituto volto ad anticipare la tutela rispetto ai fenomeni corruttivi e, dunque, caratterizzato da una latitudine di pericolo potenziale, operante a prescindere dal verificarsi di un evento illecito.

Per questa ragione si pone l'esigenza di individuare il regime giuridico dell'atto adottato in conflitto d'interessi – e, quindi, lesivo dell'immagine della pubblica amministrazione – in casi in cui la presenza di una situazione conflittuale non abbia avuto ricadute sul contenuto dell'atto e, dunque, sulla relativa definizione del rapporto giuridico amministrativo.

La sovrapposizione tra interessi pubblici e interessi privati caratterizza numerosi settori

[8] Si esprime in quest'ottica U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, *cit*.

[9] In dottrina è stato riconosciuto il fondamentale apporto del lavoro di Allegretti, a tal riguardo si vedano S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico, cit.,* p. 2938; S. TUCCILLO, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016.

[10] Corte costituzionale, 15 ottobre 1990, n. 453, in *cortecostituzionale.it.*

[11] Secondo I. PIAZZA, *op. cit.*, p. 33, la prospettiva da evitare è quella per cui l'imparzialità sia un fondamento comune a istituti che, diversamente, potrebbero non trovare una base di rango costituzionale.

[12] In tal senso vedi I. PIAZZA, *op. cit.*, p. 19 e ss.

dell'attività amministrativa e ha un impatto sull'organizzazione amministrativa: tale ampia sfera di rilevanza del conflitto d'interessi ha impegnato dottrina e giurisprudenza nella ricerca di un punto di equilibrio tra la tutela dell'immagine dell'amministrazione e la certezza dell'azione amministrativa.

A caratterizzare il conflitto d'interessi vi è sia la sua natura precedente e indipendente rispetto al verificarsi di un fenomeno corruttivo sia l'ontologico legame tra la prevenzione del conflitto d'interessi e la prevenzione anche di un eventuale fenomeno corruttivo.

Pertanto, ad assumere rilevanza è la definizione di conflitto d'interessi dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato: nel parere n. 667/2019 il Consiglio di Stato ha affermato che "un conflitto di interessi si determina le volte in cui a un soggetto giuridico sia affidata la funzione di cura di un interesse altrui (così detto interesse funzionalizzato) ed egli si trovi, al contempo, ad essere titolare (*de iure vel de facto*) di un diverso interesse la cui soddisfazione avviene aumentando i costi o diminuendo i benefici dell'interesse funzionalizzato." Tale definizione, condivisibilmente, esprime il rapporto di alternatività tra la cura dell'interesse pubblico e la soddisfazione dell'interesse del privato e conferma come il conflitto d'interessi sia un istituto caratterizzato dalla natura potenziale.

Nel parere n.667/2019, infatti, il Consiglio di Stato afferma, inoltre, che "Non rileva particolarmente se tale interesse derivi da situazioni affettive o familiari o economiche. Il conflitto di interessi non consiste quindi in comportamenti dannosi per l'interesse funzionalizzato, ma in una condizione giuridica o di fatto dalla quale scaturisce un rischio di siffatti comportamenti, un rischio di danno".

Dalla definizione del conflitto d'interessi dipende direttamente il problema della dimensione del conflitto stesso e del suo rapporto con i principi che costituzionali che governano l'attività e l'organizzazione[13] amministrativa.

Nel caso di conflitto d'interessi non strutturale il rimedio tendenzialmente individuato dall'ordinamento consiste nell'astensione obbligatoria, in quanto - applicando tale rimedio - la natura personale e non strutturale dell'interesse consente all'amministrazione di valutare con imparzialità la ponderazione degli interessi in gioco.

Sin dalle prime pronunce sull'obbligo di astensione la giurisprudenza[14] sull'obbligo di astensione del funzionario ha esaminato la portata del principio di imparzialità di cui all'art. 97 della Costituzione, declinandola rispetto all'ipotesi in cui vi fosse un'incompatibilità del funzionario amministrativo ai sensi dell'art. 51 c.p.c. a cui, tuttavia, non era seguita l'astensione del funzionario del caso. L'Adunanza Plenaria del 1958, la prima a pronunciarsi sulla relazione tra violazione dell'obbligo di astensione e illegittimità del provvedimento impugnato, affermò che l'illegittimità del provvedimento andasse configurata a prescindere dall'effettiva influenza che l'incompatibilità avesse avuto sul contenuto dell'atto, aderendo alla prospettiva che lega l'illegittimità all'incompatibilità inerente all'ambito organizzativo[15] del collegio, dato che non rileva l'influenza esercitata sul contenuto dell'atto.

Sulla scorta di tale orientamento, quindi, la violazione del dovere d'astensione rilevava anche laddove fosse connessa alla sola dimensione organizzativa a nulla rilevando l'impatto della regola di condotta sull'atto amministrativo. Tale prospettiva muove dalla circostanza per cui, se si onerasse il ricorrente di dimostrare in giudizio l'influenza del funzionario incompatibile sul contenuto dell'atto, si affiderebbe l'esigenza di tutelare l'interesse alla regolarità della condotta dell'amministrazione all'azione del privato che trae un beneficio conseguente alla ricusazione e all'eventuale azione di annullamento. In altre parole, la scelta operata con la menzionata sentenza era volta a evitare che la tutela di un interesse pubblico preminente[16] risultasse presidiata dal solo interesse del privato all'attribuzione del bene della vita, con evidenti problemi nel

[13] I. PIAZZA, *op.*, *cit.*, *passim.*
[14] Cons. Stato, Adunanza Plenaria, n. 6/1958, in *giustizia-amministrativa.it.*
[15] I. PIAZZA, *op. cit.*, p. 111.
[16] La prospettiva scelta dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato era coerente con l'interpretazione di allora, che attribuiva natura oggettiva alla giurisdizione amministrativa ma le basi della prospettiva stessa sono rimaste attuali nonostante sia attualmente appurata la, più o meno inderogabile, natura soggettiva della giurisdizione amministrativa.

caso di atto adottato in conflitto d'interessi che, tuttavia, non avesse inciso negativamente su alcuna sfera giuridica soggettiva.

Tale scelta ha caratterizzato la successiva elaborazione della giurisprudenza maggioritaria[17], che ha ritenuto che il conflitto d'interessi sia rilevante già solo per un danno d'immagine arrecato all'amministrazione, a cui può conseguire una lesione del rapporto di fiducia tra cittadini e amministrazione[18].

Il Consiglio di Stato ha osservato come, ad avviso di un costante formante giurisprudenziale, il conflitto d'interessi consiste "in una condizione giuridica o di fatto dalla quale scaturisce un rischio di siffatti comportamenti, un rischio di danno"[19]. La dimensione del danno all'immagine dell'amministrazione sarebbe, dunque, rilevante già nella sfera del rischio che si leda l'immagine dell'amministrazione.

Da tale assunto derivano ancor più forti esigenze di perimetrare il novero delle ipotesi di conflitto d'interessi rilevanti ai fini della disponibilità di un rimedio volto a tutelare anzitutto l'immagine e il prestigio dell'amministrazione pubblica.

Le conseguenze del ritenere che il bene giuridico tutelato dalle norme sul conflitto d'interessi sia l'immagine dell'amministrazione attengono alle tecniche di tutela ipotizzabili e alla rilevanza della distinzione tra attività amministrativa discrezionale e vincolata[20].

Il problema posto dalla tale assunto è duplice: anzitutto, ci si deve chiedere se sia ammissibile una tutela dell'immagine dell'amministrazione differente dal ricorso alla tutela giurisdizionale e se, invece, tale tutela sia rappresentata dall'accesso alla tutela giurisdizionale come ciò sia compatibile con la natura soggettiva della giurisdizione amministrativa.

È pacifico[21] che l'atto adottato in conflitto d'interessi abbia rilevanza anche sul piano dell'attività amministrativa ma vanno delineate le condizioni entro cui perimetrare la possibilità di annullare l'atto e il risultato ottenuto con l'annullamento: se il bene giuridico tutelato è l'immagine della pubblica amministrazione, al di là dell'effettiva lesione della sfera giuridica del privato destinatario dell'atto o controinteressato, il problema è quello della legittimazione a ricorrere del destinatario dell'atto nel caso in cui lo stesso non sia concretamente lesivo della sua sfera giuridica[22].

Il rischio consisterebbe nel non riuscire a tutelare l'immagine dell'amministrazione con l'annullamento dell'atto, che rischierebbe solo di porsi in contrasto con il principio generale di stabilità dell'azione amministrativa.

Si rischierebbe, inoltre, di dare rilevanza a ipotesi di conflitto meramente ipotetico in cui, come è stato osservato[23], sarebbe sufficiente per l'organo coinvolto la sola facoltà di astenersi in base a una valutazione di opportunità.

---

[17] Tra le sentenze più recenti sul punto si vedano Cons. Stato, Sez. V, 14 maggio 2018, n. 2853, in *giustizia-amministrativa.it* e Cons. Stato, sez. III, 2 aprile 2014, n. 1577, in *giustizia-amministrativa.it.*

[18] Sull'osservazione per cui il conflitto d'interessi sia lesivo dell'immagine dell'amministrazione e, pertanto, sia idoneo a recidere il rapporto di fiducia che lega cittadini e amministrazione vi è una tendenziale unanimità di vedute: senza pretesa di esaustività, si rinvia a S. FREGO LUPPI, *L'obbligo di astensione nella disciplina del procedimento dopo la legge n.190 del 2012*, in *Dir. amm.*, n.4/2013, p. 671; A. MARRA, *L'amministrazione imparziale, cit. ;* I. PIAZZA, *op. cit.*, p. 132 e ss.; R. CANTONE, F. MERLONI, *Conflitti di interesse: una diversa prospettiva*, in *Dir. pubbl.*, 2019, p. 886; F. GAFFURI, *Note in merito alla nozione di conflitto di interessi procedimentale*, in *Rivista interdisciplinare sul Diritto delle Amministrazioni pubbliche*, 3/2020, p. 20 e ss.; A. LALLI, *I conflitti di interessi: tendenze e problemi aperti*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. spec. 3/2022, pp. 517-518.

[19] Cons. Stato, sez. IV, 16 novembre 2023, n.9850, in *giustizia-amministrativa.it.*

[20] Si afferma che, sulla base di alcune pronunce della giurisprudenza tese a valorizzare il principio generale di conservazione dell'atto, si possa prevedere che l'atto vincolato adottato in conflitto d'interessi non sia annullabile in virtù di quanto dispone l'art. 21 *octies* comma 2 l. 241/1990. A tal proposito si veda S. FREGO LUPPI, *op. cit.*, p. 687.

[21] Si rinvia a F. GAFFURI, *Il conflitto d'interessi nell'esercizio del potere amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 72 ss. In senso contrario, ma senza trovare condivisione, si è sostenuto che la rilevanza della norma sul conflitto d'interessi sia riferita a un piano prettamente organizzativo, negando che la situazione conflittuale possa essere di suo idonea a minare la validità dell'atto amministrativo. Si esprime così F. SICILIANO, *Conflitto d'interessi e arte di amministrare. Contributo allo studio dell'art. 6 bis l.241/90,* Milano, Giuffrè, 2018, p. 227.

[22] Come, condivisibilmente, osservato da I. PIAZZA, *op. cit.*, p. 112, questo scenario rischia di rispolverare le "antiche concezioni dell'interesse occasionalmente protetto" e l'annullamento dell'atto non è tecnica di tutela funzionale alle sole esigenze di apparenza d'imparzialità dell'amministrazione, dato che tali esigenze sono tutelate da strumenti di prevenzione delle ipotesi di conflitto e da forme di tutela demolitoria.

[23] F. GAFFURI, *Note in merito alla nozione di conflitto di interessi procedimentale, cit.*, p.31.

Pertanto, dottrina[24] e giurisprudenza[25] hanno cercato di individuare una via intermedia tra l'annullamento dell'atto come conseguenza della lesione dell'apparenza d'imparzialità e l'annullamento dell'atto che abbia concretizzato una lesione della sfera giuridica del privato: tale punto d'incontro si rinviene nell'annullabilità dell'atto in cui la situazione di conflitto d'interessi sia teoricamente idonea a incidere sul merito della scelta dell'amministrazione e, dunque, sul contenuto del provvedimento[26]. Così facendo, si supererebbe il rischio di avvicinarsi alla natura oggettiva del processo amministrativo[27], restando comunque ferma la possibilità di agire internamente nei riguardi del funzionario che abbia violato l'obbligo di astensione, minando l'immagine dell'amministrazione, con l'accertamento di una responsabilità disciplinare del funzionario[28]. Questa soluzione interpretativa sembrerebbe coerente con l'esigenza di salvaguardare l'efficacia dell'atto amministrativo nel caso in cui abbia un contenuto integralmente vincolato, dato che in tale ipotesi la tutela dell'immagine dell'amministrazione può esplicarsi anche soltanto con l'adozione di un provvedimento disciplinare[29].

3. CODICE DI COMPORTAMENTO DEI DIPENDENTI PUBBLICI E LEGGE SEVERINO: L'ART. 7 DEL D.P.R. 62/2013 E L'ART. 6 BIS DELLA L. 241/90

Per poter approfondire l'analisi dell'istituto del conflitto d'interessi occorre verificare se la sua natura di pericolo potenziale e la relativa idoneità ad anticipare la tutela siano espresse anche dalla normativa che disciplina in linea generale il conflitto d'interessi.

Tra il 2012 e il 2013 sono due le norme entrate in vigore che hanno innovato in modo significativo il quadro legislativo sul conflitto d'interessi. La legge Severino[30] risponde a sollecitazioni di matrice internazionale[31], dato che l'introduzione dell'art. 6 bis della l. 241/90 è attuativa della Convenzione di Merida[32], adottata nel 2003 e ratificata dall'Italia nel 2009, che all'articolo 8 obbliga ogni Stato aderente a predisporre misure che obblighino i pubblici ufficiali a dichiarare alle autorità competenti ogni ipotesi in cui dall'attività esterna potrebbe risultare un conflitto d'interessi.

L'articolo 6 bis, inoltre, recepisce le indicazioni del Consiglio d'Europa – che si è espresso con il gruppo 'GRECO', che opera all'interno del Consiglio – e dell'OECD, organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico, che ha fornito delle linee guida volte a prevenire il conflitto d'interessi nei servizi pubblici[33].

La legge n.190/2012 ha introdotto anche una serie di misure volte a prevenire la corruzione e i fenomeni di '*maladministration*'[34] tra cui un intervento sul divieto di *pantouflage*[35] e l'introduzione dell'art. 6 bis nella l.241/90[36]: pertanto, il modello normativo attuato con la legge Severino ha

[24] Il riferimento è ad A. LALLI, *op. cit.*, pp. 526-527.
[25] Si è espresso in tal senso il Consiglio di Stato con due decisioni recenti: Cons. Stato, Sez.VI, 22 marzo 2022, n.2069, in *giustizia-amministrativa.it;* Cons. Stato, Sez. VI, 18 ottobre 2022, n.8845, in *giustizia-amministrativa.it*
[26] Si veda I. PIAZZA, *La pretesa a un'amministrazione imparziale. note sul conflitto d'interessi nel diritto amministrativo*, in *Pa Persona e Amministrazione*, 2020, p.81.
[27] Su cui si rinvia a M. CLARICH, *Manuale di giustizia amministrativa*, Il Mulino, Bologna, p. 22.
[28] E. TRAVERSARI, *Il conflitto di interessi e l'inconferibilità degli incarichi extraistituzionali nel pubblico impiego italiano e nelle istituzioni europee*, in *Rivista della Corte dei Conti*, n.2/2020., p 22 ss.
[29] S. FREGO LUPPI, *op. cit.*, p. 686 e ss.
[30] Il riferimento è alla l. n. 190/2012.
[31] Analizza la rilevanza dello scenario sovranazionale F. GAFFURI, *Note in merito alla nozione di conflitto di interessi procedimentale, cit.*, p.19.
[32] Nell'esaminare l'impatto della Convenzione di Mèrida si è affermato come essa sia la prima convenzione internazionale in cui si prevedono misure preventive della corruzione: in tema, E. CARLONI, *L'anticorruzione, Politiche, regole, modelli*, Il Mulino, Bologna, 2023, p. 72.
[33] In armonia con la definizione di conflitto d'interessi fornita dal diritto europeo e internazionale, l'OECD ritiene che sussista conflitto d'interessi quando ricorre la seguente situazione: '*a conflict between the public duty and private interests of public officials have private-capacity interests wich could improperly influence the performance of their official duties and responsabilities.*'.
[34] Il tema è approfondito da S. CASSESE, *'Maladministration' e rimedi*, in *Foro italiano*, 1992, parte V., p 243.
[35] Per una disamina del "pantouflage" si rinvia a M. DE ROSA, *Il conflitto di interessi al termine del rapporto di pubblico impiego: il pantouflage*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 2024, 361 ss.
[36] In dottrina si è ritenuto che la norma in esame sia disposizione riconducibile alla prospettiva che svincola la pretesa all'imparzialità dell'amministrazione dalla "connotazione pubblicistica". Vedi I. PIAZZA, *L'imparzialità amministrativa come diritto, cit.*, 124.

introdotto un sistema di anticipazione delle tecniche di contrasto alla corruzione, che si affianca ai classici modelli di repressione successivi al verificarsi dell'illecito.

L'articolo 6 bis è una norma che non definisce la nozione di conflitto d'interessi ma si limita ricollegarne l'obbligo di astensione e di segnalazione che il funzionario pubblico deve fornire qualora vi sia un conflitto d'interessi anche di natura potenziale[37].

L'assenza di un contenuto normativo che predetermini definizione, casi e conseguenze del conflitto d'interessi ha dato adito a un dibattito dottrinale incentrato sull'utilità effettiva della norma, posto che, prima della l. n.190/2012, la giurisprudenza applicava comunque sia l'art. 97 della Costituzione che l'art. 51 c.p.c., ragione per cui l'ordinamento comunque godeva di una disposizione normativa da applicare in sede giurisdizionale per annullare gli atti adottati in conflitto d'interessi.

Secondo un primo orientamento[38] l'art. 6 bis, per come formulato, costituirebbe una norma priva di effettiva utilità nella misura in cui non determinerebbe il concetto di conflitto d'interessi 'monosoggettivo' e, dunque, non avrebbe apportato miglioramenti nel contrasto e alla lesione dell'immagine dell'amministrazione e a una serie di fenomeni ritenuti prodromici alla corruzione.

Di diverso avviso è la prospettiva dottrinale[39] per cui, invece, l'introduzione di una norma generale consente all'interprete di adattarne elasticamente l'applicazione al caso concreto, in base all'evoluzione del contesto normativo e amministrativo di riferimento.

L'assenza di una definizione di conflitto d'interessi caratterizza anche il diritto civile, dato che l'art. 1394 c.c. non definisce il contenuto del conflitto d'interessi ma, a differenza dell'articolo 6-bis, prevede che nel caso di conflitto d'interessi del rappresentante che contrae con sé stesso vi sia una presunzione relativa di annullabilità del contratto che può essere fatta valere dal rappresentato. La presunzione di annullabilità è relativa, dato che il rappresentato può evitarla con una specifica autorizzazione preventiva o con una determinazione del contenuto del contratto ai sensi dell'articolo 1395 del Codice civile.

In tale ottica il fattore comune alle due norme sta nella volontà di evitare l'indebita interferenza di interessi che siano idonei a minacciare una lesione dell'imparzialità[40]. Sicuramente, anche alla luce della previsione espressa dall'art. 1394 c.c., una posizione intermedia rispetto alle due ora esposte può esplicarsi nell'affermazione per cui sarebbe stato auspicabile che anche l'art. 6 bis l. n.241/90 prevedesse almeno il tipo di rimedio inerente all'atto adottato in violazione dell'obbligo di astensione e di segnalazione del conflitto d'interessi.

Inoltre, in dottrina[41] si è evidenziata l'assenza di un potere di ricusare il responsabile del procedimento che si trovi in conflitto d'interessi: anche su questo profilo, l'applicazione analogica di dette norme conduceva, relativamente all'art. 51 c.p.c., al beneficio dell'elenco di una serie di casi in cui si riteneva sussistente il conflitto d'interessi del

[37]Sulla scia di un orientamento consolidato, I. NICOTRA, *Il conflitto d'interessi come declinazione del principio di costituzionale di imparzialità*, in *Rivista AIC*, N. 3/2020, p.2, nota come il meccanismo introdotto dalla norma tenda all'anticipazione della soglia di tutela.

[38]Particolarmente critica è quella tesi per cui la norma non superi la 'soglia minima di sufficiente determinatezza' utile a comprendere quali siano le ipotesi di conflitto d'interessi monosoggettivo per le quali il sistema ritenga opportuna l'applicazione di uno strumento rimediale. Si fa riferimento a F. SICILIANO, *op. cit.*, 16.

[39] Si è affermato come l'art. 6 bis sia una "norma generale e di chiusura sul conflitto d'interessi" che dà rilevanza alla presenza di un interesse alieno rispetto a quello generale, per cui rileva anche la potenziale capacità dell'interesse "alieno" di "influenzare il processo decisionale pubblico, in esito al quale potrebbe non raggiungersi la massimizzazione dell'interesse pubblico primario, ma, al contrario, potrebbe conseguirsi un interesse privato". Si esprime in tal senso E. LUBRANO, *Il conflitto d'interessi nell'esercizio dell'attività amministrativa*, Giappichelli, Torino, 142. Tale definizione data dall'autore è coerente con l'applicazione elastica della norma rinvenibile nelle pronunce della giurisprudenza amministrativa e con la rilevanza del conflitto d'interessi potenziale prevista dalla formulazione testuale della norma.

[40] I. PIAZZA, *L'imparzialità amministrativa come diritto, cit.*, 126: l'autore afferma che sarebbe stato opportuno tracciare il perimetro delle ipotesi di conflitto d'interessi, alla luce dell'esigenza di garantire il rispetto del principio di prevedibilità.

[41] Si rinvia a N. PAOLANTONIO, *Ricusazione del responsabile del procedimento per conflitto d'interessi,* in *P.A. Persona e amministrazione,* 1/2019, 58; I. PIAZZA, *l'imparzialità amministrativa come diritto, cit,*129.

giudice e, relativamente all'art. 52 c.p.c., all'attribuzione alla parte del diritto di ricusare il giudice se ritenuto in conflitto d'interessi. La previsione attributiva del potere di ricusazione, secondo la giurisprudenza amministrativa[42], si può ricollegare solo a previsioni legislative tassative di incompatibilità e il citato art. 6 bis non prevede, a differenza dell'art. 51 c.p.c., alcun elenco di ipotesi d'incompatibilità sulla cui tassatività si possa poi dibattere.

La legge n. 190/2012 ha previsto anche la delega al Governo per l'adozione di una serie di decreti, tra cui il d.p.r. n.62/2013, con cui è stato introdotto il codice di comportamento dei dipendenti pubblici. Gli articoli 6 comma 2 e 7 del d.p.r. n.62/2013, hanno introdotto una serie di ipotesi in cui l'astensione del dipendente pubblico sia obbligatoria e, condivisibilmente, ha anche introdotto la clausola generale che impone al dipendente pubblico di astenersi in ogni altro caso in cui vi siano gravi ragioni di convenienza[43]. Il codice[44] attribuisce centralità ai doveri morali dei dipendenti pubblici e prevede una serie di sanzioni disciplinari per le violazioni integrate dalle condotte dei dipendenti pubblici: la previsione della responsabilità disciplinare, di cui all'art. 54 del Testo Unico sul pubblico impiego, è espressiva della natura regolamentare del Codice.

In dottrina, tendenzialmente[45], si è ritenuto che gli articoli 6 comma 2 e 7 del d.p.r. n.62/2013 siano tra le norme, insieme all'art. 51 c.p.c. e al successivo art. 42 del Codice dei contratti pubblici del 2016, che integrano il contenuto dell'art. 6 bis l. n.241/90, tali da divenire suscettibili di applicazione generale all'attività amministrativa.

Le norme del d.p.r. n. 62/2013 in materia di dovere di astensione del dipendente pubblico disciplinano i doveri minimi[46] del dipendente pubblico e prevedono la possibilità, alle singole amministrazioni, di ampliare tali doveri in sede di adozione dei propri codici di condotta che possono prevedere obblighi più stringenti, rispetto a quelli fissati dal legislatore, per prevenire situazioni di conflitto d'interessi.

Con la previsione di questo meccanismo il legislatore si dimostra consapevole del nesso tra i doveri di comportamento dei pubblici dipendenti e l'immagine dell'amministrazione: nella sua dimensione esterna, la condotta del dipendente pubblico contribuisce inevitabilmente a rappresentare l'immagine dell'amministrazione agli occhi del cittadino e, dunque, è anche in tale ottica che si giustifica un regime di sanzioni disciplinari che disincentivi condotte non conformi al Codice di comportamento e ai singoli codici di cui si dotano le amministrazioni.

Con il d.P.R. n.81/2023, inoltre, è entrata in vigore una modifica del Codice di comportamento dei dipendenti pubblici, volta a inasprire il trattamento sanzionatorio riferito alle condotte poste in essere dai dipendenti pubblici che utilizzino

[42] Cons. Stato, sez. III, 2 aprile 2014, n. 1577, in *giustizia-amministrativa.it*.

[43] Sottolinea come tale clausola generale abbia ampliato i 'margini valutativi degli organi disciplinari nel vagliare, come possibili illeciti, talune mancate astensioni per conflitto potenziale di interesse a fronte di evenienze non tipizzate, ma comunque sconvenienti' V. TENORE, *La nozione di conflitto d'interesse nel diritto amministrativo e nell'ambito della P.A.*, in *Rivista della Corte dei Conti*, N.1/2023, 27.

[44] Il GRECO aveva, già nell'occasione del monitoraggio sul sistema normativo italiano, affermato che 'standard etici coerenti e applicabili devono essere richiesti a tutti i funzionari che operano nelle pubbliche amministrazioni.' In merito, si veda E. CARLONI, *L'anticorruzione, Politiche, regole, modelli*, Il Mulino, Bologna, 2023, 183 ss.

[45] Si è sostenuto come l'integrazione tra l'art. 7 del d.p.r. n.62/2013 e l'art. 6 bis l.241/90 sia teoricamente prospettabile, ma vada considerata la diversità delle conseguenze dal punto di vista sanzionatorio, dato che alla violazione del dovere di astensione previsto dal 6 bis può conseguire l'illegittimità dell'atto, mentre alla violazione dell'obbligo di astensione di cui all'art. 7 del d.p.r. n.62/2013 consegue la responsabilità disciplinare. Il riferimento è ad A. LALLI, *op. cit.*, 520; I. PIAZZA, *L'imparzialità amministrativa come diritto, cit.*, p.141; S. FREGO LUPPI, *op. cit.*, p. 683. Tuttavia, la diversità delle conseguenze della violazione non pare un elemento che possa ostacolare l'integrazione contenutistica tra le due citate norme, dato che la necessità di individuare i casi concreti di applicazione dell'art. 6 bis è slegata dall'analisi delle conseguenze della violazione della norma. In senso contrario all'affermazione di un'integrazione contenutistica tra le due norme si veda F. SICILIANO, *op. cit.*, p.6: per l'autore le norme del d.p.r. n.62/2013 non contribuirebbero a dare una 'particolare linfa vitale' all'art. 6 bis l.241/90.

[46] Sottolinea come una rilevante differenza rispetto al precedente Codice stia nel dato per cui il nuovo Codice esprima un 'contenuto minimo, necessariamente e doverosamente suscettibile di essere ampliato e specificato' e quindi obbliga le singole amministrazioni ad ampliare i contenuti operativi, mentre il Codice precedente al d.p.r. del 2013 lasciava quest'ipotesi nel campo dell'eventualità, E. CARLONI, *Il nuovo Codice di comportamento ed il rafforzamento dell'imparzialità dei funzionari pubblici*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 2/2013, p. 395-396.

scorrettamente i social network, arrecando un danno all'immagine dell'amministrazione di appartenenza.

4. *LE INNOVAZIONI APPORTATE DAL D.LGS. N. 50/2016: RIFLESSIONI SUL CARATTERE ESEMPLIFICATIVO O TASSATIVO DELLE IPOTESI DI CONFLITTO D'INTERESSI TIPIZZATE DAL LEGISLATORE*

La rilevanza sistematica dell'art. 7 del d.p.r. n.62/2013 è confermata dal previgente Codice dei contratti pubblici, il quale, all'articolo 42, comma 2, affermava che "in particolare, costituiscono situazione di conflitto d'interessi quelle che determinano l'obbligo di astensione previste dall'articolo 7 del decreto del Presidente della Repubblica 16 aprile 2013, 62.".

In generale, con l'introduzione dell'art. 42 del Codice dei contratti pubblici del 2016 il legislatore ha recepito la nozione di conflitto d'interessi accolta dal diritto dell'UE, che non era stata positivizzata nel primo codice dei contratti pubblici.

La formulazione dell'articolo 42 ha attribuito un ruolo centrale al conflitto d'interessi potenziale e, nel definirlo, menziona anche la percezione della minaccia[47] all'imparzialità, confermando inoltre la volontà - già perseguita dal legislatore con l'introduzione dell'art. 6 bis L.241/90 – di anticipare la soglia della tutela.

Già prima dell'introduzione dell'art. 42 del d.lgs. 50/2016 la giurisprudenza amministrativa[48] affermava che non fosse necessaria, da parte del ricorrente, la prova dell'effettiva alterazione della parità di trattamento tra gli operatori economici partecipanti alla gara pubblica.

L'introduzione di una norma sul conflitto d'interessi nel previgente Codice dei contratti pubblici ha condotto a un dibattito inerente al tema della tassatività delle ipotesi conflittuali individuate dall'articolo 42. L'oggetto di tale dibattito non è stato modificato dall'articolo 16 del vigente Codice dei contratti che, sul punto, ha ripreso il contenuto dell'articolo 42.

La prima pronuncia significativa[49] della giurisprudenza amministrativa successiva all'introduzione del d.lgs. n. 50/2016 si è concentrata proprio sulla tassatività delle ipotesi conflittuali: tale decisione ha ritenuto esemplificativo l'elenco di casi in cui sussiste il conflitto d'interessi e quello dei soggetti interessati dal conflitto stesso, fondando l'assunto sulla base della locuzione 'in particolare' che l'art. 42 usa per rinviare[50] alle ipotesi conflittuali disciplinate dagli articoli 6, comma 2, e 7 d.p.r. n. 62/2013.

Come emerso dall'analisi[51] della citata pronuncia del Consiglio di Stato del 2017, il conflitto d'interessi nelle gare pubbliche è un terreno privilegiato per una disamina della relazione tra imparzialità e certezza del diritto: la scelta della giurisprudenza di non considerare le ipotesi tipizzate di conflitto d'interessi come un numero chiuso è dovuta, evidentemente, alla *ratio* sottesa all'art. 42 del d. lgs. 50/2016, che consiste nell'avvertita esigenza di garantire effettivamente l'imparzialità amministrativa in un settore particolarmente esposto al rischio rappresentato dai fenomeni corruttivi.

D'altro canto, però, tale interpretazione presta il fianco una serie di rilievi critici: in primo luogo la giurisprudenza amministrativa precedente all'entrata in vigore del previgente codice del 2016 applicava, in alcune occasioni, tassativamente l'elenco delle ipotesi di astensione di cui all'art. 51 c.p.c. considerando l'esigenza di garantire la certezza del diritto e prevenendo eventuali utilizzi abusivi degli

[47] Secondo I. PIAZZA, *L'imparzialità amministrativa come diritto, cit.,*143 non rileverebbe tanto l'effettiva lesione della parità di trattamento tra le imprese partecipanti alla gara bensì l'idoneità di un interesse personale, che la norma non riduce soltanto a un interesse di natura economica, a minacciare l'alterazione della parità di trattamento.

[48] Cons. Stato, sez. IV, 12 novembre 2015, n. 5137, in *giustizia-amministrativa.it.*

[49] Cons. Stato, sez. V, 11 luglio 2017, n. 3415, in *giustizia-amministrativa.it* e, successivamente, si colloca su tale linea Cons. Stato, sez. IV, 24 aprile 2023, n. 4129, in *giustizia-amministrativa.it.*

[50] Nella lettura di I. PIAZZA, *L'imparzialità amministrativa come diritto, cit.,*145, la locuzione 'in particolare' esprima un rinvio al codice di comportamento dei dipendenti pubblici che non è esclusivo.

[51] Il riferimento è ad A. BERRETTINI, *Conflitto d'interessi e contratti pubblici: un difficile equilibrio tra (in)certezza del diritto e tassatività delle situazioni conflittuali,* in *Federalismi.it*, fasc. 21/2020, p.12 ss.

istituti che conducono all'astensione e alla ricusazione[52].

Un secondo profilo problematico che emerge dall'orientamento contrario alla tassatività delle situazioni conflittuali si rinviene nella formulazione delle tre norme più rilevanti, quali l'art. 6 bis l.n.241/90, l'art. 7 d.p.r. n. 62/2013 e l'art. 42 del d.lgs. n.50/2016. Una delle ragioni che rende complessa la disamina del conflitto d'interessi si rinviene nella eterogeneità delle interpretazioni che il legislatore ha attribuito al conflitto d'interessi, che è alla base dell'utilizzo di clausole generali nella formulazione delle norme.

L'articolo 6 bis attribuisce rilevanza all'ipotesi di conflitto d'interessi soltanto potenziale, l'articolo 7 del codice di comportamento compie la stessa operazione rispetto a 'ogni altro caso in cui esistano gravi ragioni di convenienza', ed infine l'art. 42 replica questo meccanismo, introducendo il riferimento a un 'interesse finanziario, economico, o altro personale' che può essere percepito come una minaccia all'imparzialità. In tale ultimo caso, la menzione di ogni altro interesse personale, anche solo percepibile come una minaccia all'imparzialità, amplia significativamente il novero delle ipotesi coinvolte e conferma l'applicazione della logica di anticipazione della tutela rinvenibile alla base delle norme inerenti al conflitto d'interessi.

Dall'analisi della formulazione testuale di queste tre normative si può evidenziare come sia presente la volontà legislativa sia caratterizzata da un filo conduttore consistente nell'idoneità del quadro normativo sul conflitto d'interessi a essere interpretato in via estensiva, al fine di tutelare l'immagine dell'amministrazione in ogni caso in cui essa possa essere da lesa dalle condotte del caso concreto.

Pertanto, in virtù dell'utilizzo di clausole generali di chiusura nelle norme esaminate si può affermare la fisiologica possibilità per l'interprete di ricondurre varie ipotesi conflittuali non espressamente considerate dal legislatore all'interno del perimetro applicativo delle norme, anche qualora non si adottasse una linea favorevole all'interpretazione estensiva delle ipotesi conflittuali.

Inoltre, come osservato[53], l'assenza di una tassatività delle ipotesi in cui sorge l'obbligo, gravante sul soggetto in conflitto d'interessi, di procedere alla segnalazione può portare a incertezze applicative e rischia anche di ledere la prevedibilità della sanzione disciplinare irrogata nei confronti del soggetto che ha violato il dovere di astensione.

Con specifico riferimento al previgente codice dei contratti pubblici, l'art. 80, comma 5, lett. c), faceva discendere dalla situazione di conflitto d'interessi di cui all'art. 42, comma 2, l'esclusione dell'operatore economico[54] che si trovasse in una posizione di conflitto d'interessi qualora la situazione conflittuale non fosse diversamente risolvibile. Con questa norma il legislatore ha ampliato il novero di ipotesi che conducano all'esclusione dell'operatore economico dalla gara, connettendolo anche all'ipotesi di conflitto d'interessi potenziale[55].

Tale esito, che evidenzia il *favor* verso la prevalenza della *par condicio* sulla libertà d'iniziativa economica dell'operatore escluso, rappresenta la soluzione meno auspicata dallo stesso legislatore, che la prevede ove non sia possibile risolvere diversamente la situazione di conflitto d'interessi. Anche in considerazione dell'idoneità dell'ipotesi di conflitto d'interessi a condurre all'esclusione dell'operatore economico dalla gara pare difficile sostenere l'assenza di tassatività dei casi in cui vi è un conflitto d'interessi[56].

[52] Tra le varie pronunce del Consiglio di Stato immediatamente precedenti all'entrata in vigore del d. lgs. 50/2016 ed espressive di tale orientamento si segnalano: Cons. Stato, sez. VI, 29 novembre 2022, n.10483, in *giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. VI, 27 settembre 2016, n.3976, in *giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. VI, 27 luglio 2015, n. 2119, in *giustizia-amministrativa.it*.

[53] A. BERRETTINI, *Conflitto d'interessi e contratti pubblici: un difficile equilibrio tra (in)certezza del diritto e tassatività delle situazioni conflittuali*, *cit.*, 17.

[54] A. GIACALONE, *Il conflitto d'interessi nei contratti pubblici*, in *Riv. Urb. e app.*, n. 4/2017, p. 549-550: l'autore analizza una sentenza del T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, 9 gennaio 2017, n.21, in cui il giudice amministrativo aveva fatto applicazione estensiva del novero dei soggetti destinatari dell'obbligo di astensione all'interno di una procedura ad evidenza pubblica.

[55] G. IUDICA, *Il conflitto d'interessi degli operatori economici nel codice degli appalti*, in *Federalismi.it*, n.6/2019, pp. 2 ss.

[56] Alla base della tassatività delle ipotesi conflittuali vi è la considerazione dell'esigenza della consapevolezza, da parte dell'operatore partecipante alla gara, delle conseguenze della partecipazione stessa, dato che "diversamente, non conoscendo in preliminare le cause di conflitto d'interessi rilevanti nella singola procedura ad evidenza pubblica, non si

In tale contesto, però, l'attenzione deve essere rivolta alla funzione[57] che svolge l'art 42 d.lgs. 50/2016 all'interno dell'ordinamento, che è rivolta alla tutela dell'immagine dell'amministrazione: tale aspetto era già valorizzato dall'orientamento della giurisprudenza amministrativa, che in più occasioni ha ribadito come l'imparzialità dell'azione amministrativa, oltre ad esplicare effetti positivi sul buon andamento della medesima, sia funzionale a garantire che anche la stessa immagine dell'amministrazione risulti imparziale[58].

Di questo avviso è la sentenza n. 3415/2017 del Consiglio di Stato, in cui si esprime la prospettiva per la quale, rispetto all'art. 42 del d.lgs.50/2016, vanno evitate quelle 'applicazioni formalistiche idonee a compromettere la capacità di tali norme di far conseguire gli obiettivi fissati e a favorire condotte elusive.'[59], a conferma della funzione preventiva che assolve il conflitto.

Va detto come il citato articolo 42 sia, per la propria formulazione testuale, una norma ancor più idonea a configurare la natura potenziale della nozione di conflitto d'interessi rispetto a quella contenuta nelle direttive tre europee del 2014 che hanno dato l'impulso dirimente per l'adozione del codice dei contratti pubblici del 2016[60]. Sulla rilevanza fisiologicamente potenziale dell'istituto in parola il Consiglio di Stato si è espresso anche recentemente[61]

Il Consiglio di Stato in una pronuncia[62] sul conflitto d'interessi nei contratti pubblici ha, inoltre, osservato "la norma va intesa come operante indipendentemente dal concretizzarsi di un vantaggio"[63] e nell'impianto argomentativo menziona le linee guida dell'ANAC, che ha, infatti, adottato delle Linee guida aventi ad oggetto "individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento di contratti pubblici" in attuazione dell'art. 213, comma 2, del d.lgs. 50/2016.

Al paragrafo 2.6 delle Linee guida l'ANAC afferma che le situazioni di cui all'art. 7 del d.p.r. 62/2013 sono richiamate dall'articolo 42 del codice dei contratti pubblici a titolo meramente esemplificativo e rappresentano ipotesi predeterminate per le quali la valutazione della possibile sussistenza del rischio di interferenza dell'interesse privato nelle scelte pubbliche è operata a monte dal legislatore; inoltre, al paragrafo 2.1 delle Linee guida stesse si afferma che "l'interferenza tra la sfera istituzionale e quella personale del funzionario pubblico, si ha quando le decisioni che richiedono imparzialità di giudizio siano adottate da un soggetto che abbia, anche solo potenzialmente, interessi privati in contrasto con l'interesse pubblico".

Dunque, anche l'Autorità configura il conflitto d'interessi come un istituto volto a prevenire una minaccia naturalmente potenziale, a prescindere da una concreta lesione ascrivibile all'interferenza indebita di interessi privati.

Il Consiglio di Stato, nel rendere il citato parere normativo[64] richiesto dall'ANAC sulle dette Linee guida, ha affermato che 'il conflitto d'interessi nell'ambito di gare d'appalto può essere tipico o atipico, considerando che non esiste un *numerus clausus* di situazioni che comportano incompatibilità'.

consentirebbe al privato di assumere il rischio di una sua esclusione dalla gara se il conflitto non fosse altrimenti risolvibile". Si veda A. BERRETTINI, *op. cit.*, 20.

[57] C. CONTESSA, *Circa la nozione in senso funzionale di 'conflitto di interesse, nel nuovo 'Codice dei contratti'*, in *Riv. Urb. e app.*, n.6/2017, p. 828.

[58] Tra le varie sentenze aderenti all'orientamento per cui le ipotesi tipizzate di conflitto d'interessi hanno carattere esemplificativo, vi è la pronuncia del Consiglio di Stato, sez. V, 19 settembre 2006, n. 5444, in *giustizia-amministrativa.it*.

[59] Si esprime così C. CONTESSA, *op.cit.*, p.829.

[60] Si esprimono sul punto M. DI RIENZO, A. FERRARINI, *La gestione del conflitto d'interessi nei contratti pubblici*, in *strategieamministrative.it*, 2021, p. 5.

[61] Cons. Stato, Sez. VI, 16 giugno 2025, n. 5259, in *giustizia-amministrativa.it.*, ad avviso di cui "la configurazione di una situazione di conflitto d'interessi rilevante prescinde dall'effettivo manifestarsi nel concreto della fattispecie essendo sufficiente che sussista potenzialmente"

[62] Cons. Stato, sez. IV, 16 novembre 2023, n.9850, in *giustizia-amministrativa.it*: in tale pronuncia i giudici di Palazzo Spada affermano che il sistema normativo sul conflitto d'interessi, a partire dalla legge 190/2012, si è basato su di un modello di tutela anticipata, che affianca il classico modello sanzionatorio, il quale individua la situazione di pericolo già nell'ambito dell'organizzazione amministrativa.

[63] L'orientamento espresso dalla sentenza n. 9850/2023 è maggioritario ma non unanime all'interno della giurisprudenza. Depone in senso opposto e, dunque, favorevole alla necessarietà della concretizzazione di un vantaggio Cons. Stato, sez. V, 18 gennaio 2017, n. 189, in *giustizia-amministrativa.it*: in tale decisione si ritiene che si collochi in capo al ricorrente l'onere della prova della concretizzazione dell'indebito vantaggio derivante dal conflitto d'interessi.

[64] Cons. Stato, sezione consultiva per gli atti normativi, parere n.667 del 5 marzo 2019, in *giustizia-amministrativa.it*.

Da tale analisi sembra appurato il carattere non tassativo delle ipotesi di conflitto d'interessi previste dal legislatore.

Quanto alla rilevanza della natura "potenziale"[65] del conflitto d'interessi, che si era consolidata nell'ambito del previgente Codice dei contratti pubblici, si osserva e come sia stata superata dal nuovo Codice e come sia stata già la giurisprudenza in alcuni arresti antecedenti all'entrata in vigore del d. lgs. n. 36/2023 ad orientarsi in tal senso: il Consiglio di Stato, con più decisioni[66], aveva affermato come l'ipotesi del conflitto d'interessi necessiti dell'esistenza di elementi specifici che ne dimostrino l'esistenza.

4.1. (SEGUE) DAL D.LGS. 50/2016 AL D.LGS. 36/2023: L'INCISIVA RIFORMULAZIONE DELLA NORMATIVA

Il codice dei contratti pubblici del 2023 ha rimodulato la fattispecie di conflitto d'interessi introducendo all'articolo 16 un sistema parzialmente differente da quello previgente[67].

Il primo comma dell'articolo 16 si colloca nel solco dell'atipicità dei soggetti destinatari dell'obbligo di astensione[68], confermando la tendenza già ricercata dal previgente articolo 42 e dalla giurisprudenza che ne aveva fornito un'interpretazione estensiva anche rispetto al versante soggettivo. L'atipicità connota anche le misure che devono essere adottate dalla stazione appaltante, ai sensi dell'ultimo comma della norma, per "individuare prevenire e risolvere in modo efficace ogni ipotesi di conflitto di interesse". La disposizione di cui al primo comma recepisce la nozione eurounitaria di conflitto d'interessi.

La novità rinvenibile nel primo comma si ascrive all'eliminazione del rinvio, espresso dalla norma previgente, all'art. 7 del d.p.r. 62/2013[69] e nell'estensione a qualsiasi soggetto del dovere di astensione, recependo l'acquisizione della giurisprudenza amministrativa sul ruolo del soggetto esterno alla stazione appaltante o all'ente concedente.

Inoltre, l'art. 42 del previgente codice poneva in capo alle stazioni appaltanti l'onere di predisporre misure di contrasto alle frodi e alla corruzione, mentre la Relazione allo schema definitivo del Codice dei contratti afferma che l'assenza del riferimento a frodi e corruzione "non riduce il presidio anticorruzione (che anzi resta invariato e viene anche esteso con più chiarezza alla fase della esecuzione e ai soggetti non dipendenti dalla p.a.)".

Tuttavia, nonostante questa puntualizzazione, è lo stesso secondo comma a far desumere il cambio di prospettiva sotteso alla formulazione del nuovo art. 16 d. lgs. 36/2023, che è riconducibile alla volontà legislativa di attuare i principi del risultato e della fiducia in considerazione della loro funzione di limite e guida dell'esercizio del potere.

Infatti, a essere innovativa rispetto alla norma previgente è la formulazione del secondo comma dell'art. 16: "in coerenza con il principio della fiducia e per preservare la funzionalità dell'azione amministrativa, la percepita minaccia all'imparzialità e indipendenza deve essere provata da chi invoca il conflitto sulla base di presupposti specifici e documentati e deve riferirsi a interessi effettivi, la cui soddisfazione sia conseguibile solo subordinando un interesse all'altro"[70].

Questa disposizione ha condotto a una serie di proposte preventive di modifica da parte

[65] Cons. Stato, sez. V, 14 maggio 2018, n.2853, in *giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. III, 14 gennaio 2019, n. 355, in *giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. III, 29 marzo 2022, n.2309, in *giustizia-amministrativa.it*: in tali pronunce si afferma come l'art. 42 comma 2 d.lgs. 50/2016 vada inteso come fattispecie di pericolo, riconoscendo la rilevanza della potenzialità del pregiudizio a cui consegue l'operatività delle previsioni normative.

[66] Si rinvia a Cons. Stato, sez. III, 26 marzo 2021, n. 2581, in *giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. V, 6 maggio 2020, n. 2863, in *giustizia-amministrativa.it.*

[67] Analizzano le novità introdotte da tale norma F. GAFFURI, *la disciplina del conflitto di interessi nel codice dei contratti pubblici,* in *Federalismi.it*, fasc. 10/2025, p. 98 e ss.; A. BERRETTINI, *Art. 16. Conflitto di interessi,* in R. VILLATA- M. RAMAJOLI (a cura di) *Commentario al codice dei contratti pubblici, D. lgs. 31 marzo 2023, n.36,* Pacini Giuridica, Pisa, 2024, p. 88 e ss.

[68] Sul punto, in senso confermativo, si veda il Parere Anac in funzione consultiva, n. 42/2024.

[69] La Relazione allo schema definitivo del Codice dei contratti pubblici afferma che si è inteso 'evitare inutili ridondanze' e 'confusioni e sovrapposizioni', anche se in realtà il rinvio poteva essere utile in un 'ottica di complementarità della tutela.

[70] In tema si veda Cons. Stato, sez. IV, 16 novembre 2023, n.9850, in *giustizia-amministrativa.it.*

dell'ANAC[71] che ha espresso "la necessità di non depotenziare la disciplina del conflitto d'interessi": l'Autorità, infatti, aveva proposto l'eliminazione del secondo comma, che appare chiaramente orientato a delineare il conflitto d'interessi come fattispecie di "pericolo concreto" e a porre in capo al ricorrente l'onere della prova[72] della lesione di un interesse effettivo.

Una siffatta ricostruzione rischia di superare la funzione di tutela dell'immagine dell'amministrazione che il conflitto d'interessi ha svolto sin dall'iniziale applicazione giurisprudenziale e soprattutto dall'introduzione dell'art. 6 bis nella l.241/90.

Mentre le osservazioni dell'ANAC sono state recepite quanto all'introduzione del quarto comma all'interno dell'art. 16, non hanno avuto riscontro le osservazioni sulla modifica sostanziale del secondo comma.

La riscrittura della norma, così come anticipato in sede consultiva dall'ANAC - per quanto siano stati espressi dubbi sul miglioramento apportato dall'ANAC nell'esercizio del ruolo di regia nel sistema dei contratti pubblici[73] - è effettivamente idonea a realizzare un esito che depotenzia l'istituto del conflitto d'interessi[74].

Nell'attesa che si consolidi un'applicazione della giurisprudenza[75] sulla nuova fattispecie, pare comunque accolta anche in dottrina[76] la valutazione sul secondo comma dell'articolo 16: la disposizione va letta nel senso di tendere all'attenuazione dell'illegittimità e dell'illiceità dell'atto adottato in conflitto d'interessi con cui il conflitto stesso diviene situazione di pericolo concreto[77], ma pur sempre di pericolo.

La volontà di "preservare la funzionalità dell'azione amministrativa" espressa dal secondo comma della norma può essere letta nell'ottica di dirimere il bilanciamento tra esigenze di certezza dell'azione amministrativa e tutela dell'immagine dell'amministrazione, optando chiaramente per la maggior considerazione dell'esigenza di stabilità dell'atto amministrativo adottato in conflitto d'interessi e lesivo della "sola" immagine dell'amministrazione.

La norma colloca in capo al privato un doppio onere della prova: in primo luogo richiede che la percepita minaccia all'imparzialità si riferisca a interessi effettivi, inoltre onera il ricorrente di dimostrare la relazione causale tra il conflitto d'interessi e la decisione assunta dall'ente aggiudicatore. Come osservato[78], tale previsione normativa rischia

[71] Osservazioni di ANAC in relazione all'Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare n.19.

[72] La collocazione dell'onere della prova in capo al ricorrente contrasta con il diritto dell'UE, dato che in una sentenza (causa C538/13 decisa in data 12 marzo 2015) la Corte di Giustizia ha stabilito che è competenza dell'amministrazione aggiudicatrice verificare l'esistenza di eventuali conflitti d'interesse e che non si può chiedere al privato ricorrente 'di provare concretamente la parzialità del comportamento degli esperti': quindi, sarà l'amministrazione a dover fornire la prova contraria in sede processuale.

[73] Secondo F. LIGUORI, *Gare, concorsi e giudice penale,* in *De Iustitia*, p.5, il contributo apportato dalle linee-guida dell'ANAC si è, talvolta, rivelato 'una fonte spuria di regole invasive che finirà per produrre ulteriori fattori di complessità e contraddizioni'. Vi sono state, inoltre, critiche rivolte all'ANAC per un impianto "accusato di fornire una prospettiva impropria (basata a sua volta su una percezione impressionistica e inesatta dello stesso fenomeno corruttivo, fuorviante in quanto centrata su una prospettiva patologica se non addirittura criminalizzatrice)". Si esprime così E. CARLONI, *L'anticorruzione e la trasparenza nel sistema di procurement pubblico: tendenze e prospettive ai tempi del PNRR*, in *Diritto Amministrativo,* fasc. 3/2020, p. 643 ss.

[74] Si è evidenziata la necessità di evitare che l'allocazione dell'onere della prova in capo al ricorrente porti a 'letture restrittive che depotenzierebbero l'istituto: questo esito è da scongiurare'. Vedi A. LALLI, *op. cit.,* p.554.

[75] T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. V, 10 dicembre 2024, n. 3413/2024, in *giustizia-amministrativa.it;* T.A.R. Toscana, Firenze, sez. II, 22 marzo 2024, n. 341/2024, in *giustizia-amministrativa.it*: in entrambe le recenti sentenze i giudici affermano come il conflitto d'interessi sia un istituto connotato da 'concretezze e specificità' e, dunque, confermano la tendenza a prevedere la natura dell'istituto quale norma di pericolo concreto.

[76] H. SIMONETTI, *La disciplina del conflitto di interessi nella prospettiva del nuovo codice dei contratti*, in G. FONDERICO (a cura di) *Trasparenza e prevenzione della corruzione nel nuovo codice dei contratti pubblici*, p.70-71, Venezia, Edizioni Ca' Foscari, 2024: in linea generale, anche tramite l'analisi della collocazione della norma, l'Autore nota come 'l'investimento sull'istituto sia stato minore' rispetto alla previsione del codice previgente.

[77] La giurisprudenza amministrativa precedente all'entrata in vigore del d. lgs. 36/2023 aveva già affermato in varie pronunce la natura del conflitto d'interessi come fattispecie di pericolo in concreto: si vedano Cons. Stato, sez. V, 17 aprile 2019, n. 2511, in *giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. V, 6 maggio 2020, n. 2863, in *giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. III, 26 marzo 2021, n. 2581, in *giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. II, 31 luglio 2023, n. 12917, in *giustizia-amministrativa.it.*

[78] Il secondo comma del citato art. 16 sottrae indirettamente, data l'impossibilità di rispettare un tale onere della prova, al sindacato del giudice "le ipotesi più comuni di incompatibilità del funzionario agente" e in virtù di ciò prospetta l'ipotesi

di tradursi in una denegata tutela giurisdizionale in ragione del fatto che la prova richiesta al privato, soprattutto ove si chieda di dimostrare che senza conflitto d'interessi si sarebbe assunta una decisione differente nell'ambito della gara pubblica, tale da ricondurre la rilevanza dell'istituto del conflitto d'interessi alla funzione ornamentale.

La formulazione del secondo comma della norma in parola enfatizza il richiamo al principio di fiducia[79] che, tuttavia, appare controverso: questo perché, da un lato, si richiede fiducia nei confronti dell'amministrazione, ma dall'altro fronte si indebolisce la tutela dell'immagine dell'amministrazione, che è alla base del rapporto di fiducia tra cittadini e amministrazione. Più in generale, non sembra che la fiducia verso l'amministrazione possa costituire un argomento utile per salvaguardare la stabilità dell'atto adottato in conflitto d'interessi ma non produttivo di lesioni concrete, potendo invece operare richiamo a tal proposito i principi di economicità dell'attività amministrativa e di affidamento del soggetto sulla stabilità dell'atto.

Inoltre, la Relazione allo schema definitivo del vigente Codice dei contratti pubblici afferma che il principio ora codificato dall'art. 2 non si esplica in una fiducia "unilaterale e incondizionata" verso le scelte dell'amministrazione, anche in virtù del fatto che "la fiducia è legata a doppio filo a legalità, trasparenza e correttezza".

Un principio così chiaramente inteso non può fungere[80] da strumento legittimante una collocazione dell'onere della prova che ha l'effetto di rendere evanescente la tutela giurisdizionale di cui potrebbe godere il privato che si ritenga leso dall'atto adottato in conflitto d'interessi.

La volontà legislativa sottesa al nuovo articolo 16, comma 2, potrebbe rinvenirsi nel prevenire una serie di ipotesi in cui il conflitto d'interessi possa divenire un motivo d'impugnazione degli atti di gara nonostante la situazione conflittuale non abbia, nel caso concreto, condotto a un'alterazione del contenuto degli atti di gara. Così facendo, si eviterebbero ricorsi che possano ritardare la stipulazione o l'esecuzione del contratto, in un'ottica ascrivibile al principio del risultato.

Tuttavia, questa prospettiva è agevolmente smentita dalla considerazione per cui la concorrenza tra i privati è funzionale al raggiungimento del miglior risultato[81] e, dato che il conflitto d'interessi è potenzialmente lesivo della *par condicio* tra gli operatori economici, il depotenziamento sostanziale e processuale del conflitto d'interessi sarebbe controproducente rispetto al raggiungimento del miglior risultato.

Pertanto, la scelta legislativa di enfatizzare il principio di fiducia come fondamento della modifica sull'onere della prova non sembra condivisibile, in ragione dell'analisi condotta e della necessità, come si vedrà, di potenziare gli strumenti amministrativi di prevenzione della corruzione e di tutela dell'immagine dell'amministrazione. Quest'ultima finalità potrà, eventualmente, essere raggiunta dai piani anticorruzione ma questo scenario non sembra idoneo a fare da contrappeso all'irrigidito onere della prova fissato dal comma 2 dell'articolo 16, anche in considerazione della particolare collocazione dei piani anticorruzione all'interno dei PIAO[82] che le amministrazioni devono adottare: come affermato da un parere del Consiglio di Stato[83] il PIAO si esplichi in una sede unica presso cui confluiscano delle disposizioni attinenti a

dell'incostituzionalità della norma, per contrasto con gli artt. 24, 103 e 113 della Costituzione, dato che essa "riduce…i diritti di difesa del cittadino contro le determinazioni e le condotte scorrette, non trasparenti e lesive della *par condicio* tenute dalla pubblica amministrazione e dal suo personale". In tal senso si veda F. GAFFURI, *la disciplina del conflitto di interessi nel codice dei contratti pubblici, op. cit.*

[79] Gli studi sul principio di fiducia sono molti, tra i tanti si rinvia a R. SPAGNUOLO VIGORITA, *Il principio della fiducia nell'articolo 2 del nuovo Codice dei contratti pubblici,* in Aa.Vv. (a cura di) *Studi sui principi del codice dei contratti pubblici,* AA.VV., Napoli, ES, pp.43 e ss.

[80] F. GAFFURI, *la disciplina del conflitto di interessi nel codice dei contratti pubblici, op. cit.*, p 107.

[81] Il riferimento è, ancora, a F. GAFFURI, *la disciplina del conflitto di interessi nel codice dei contratti pubblici, op. cit.*, p..108-109.

[82] Una disamina dell'argomento è svolta da P. LOMBARDI, *PIAO e prevenzione della corruzione: verso l'orizzonte del Valore Pubblico,* in *Federalismi.it*, n.19/2023, che svolge dei rilievi critici sul rischio che l'anticorruzione possa essere l'oggetto di un "ripiegamento dell'anticorruzione verso l'interno". Su di un diverso aspetto, e cioè con riferimento alla relazione sussistente tra conflitto d'interessi, abuso d'ufficio e piano nazionale anticorruzione, si sofferma S. M. SISTO, *Il conflitto d'interessi, l'abuso d'ufficio e la vincolatività del piano nazionale anticorruzione nelle procedure concorsuali per docenti universitari*, in *anticorruzione.it.*

[83] Cons. Stato, parere del 24 maggio 2022, n. 902, in *giustizia-amministrativa.it.*

contesti normativi non omogenei tra loro. Così facendo, non si avrebbero piani anticorruzione ponderati da ogni amministrazione e realmente idonei ad assolvere la loro funzione.

Più in generale, si può osservare come a fondamento della scelta legislativa di introdurre l'art. 16 sul conflitto d'interessi, come si evince chiaramente dalla relazione di accompagnamento al d.lgs. 36/2023, vi fosse la presenza dell'ordinamento di una risposta in sede penale alle ipotesi di conflitto d'interessi, rappresentato dall'art. 323 c.p. sull'abuso d'ufficio[84].

Tuttavia, tale scelta legislativa espressa nel nuovo codice dei contratti si è rivelata infelice, alla luce della successiva abrogazione del reato d'abuso d'ufficio avutasi con la legge n. 114/2024: a ben vedere, se si ritiene che l'abuso d'ufficio sia stato depotenziato in maniera irrimediabile a seguito della riforma del 2020[85] non si vede quale potesse essere il contrappeso atto a evitare un depotenziamento sostanziale delle norme che sono volte a prevenire la commistione tra interessi pubblici e interessi privati.

5. *CONCLUSIONI: QUALE FUTURO PER IL CONFLITTO D'INTERESSI DOPO L'ABROGAZIONE DELL'ABUSO D'UFFICIO?*

In base a una disamina della casistica si ricava come nel settore dei contratti pubblici vi stato sia un considerevole numero di procedimenti penali in cui al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio era stato contestato il delitto di abuso d'ufficio, soprattutto per l'omessa astensione "in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto", ai sensi del previgente articolo 323 del Codice penale. A prescindere dall'esito del procedimento penale, l'articolo 323 c.p. era una norma applicabile a ogni omissione di astensione e operava anche a prescindere dall'incisività dell'interesse provato ascrivibile al soggetto agente o a un suo prossimo congiunto: per questo tale fattispecie costituiva parte integrante di un modello normativo che caratterizzava il conflitto d'interessi per l'anticipazione della tutela rispetto alle ipotesi di reato più gravi che si potessero verificare nel settore dei contratti pubblici.

La centralità della figura dell'abuso d'ufficio nella disciplina del conflitto d'interessi era rilevante a tal punto che, in varie pronunce, la giurisprudenza penale[86] aveva ritenuto che il generale fondamento del dovere di astensione fosse rinvenibile nell'art. 323 del Codice penale[87]. Inoltre, la norma sull'abuso d'ufficio era ritenuta dalla giurisprudenza dotata di una duplice funzione: da un lato assolveva una funzione dissuasiva, in virtù della finalità preventiva tipica della norma penale, della violazione dell'obbligo di astensione già prescritto da una norma di settore, e dall'altro lato assolveva una funzione 'fondativa' dell'obbligo stesso di astensione in capo al dipendente pubblico.

È per questo che, in una delle ordinanze[88] con cui è stata sollevata la questione di legittimità costituzionale in merito alla legge n. 114/2024, si è sostenuto che l'abrogazione dell'abuso d'ufficio abbia inciso negativamente sulla tutela repressiva prevista per la situazione di conflitto d'interessi.

Sul ruolo dell'abuso d'ufficio nel sistema amministrativo del conflitto d'interessi si prospettava un sistema[89] in cui l'azione penale evidenziava una situazione di conflitto d'interessi che veniva successivamente valutata in sede amministrativa con le conseguenze del caso, tra cui l'annullabilità

[84] G. M. ROCCA, *Abuso d'ufficio e contratti pubblici*, in *Federalismi.it*, n.16/2024, p. 292 e ss.
[85] Sul tema si veda F. LIGUORI, *Gare, concorsi e giudice penale, cit*, p.9.
[86] *Ex multis*, Cass. Pen. Sez. VI, 15 marzo 2013, n.14457.
[87] Sulla configurazione dell'abuso d'ufficio a seguito della riforma del 2020 si veda, tra i tanti che hanno svolto considerazioni generali, S. PERONGINI, *L'abuso d'ufficio, contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione, con una proposta di integrazione della riforma introdotta dalla legge n.120/2020*, Giappichelli, Torino, 2020.
[88] Ordinanza del Tribunale di Firenze, sez. III, 25 ottobre 2024: tale ordinanza solleva la questione di legittimità costituzionale inerente alla legge Nordio, l. n. 114/2024. Il giudice penale ritiene leso anche l'articolo 97 della Costituzione poiché l'abrogazione dell'abuso d'ufficio avrebbe realizzato un arretramento della tutela in merito all'obbligo di astensione del pubblico ufficiale che si trovi in conflitto d'interessi.
[89] Si è affermato che già prima della riforma Nordio il quadro normativo del conflitto d'interessi nel diritto amministrativo fosse 'suscettibile di un ampio margine di miglioramento' e 'complessivamente poco efficiente'. In tema si rinvia a E. CARLONI, *Conflitto di interessi e abuso di ufficio: problemi aperti tra amministrazione e costituzione*, in *sistemapenale.it*, fasc. 12/2024, p.7.

dell'atto, la responsabilità disciplinare del pubblico ufficiale e l'eventuale responsabilità erariale.

Con un siffatto sistema, l'abrogazione dell'abuso d'ufficio rende probabile un arretramento sul fronte della tutela repressiva del conflitto d'interessi: il tema riflette la spinosa questione dell'autonoma rilevanza e sufficienza delle norme amministrative volte a rimediare all'illegalità[90] e a reprimere la corruzione rispetto alle norme penali sui delitti di corruzione[91].

In tale contesto si osserva come il presidente dell'Anac Busía, nell'ambito della Relazione tenuta alla Camera dei Deputati il 20 maggio 2025, abbia sottolineato[92] come siano ancora troppi i casi di conflitto d'interessi nel sistema nazionale che, anche in considerazione dell'abrogazione dell'abuso d'ufficio, incidono sulle procedure di gara. Specificamente sul conflitto d'interessi, non pare che il sistema amministrativo sia in grado di fornire lo stesso grado di tutela del sistema penale, anche rispetto all'emersione del conflitto stesso: il punto sta nella difficoltà dell'amministrazione a scoprire l'esistenza del conflitto d'interessi qualora il soggetto obbligato violi il dovere di astensione e di segnalazione del conflitto.

Un conseguente aspetto problematico rilevante del sistema amministrativo si rinviene, inoltre, nella tecnica di tutela: nel caso di atto, adottato in conflitto d'interessi, favorevole al destinatario che aveva presentato un'istanza volta al rilascio di un provvedimento ampliativo[93] e non di concorso o gara pubblica (a meno che a questi ultimi non partecipi un solo candidato o un solo operatore economico) vi potrebbe non essere un controinteressato che abbia interesse a esperire l'azione di annullamento e, conseguentemente, l'atto amministrativo adottato in conflitto d'interessi sarebbe destinato a consolidarsi.

Dall'analisi condotta si può constatare la difficoltà del sistema amministrativo rispetto al prevenire e contrastare corruzione[94] e conflitto d'interessi in maniera efficace e autonoma rispetto al sistema penale.

In questo contesto, una volta abrogata la norma penale, due sembrano le soluzioni prospettabili nell'ambito del sistema amministrativo: in primo luogo un investimento sugli strumenti di prevenzione del conflitto d'interessi, successivamente un intervento normativo inerente alla patologia dell'atto, che conduca dall'annullabilità alla nullità dell'atto adottato in conflitto d'interessi. Sul primo aspetto la novità legislativa è l'introduzione nel 2023 del d.l. n. 24/2023[95] che ha potenziato lo strumento della segnalazione dell'illecito, fornendo maggiori tutele al soggetto segnalante, storicamente esposto al rischio di condotte vendicative, che erano una tra le cause principali dello scarso utilizzo di tale strumento. Con l'introduzione del d.l. n. 24/2023 si sono precisate le categorie di soggetti interessate dalla disciplina e si è operata una parziale tipizzazione delle condotte idonee a determinare una violazione che possa essere segnalata.

La protezione del *whistleblower*[96] è sicuramente un mezzo idoneo ad aumentare le possibilità che

[90] La questione è analizzata da B. G. MATTARELLA, *I rimedi amministrativi all'illegalità nella pubblica amministrazione,* in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 2, 1° giugno 2024, p.757 e ss.

[91] E. CARLONI, *L'abuso di potere tra contrasto penale e contrasto amministrativo: i limiti dell'anticorruzione amministrativa,* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* fasc. 2/2024, p.643-644.

[92] Il presidente dell'ANAC ha poi osservato che "a fronte della evidenziazione dei vuoti di tutela lasciati dall'abrogazione del reato di abuso d'ufficio si era risposto che l'eliminazione della sanzione penale sarebbe stata compensata da un rafforzamento delle tutele amministrative. Purtroppo, tale compensazione non c'è stata, e si è registrato un progressivo indebolimento delle garanzie amministrative poste a presidio dell'indipendenza e della correttezza dell'agire pubblico." Da questa affermazione si ricava la centralità della tutela prevista dal sistema amministrativo, di cui è auspicabile un rafforzamento.

[93] Evidenzia questa possibilità E. CARLONI, *L'abuso di potere tra contrasto penale e contrasto amministrativo: i limiti dell'anticorruzione amministrativa, cit.*, p.645, in cui si menziona il caso emblematico di un permesso di costruire, attribuito dal funzionario in conflitto d'interessi, senza arrecare danno a un terzo che sarebbe legittimato in astratto a proporre l'azione di annullamento.

[94] Si rinvia a M. DEL SIGNORE, M. RAMAJOLI, *La prevenzione della corruzione e l'illusione di un'amministrazione senza macchia,* in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, n.1/2019, p. 69 e ss.; E. CARLONI, *L'anticorruzione e la trasparenza nel sistema di procurement pubblico: tendenze e prospettive ai tempi del PNRR,* in *Diritto amministrativo,* fasc. n. 3/2022, p. 643 e ss.;

[95] Per un'analisi generale del *whistleblowing* e dell'impatto del d.l. 24/2023 si veda P. RUBECHINI, *Della delazione virtuosa. La segnalazione di illecito quale strumento di protezione dell'interesse generale,* in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.,* n.2/2024, p.421.

[96] G. GRASSO – A. RIPEPI, *Il whistleblowing: un istituto in evoluzione nel disegno (dai tratti incerti) del legislatore*, in *Giurisprudenza Penale Web,* 2023, 7-8.

l'amministrazione venga a conoscenza della presenza di un conflitto d'interessi di un suo funzionario senza dipendere dall'apertura di un'indagine preliminare in sede penale.

L'utilità di tale strumento si rinviene nella possibilità di contribuire all'autonomia delle misure di prevenzione di conflitto d'interessi e della corruzione nell'ambito del sistema del diritto amministrativo. Quanto alla tutela repressiva dei fenomeni corruttivi, la nullità dell'atto adottato in conflitto d'interessi è sempre stata esclusa dalla dottrina, anche in virtù del fatto che la volontà legislativa con l'introduzione dell'art. 21-*septies* nella l.241/90 è stata quella di collocare le ipotesi di carenza di potere in concreto tra le cause di annullabilità[97].

Tuttavia, tale orientamento si basava sia sull'esistenza dell'articolo 323 c.p., ed inoltre su di una diversa consistenza dell'onere della prova che grava sul soggetto che deve esperire l'azione di annullamento: come detto, per quanto attiene ai contratti pubblici, prima del d.lgs. 36/2023 era sufficiente la prova dell'idoneità dell'atto a costituire una minaccia per l'imparzialità.

Alla luce dell'attuale quadro normativo, il profilo problematico che si rinviene nella tecnica di tutela rappresentata dall'annullabilità dell'atto adottato in conflitto d'interessi consiste nell'onere della prova dell'effettiva lesione dell'imparzialità, in ragione del fatto che un tale onere della prova per il privato si tradurrebbe in una *probatio diabolica,* in contrasto con quanto sostenuto dalla citata sentenza della Corte di Giustizia dell'UE. In tale decisione si è affermata l'impossibilità di collocare in capo al ricorrente la prova della parzialità del comportamento dell'amministrazione.

Potrebbe, teoricamente, riaprire il dibattito sulla sorte dell'atto adottato in conflitto d'interessi l'approvazione di una proposta di legge[98] attualmente in discussione e presentata alla Camera il 13 ottobre 2022 con cui si prevede la nullità testuale dell'atto adottato in conflitto d'interessi.

È la relazione di accompagnamento ad affermare che tale legge mira a introdurre un sistema di prevenzione e contrasto del conflitto d'interessi più efficace rispetto a quello vigente per i titolari di cariche politiche, attualmente disciplinato dalla l. n. 215/2004, che è ritenuta insufficiente perché 'ancora la sussistenza del conflitto d'interessi a requisiti particolarmente stringenti e di difficile verifica pratica'.

Infatti, l'art. 9 della proposta di legge prevede sia la nullità degli atti compiuti dal titolare della carica di governo che versa in una delle situazioni di incompatibilità di cui all'art. 4, sia la nullità delle deliberazioni degli organi collegiali di cui il titolare della carica fa parte.

Tale proposta di legge ha il merito di dare risposta a esigenze di tutela dell'immagine dell'alta amministrazione titolare della funzione di governo, offrendo spunti interessanti sulla delibera degli organi collegiali in cui l'astensione del soggetto in conflitto d'interessi potrebbe non bastare a dare serenità di giudizio ai restanti componenti dell'organo collegiale. Tale proposta di legge non andrebbe a incidere sull'attività amministrativa in senso stretto ma potrebbe comunque dare impulso ad una riflessione sul conflitto d'interessi non solo nel caso in cui gli atti dei soggetti di riferimento vengano qualificati come atti di alta amministrazione[99], ma anche considerando che si rivolge anche ai componenti delle autorità indipendenti.

In definitiva, si può ritenere attualmente recessiva l'esigenza di tutela dell'immagine dell'amministrazione in virtù dell'abrogazione dell'abuso d'ufficio e della previsione di cui all'art. 16 comma 2 d.lgs. 36/2023.

È, dunque, auspicabile un intervento del legislatore che ritorni sul bilanciamento tra tutela dell'immagine dell'amministrazione e stabilità dell'atto amministrativo e che sia teso ad attenuare l'onere della prova richiesto ai privati, quasi sempre concretamente difficili da assolvere.

[97] S. FREGO LUPPI, *op. cit.*, p. 684; G. IUDICA, *Il conflitto di interessi nel diritto amministrativo*, *cit.*, p. 44 ss.; A. LALLI, *op. cit.*, p.523-524.

[98] La proposta di legge in questione, n. 304/2022, introdurrebbe 'disposizioni in materia di conflitto d'interessi e delega al Governo per l'adeguamento della disciplina relativa ai titolari di cariche governo locali e ai componenti delle autorità indipendenti di garanzia, vigilanza e regolazione, nonché disposizioni concernenti il divieto di erogazioni provenienti da Stati esteri da parte dei titolari di cariche pubbliche'.

[99] Si veda V. LOPILATO, *Manuale di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino,2023, p.810 e ss., in cui si analizza la tendenza giurisprudenziale ad ampliare il perimetro applicativo della figura dell'atto di alta amministrazione.

Diversamente, a risentirne irrimediabilmente sarebbe il già minato[100] rapporto di fiducia tra cittadini e pubblica amministrazione.

[100] Sulla percezione comune che si ha riguardo all'amministrazione si veda F. LIGUORI, *L'azione amministrativa, argomenti e questioni*, ES, Napoli, 2023, p. 11 e ss.

DE IUSTITIA

Rivista scientifica Anno 2025 – N°4 – Ottobre 2025

DIRITTO AMMINISTRATIVO ISSN 2974-7562

L'INTERDITTIVA ANTIMAFIA E IL TEMPO "VUOTO" TRA CONTROLLO GIUDIZIARIO E AGGIORNAMENTO PREFETTIZIO*

di **Renato ROLLI** e Vincenzo DE SENSI*****

ABSTRACT

L'ordinanza n. 646/2024 del TAR Calabria solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 34-bis, co. 7, d.lgs. 159/2011, per la mancata previsione di una sospensione degli effetti dell'interdittiva antimafia tra la cessazione del controllo giudiziario e la revisione prefettizia. L'automatica reviviscenza della misura, pur a fronte di un esito favorevole del controllo giudiziario, determina un corto circuito normativo lesivo dei principi di uguaglianza, libertà d'impresa, giusto procedimento e tutela giurisdizionale. La nota analizza tale vuoto normativo e prospetta la necessità di un intervento riequilibratore della Corte costituzionale.

The decision no. 646/2024 of the TAR Calabria raises a constitutional question concerning Article 34-bis, paragraph 7, of Legislative Decree no. 159/2011, due to the lack of a rule suspending the effects of the anti-mafia interdiction between the end of judicial supervision and the prefectural review. The automatic revival of the measure, despite the positive outcome of judicial control, creates a normative short circuit undermining equality, freedom of enterprise, due process and judicial protection. The note examines this regulatory gap and suggests the need for a rebalancing intervention by the Constitutional Court.

SOMMARIO

1. Premessa..... 73

2. La vicenda sottesa all'ordinanza e l'emersione del vulnus normativo 74

3. Il controllo giudiziario antimafia: genesi, natura e tensioni sistemiche 77

4. Il bilanciamento costituzionale e la questione di legittimità 79

5. La rilevanza della questione e la motivazione del rinvio alla Corte Costituzionale..... 82

6. Conclusioni..... 83

1. PREMESSA

L'ordinanza n. 646/2024 del Tribunale Amministrativo Regionale della Calabria, Sezione Staccata di Reggio Calabria, interviene in un contesto segnato da particolare complessità e delicatezza, caratterizzato da un profondo dialogo che coinvolge il giudice amministrativo, la normativa antimafia e i principi costituzionali. Ciò che, a modesto avviso di chi scrive, induce a ritenere quale necessario segnalare il provvedimento poc'anzi menzionato non è la sola circostanza che i giudici, con tale ordinanza, abbiano proceduto ad un'approfondita disamina dei rapporti insistenti tra l'informazione interdittiva antimafia e la misura del controllo giudiziario ex art. 34-bis d.lgs. 159/2011 (cosiddetto Codice Antimafia), ma soprattutto il fatto che con il provvedimento oggetto della presente nota sia stata sollevata, in via incidentale, una questione di legittimità costituzionale destinata ad avere un impatto sistemico.

Come si vedrà meglio a breve, l'elemento di maggiore rilievo che emerge dall'analisi dell'ordinanza oggetto del presente commento risiede, infatti, nell'individuazione di un vero e proprio "vuoto normativo" nel sistema della prevenzione antimafia. Tale "carenza normativa" si riferisce alla fase intercorrente tra la cessazione del controllo giudiziario, disposto dal Tribunale Sezione Misure di Prevenzione, e la conclusione del procedimento di aggiornamento prefettizio in materia di informazione antimafia ex art. 91, co. 5, cod. antimafia. Si tratta di un segmento temporale che, seppur potenzialmente di breve durata, riveste un ruolo cruciale da un punto di vista giuridico. In tale frangente, infatti, si determina l'automatica reviviscenza dell'interdittiva antimafia e, quindi, degli effetti della medesima, circostanza che ha quale conseguenza la

* Nota a TAR Calabria, Reggio Calabria, ord. 9 ottobre 2024, n 646.

** Renato Rolli: Professore associato di diritto amministrativo abilitato alle funzioni di prima fascia presso Università degli studi della Calabria;
*** Vincenzo De Sensi: Dottore in giurisprudenza.

perdita dei requisiti di moralità nonché di capacità contrattuale dell'impresa. Tale effetto viene a prodursi a prescindere dall'esito positivo con cui si è concluso il percorso "bonificante", al quale si è dato seguito in ragione dell'adozione della misura di s*elf cleaning*, svoltosi sotto l'egida del tribunale penale.

L'assenza di un'esplicita previsione normativa in virtù della quale sarebbe consentito "congelare" gli effetti dell'interdittiva anche oltre il momento in cui vi è la scadenza della misura di vigilanza prescrittiva e, dunque, fino alla conclusione del procedimento di aggiornamento di cui l'art. 91, co. 5, d.lgs. 159/2011, è, secondo la posizione che emerge dall'ordinanza in esame, fonte di plurime criticità costituzionali nei termini, principalmente, del principio di uguaglianza, di quello di proporzionalità, della libertà d'impresa, del giusto procedimento e dell'effettività della tutela giurisdizionale. Da qui la decisione dei giudici amministrativi, i quali con tale pronuncia hanno fatto emergere, in maniera pienamente consapevole, la sussistenza di un delicato equilibrio tra la prevenzione delle infiltrazioni mafiose e la salvaguardia dei diritti fondamentali degli operatori economici, di rimettere la questione all'illustrissima Corte Costituzionale.

L'intervento del giudice calabrese, così come è facile comprendere alla luce dei numerosi interventi giurisprudenziali sul tema, si colloca in un contesto temporale caratterizzato da un singolare fermento interpretativo e legislativo in materia di interdittive antimafia. All'uopo emerge chiaramente l'esigenza di interrogarsi sempre di più sul rapporto insistente tra la legalità sostanziale e la tutela dei valori economici, al fine di giungere nel prevedere un'azione amministrativa che sia non solo efficace, ma anche più giusta e ragionevole.

2. *LA VICENDA SOTTESA ALL'ORDINANZA E L'EMERSIONE DEL VULNUS NORMATIVO*

La vicenda oggetto dell'ordinanza del TAR Calabria pubblicata in data 28 ottobre 2024, prende le mosse dall'impugnazione proposta avverso l'informazione interdittiva antimafia emessa dalla Prefettura di Reggio Calabria nei confronti di una società operante nel settore edilizio ed attiva su tutto il territorio nazionale. La società ricorrente, con sentenza emessa dai giudici amministrativi del Tribunale calabrese, si vede accolto il proprio ricorso. Tuttavia, avverso tale atto, con cui era stato disposto l'annullamento del provvedimento interdittivo, propone appello, dinanzi il Consiglio di Stato, l'Amministrazione dell'Interno. I giudici di palazzo Spada, quindi, accogliendo la domanda cautelare proposta, con ordinanza sospendono la sentenza impugnata con il conseguente ripristino degli effetti della misura interdittiva.

A seguito di ciò, la società ricorrente, in persona del suo legale rappresentante e per mezzo dei propri legali, richiede, ai sensi dell'art. 34-bis, co. 6, d.lgs. 159/2011, l'applicazione del controllo giudiziario[1].

A seguito della richiesta della società, il Tribunale di Reggio Calabria, Sezione Misure di Prevenzione, accertata la sussistenza dei presupposti previsti dalla legge e sentiti i soggetti di cui al comma sesto del succitato articolo, ha accolto tale richiesta e, in conseguenza di ciò, disposto la misura del controllo giudiziario. Con l'ammissione della società alla misura di *self cleaning* di cui si discute, si è dato avvio ad un percorso di vigilanza in cui la società è stata sottoposta ad un'attività di monitoraggio svolta dall'amministratore giudiziario nominato dal Tribunale, al quale è attribuito il compito di supervisionare l'andamento societario e di accertare la trasparenza con cui opera la società medesima. D'altronde, è stato a più riprese precisato, tanto dalla Suprema Corte di Cassazione quanto dalla giurisprudenza amministrativa, che il controllo giudiziario ha quale obiettivo quello di mitigare gli effetti della prognosi infiltrativa e di effettuare una "bonifica" dell'impresa in odore di mafia [2]. In altri termini, tale misura ha quale finalità quella di affrancare la società da eventuali condizionamenti

[1] In materia di controllo giudiziario volontario si rinvia a C. VISCONTI, *Il controllo giudiziario "volontario"*, in G. Amarelli e S. Sticchi Damiani (a cura di*), Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, Torino, Giappichelli Editore, 2019.

[2] Cfr. Cass. pen., Sez. I, 28 gennaio 2021, n. 24678; nonché Cass. pen. Sez. II. 31 maggio 2021, n. 21412. Per quanto attiene la giurisprudenza amministrativa, invece: cfr. Cons. Stato, Sez. V, 10 aprile 2024, n. 3266; nonché Cons. Stato, Sez. III, 25 luglio 2022, n. 6566.

mafiosi, così come espresso dalla "Commissione Fiandaca". Infatti, il controllo giudiziario ha quale obiettivo quello di consentire il "disinquinamento" mafioso delle società e di, al contempo, garantire una "continuità produttiva e gestionale" delle attività economiche [3].

Dalla trattazione dei fatti di causa, così come descritti nella sentenza oggetto della presente nota, emerge che, in conformità a quella che ormai si presenta come la giurisprudenza amministrativa maggioritaria [4], il Tribunale, accolta favorevolmente la domanda di ammissione al controllo giudiziario, con ordinanza disponeva il giudizio di appello in attesa della conclusione del controllo giudiziario.

La società, quindi, dal momento che aveva richiesto ed ottenuto la misura di sorveglianza prescrittiva del controllo giudiziario, presenta istanza di iscrizione nella c.d. white list [5] alla Prefettura, la quale, verificato che non sussistano le cause di decadenza, sospensione o divieto di cui all'art. 67 D.lgs. n. 159/2011 nonché, accertata l'assenza di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi dell'impresa ex art. 84 comma 3 Codice Antimafia, ha provveduto all'iscrizione della società nel suddetto elenco [6].

In ragione di ciò, la società prendeva parte alla procedura di gara bandita dall'Anas Toscana avete ad oggetto l'esecuzione di una serie di opere di attraversamento, risultandone vincitrice e procedendo, così, alla sottoscrizione del contratto d'appalto.

Tuttavia, a causa dell'inversione di tendenza manifestatasi in seno all'Adunanza Plenaria in materia di rapporti tra il giudizio di impugnazione dell'interdittiva antimafia e il c.d. controllo giudiziario [7], il Consiglio di Stato giungeva nell'accogliere l'appello proposto dal Ministero dell'Interno e riformava integralmente la sentenza emessa in primo grado giungendo, quindi, nel confermare la preesistenza dei presupposti dell'informazione interdittiva antimafia.

Questa circostanza aveva indotto la stazione appaltante a dar avvio al procedimento per la risoluzione del contratto d'appalto dal momento che il ritorno in auge dell'informativa prefettizia di tipo interdittivo è causa di perdita dei requisiti di cui l'art. 80 del d.lgs. 50/2016 e determina, altresì, un'incapacità a contrarre [8].

La piena efficacia del contratto, però, veniva confermata fino al 15.07.2024, cioè fino alla data in cui era stato prorogato il controllo giudiziario.

Scaduta la misura di cui all'art. 34-bis cod. antimafia ed in ragion della reviviscenza degli effetti dell'interdittiva, il Direttore dei Lavori ordinava all'impresa di interrompere i lavori dal momento che la sussistenza di un'informazione interdittiva antimafia è causa di esclusione automatica dalla gara.

La società, dunque, veniva a trovarsi in una situazione paradossale. Nonostante il controllo giudiziario si fosse concluso con esito favorevole, in attesa che la Prefettura procedesse con l'aggiornamento ex art. 91, co. 5, cod. antimafia, l'interdittiva originaria aveva riacquisito immediata efficacia. In ragione di ciò, come anzidetto, veniva a prodursi la perdita della capacità contrattuale dell'impresa, la quale ha subito la risoluzione del contratto d'appalto nonostante l'esito positivo del controllo giudiziario.

In ragione del ricorso proposto dalla società ricorrente si instaura un nuovo giudizio dinanzi al TAR. Con il motivo principale la società denuncia:

[3] Cfr. G. FIANDACA, *Proposte di intervento in materia di criminalità organizzata*, in www.penale-contemporaneo.it., 12 febbraio 2014.

[4] Sul punto si veda Cons. Stato, sez. III, 10 maggio 2019, ord. n. 4873; e 10 luglio 2019, ord. n. 5482.

[5] Definibili come un elenco istituito presso le Prefetture al quale devono registrarsi le imprese che lavorano nei settori considerati ad alto rischio di infiltrazione mafiosa.

[6] Per un approfondimento sul tema delle c.d. white list, si veda V. MONTARULI, *La White list nella legislazione antimafia*, in diritto.it, 11/2012; E. BORBONE, *White list: quadro attuale e possibili sviluppi*, Altalex, 11/2012.

[7] Sul punto si richiami per tutti la decisione del Cons. Stato, A.P., 13 febbraio 2023, n.7, Pres. Maruotti, Est. Franconiero, in cui si legge che: "*la pendenza del controllo giudiziario a domanda ex art. 34-bis, comma 6, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, non è causa di sospensione né del giudizio di impugnazione contro l'informazione antimafia interdittiva, né delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese previste dall'art. 32, comma 10, del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, per il completamento dell'esecuzione dei contratti stipulati con la pubblica amministrazione dall'impresa destinataria un'informazione antimafia interdittiva*".

[8] Sul tema degli effetti dell'interdittiva antimafia si veda M. MAZZAMMUTO, *Profili di documentazione amministrativa antimafia*, in Giustamm, 2016.

violazione e falsa applicazione degli artt. 34 bis, 92 e 94 bis del d.lgs. n. 159/2011; violazione della ratio e della finalità dell'istituto del controllo giudiziario e dell'art. 42 Cost.; violazione dei principi di buon andamento, ragionevolezza, proporzionalità e non contraddizione; nonché, eccesso di potere.

Nell'ordinanza n. 646/2024, il TAR Calabria affronta, con un rigore sistematico degno di nota, il nodo interpretativo e costituzionale che insiste sulla disciplina dell'art. 34-bis, co. 7, del d.lgs. 159/2011. In particolare, i giudici amministrativi affermano che, in ragione di una carente previsione normativa espressa che regolamenti la questione della sospensione degli effetti dell'informazione interdittiva antimafia nel frangente temporale intercorrente tra la conclusione del controllo giudiziario e la rivalutazione da parte del Prefetto di cui il più volte citato art. 91, co. 5, cod. antimafia, non si rende possibile una interpretazione in chiave costituzionale dell'art. 34-bis, co. 7, cod. antimafia.

In altro modo, in ragione di un dato testuale così chiaro, incisivo e fermo [9], è preclusa qualsivoglia tipo di interpretazione che abbia quale fine quello di estendere l'effetto della sospensione dell'informazione interdittiva antimafia fino al momento in cui vi sarà la cessazione della misura prescrittiva del controllo giudiziario.

Dunque, in virtù dell'attuale formulazione legislativa, la cessazione del controllo giudiziario determina automaticamente la reviviscenza dell'interdittiva antimafia anche quando il procedimento di aggiornamento prefettizio è ancora in corso.

All'uopo, si ritiene opportuno richiamare la precisazione che i giudici amministrativi fanno in tema di controllo giudiziario con esito favorevole.

Secondo un consolidato indirizzo interpretativo, pertanto, l'esito positivo del controllo giudiziario non determina *sic et simpliciter* il superamento della misura interdittiva. Secondo i giudici del TAR del Lazio, infatti, "*il giudizio in ordine alla sussistenza dei pericoli di infiltrazione mafiosa, che è pertanto rimesso al Prefetto, il quale, una volta intervenuta la misura del controllo, potrebbe valutare l'esito positivo dello stesso, quale sopravvenienza rilevante ai fini dell'aggiornamento e della rivalutazione dell'interdittiva prefettizia, pur restando libero di confermare il provvedimento interdittivo originario*". [10]

In altri termini i giudici di Palazzo Spada si sono pronunciati affermando come "*Le favorevoli conclusioni dell'amministratore giudiziario, e la conseguente chiusura del controllo giudiziario non sono … assimilabili ad un giudicato di accertamento*". [11]

Da tale meccanismo normativo, osservano i giudici amministrativi, emerge un palese contrasto con i principi cardine della ragionevolezza, proporzionalità e buona amministrazione. La mancata previsione della sospensione degli effetti dell'interdittiva anche in riferimento al lasso temporale successivo alla cessazione del controllo giudiziario e antecedente alla definizione del procedimento di aggiornamento ex art. 91, co.5, cod. antimafia, produce effetti del tutto irragionevoli e, in alcuni casi, anche controproducenti rispetto ai fini perseguiti dalla legislazione in materia di prevenzione antimafia.

Infatti, la società, per quanto abbia dimostrato, alla luce di quanto emerge dalla relazione del controllore, di essersi concretamente ed in maniera effettiva dissociata da ogni influenza criminale grazie alla "funzione bonificante" che svolge il controllo giudiziario, si trova nuovamente ad essere esposta ai paralizzanti effetti prodotti dalla misura interdittiva. In altri termini, se, nonostante la bonifica dei condizionamenti, prodottasi quale effetto realizzato dall'istituto del controllo giudiziario, si facessero ricadere su un'impresa, evidentemente ormai bonificata, gli stessi pregiudizi che il ricorso al controllo giudiziario, quale misura di prevenzione collaborativa, tende scongiurare [12] verrebbe vanificata la funzione stessa della misura prevista all'art. 34-bis cod. antimafia.

[9] Il primo periodo del co.7, art. 34-bis, cod. antimafia recita: "*Il provvedimento che dispone l'amministrazione giudiziaria prevista dall'articolo 34 o il controllo giudiziario ai sensi del presente articolo sospende il termine di cui all'articolo 92, comma 2, nonché gli effetti di cui all'articolo 94*".

[10] Tar Lazio sent. n.15775 del 2023.

[11] Cons. St., sez. II, 16 giugno 2022, n. 4912.

[12] Sulla funzione delle misure di prevenzione collaborativa si rimanda a V. M. VULCANO, *Le modifiche del decreto-legge n. 152/2021 al codice antimafia: il legislatore punta sulla prevenzione amministrativa e sulla compliance 231 ma non risolve i nodi del controllo giudiziario*, in Giurisprudenza penale, 2021.

Appare evidente come un tale assetto normativo disincentiva il ricorso alla misura del controllo giudiziario che si pone, oltre che come strumento di bonifica, anche come mezzo di prevenzione dell'infiltrazione mafiosa in gradi di operare senza causare un'eccessiva e ingiustificata limitazione della libertà d'impresa e del diritto al lavoro [13].

I giudici amministrativi, con l'ordinanza oggetto della presente nota, sollevano questione di legittimità costituzionale dell'art. 34-bis, co. 7, nella parte in cui non prevede la sospensione degli effetti dell'interdittiva antimafia nella fase ricompresa tra la cessazione del controllo giudiziario e la definizione del procedimento di rivalutazione da parte della Prefettura del quadro istruttorio da cui emergevano gli elementi in forza dei quali l'autorità prefettizia ha paventato un condizionamento mafioso.

Le norme costituzionali invocate dai giudici amministrativi e che, sempre secondo gli stessi, sono contrastate dal co.7 dell'art. 34-bis del d.lgs. n. 159/2011, sono gli articoli 3, 4, 24, 41, 97, 111, 113 e 117, co. 1. Cost., quest'ultimo per violazione degli artt. 6, 8 e 13 della CEDU e art.1 del primo protocollo addizionale.

Il giudice rimettente ritiene, in conclusione, che una tale lacuna normativa non possa essere in alcun modo colmata facendo ricorso all'interpretazione senza che ciò comporti un'eccessiva, e per questo non consentita, manipolazione della stessa disposizione normativa. Da tale circostanza, quindi, emerge la necessità, per i giudici amministrativi, di rimettere la questione alla Corte Costituzionale, la quale è chiamata a valutare la conformità alle disposizioni costituzionali della norma nella parte in cui non disciplina in alcun modo la fase che si pone post conclusione del controllo giudiziario.

3. IL CONTROLLO GIUDIZIARIO ANTIMAFIA: GENESI, NATURA E TENSIONI SISTEMICHE

Con il decorrere degli anni la criminalità organizzata di stampo mafioso è mutata, si è passati da una mafia che faceva della violenza il suo principale strumento di affermazione ad una mafia perlopiù silente che opera nel mercato legale camuffandosi dietro realtà imprenditoriali apparentemente sane.

Nel corso degli ultimi anni il legislatore si è posto come obiettivo quello di impedire o neutralizzare l'infiltrazione mafiosa senza necessariamente ricorrere all'adozione di misure interdittive, al fine, così, di tutelare la sicurezza e la trasparenza negli appalti pubblici e al contempo evitare un eccessivo sacrificio del diritto costituzionale d'impresa.

Il chiaro obiettivo del legislatore è stato, quindi, quello di abbandonare quell'approccio tradizionale di tipo repressivo-punitivo e introdurre strumenti di vigilanza e preventivi capaci di operare a seconda del grado di infiltrazione mafiosa, garantendo così una bonifica dell'attività imprenditoriale interessata senza che questo comporti la sottoposizione dell'impresa ad una condizione tale che le impedisce di proseguire nello svolgimento delle sue attività [14].

Da quanto fin qui detto, si comprende la *ratio* della legge n. 161 del 17 ottobre 2017 con cui è stato riformato l'impianto del Codice Antimafia. Con al disposizione appena citata, infatti, sono stati introdotti nuovi strumenti di tipo non ablativo al fine di arginare in maniera più efficace il fenomeno dell'infiltrazione mafiosa nel tessuto economico-imprenditoriale.

Senza timore di smentita alcuna è possibile affermare che la novità di maggiore rilievo è quella attinente all'introduzione dell'art. 34-bis e, dunque, dell'istituto del controllo giudiziario.

Con l'istituto del controllo giudiziario, ne è un esempio la vicenda che attiene l'ordinanza oggetto della presente nota, è stata riconosciuta al soggetto attinto da un provvedimento interditttivo antimafia la facoltà di presentare un'istanza al Tribunale e richiedere l'applicazione del controllo giudiziario. La ragione per cui un'impresa dovrebbe agire in tal senso sta nel fatto che con l'applicazione della misura più tenue, prevista dall'art. 34-bis, la società conserva la propria capacità operativa e, dunque,

[13] R. DI MARIA, A. AMORE, *Effetti "inibitori" della interdittiva antimafia e bilanciamento fra principi costituzionali: alcune questioni di legittimità dedotte in una recente ordinanza di rimessione alla Consulta*, in Federalismi, n. 12, 2021.

[14] D'ANGELO G., VARRASO G., *Il decreto legge n. 152/2021 e le modifiche in tema di documentazione antimafia e prevenzione collaborativa*, in Sistema Penale, 1° agosto 202.

la possibilità di contrarre nonché la libertà di operare sul mercato.

Con la riforma del 2017, dunque, il legislatore ha voluto predisporre un sistema a carattere gradualistico, con la previsione di diversi istituti a cui è possibile ricorrere in ragione del livello di contaminazione mafiosa che contraddistingue il soggetto economico.

In particolare, il controllo giudiziario rappresenta tra questi lo strumento meno invasivo dal momento che, attraverso il ricorso allo stesso, non si determina alcun spossessamento gestorio in capo all'impresa interessata.

Tale misura, dunque, si applica ad imprese che si trovano in una condizione di assoggettamento ovvero che agevolano consorterie malavitose e che, attraverso tale strumento, possono essere "bonificate" dalla contaminazione mafiosa. Imprese, a cui viene consentito di proseguire nello svolgimento della loro attività economica così da permettere che vengano garantiti quei livelli occupazionali che invece verrebbero meno nel caso in cui si procedesse con l'applicazione di misure ben più invasive.

In virtù di quanto disposto dall'art. 34-bis del Cod. antimafia [15], vi sono due diverse forme di controllo giudiziario. La prima, meno invasiva, consiste nell'imporre un obbligo di comunicazione concernente una serie di atti tassativamente previsti al co. 2 lettera a) [16] della succitata disposizione normativa.

La seconda forma di controllo giudiziario, invece, viene usualmente definita come la più invasiva. All'uopo, la lettera b) [17] dell'articolo in esame prevede che venga nominato un amministratore giudiziario, il quale è chiamato a riferire in maniera periodica gli esiti raggiunti a seguito dell'esercizio dell'attività di controllo.

Da un'analisi, seppur veloce ma necessaria ai fini di una corretta comprensione della sentenza in commento, dell'istituto del controllo giudiziario emerge come la funzione primaria di tale strumento si quella di "bonificare" l'impresa da qualsivoglia tipo di condizionamento mafioso.

L'elemento di principale novità di tale istituto è quello di garantire la continuità operativa del soggetto economico al fine di meglio tutelare la libertà d'iniziativa economica nonché il diritto al lavoro, valori entrambi costituzionalmente garantiti (rispettivamente artt. 41 e 4 Cost.).

Il controllo giudiziario di cui fin qui si è detto è quello comunemente noto come controllo giudiziario ordinario. Difatti, l'art. 34-bis del Cod. antimafia, prevede un'ulteriore forma di controllo richiedibile da parte di quelle imprese destinatarie di informazione antimafia interdittiva.

Ai sensi del co. 6 dell'art. 34-bis, infatti, le imprese già interdette che abbiano proceduto nel proporre impugnazione avverso il provvedimento prefettizio hanno la possibilità di richiedere l'applicazione della misura del controllo giudiziario [18]. I presupposti per muovere tale richiesta al Tribunale competente per le misure di prevenzione sono quindi: l'emissione nei confronti della società richiedente di un provvedimento interdittivo antimafia, l'atto di impugnazione dello stesso e il parere emesso dal procuratore della DDA competente e quello del prefetto che ha emesso l'atto interdittivo. Questo "tipo" di controllo giudiziario è quello

[15] Introdotto dall'art. 11 comma 1, legge n. 161/2017.

[16] La lettera a) dell'art. 24-bis del Cod. Antimafia prevede: "*Il controllo giudiziario è adottato dal tribunale per un periodo non inferiore a un anno e non superiore a tre anni. Con il provvedimento che lo dispone, il tribunale può:*
a) imporre nei confronti di chi ha la proprietà, l'uso o l'amministrazione dei beni e delle aziende di cui al comma 1 l'obbligo di comunicare al questore e al nucleo di polizia tributaria del luogo di dimora abituale, ovvero del luogo in cui si trovano i beni se si tratta di residenti all'estero, ovvero della sede legale se si tratta di un'impresa, gli atti di disposizione, di acquisto o di pagamento effettuati, gli atti di pagamento ricevuti, gli incarichi professionali, di amministrazione o di gestione fiduciaria ricevuti e gli altri atti o contratti indicati dal tribunale, di valore non inferiore a euro 7.000 o del valore superiore stabilito dal tribunale in relazione al reddito della persona o al patrimonio e al volume d'affari dell'impresa. Tale obbligo deve essere assolto entro dieci giorni dal compimento dell'atto e comunque entro il 31 gennaio di ogni anno per gli atti posti in essere nell'anno precedente;".

[17] La disposizione normativa richiamata prevede letteralmente: "*nominare un giudice delegato e un amministratore giudiziario, il quale riferisce periodicamente, almeno bimestralmente, gli esiti dell'attività di controllo al giudice delegato e al pubblico ministero*".

[18] Per completezza si riporta il testo del co.6, il quale recita: "*Le imprese destinatarie di informazione antimafia interdittiva ai sensi dell'articolo 84, comma 4, che abbiano proposto l'impugnazione del relativo provvedimento del prefetto, possono richiedere al tribunale competente per le misure di prevenzione l'applicazione del controllo giudiziario di cui alla lettera b) del comma 2 del presente articolo. Il tribunale, sentiti il procuratore distrettuale competente, il prefetto che ha adottato l'informazione antimafia interdittiva nonché gli altri soggetti interessati, nelle forme di cui all'articolo 127 del codice di procedura penale, accoglie la richiesta, ove ne ricorrano i presupposti; successivamente, anche sulla base della relazione dell'amministratore giudiziario, può revocare il controllo giudiziario e, ove ne ricorrano i presupposti, disporre altre misure di prevenzione patrimoniali.*"

comunemente noto come controllo giudiziario volontario o a "domanda dell'impresa".

Nella sua struttura applicativa, quindi, il controllo giudiziario è connotato da una durata limitata durante la quale l'impresa conserva la propria operatività sotto la supervisione di amministratori giudiziari. La sua finalità, dunque, è favorire, mediante un affiancamento temporaneo, il recupero della piena affidabilità dell'impresa e la successiva riammissione nel circuito degli appalti pubblici, previa rivalutazione da parte dell'autorità prefettizia.

Importante questione oggetto di dibattito e su cui, a modesto avviso di chi scrive è necessario, seppure brevemente, soffermarsi al fine di una piena comprensione del tema oggetto della ordinanza in nota, è quella circa la sussistenza di un rapporto di autonomia o di un sistema di interferenze tra il procedimento prevenzionale a cui si dà seguito con la richiesta del controllo giudiziario volontario, ex art. 34-bis, co.6, e il procedimento che si svolge dinanzi al G.A. in ragione dell'avvenuto ricorso avverso l'interdittiva antimafia.

La più recente giurisprudenza amministrativa [19] è tesa a sostenere che l'applicazione del controllo giudiziario non produce la sola sospensione degli effetti del provvedimento interdittivo ma anche la sospensione del giudizio che si svolge dinanzi al G.A. avente ad oggetto l'impugnazione del provvedimento prefettizio. In tal modo, si giungerebbe nell'evitare una sovrapposizione tra il giudizio che si svolge in sede penale e quello che ha luogo in sede amministrativa.

Tale posizione, è quella a cui giungono i giudici che sono stati chiamati ad intervenire sulla vicenda in esame. Infatti, così come emerge dai fatti di causa, in considerazione della pendenza della misura del controllo giudiziario vi era stata la conseguente sospensione degli effetti dell'interdittiva e del giudizio d'appello, anch'esso sospeso in via conseguenziale in attesa della conclusione del controllo giudiziario.

Il problema si sposterebbe, quindi, al momento in cui cessa il periodo di controllo giudiziario. Alla luce del dato testuale sembrerebbe che, a seguito della conclusione del controllo giudiziario, la misura interdittiva riprenderebbe ad essere efficace. Tuttavia, l'opinione maggiormente condivisibile è quella secondo cui il Prefetto dovrebbe obbligatoriamente procedere ad una rivalutazione del quadro indiziario per poi, se ne sussistono i presupposti, confermare la misura interdittiva.

Questo tema rappresenta lo snodo in cui si innesta una delle principali tensioni sistemiche in materia di interdittiva antimafia e che viene evidenziato nell'ordinanza in commento. Di ciò è causa la mancanza di una previsione che regolamenti espressamente e in maniera chiara la questione inerente gli effetti del"interdittiva nella fase successiva alla cessazione del controllo giudiziario e prima che venga definito il procedimento di aggiornamento di cui l'art. 91, co. 5, Codice antimafia.

A sommesso avviso di chi scrive, l'assenza di una disciplina esplicita sul punto rischia di vanificare il percorso di risanamento a cui si tende con il ricorso allo strumento del controllo giudiziario, disincentivando, al contempo, l'utilizzo dello stesso istituto in quanto appare aver perso la sua originaria funzione.

Non può ritenersi in dubbio, quindi, che tale disfunzione normativa viene a porsi in frizione con lo spirito collaborativo che ispira l'istituto del controllo giudiziario, il quale, al fine di poter assolvere effettivamente la funzione che le è riconosciuta, necessita di un apparato normativo coerente e in grado di assicurare continuità nonché coerenza tra le varie fasi che scandiscono l'intervento pubblico sull'impresa.

4. IL BILANCIAMENTO COSTITUZIONALE E LA QUESTIONE DI LEGITTIMITÀ

L'ordinanza n. 646/2024 si colloca in un punto nevralgico di quella braca del diritto amministrativo cosiddetto antimafia. In particolare, ci si riferisce a quel terreno di incontro, che diviene poi di scontro, tra le misure interdittive e i principi costituzionali. Storicamente le informazioni antimafia, infatti, sono appare come istituti non facilmente

[19] Cfr. Cons. Stato, sez. III, 10 maggio 2019, ord. n. 4873; e 10 luglio 2019, ord. n. 5482.

ammissibili alla luce dell'ordinamento costituzionale [20].

Il TAR Calabria, sollevando questione di legittimità costituzionale dell'art. 34-bis, comma 7, d.lgs. 159/2011, contesta, innanzitutto, la compatibilità del meccanismo normativo vigente con una serie di principi sanciti della Carta Fondamentale.

L'effetto automatico di reviviscenza dell'interdittiva antimafia al termine del controllo giudiziario – pur in assenza di fatti nuovi e in pendenza del procedimento di aggiornamento – comporta, secondo i giudici remittenti, un'irragionevole compressione del diritto d'impresa, vanificando la funzione riabilitativa della misura giudiziaria.

In particolare, viene in rilievo la lesione del principio di eguaglianza (art. 3 Cost.), nella misura in cui si produce una disparità di trattamento tra imprese che subiscono un trattamento peggiorativo rispetto a chi non abbia mai intrapreso il percorso collaborativo del controllo giudiziario.

De iure condito, il principio di uguaglianza verrebbe violato dal momento che situazioni sostanzialmente identiche soggiacciono ad un trattamento disomogeneo. Infatti, l'impresa sottoposta a controllo giudiziario viene a trovarsi in una condizione deteriore rispetto all'impresa, anch'essa interdetta e quindi in identica condizione di fatto, che, non essendo ricorsa allo strumento di cui l'art. 34-bis del Cod. antimafia, è nella condizione di poter immediatamente contrastare il provvedimento prefettizio con gli strumenti previsti dalla disciplina in materia.

La condizione di disparità, per meglio precisare, viene a crearsi dal momento che la società che non agisce nelle forme del controllo giudiziario c.d. preventivo ha la possibilità di proporre ricorso dinanzi al TAR competente e richiedere la tutela cautelare che, se accolta, consentirà di inibire con efficacia retroattiva [21] gli effetti dell'interdittiva, tra cui quelli che producono la condizione di incapacità di contrarre con la Pubblica Amministrazione. L'impresa che ha richiesto ed ottenuto l'applicazione della misura del controllo giudiziario, invece, subirà inevitabilmente gli effetti pregiudizievoli prodotti dalla reviviscenza dell'interdittiva antimafia a seguito della cessazione del controllo giudiziario. Tali effetti permarranno fino alla conclusione del procedimento di riesame dal momento che il provvedimento è stato, come nel caso in esame, oggetto di un giudicato negativo emesso dai giudici di primo grado e quindi non è ulteriormente impugnabile né tantomeno è possibile richiedere nuovamente l'ammissione al controllo giudiziario difettando il presupposto dell'avvenuta contestazione in sede giurisdizionale dell'atto che dispone la misura interdittiva.

L'impresa che ha richiesto ed ottenuto il controllo giudiziario viene quindi a trovarsi in un limbo, a subire irrimediabilmente il ripristino degli effetti di un'interdittiva non più sospesa per sopravvenuta cessazione del controllo giudiziario con la conseguente automatica risoluzione del rapporto contrattuale già posti in essere, come nel caso in esame, o la inevitabile esclusione dalla procedura di gara in fase di aggiudicazione.

All'uopo, è incontestabile il dato secondo cui per evitare la concretizzazione di una così palese condizione di disuguaglianza sarebbe necessario estendere l'effetto sospensivo fino alla definizione da parte della Prefettura del procedimento di aggiornamento.

A ciò si aggiunge la violazione degli artt. 24 e 113 Cost., per l'inefficacia, o per meglio dire assoluta assenza, della tutela giurisdizionale che viene svuotata di significato se, alla cessazione della misura "curativa" e temporanea del controllo, segue il ripristino automatico degli effetti della misura interdittiva.

Così come emerge dall'analisi dell'attuale disciplina in materia, infatti, è preclusa la possibilità di ricorrere a qualsivoglia tipo di rimedio contro il ripristino degli effetti dell'interdittiva. Causa di ciò è la mancata previsione di strumenti difensivi di contrasto al fenomeno dell'automatica reviviscenza dell'interdittiva, il ché produce un del tutto ingiustificato sacrificio del diritto di difesa di cui l'art. 24

[20] Per un approfondimento sul punto si rimanda a: M. CERESA GASTALDO, *Misure di prevenzione e pericolosità sociale: l'incolmabile deficit di legalità della giurisdizione senza fatto*, in Diritto penale contemporaneo, 2015; F.G. SCOCA, *Le interdittive antimafia e la razionalità, la ragionevolezza e la costituzionalità della lotta "anticipata" alla criminalità organizzata*, in Giustamm, 2018.

[21] Sul punto TAR Reggio Calabria, sent. n. 789/2021.

Cost. nonché di quello alla tutela giurisdizionale ex art. 113 della Costituzione.

Secondo i giudici remittenti, inoltre, tale situazione si pone in condizione di "insanabile attrito" con gli artt. 13, 8 e 6 CEDU. Rispetto al primo [22], infatti, esso sarebbe violato del momento che non verrebbe garantito un ricorso attraverso cui ottenere l'esame di una "doglianza difendibile", così come definita dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo [23]. A cascata, dunque, sono violati l'art. 8 CEDU in materia di rispetto della vita umana e familiare; il 6, il quale riconosce il diritto ad un equo processo; e l'art. 1 del primo protocollo addizionale alla Convenzione che dispone in materia di tutela di beni privati e proprietà.

Ancora, l'art. 41 Cost. è richiamato quale parametro violato, nella parte in cui l'automatismo normativo incide irragionevolmente sulla libertà economica, determinando una paralisi dell'attività imprenditoriale che può ritenersi tanto più ingiustificata nel caso, come quello in esame, in cui il controllo giudiziario abbia avuto esito favorevole. Infatti, per quanto ciò non possa determinare *sic et simpliciter* il superamento dell'interdittiva, non può revocarsi in dubbio che per la definizione del procedimento di aggiornamento debba esservi la previa acquisizione della relazione predisposta dal controllore giudiziario a conclusione dell'attività svolta [24].

Il TAR rinvia infine all'art. 97 Cost., nella sua proiezione di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa, evidenziando come l'attuale sistema incentivi un'applicazione meramente formale delle misure del tutto scollegata da quelli che sono i criteri che devono sempre guidare l'azione pubblica, vale a dire quelli di ragionevolezza, logicità e proporzionalità.

È del tutto illogico e irragionevole, infatti, non prevedere, quindi negare, che gli effetti dell'interdittiva rimangano sospesi anche dopo l'avvenuta cessazione del controllo giudiziario e, dunque, per tutto il frangente temporale necessario per la definizione del procedimento di aggiornamento. Tale affermazione dei giudici remittenti, a sommesso avviso di chi scrive del tutto condivisibile, emerge in ragione di quelle che sono le finalità, quindi la *ratio* stessa, dell'istituto del controllo giudiziario che, come più ampiamente già detto, ha la funzione di consentire all'impresa interdetta di "liberarsi" di ciò che aveva indotto l'autorità prefettizia a ritenere sussistente una permeabilità ed ingerenza mafiosa.

Così come ampiamente affermato dai giudici amministrativi, la funzione principale dello strumento di cui si è chiamati inevitabilmente a discorrere, in ragione del tema affrontato nell'ordinanza in commento, è quella di risanare l'impresa e consentire alla medesima di proseguire nello svolgimento, seppur in maniera "assistita", delle sue attività economiche [25].

All'uopo, la finalità della misura del controllo giudiziario è, dunque, profondamente differente da quella della informativa antimafia. Quest'ultima, infatti, ha quale scopo quello di prevenire il rischio di infiltrazione mafiosa e giammai quello di risanare l'impresa interessata [26].

Esplicitando meglio ciò in cui risiede quello che i giudici definiscono come "un vero e proprio corto circuito normativo", è innegabile che l'applicazione della normativa, così come avvenuto nel caso di specie, è causa di una ingiustificata violazione di quelle stesse finalità che hanno indotto il legislatore ad introdurre lo strumento del controllo giudiziario. L'interruzione della sospensione della misura interdittiva, e dunque la reviviscenza dei suoi effetti tra cui quello dell'incapacità di contrarre o di proseguire nei rapporti con la PA, espone l'impresa a tutte quelle conseguenze pregiudizievoli che erano state scongiurate con il ricorso alla misura del controllo giudiziario. L'irragionevolezza della disciplina sottoposta al vaglio dei giudici della Corte Costituzionale si rende palese soprattutto quando gli

[22] L'art. 13 CEDU recita: "*Ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati, ha diritto a un ricorso effettivo davanti a un'istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali*".

[23] Boyle e Rice contro Regno Unito, nonché Maurice contro Francia.

[24] Sul punto Cons. St., sent. n. 4912/2022.

[25] In tema Cons. St., sent. n. 2515/2024.

[26] I giudici di Palazzo Spada con sentenza n. 7 del 2023 hanno precisato che "*l'interdittiva svolge la sua funzione preventiva rispetto alla penetrazione nell'economia delle organizzazioni di stampo mafioso*".

effetti dell'interdittiva cessano di essere sospesi nonostante l'esito favorevole del controllo che, seppur non in termini di assoluta certezza, è un elemento che preannuncia un possibile positivo apprezzamento del Prefetto il quale potrà emettere un'informativa di tipo liberatorio in ragione del fatto che si sia effettivamente concretizzata quella funzione bonificante tipica della misura di cui all'art. 34.bis Cod. antimafia.

Tuttavia, nonostante la successiva emissione di un provvedimento di informazione liberatoria, la reviviscenza dell'interdittiva e dei sui effetti può produrre conseguenze per l'impresa a volte irrimediabili. La risoluzione di contratti in corso di esecuzione o l'impossibilità di partecipare a bandi di gara, a causa della conclusione del periodo di sottoposizione a controllo giudiziario, sono elementi che incidono sulla capacità economico-produttiva dell'impresa, sulla sua forza lavoro e sull'esistenza della stessa. Da ciò, quindi, emerge chiaramente anche la violazione dei canoni di proporzionalità, economicità ed efficienza, tutti riconducibili nella cornice di cui l'art. 97 Cost.

Il bilanciamento a cui è chiamata la Corte costituzionale non si esaurisce, dunque, nel confronto tra libertà economiche e tutela dell'ordine pubblico. L'intervento del giudice amministrativo rimettente, infatti, chiama in causa la necessità di una coerenza sistemica tra i diversi strumenti dell'ordinamento. Non è ragionevole, né tantomeno coerente con i principi costituzionali, che il controllo giudiziario venga neutralizzato, poiché di questo si tratta empiricamente, nella sua efficacia a causa dell'inerzia della procedura di aggiornamento prefettizio.

Si tratta dunque di una questione che tocca il cuore stesso del modello di prevenzione antimafia così come previsto dal legislatore; un sistema che deve sapersi fondare non solo su automatismi sanzionatori ma anche su logiche di incentivo alla legalità in coerenza con i principi di giustizia sostanziale e finalismo rieducativo, che si proiettano – *mutatis mutandis* – anche nel contesto delle misure amministrative ad effetto afflittivo.

5. *LA RILEVANZA DELLA QUESTIONE E LA MOTIVAZIONE DEL RINVIO ALLA CORTE COSTITUZIONALE*

Nel segmento conclusivo dell'ordinanza n. 646/2024, i giudici del TAR Calabria articolano con notevole accuratezza il percorso argomentativo volto a sorreggere la rilevanza e la non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale sollevata in riferimento all'art. 34-bis, comma 7, del d.lgs. n. 159/2011. Si tratta, com'è noto, della parte dell'ordinanza in cui la funzione del giudice amministrativo non è più (o meglio, non è solo) quella di decidere il caso concreto, bensì è anche quella di operare una valutazione riguardo la necessità e l'adeguatezza del sindacato costituzionale.

Sotto il profilo della rilevanza, infatti, i giudici affermano in modo netto e chiaro che il giudizio principale non può proseguire senza una pronuncia della Corte costituzionale, atteso che l'efficacia dell'interdittiva antimafia oggetto di gravame risulta fondamentalmente ricollegata all'effetto di "reviviscenza automatica" previsto dalla norma censurata. In mancanza di una declaratoria di illegittimità costituzionale, l'effetto preclusivo dell'interdittiva permane e impedisce al Collegio di adottare una decisione favorevole all'impresa ricorrente. Non vi è, dunque, alcun margine per una interpretazione costituzionalmente orientata che superi il dato testuale.

La motivazione della non manifesta infondatezza si dispiega, invece, lungo due direttrici fondamentali. Da un lato, si sottolinea l'irragionevolezza del meccanismo in esame, nella parte in cui prevede la riespansione dell'interdittiva nonostante l'esito positivo con cui si è concluso il controllo giudiziario pur in mancanza di fatti nuovi e in pendenza di aggiornamento. La misura, per come oggi strutturata, rischia infatti di punire proprio quelle imprese che hanno intrapreso un percorso di risanamento introducendo indirettamente un effetto dissuasivo e disincentivante che si pone in tensione con la finalità stessa della norma.

Dall'altro lato, i giudici evidenziano il vulnus che il sistema produce rispetto ai principi di libertà economica (art. 41 Cost.), si uguaglianza (art. 3

Cost.), nonché del diritto di difesa (artt. 24 e 113 Cost.) e del buon andamento dell'amministrazione (art. 97 Cost.). L'assenza di una rivalutazione concreta da parte dell'amministrazione e la mancanza di un termine certo entro cui definire il procedimento di aggiornamento dell'interdittiva determinano una forma di sospensione indeterminata della capacità giuridica dell'impresa, in contrasto con i più elementari principi del giusto procedimento.

Interessante, infine, il richiamo al diritto sovranazionale. Questo ulteriore profilo argomentativo conferisce alla questione di legittimità un respiro più ampio, in linea con la tendenza attuale della Corte costituzionale ad accogliere istanze di dialogo tra fonti, soprattutto laddove la legislazione interna si dimostri incapace di bilanciare equamente le esigenze di sicurezza e le libertà fondamentali.

L'ordinanza del TAR Calabria si presta dunque a costituire un momento di riflessione sull'effettiva razionalità del sistema delle misure di prevenzione amministrativa e sul ruolo che il diritto può giocare nel rendere coerente l'azione di contrasto alla criminalità con i principi dello Stato di diritto. Il punto critico individuato – la reviviscenza automatica dell'interdittiva alla cessazione del controllo giudiziario, in assenza di una previa rivalutazione prefettizia – mostra, nella sua rigidità, una frizione profonda con l'obiettivo riabilitativo che sorregge il modello collaborativo delineato dall'art. 34-bis.

A fronte di tale disallineamento, due sono le vie che si aprono all'interprete e al legislatore:

Una prima via è ermeneutica: si potrebbe valorizzare un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma, ritenendo che la reviviscenza dell'interdittiva sia condizionata all'effettivo completamento del procedimento prefettizio di riesame, da svolgersi entro un termine ragionevole, secondo i principi di buona fede e affidamento.

Una seconda via è legislativa: sarebbe auspicabile l'introduzione di una disciplina espressa che regoli la fase post-controllo, prevedendo che la cessazione della misura giudiziaria non comporti automaticamente il ripristino dell'interdittiva, ma che sia necessaria una nuova valutazione prefettizia motivata.

In tale prospettiva, i giudici calabresi si fanno carico anche di prospettare l'eventualità che la Corte costituzionale, ove ritenga fondata la questione, possa intervenire con una pronuncia di tipo additivo. Ciò avverrebbe attraverso l'introduzione, nella disposizione censurata, di una clausola che subordini la reviviscenza dell'interdittiva alla previa valutazione prefettizia, cioè che si estenda la sospensione dell'efficacia dell'interdittiva sino alla definizione del più volte richiamato procedimento di aggiornamento.

6. CONCLUSIONI

L'ordinanza n. 646/2024 del TAR Calabria, Sezione staccata di Reggio Calabria, si colloca come un punto di snodo fondamentale nel dibattito giuridico relativo all'architettura delle misure di prevenzione antimafia e, in particolare, al meccanismo del controllo giudiziario ex art. 34-bis del d.lgs. 159/2011.

Il Collegio calabrese, con un impianto argomentativo articolato e sistemico, ha evidenziato come l'attuale formulazione normativa – nella parte in cui non prevede una sospensione degli effetti dell'interdittiva nel segmento temporale successivo alla cessazione del controllo giudiziario e antecedente alla conclusione del procedimento di aggiornamento prefettizio – determini una compressione irragionevole di una serie di diritti fondamentali dell'impresa che è stata sottoposta a controllo giudiziario.

La questione di legittimità costituzionale sollevata si fonda su un rilievo tecnico-giuridico di estrema rilevanza. L'automatismo della reviviscenza dell'interdittiva è infatti scollegato da qualsiasi valutazione prefettizia aggiornata all'esito del controllo giudiziario, elemento questo che, a sommesso avviso di chi scrive, rende inefficace l'intero percorso di risanamento incentivato dal ricorso alla misura del controllo giudiziario. Si tratta, dunque, di una criticità che incide direttamente sul principio di proporzionalità, sul diritto al lavoro, sulla libertà d'impresa e sull'effettività della tutela giurisdizionale, oltre a disincentivare, in modo contro-finalistico, il ricorso a un istituto che, per sua natura e per come evidenziato sopra, è collaborativo e bonificante.

In tale prospettiva, quindi, l'ordinanza in commento sollecita un intervento della Corte

costituzionale che, secondo l'auspicio del Collegio remittente, potrebbe pronunciarsi in via additiva, introducendo una clausola che subordini l'effetto reviviscente dell'interdittiva a una previa rivalutazione prefettizia. Si tratterebbe, in tal senso, di un intervento che riequilibra l'intero sistema, senza compromettere la finalità preventiva, ma garantendo una maggiore aderenza ai principi di ragionevolezza, proporzionalità e giusto procedimento.

L'analisi della questione affrontata dal TAR Calabria richiama la necessità, più volte avvertita anche nella dottrina e nella giurisprudenza di merito, di superare un approccio rigidamente formalistico al diritto amministrativo antimafia. È tempo di concepire le misure di prevenzione non più come strumenti implacabili, ma come strumenti funzionali al risanamento e alla legalità sostanziale, in linea con la vocazione rieducativa che si proietta, ormai in modo trasversale, su ogni settore dell'ordinamento.

In conclusione, l'ordinanza n. 646/2024 non si limita a sollevare una questione interpretativa, ma si fa portavoce di una riflessione sistemica più ampia, che chiama in causa la tenuta complessiva della disciplina in materia di prevenzione amministrativa rispetto ai parametri costituzionali e sovrannazionali. Essa impone tanto all'interprete, quanto al legislatore e al giudice delle leggi di interrogarsi nuovamente sull'equilibrio tra sicurezza e libertà, tra difesa dell'ordine pubblico e promozione dell'iniziativa economica legittima, nella consapevolezza che ogni automatismo normativo, se privo di margini valutativi e motivazionali, rischia di generare diseguaglianze sistemiche e lesioni non emendabili di diritti fondamentali.

DE IUSTITIA

Rivista scientifica Anno 2025 – N°4 – Ottobre 2025

DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA ISSN 2974-7562

REGOLARE PER ABILITARE: INNOVAZIONE, RICCHEZZA, DEMOCRAZIA *

di **Giovanni ORLACCHIO****

ABSTRACT

Il saggio esplora il ruolo della regolazione come abilitatore di innovazione, ricchezza e democrazia nell'era datizzata. Analizza le tensioni tra giustizia, potere e modernizzazione, evidenziando il valore dei dati e dell'intelligenza artificiale nelle politiche pubbliche. Si sottolinea la necessità di una governance normativa efficace e di un legislatore proattivo, capace di sfruttare le opportunità tecnologiche per rafforzare le istituzioni democratiche e rispondere ai bisogni dei cittadini.

The essay explores regulation as an enabler of innovation, wealth and democracy in the data age. It analyzes the tensions between justice, power, and modernization, highlighting the role of data and artificial intelligence in public policies. It underscores the need for effective regulatory governance and a proactive legislator capable of leveraging technological opportunities to strengthen democratic institutions and better respond to citizens' needs.

SOMMARIO

1. Il compito architettonico della politica nell'era datizzata 85

2. Le principali tensioni tra giustizia, potere e modernizzazione 87

3. Alcune necessarie direttrici e i primi "limiti" precisi 89

4. Ottimismo nel futuro e gioco in attacco. 94

1. IL COMPITO ARCHITETTONICO DELLA POLITICA NELL'ERA DATIZZATA

I «direttori della pubblica felicità»[1] hanno un compito "architettonico": «spianare la strada per la quale gli uomini dovrebbero correre verso»[2] la piena realizzazione delle loro personalità. Le norme possono essere un abilitatore, hanno il ruolo di strumento di civilizzazione, emancipazione e trasformazione della realtà[3]. Tuttavia, spesso, l'amministrazione «è divenuta nella più gran parte delle nazioni la causa della loro miseria, la destruttrice dell'industria degli uomini, e la sorgente più feconda degli ostacoli più forti»[4]. L'attualità non salva i nostri sistemi liberaldemocratici da questa critica[5], posti dinanzi a nuove sfide che richiedono «élite di grande statura»[6].

Dobbiamo rendere le nostre democrazie più efficienti[7], e farlo ragionando intorno alle nuove dimensioni del potere generate principalmente dallo sviluppo tecnologico di quest'epoca datizzata[8].

---

* Il presente contributo è nato dalla lettera di motivazione presentata in occasione del Premio Filangieri 2024, bandito dall'Accademia Filangieri di Partenope e vinto dall'Autore.

** Dottore in Giurisprudenza.

[1] BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Milano, Oscar Classici Mondadori, 2020, p. 4.

[2] FILANGIERI, *La Scienza della Legislazione – Libro II: Delle leggi politiche ed economiche*, Capo XI, p. 82, disponibile al link: *https://www.eleaml.org/rtfne/2022_stampa2s/1822-FILANGIERI-02-La-scienza-della-legislazione-2022.pdf*.

[3] *Ex multis*: N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione*, Bari, Editori Laterza, 2007, cap. 1: *La funzione promozionale del diritto*.

[4] FILANGIERI, *La Scienza della Legislazione – Libro II: Delle leggi politiche ed economiche*, Capo XI, p. 82, disponibile al link: *https://www.eleaml.org/rtfne/2022_stampa2s/1822-FILANGIERI-02-La-scienza-della-legislazione-2022.pdf*.

[5] Secondo il più grande studio annuale sulla percezione della democrazia da parte dei cittadini condotto in 53 Paesi, i governi non sono all'altezza delle aspettative democratiche: https://www.allianceofdemocracies.org/initiatives/the-copenhagen-democracy-summit/dpi-2023/.

[6] A. GRAZIOSI, *Occidenti e Modernità. Vedere un mondo nuovo*, Bologna, il Mulino, 2023, 211, p. 201.

[7] Fra tutti: S. ISSACHAROFF, *Democracy' Deficits*, in *Nellco Legal Scholarship Repository*, Working Papers no. 9, 2017, 32.

[8] «Ciò che c'è di nuovo nell'epoca attuale sono il tasso di variazione della potenza di calcolo e la penetrazione delle tecnologie dell'informazione in ogni ambito dell'esistenza [...] Gordon Moore giunse alla conclusione che la tendenza da lui osservata sarebbe continuata a intervalli regolari, per cui le capacità dei processori dei computer sarebbero raddoppiate ogni due anni. La "legge di Moore" si è dimostrata sbalorditivamente profetica. La rivoluzione del calcolo ha introdotto per la prima volta tantissimi individui e processi nel medesimo mezzo di comunicazione e per la prima volta ha tradotto e tracciato le loro azioni in un unico linguaggio tecnologico [...] l'attività umana risulta sempre più "datizzata" e parte di un unico sistema "quantificabile e analizzabile"» in H. KISSINGER, *World Order,* trad.it. *Ordine mondiale,* Milano, Mondadori, 2015, 405, p. 339. I dati sono in costante aumento (https://explodingtopics.com/blog/data-generated-per-day) e nei

L'*ubi consistam* della rivoluzione digitale si trova nella produzione massiva di dati da parte dei cittadini/utenti/consumatori[9]. Senza di essi l'intelligenza artificiale sarebbe priva del suo carburante[10] e non vi sarebbero le condizioni per la trasformazione delle strutture produttive e sociali che caratterizzano ogni rivoluzione industriale[11].

In questo nuovo spazio[12], definito da un autorevole studioso (poi richiamato da molti altri) «infosfera»[13], il giurista deve necessariamente affrontare le diverse opportunità e sfide che le nuove tecnologie pongono[14]; molte di queste di tipo costituzionale[15], persino dal punto di vista linguistico[16].

prossimi anni con la diffusione di tecnologie IoT (*Internet of Things*) l'incremento sarà ancora maggiore: https://www.statista.com/statistics/1183457/iot-connected-devices-worldwide/. Si veda anche: J. VAN DIJCK, *Datafication, dataism and dataveillance: Big Data between scientific paradigm and ideology*, in *Surveillance & Society*, n. 12/2014, 197–208.

[9] J.B. AUBY, *Administrative Law Facing Digital Challenges*, in *European Review of Digital Administration & Law - ERDAL*, v. 1/2020, Issue 1-2, June-December, 7-15, p. 7: «Data are becoming the essential fuel for all activities that have an impact on society, economic or otherwise. This is the phenomenon known as big data, through which the main institutions orient their development by identifying objectives more precisely, so as to make the decisions to be taken more informed [...] According to a well-known estimate, 2.5 billion bytes of data are processed every day and 90% of the world's existing data is generated in the last two years alone». G. DE MINICO, *Big Data e la debole resistenza delle categorie giuridiche. Privacy e lex mercatoria*, in *Diritto pubblico*, n. 1/2019, 89-115, a p. 92: «Una cosa è certa: i dati non rimarranno fermi perché rappresentano il punto di avvio delle analisi predittive, cioè di quelle attività previsionali dirette ad anticipare con prognosi *ex ante* le condotte che intere categorie di soggetti presumibilmente assumeranno secondo le proiezioni dell'algoritmo».

[10] «La governance dei dati è, dunque, l'ossigeno dell'automazione e la base stessa per l'applicazione dei sistemi di Intelligenza Artificiale» in D.U. GALETTA e J.G. CORVALAN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *federalismi.it*, 6 febbraio 2019, 23, p. 12.

[11] Circa l'impatto dei dati sull'industria, in particolare manufatturiera: S. TORREGIANI, *La disciplina europea dei dati: dalla protezione alla governance*, Tesi di dottorato 2022, Università degli studi di Macerata, 317, p. 9: «Oramai, ogni strumento, processo o metodo necessario alla costruzione della "fabbrica intelligente" si basa su un minimo comun denominatore: i dati. Questi *asset* rappresentano un fattore imprescindibile per la *smart manufacturing* perché costituiscono la componente che rende possibile la realizzazione di sistemi ciberfisici capaci di integrare i tradizionali sistemi fisici della manifattura con il ciberspazio: tecnologie come *Big Data, cloud computing, data analytics* e robotica riescono a plasmare e ottimizzare la produzione, con dei risultati inimmaginabili fino a poco tempo fa. In ragione di ciò, l'approccio all'utilizzo dei dati è mutato tanto profondamente quanto rapidamente in seno a qualsiasi realtà industriale».

[12] «What kind of mature information societies do we want to build? What is our human project for the digital age? Looking at our present backwards – that is, from a future perspective – this is the time in history when we shall be seen to have laid down the foundation for our mature information societies. We shall be judged by the quality of our work. So, clearly, the real challenge is no longer good digital innovation, but the good governance of the digital», in L. FLORIDI, *Soft ethics, the governance of the digital and the General Data Protection Regulation*, in *Royal Society (Philosophical Transactions A)*, 20/07/2018, 11, p. 2. Si veda anche: L. VIOLANTE, *Diritto e potere nell'era digitale. Cybersociety, cybercommunity, cyberstate, cyberspace: tredici tesi*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 1/2022, 145-153.

[13] L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, Raffaello Cortina Editore, 2017, 312. Per una sua descrizione si veda: L. PICOTTI, *Recensione a: Luciano Floridi, La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo, Raffaello Cortina Editore, Milano 2017, 304*, in *Pandora Rivista*, il 14.09.2018: https://www.pandorarivista.it/articoli/quarta-rivoluzione-infosfera-floridi/.

[14] J.B. AUBY, *Administrative Law Facing Digital Challenges*, cit., p. 7: «In a general way, the effects of digitization on public action can be summarized in a growing presence of data and algorithms, a deeper and deeper digitization of the administrative proceedings and other so-called macro effects».

[15] Si vedano, *ex multis*: N. MACCABIANI, *Tra Nudge-Regulation e Technological Management: "Orientamenti" Costituzionali*, in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 3/2023, 89-121; G. DE MINICO, *Nuova tecnica per nuove diseguaglianze. Case law: Disciplina Telecomunicazioni, Digital Services Act e Neurodiritti*, in *federalismi.it*, n. 6/2024, 21; D. MARTIRE, *Intelligenza artificiale e Stato costituzionale*, in *Diritto pubblico*, n. 2/2022, 397-444, in particolare a p. 402 sul ruolo della fiducia e a p. 440 sul ruolo innegabile dell'uomo; A. PAPA, *Intelligenza artificiale e decisioni pubbliche tra tecnica, politica e tutela dei diritti*, in *federalismi.it*, il 10.08.2022, 14, in particolare a p. 101 circa la sfida dell'inclusività presente nell'esigenza di promuovere la realizzazione di una società realmente digitale; A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 1/2019, 63-89, in particolare a p. 80 su le tecniche di *privacy by design* e *by default*, a p. 84 sul GIGO (*garbage in, garbage out*) e a p. 87 sul principio di precauzione; A. SIMONCINI e S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma nell'intelligenza artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale*, in *Rivista di filosofia del diritto*, n. 1/2019, 87-106, in particolare a p. 98 e ss. sui principi di conoscibilità, non-esclusività e non-discriminazione, a p. 103 sul diritto costituzionale ibrido; A. SIMONCINI, *Sistema delle fonti e nuove tecnologie. Le ragioni di una ricerca di diritto costituzionale, tra forma di stato e forma di governo*, in *Osservatorio sulle Fonti*, n. 2/2021, 723-731, in particolare a p. 730 sulle strategie regolatorie per le nuove tecnologie e a p. 732 sulla regolazione tramite *Authority*.

[16] «Il linguaggio algoritmico, al contrario dei linguaggi "naturali", non è discriminatorio, o, meglio, non può contenere discriminazioni intrinseche […] Praticamente assente nel dibattito nazionale è invece un tema che a chi scrive appare, al contrario, assai importante: se sia lecito e in che misura per l'uomo inserire nel contenuto dei linguaggi di programmazione contro-bias (discriminazioni digitali positive) per la tutela di uno o più beni costituzionalmente rilevanti laddove essi potrebbero "falsare" l'esito della elaborazione. Detto in altri termini, se una delle ragion d'essere dell'adozione dell'intelligenza artificiale o algoritmica è la maggiore efficienza nelle scelte adottate, occorre allora stabilire quale sia il livello accettabile di un intervento umano che riduca tale efficienza al fine di contrastare

Un primo passo può essere ribaltare il punto di vista che si ha circa il concetto di 'norma', tentando di sostituire l'idea di "norma = limite limitante" con quello di "norma = limite abilitante". Possiamo ricavarci un sentiero facendo nostra la concezione arendtiana – elaborata partendo da Montesquieu[17] e legata a Filangieri – di 'limite': «Nella prospettiva arendtiana, qualsiasi cosa (dunque, anche le istituzioni) prende forma attraverso i limiti, donde la forza insita nell'idea stessa del limite, forza non solo 'limitante', ma generatrice di possibilità (dunque 'abilitante')»[18]. L'esempio principale di tale approccio – come aveva intuito il Filangieri[19] e dopo circa due secoli palese a tutti – è negli Stati Uniti d'America, sin dalla loro Costituzione del 1787: «"Il vero obiettivo della Rivoluzione americana", scrive Arendt riferendosi alla struttura federale perseguita dai padri costituenti, "era evidentemente non quello di limitare il potere, ma quello di creare più potere"»[20].

In ambito pubblico ed in particolare nel nuovo contesto tecnologico[21], con "potenzialità abilitante" si potrebbe intendere l'aumento della capacità dei poteri statali di esercitarsi, di essere effettivi, di essere funzionali agli obiettivi per cui esistono: la costruzione dell'architettura sociopolitica migliore per lo sviluppo libero delle singole personalità; o meglio, utilizzando le parole del Filangieri:

> «all'agricoltura, alle arti, al commercio, all'acquisto, alla conservazione, alla ripartizione delle ricchezze dovranno dunque oggi dirigersi le prime cure del legislatore, una volta impiegate interamente a formare un animo coraggioso in un corpo robusto ed agile. Questa è la grande influenza, che il genio e lo spirito dominante del secolo deve avere sul sistema della legislazione, e questo è il gran principio legislativo, che io deduco dall'esame del rapporto delle leggi col genio e l'indole de' popoli»[22].

2. *LE PRINCIPALI TENSIONI TRA GIUSTIZIA, POTERE E MODERNIZZAZIONE*

Nel tempo muta «il modo in cui si genera, legittima e controlla il potere»[23]; con la datizzazione della società[24] qualsiasi tentativo di esercitare

---

discriminazioni esistenti» in G. CAVAGGION e M. OROFINO, *Lingua e Costituzione: l'irrompere dei linguaggi algoritmici*, in *Rivista AIC*, n. 4/3023, 155-184, p. 175 e ss. sulle implicazioni costituzionali legate.

[17] MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Parte II, Libro XI, disponibile al link: https://www.docenti.unina.it/webdocenti-be/allegati/materiale-didattico/34220452, p. 274: «La virtù stessa ha bisogno di limiti. Perché non si possa abusare del potere, bisogna che, per la disposizione delle cose, il potere freni il potere».

[18] T. CASADEI, *Il senso del 'limite' – Montesquieu nella riflessione di Hannah Arendt*, a cura di D. FELICE, *Montesquieu e i suoi interpreti*, Pisa, Ets, 2005, tomo II, 805-838, pp. 817-818. Si veda anche *Ivi*, p. 833.

[19] FILANGIERI, *La Scienza della Legislazione – Libro I: Delle Regole generali della Scienza Legislativa*, Capo XIII, pp. 106-108, disponibile al link: https://www.eleaml.org/rtfne/2022_stampa2s/1820-FILANGIERI-01-La-scienza-della-legislazione-2022.pdf.

[20] H. ARENDT, *On Revolution*, p. 154, cit. alla nota 71, p. 91, di D. BASSI, *Verso una politica del limite? Note sul potere e l'azione nel lessico politico di Hannah Arendt*, in *Jura Gentium*, ISSN 1826-8269, XV, 2018, 1, 76-91.

[21] S. CALZOLAIO, *Introduzione. Ubi data, ibi imperium: il diritto pubblico alla prova della localizzazione dei dati*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, n. 1/2021, 5-9, p. 6: «Il diritto pubblico è quella branca del diritto che si occupa – nel costituzionalismo occidentale – di regolare, e quindi di limitare, il potere dello Stato e di garantire la sovranità dello Stato e la tutela dei diritti delle persone (cittadini e non cittadini). Il contesto tecnologico attuale, l'avvento della rete internet, del mondo digitale, della *datification* e dell'intelligenza artificiale, introduce un collegamento strutturale, e non temporaneo, fra disponibilità dei dati da parte degli Stati e *imperium*, cioè capacità di esercizio del potere sovrano. Con espressione sintetica: *ubi data, ibi imperium*».

[22] FILANGIERI, *La Scienza della Legislazione – Libro I: Delle Regole generali della Scienza Legislativa*, Capo XIII, p. 108, disponibile al link: https://www.eleaml.org/rtfne/2022_stampa2s/1820-FILANGIERI-01-La-scienza-della-legislazione-2022.pdf.

[23] S. CASSESE, *Le strutture del potere*, Bari, Editori Laterza, e-book 2023, 134, p. 133.

[24] Per comprendere al meglio questa era non si può prescindere dal transistor «un dispositivo in miniatura composto di materiale semiconduttore in grado di regolare la corrente o il voltaggio di un circuito, generare e amplificare segnali elettrici e funzionare da interruttore» definizione ritrovabile in questo articolo giornalistico di S. IANNACCONE, *Il transistor compie 75 anni: ecco la sua storia*, in *Wired*, il 19.11.2022: https://www.wired.it/article/transistor-75-anni-storia-futuro/. Attualmente i chip più avanzati possono contenere miliardi di transistor, stampati nella versione più all'avanguardia a Taiwan da una azienda di nome TSMC (Taiwan Semiconductor Manufacturing Company: https://www.tsmc.com/english) tramite macchine a litografia ultravioletta estrema prodotte solo in Europa, da una azienda olandese con sede a Veldhoven di nome ASML (Advanced Semiconductor Materials International: https://www.asml.com/en). Un singolo transistor stampato a Taipei ha oggi una dimensione sotto i 7 nanometri (nm = 10 alla -9 metri). L'Europa conta ancora, in questa filiera delle filiere, grazie al monopolio sulla produzione delle macchine a litografia ultravioletta estrema di ASML.

"potere" passa, necessariamente, per la gestione, la circolazione e l'utilizzo dei dati. La contemporaneità ci obbliga ad affiancare l'«importanza del quadro normativo per il governo dei fenomeni economici»[25] con l'importanza della legislazione dei fenomeni tecnologici: «le forze dell'innovazione e della prosperità»[26] sono sempre più interconnesse. Due temi in particolare sono da attenzionare: l'utilizzo dei dati da parte delle Istituzioni e la disciplina del procedimento decisionale algoritmico.

Circa il primo, analizzando principi e *governance* dell'attuale *data law* eurounitaria possiamo affermare che dinanzi agli interessi pubblici – ovviamente, sempre nel rispetto di dovute garanzie sostanziali e procedimentali, tipiche della *rule of law* e sancite per prima dalla sentenza *Volker und Markus*[27] – i diritti dei singoli alla tutela dei dati personali, anche di categoria particolare, sono considerati "secondari" nei vari bilanciamenti di valore[28].

Se il GDPR[29] risulta essere uno strumento che offre una elevata tutela dei diritti dell'interessato quando i suoi dati personali sono oggetto di finalità economiche, sempre il GDPR apre a numerose eccezioni, adeguatamente oggetto di garanzie, per l'utilizzo dei dati personali da parte delle Istituzioni. La regolamentazione prevista dal *Data Act*[30] dell'utilizzo dei dati detenuti dai privati da parte delle Autorità pubbliche per l'assolvimento di compiti specifici, nonché anche di dati personali e senza particolari giustificazione nei casi di «emergenza» *ex* art. 15 *Data Act*, si inserisce nel solco delle eccezioni previste dal GDPR. Anche l'*Artificial Intelligence Act*[31] – e.g. *ex* art. 59 *AI Act*[32] – apre alla possibilità di utilizzo di dati personali ed intelligenza artificiale per il perseguimento dei più svariati fini pubblici nell'esercizio dei poteri statali.

Con riguardo alla disciplina del procedimento decisionale algoritmico, va posta molta attenzione all'evoluzione del concetto di *accountability*. Si badi, l'utilizzo di "dati" in parte già avviene da tempo[33]; ciò che sta cambiando – oltre alla capillarità e

Fra tutti, si veda: A. ARESU, *Geopolitica dell'intelligenza artificiale*, Milano, Feltrinelli Editore, 2024, 563, p. 84: «TSMC, il sistema operativo dell'incessante razionalizzazione del mondo» ed anche A. ARESU, *Il dominio del XXI secolo. Cina, Stati Uniti e la guerra invisibile sulla tecnologia*, Milano, Feltrinelli Editore, 2022, 254.

[25] F. PIROLO, *Gaetano Filangieri tra progetti di riforma e realtà del potere nel Regno di Napoli nel XVIII secolo*, «Collana *del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Federico II*», a cura di A. ARENA, *Cittadino di tutti i luoghi, contemporaneo di tutte l'età: l'universalità del pensiero di Gaetano Filangieri*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2024, 348, p. 32: «L'originalità dell'analisi economica di Filangieri risiede nella sua capacità di integrare prospettive giuridiche ed economiche».

[26] *Ivi*, p. 29.

[27] CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA – DIREZIONE DELLA RICERCA E DOCUMENTAZIONE, *Scheda tematica – Protezione dei dati personali*, in curia.europa.eu, il 1.01.2021, 68, disponibile al link: https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2018-10/fiche_thematique_-_donnees_personnelles_-_it.pdf, a p. 5 riferendosi al punto 65 della Sentenza del 9 novembre 2010 (Grande Sezione), Volker und Markus Schecke e Eifert (C-92/09 e C-93/09, EU:C:2010:662, disponibile al link: https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=79001&pageIndex=0&doclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=7980501): «Per essere giustificata, una simile lesione dev'essere prevista dalla legge, deve rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e, in applicazione del principio di proporzionalità, dev'essere necessaria e rispondere effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione, considerato il fatto che le deroghe e le limitazioni a tali diritti devono operare entro i limiti dello stretto necessario».

[28] Si consenta di rimandare ad altra sede per un approfondimento sul tema: G. ORLACCHIO, *European Digital Strategy: il favor per l'attore pubblico*, in *IPE Working Paper*, n. 24 del 2024, 43, disponibile al link: https://www.ipebs.it/wp-content/uploads/2024/08/European-Digital-Strategy_IWP_24.pdf.

[29] *Ivi*, p. 14 e ss. Il Regolamento (UE) 2016/679, disponibile al link: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679.

[30] *Ivi*, p. 20 e ss. Il Regolamento (UE) 2023/2854, disponibile al link: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202302854.

[31] *Ivi*, p. 27 e ss. Il Regolamento (UE) 2024/1689, disponibile al link: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202401689.

[32] Disciplinante gli spazi di sperimentazione normativa per lo sviluppo di determinati sistemi di IA nell'interesse pubblico. Definizione *ex* art. 3 punto 55 *AI Act* di "spazio di sperimentazione normativa per l'IA": «un quadro controllato istituito da un'autorità competente che offre ai fornitori o potenziali fornitori di sistemi di IA la possibilità di sviluppare, addestrare, convalidare e provare, se del caso in condizioni reali, un sistema di IA innovativo, conformemente a un piano dello spazio di sperimentazione per un periodo di tempo limitato sotto supervisione regolamentare».
Ex multis: T. BUOCZ, S. PFOTENHAUER & I. EISENBERGER, *Regulatory sandboxes in the AI Act: reconciling innovation and safety?*, in *Law, Innovation and Technology*, 18.08.2023, 34; G. LO SAPIO, *Il regolatore alle prese con le tecnologie emergenti. La regulatory sandbox tra principi dell'attività amministrativa e rischio di illusione normativa*, in *federalismi.it*, n. 30/2022, 88-112.

[33] J.B. AUBY, *Administrative Law Facing Digital Challenges*, cit., p. 7: «Establishing its own action on large amounts of data is nothing new for administrations. States, like local institutions, have for years accumulated information of different kinds: fiscal, social. And administrations have long known how to use this data to make decisions. What are the novelties of the contemporary era?».

"capacità rappresentativa" dei dati – è proprio il metodo decisionale e le conseguenti responsabilità.

Il legislatore eurounitario sembra aver fatto un importante passo con l'art. 86 *AI Act*, quest'ultimo prevede «spiegazioni chiare e significative sul ruolo del sistema di IA nella procedura decisionale e sui principali elementi della decisione adottata». Salve alcune eccezioni, tale norma vieta l'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale ad alto rischio quando caratterizzati da una incertezza automatizzata di tipo *Blackbox*[34].

Sebbene siano da attendere i numerosi e complicati *standard* in attuazione del Regolamento, esaltando la *ratio* dell'art. 86 *AI Act* possiamo riconoscere l'obiettivo – aggiornato alle sfide contemporanee – che agognavano anche i fautori della motivazione della sentenza[35]: impedire la nascita di una nuova «oscurità autoritativa»[36] tramite un fondamentale diritto alla *rationabilitas* del procedimento decisionale algoritmico[37].

In ogni caso, l'impostazione del legislatore eurounitario esprime un certo *favor* per l'utilizzo dei dati e degli *AI System* da parte dell'attore pubblico[38]; sarà doveroso sorvegliare che tale utilizzo venga messo a servizio degli obiettivi di miglioramento della democrazia[39], così da renderla sempre più capace di rispondere ai bisogni dei cittadini[40].

3. ALCUNE NECESSARIE DIRETTRICI E I PRIMI "LIMITI" PRECISI

Governare l'innovazione significa sfruttarne le possibilità controllandone i rischi[41]. Per occuparsi del rapporto tra tecnica, diritto e politica bisogna dotarsi di realistici ottimismo e fiducia nel progresso[42].

Il tema non è nuovo nel dibattito occidentale[43], ma l'attuale contesto ha molti caratteri dirompenti. La quarta rivoluzione industriale sta cambiando le nostre società, le nostre Istituzioni e potenzialmente l'uomo in sé considerato[44]; inoltre, a ciò si aggiunge

[34] Fra tutti: F. PASQUALE, *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Cambridge-London, Harvard University Press, 2015, 311.

[35] FILANGIERI, *Riflessioni politiche su l'ultima legge del sovrano*, disponibile al link: https://www.eleaml.org/rtfne/2022_stampa2s/1774-FILANGIERI-Riflessioni-politiche-su-legge-sovrano-2022.pdf; si veda anche R. SABATO, *La motivazione delle sentenze tra la prammatica napoletana del 1774, il pensiero di Gaetano Filangieri e i principi europei in tema di stato di diritto*, collana cit., a cura di A. ARENA, 175-181.

[36] G. DE MINICO, *Giustizia e intelligenza artificiale: un equilibrio mutevole*, in *Rivista AIC*, n. 2/2024, 85-108, p. 90.

[37] Fra tutti: G. DE MINICO, *Giustizia e intelligenza artificiale: un equilibrio mutevole*, cit.; A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, cit.

[38] Incentivato anche da varie *Authority* italiane ed europee, si veda: RAGIONERIA GENERALE DELLO STATO, *Valutazione delle politiche pubbliche e revisione della spesa. Il percorso di studio e approfondimento della RGS*, dicembre 2023, consultabile al link: https://www.rgs.mef.gov.it/VERSIONE-I/pubblicazioni/analisi_e_valutazione_della_spesa/Valutazione_delle_politiche_pubbliche_e_revisione_della_spesa/index.html ; CORTE DEI CONTI EUROPEA, *Analisi 02/2020 – Il processo legislativo dell'Unione europea dopo quasi 20 anni di quadro per legiferare meglio*, disponibile al link: https://www.eca.europa.eu/it/publications/RW20_02. Si veda anche la Comunicazione COM/2021/219 della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni «*Legiferare meglio: unire le forze per produrre leggi migliori*»: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=CELEX%3A52021DC0.
Si consenta di rimandare nuovamente a: G. ORLACCHIO, *European Digital Strategy: il favor per l'attore pubblico*, cit.

[39] E non solo di sua difesa, funzione che l'Unione tenta di assolvere tramite e.g. l'art. 7 del Tratto Sull'Unione Europea, la relazione annuale sullo Stato di diritto e le procedure d'infrazione.

[40] Punto in diritto n. 5.3, sentenza Consiglio di Stato, Sezione VI, n. 881 del 2020: «non può essere messo in discussione che un più elevato livello di digitalizzazione dell'amministrazione pubblica sia fondamentale per migliorare la qualità dei servizi resi ai cittadini e agli utenti». Obiettivo cruciale in quest'epoca di cambiamenti geopolitici, tecnologici e di pressioni populiste. Chiarissimo sul punto, il 30 giugno 2022, in una conferenza stampa da Presidente del Consiglio dei Ministri, il prof. Mario Draghi: «Il populismo si sconfigge con un'azione di governo che risponda ai bisogni dei cittadini». Conferenza disponibile al link: https://www.ilfoglio.it/politica/2022/06/30/video/draghi-al-foglio-il-populismo-si-sconfigge-con-l-azione-digoverno--4175635/.

[41] S. RODOTA, *Tecnologie e diritti*, Bologna, il Mulino, seconda edizione 2021, a cura degli allievi G. ALPA, M.R. MARELLA, G. MARINI, G. RESTA, al punto 2 della Prefazione: «l'uso della tecnologia deve essere reso conforme al diritto, nel duplice senso che il suo potenziale contributo all'attuazione dei valori costituzionali non vada disperso, e che il suo sviluppo non sia disgiunto dal rispetto di un quadro adeguato di regole e garanzie preordinate alla tutela dei diritti di individui e gruppi».

[42] Caratterizzanti anche lo "spirito filangieriano": F. PIROLO, *op. cit.*, p. 26; ma anche F. MARIANI, *Il cosmopolitismo e l'idea di una pace possibile: Kant e Filangieri sul problema degli eserciti permanenti*, collana cit., a cura di A. ARENA, p. 96.

[43] E sempre inserito in una più grande riflessione sul futuro e la sua incertezza. Per un invito – non velato – a non consultare "troppo" i moderni «oracoli», si veda: S. CASSESE, *Il diritto nello specchio di Sofocle*, in *il Corriere della Sera*, il 18 maggio 2018, Recensione a M. CARTABIA e L. VIOLANTE, *Giustizia e Mito*, Bologna, il Mulino, 2018, 174.

[44] Fra tutti: Y.N. HARARI, *Homo Deus: A Brief History of Tomorrow*, Londra, Harvill Secker, 2016, tr. it. *Homo Deus. Breve storia del futuro*, Milano, Bompiani, 2017.

il mutato contesto geopolitico globale con un'Europa non ancora pronta[45].

Il solo pensare soluzioni ai grandi temi della nostra epoca ha una elevata dose di complessità. A nostro avviso, nel campo del diritto possiamo però iniziare a delineare alcune necessarie direttrici: principi, scala e prossimi *step*.

Circa i primi, essi sono un'insostituibile guida su cui dobbiamo fondare le scelte da compiere. La declinazione europea del c.d. *human-centered approach* si sta concretizzando in modelli regolativi *risk-based*[46] aventi l'ambizione di tutelare contemporaneamente la persona e il mercato. I principi formanti tale approccio sono: precauzione[47], prevenzione[48], proporzionalità[49], trasparenza[50], sussidiarietà[51]; ai quali si connettono necessariamente per gli attori pubblici i criteri di economicità, di efficacia e di imparzialità dell'attività amministrativa[52].

Il loro studio deve sempre meglio dettagliarsi, in particolare nella loro capacità di conformare regolamentazione e implementazione delle decisioni politiche. Inoltre, bisognerà stare al passo dell'evolversi dei suddetti stessi principi, messi in discussione anch'essi dall'innovazione tecnologica.

La seconda direttrice indicata è giuridicamente un precipitato del principio di sussidiarietà verticale: la "scala" o "dimensione" delle sfide che ci troviamo dinanzi esige – dalla nostra prospettiva

[45] M. DRAGHI, *Intervento alla High-Level Conference on the European Pillar of Social Rights, a La Hulpe (Belgio), il 16 aprile 2024, pubblicato in italiano in Rivista Eurojus, n. 2/2024, 274- 279: https://rivista.eurojus.it/wp-content/uploads/pdf/Intervento-di-Mario-Draghi-alla-High-1-2.pdf*, pp. 275- 276 e 278-279: «Finora la nostra risposta è stata limitata perché il modo in cui siamo organizzati, i nostri processi decisionali e i nostri meccanismi di finanziamento sono progettati per il mondo di ieri: pre-Covid, pre-Ucraina, pre-conflagrazione in Medio Oriente, pre-ritorno delle ostilità tra grandi potenze. Ma ciò di cui abbiamo bisogno è un'Unione europea che sia adeguata al mondo di oggi e di domani. Ecco perché quel che proporrò nella relazione che la Presidente della Commissione mi ha chiesto di preparare è un cambiamento radicale: perché è di questo che c'è bisogno. [...] Dobbiamo essere consapevoli che oggi la nostra stessa coesione politica è minacciata dai cambiamenti in atto nel resto del mondo. Ripristinare la nostra competitività non è un obiettivo che possiamo raggiungere da soli, o battendoci a vicenda. Ci impone di agire come Unione europea, come mai prima d'ora. I nostri concorrenti sono in vantaggio perché possono agire ciascuno come un paese unico con un'unica strategia, allineando dietro quest'ultima tutti gli strumenti e le politiche necessarie. Se vogliamo raggiungerli, avremo bisogno di un nuovo partenariato tra gli Stati membri, una ridefinizione della nostra Unione non meno ambiziosa di quella operata dai Padri Fondatori 70 anni fa con la creazione della Comunità europea del carbone e dell'acciaio».

[46] *Ex multis*: C. NOVELLI, F. CASOLARI, A. ROTOLO, M. TADDEO, L. FLORIDI, *AI Risk Assessment: A Scenario-Based, Proportional Methodology for the AI Act*, in *Digital Society*, v. 3, n. 13/2024.

[47] *Ex multis*: A. NAPOLITANO, *Riflessioni sul ruolo del principio di precauzione nel processo decisionale delle pubbliche amministrazioni*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, n. 1/2019, 203- 225; P. ZUDDAS, *Pregiudizi digitali e principio di precauzione*, in *Consulta online*, n. 2/2020, 408-425.

[48] P. ZUDDAS, *Pregiudizi digitali e principio di precauzione*, cit., p. 423 e ss., in particolare: «Il principio di precauzione – come più volte rilevato nelle pagine precedenti – presenta una sostanziale affinità col principio di prevenzione, derivante dalla comune attitudine ad operare come strumenti di gestione del rischio. Tuttavia, la natura del rischio considerato marca la distanza tra i due principi: il principio di precauzione si applica in presenza di rischi ignoti, che assumono il carattere di minaccia, in quanto non è possibile determinare né l'entità né il momento in cui l'evento dannoso potrebbe verificarsi. Esso rappresenta di conseguenza una risposta agli inconvenienti derivanti dalla incertezza scientifica. Il principio di prevenzione, invece, si applica in presenza di rischi noti, che assumono il carattere di pericolo, riferibili ad eventi dannosi attestati da evidenze scientifiche».

[49] *Ex multis*: C. NOVELLI, F. CASOLARI, A. ROTOLO, M. TADDEO, L. FLORIDI, *AI Risk Assessment: A Scenario-Based, Proportional Methodology for the AI Act*, cit.; T. CHRISTAKIS and A. LODIE, *The Conseil d'Etat Finds the Use of Facial Recognition by Law Enforcement Agencies to Support Criminal Investigations "Strictly Necessary" and Proportional*, in *European Review of Digital Administration & Law – ERDAL*, Volume 3, Issue 1, 2022, 159-165; G. MOBILIO, *La Corte EDU condanna il ricorso alle tecnologie di riconoscimento facciale per reprimere il dissenso politico – Osservazioni a partire dal caso Glukhin c. Russia*, in *DPCE online*, n. 1/2024, 695-705.

[50] Fra tutti: F. PATRONI GRIFFI, *La trasparenza della pubblica amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza*, in *federalismi.it*, 17.04.2013, 12.

[51] *Ex multis*: G. SALTELLI, *Solidarietà, sussidiarietà e diritti fondamentali del cittadino europeo nel processo di integrazione politica* dell'Europa, in *Rivista* AIC, n. 3/2021. 339-357; L. ANTONINI, *Sussidiarietà, Libertà e Democrazia*, in *federalismi.it*, editoriale 7/2003, 3. «Il concetto di sussidiarietà in genere indica che l'esercizio di un potere spetta prioritariamente a un soggetto di livello inferiore, e può passare al livello superiore solo se "il risultato di tale sostituzione è migliore (o si prevede migliore) di quello che si avrebbe o si è avuto senza tale sostituzione"» in M.F. DE TULLIO, *Uguaglianza sostanziale e nuove dimensioni della partecipazione politica*, Tesi di dottorato a.a. 2017/2018 UNINA Federico II, 395, p. 121.

[52] Per facilità di lettura, *ex* art. 1 L. 241/1990: «Art. 1 (Principi generali dell'attività amministrativa) 1. L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario. 1-bis. La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente. 1-ter. I soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei criteri e dei principi di cui al comma 1, con un livello di garanzia non inferiore a quello cui sono tenute le pubbliche amministrazioni in forza delle disposizioni di cui alla presente legge. 2. La pubblica amministrazione non può aggravare il procedimento se non per straordinarie e motivate esigenze imposte dallo svolgimento dell'istruttoria. 2-bis. I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede».

continentale – almeno una risposta – legislativa, esecutiva, fiscale, industriale – congiunta dei 27 Paesi membri. Da soli, anche gli Stati più forti non reggeranno la competizione con USA e giganti asiatici, a meno che l'obbiettivo politico e poi giuridico sia una *slow agony*[53].

Ma è bene ora focalizzarci sull'ultima direttrice: i prossimi *step*.

Il primo indiscutibile sforzo riguarderà l'attuazione della fitta strategia digitale eurounitaria; a partire dall'implementazione della nuova disciplina di *governance*, *sharing*, *compete* e *use*[54] dei dati – composta principalmente da *Data Act*, *Data Governance Act*, *Digital Markets Act* e *Digital Services Act* – così da consentire l'utilizzabilità diffusa dei dati – in particolare quelli industriali su cui siamo particolarmente in ritardo[55] – sia dalle imprese che dalle Istituzioni.

Maggiore concretezza richiederà poi la complessa attuazione dell'*AI Act*: definizione dei tanti attesi *standard*[56], istituzionalizzazione di una *governance* efficace[57] – incardinata nella Commissione tramite l'*Artificial Intelligence Office*[58] e sviluppata mediante una attenta coordinazione con le Autorità dei singoli Stati membri –, rafforzamento dei controlli *ex post* e armonizzazione della normativa con atti nazionali.

Poi, sebbene consapevoli che *natura non facit saltum*, bisognerà occuparsi di un ulteriore passo: disciplinare l'evolversi tecnologico dei poteri statali. È proprio questo il vero grande assente delle varie strategie digitali statali ed europee; occuparsi solo del mercato e tralasciare l'adattabilità e lo sviluppo dei poteri statali con le nuove tecnologie esprime una democrazia prudente che "gioca in difesa".

Tale approccio ha condotto il Legislatore eurounitario, tramite il Capo II dell'*AI Act*[59] sulle pratiche di intelligenza artificiale vietate ex art. 5 par. 13[60], a delineare dei primi "limiti" precisi. Seguendo il *risk-based approach* che organizza l'intero Regolamento[61], le *ratio* di tutte le pratiche vietate si

[53] Così il prof. Mario Draghi, il 9/09/2024 durante la presentazione del suo Report: *The future of European competitiveness* (disponibile al link: *https://commission.europa.eu/topics/strengthening-european-competitiveness/eu-competitiveness-looking-ahead_en#paragraph_47059*), in risposta alla domanda di un giornalista sullo scenario probabile qualora le proposte contenute nel Report non vengano attuate (qui l'intervista: *https://www.youtube.com/watch?v=rmIPVwO0P_k*).

[54] «These three areas of focus (share, compete, use) have been fully embraced by the co-legislators. The interinstitutional negotiations on the Data Governance Act (data sharing) were finalised on 30 November 2021, only a year after the Commission made its proposal. For the Digital Markets Act (compete), both co-legislators are finalising their position. They indicated the need to go further on usage issues in the context of the Data Act proposal» a p. 1 di: COMMISSIONE EUROPEA, *Commission Staff Working Document Impact Assessment Report Accompanying the document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on harmonised rules on fair access to and use of data (Data Act) – SWD(2022) 34 final*, del 23.02.2022: https://ec.europa.eu/newsroom/dae/redirection/document/83524.

[55] L'Unione, consapevole dei ritardi industriali nel mercato delle tecnologie più di frontiera, ha deciso di giocare in attacco nella competizione globale utilizzando i suoi *asset* principali: mercato interno e avanguardia normativa. L'intera strategia digitale europea sembra scommettere sulla: «ability to promulgate regulations that shape the global business environment, leading to a notable "Europeanization" of many important aspects of global commerce. Different from many other forms of global influence, the EU does not need to impose its standards coercively on anyone—market forces alone are often sufficient to convert the EU standard into the global standard as companies voluntarily extend the EU rule to govern their worldwide operations. Under specific conditions, the Brussels Effect leads to "unilateral regulatory globalization," where regulations originating from a single jurisdiction penetrate many aspects of economic life across the global marketplace» in A. BRADFORD, *The Brussels Effect – How the European Union Rules the World*, New York, Oxford University Press, 2020, 404, p. XIV.

[56] *Ex multis:* J. LAUX, S. WACHTER and B. MITTELSTADT, *Three Pathways for Standardisation and Ethical Disclosure by Default under the European Union Artificial Intelligence Act*, in *Computer Law & Security Review*, n. 53/2024.

[57] Fra tutti: C. NOVELLI, P. HACKER, J. MORLEY, J. TRONDAL, L. FLORIDI, *A Robust Governance for the AI Act: AI Office, AI Board, Scientific Panel, and National Authorities*, in *Cambridge University Press*, il 19 Settembre 2024, 25.

[58] Per informazioni sempre aggiornate sull'AI Office si consulti questo sito ufficiale: https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/ai-office.

[59] L'importanza di tali pratiche vietate la si desume anche dalla applicazione anticipata rispetto agli altri Capi ex art. 113 lett. a *AI Act*: «I capi I e II si applicano a decorrere dal ... [sei mesi dalla data di entrata in vigore del presente regolamento]».

[60] Per velocità di consultazione: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202401689.
Sull'argomento si vedano, ex multis: R.J. NEUWIRTH, *Prohibited artificial intelligence practices in the proposed EU artificial intelligence act (AIA)*, in *Computer Law & Security Review*, Volume 48, April 2023, 14; M. VEALE and F. BORGESIUS ZUIDERVEEN, *Demystifying the Draft EU Artificial Intelligence Act!*, in *Computer Law Review International*, n. 4/2021, 97-112, p. 98 e ss.; D. MARTIRE, *Intelligenza artificiale e Stato costituzionale*, cit., p. 426.

[61] Non privo di problemi: C. NOVELLI, F. CASOLARI, A. ROTOLO, M. TADDEO, L. FLORIDI, *AI Risk Assessment: A Scenario-Based, Proportional Methodology for the AI Act*, cit., p. 2: «the AIA, in its capacity as a broad risk-based regulation, lacks a detailed risk assessment methodology for identifying risks, relying on a static view of AI risk. The four risk categories of AIs are mainly based on their technological features and the broad application areas. In short, AI is mostly seen as a product, akin to the EU product safety legislation. In doing so, the AIA does not consider the interaction among hazard sources, vulnerability profiles, and exposed values, but treats them as stand-alone technical standards. This is coupled by the lack of a proportionality judgement between the risk mitigation measures and the principles and rights involved. As a result, the impact that AIs may have on European fundamental values and interests seems predetermined. The AIA may misestimate the magnitude of AI risks—i.e., the likelihood of detriment and severity of consequences on values like health, safety, privacy, and

incentrano sui danni da evitare. Nello specifico, l'art. 5 par. 1 *AI Act* alle lett. a-b-c[62] – dato il divieto maggiormente esteso – imposta una generale presunzione assoluta[63] di danno, mentre alle lettere d-e-f-g[64] imposta una presunzione assoluta solo circa la specifica finalità. La lett. h vieta invece l'uso di sistemi di identificazione biometrica remota "in tempo reale"[65] in spazi accessibili al pubblico a fini di attività di contrasto, indicando poi eccezioni che ne permettono l'utilizzo previo rispetto delle procedure autorizzative ex art. 5 par. 3 *AI Act*; quindi, a differenza di tutte le altre pratiche vietate, in questo caso vi è una procedura di valutazione della probabilità di danno antecedente all'uso.

Inizialmente il focus era stato posto sulle tecniche subliminali e manipolative (lett. a)[66], sullo sfruttamento delle vulnerabilità personali (lett. b)[67], sul *social scoring system* (lett. c)[68] e sull'utilizzo di sistemi di identificazione biometrica remota "in tempo reale" in spazi pubblici (lett. h)[69]. Le lett. d-e-f-g sono state aggiunte solo nella versione post triloghi dell'*AI Act*; *ictu oculi* possiamo affermare che queste pratiche vietate siano una declinazione particolare di quel che poteva essere compreso all'interno del divieto di *social scoring system*: sono tutte pratiche accomunate dalla possibile lesione discriminatoria in virtù di caratteri personali del soggetto coinvolto.

Rimandando l'analisi dettagliata delle singole pratiche vietate ad altra sede, è bene – considerando le linee guida di questo lavoro – approfondire la normativa più corposa – e di particolare interesse sistematico – riguardante la pratica vietata di cui alla lett. h. Alle Autorità pubbliche sia democratiche che autoritarie

> «non sfuggono le enormi potenzialità offerte da queste tecnologie, tanto in termini investigativi e di repressione dei reati o di ricerca di persone scomparse, quanto di controllo della popolazione e di repressione del dissenso. Il prezzo di queste utilità, tuttavia, è la limitazione penetrante di molteplici libertà e diritti fondamentali, come la privacy e la tutela dei dati personali, o la libertà di espressione e di riunione delle persone sottoposte a sorveglianza […] da qui l'esigenza di

others—and make the overall legal framework ineffective, that is, with rules that are either too stringent or too soft for the actual applications of specific AIs. The root of this problem is that the AIA has not yet progressed to the standardization phase, which is crucial for developing detailed guidelines». Si veda sempre ivi, p. 8 e ss. circa «strengths and weaknesses» del *risk-based approach*.

[62] Precisamente, alla lett. 'a': *in un modo che provochi o possa provocare a tale persona, a un'altra persona o a un gruppo di persone un danno significativo*; 'b': *in un modo che provochi o possa ragionevolmente provocare a tale persona o a un'altra persona un danno significativo*; 'c': *un trattamento pregiudizievole o sfavorevole di determinate persone fisiche o di gruppi di persone*.

[63] Ex multis: P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, IX edizione, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, p. 874: «La presunzione è legale, quando è la legge ad attribuire a un fatto valore di prova in relazione ad un altro fatto che, quindi, è presunto (ad es., 1147). Le presunzioni legali non sono in senso stretto un mezzo di prova ma influiscono sulla regola dell'onere della prova (2728) facilitando la tutela di talune situazioni giuridiche; sono assolute (iuris et de iure) se non ammettono prova contraria (ad es., 232); e relative (iuris tantum) se ammettono la prova contraria (ad es., 684 e 1142)»; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Torino, G. Giappichelli editore, dodicesima edizione 2019, 654, p. 139: «Quando il legislatore detta queste presunzioni non fa altro che procedere ad una valutazione di probabilità, utilizzando le massime di esperienza».

[64] Precisamente, alla lett. 'd': *al fine di valutare o prevedere la probabilità che una persona fisica commetta un reato, unicamente sulla base della profilazione di una persona fisica o della valutazione dei tratti e delle caratteristiche della personalità*; 'e': *creano o ampliano le banche dati di riconoscimento facciale mediante scraping non mirato di immagini facciali da internet o da filmati di telecamere a circuito chiuso*; 'f': *inferire le emozioni di una persona fisica nell'ambito del luogo di lavoro e degli istituti di istruzione*; 'g': *trarre deduzioni o inferenze in merito a razza, opinioni politiche, appartenenza sindacale, convinzioni religiose o filosofiche, vita sessuale o orientamento sessuale*.

[65] Anche se «non è possibile negare in assoluto che l'uso di TRF "a posteriori" sia meno invasivo di quello "in tempo reale". Come è stato autorevolmente sottolineato, l'impatto sui diritti non dipende necessariamente dalla distanza di tempo con la quale avviene il trattamento dei dati biometrici, visto che un sistema di identificazione di massa è in grado di identificare migliaia di persone in poche ore […] Quanto all'uso delle TRF "a posteriori", il nuovo regolamento qualifica tale ipotesi nella categoria degli usi "ad alto rischio" dell'IA» in G. MOBILIO, *La Corte EDU condanna il ricorso alle tecnologie di riconoscimento facciale per reprimere il dissenso politico – Osservazioni a partire dal caso Glukhin c. Russia*, cit., pp. 701 e 704.

[66] R.J. NEUWIRTH, Prohibited artificial intelligence practices in the proposed EU artificial intelligence act (AIA), cit., p. 3 e ss.

[67] Ivi, p. 6 e ss.

[68] Ivi, p. 8 e ss.; M. VEALE and F. BORGESIUS ZUIDERVEEN, Demystifying the Draft EU Artificial Intelligence Act!, cit., p. 100 e ss.

[69] La Francia ha iniziato ad usare sistemi di identificazione biometrica in "tempo reale" già nel 2012, si veda questo articolo che analizza una sentenza del Conseil d'Etat di aprile 2022: T. CHRISTAKIS and A. LODIE, *The Conseil d'Etat Finds the Use of Facial Recognition by Law Enforcement Agencies to Support Criminal Investigations "Strictly Necessary" and Proportional*, cit., p. 165: «The view of the Conseil d'Etat, together with that of the Italian DPA, tends to suggest that States consider that deploying facial recognition for ex-post individual identification purposes is necessary and proportionate to the aim pursued, which is to repress crime. The EDPB and the draft AI Act also align in terms of allowing such deployments if there is an appropriate national legal framework providing proper safeguards». Si veda anche: A. LODIE, S. CELIS JUAREZ, *AI-Assisted Security at the Paris 2024 Olympic Games: From Facial Recognition to Smart Video*, in *AI-Regulation.com*, January 27th, 2023.

una attenta regolazione di questi mezzi tecnologici per condizionarne l'impiego al rispetto di principi costituzionali e valori democratici»[70].

Evidente è quindi la necessità di stabilire un chiaro quadro regolatorio[71] per permetterne l'utilizzo nel rispetto dei principi propri dello Stato di diritto[72]: l'art. 5 *AI Act* è stato disegnato per rispondere a tale esigenza. Per il perseguimento di finalità specifiche e secondo determinate modalità[73], le eccezioni al divieto di utilizzare sistemi di identificazione biometrica remota "in tempo reale" in spazi pubblici per finalità di contrasto[74] sono tutte inserite all'interno di un *iter* procedimentale che pretende il rispetto dei principi di stretta necessità e proporzionalità[75]. Si veda il seguente schema per comprendere la disciplina complessiva contenuta nell'art. 5 *AI Act* par. 1 lett. h e nei parr. 2-3-4-5:

Eccezioni al Divieto di Utilizzare Sistemi di Identificazione Biometrica Remota "in Tempo Reale" in Spazi Pubblici a Fini di Attività di Contrasto Art. 5 *AI Act*
Obiettivi di cui al par. 1 lett. h per i quali l'utilizzo è consentito
- Ricerca mirata di specifiche vittime di sottrazione, tratta di esseri umani o sfruttamento sessuale di esseri umani
- Prevenzione di una minaccia specifica, sostanziale e imminente per la vita o l'incolumità fisica delle persone fisiche o di una minaccia reale, attuale e prevedibile di un attacco terroristico
- Localizzazione o identificazione di una persona sospettata di aver commesso un reato di cui all'Allegato II AI Act
Sotto-obiettivo di cui al par. 2 consentito nella cornice degli obbiettivi
- Confermare l'identità della persona specificamente interessata
Requisiti di cui ai parr. 2 e 3
- Necessità e proporzionalità conformemente al diritto nazionale
- Valutazione d'impatto sui diritti fondamentali ex art. 27 AI Act
- Registrazione del sistema nella banca dati UE ex art. 49 AI Act
Requisito meno vincolante in situazione di urgenza debitamente giustificata
- Registrazione del sistema nella banca dati UE posticipata ma da completare senza indebito ritardo
Autorizzazione ex par. 3
- Preventiva e rilasciata da un'autorità giudiziaria o da un'autorità amministrativa indipendente
Situazione di urgenza debitamente giustificata
- Autorizzazione richiesta entro 24 ore
Salvaguardie
- Autorizzazione limitata nel tempo e nell'ambito geografico e personale
- Nessuna decisione che produca effetti giuridici negativi può essere presa unicamente sulla base dell'*output* del sistema di identificazione biometrica remota "in tempo reale"

[70] G. MOBILIO, *La Corte EDU condanna il ricorso alle tecnologie di riconoscimento facciale per reprimere il dissenso politico – Osservazioni a partire dal caso Glukhin c. Russia*, cit., p. 695.

[71] Nel processo legislativo dell'AI Act non sono mancati confronti "accesi": ivi, pp. 695-696.

[72] A differenza di quanto avviene in Stati autocratici, ivi, p. 696: «la Corte EDU è intervenuta con una pronuncia che ha condannato la Federazione Russa per aver fatto uso di queste tecnologie a scopo di repressione del dissenso politico. La Corte ha ravvisato una violazione degli articoli 10 (libertà di espressione) e 8 (diritto al rispetto della vita privata) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU)».

[73] Si veda: European Data Protection Board, Guidelines 05/2022 on the use of facial recognition technology in the area of law enforcement, Version 2.0, 26 April 2023, disponibile al link https://www.edpb.europa.eu/system/files/2023-05/edpb_guidelines_202304_frtlawenforcement_v2_en.pdf.

[74] G. MOBILIO, *La Corte EDU condanna il ricorso alle tecnologie di riconoscimento facciale per reprimere il dissenso politico – Osservazioni a partire dal caso Glukhin c. Russia*, cit., p. 695: «Queste tecnologie offrono un formidabile strumento di sorveglianza, poiché sfruttano sistemi di intelligenza artificiale (IA) e dati biometrici per identificare le persone a distanza e senza che queste ne abbiano necessariamente consapevolezza. È sufficiente integrare software basati su algoritmi di riconoscimento facciale con uno dei molteplici dispositivi a disposizione, come ad esempio telecamere a circuito chiuso o droni, per costruire una rete capillare di controllo a disposizione di soggetti privati o autorità pubbliche».

[75] T. CHRISTAKIS and A. LODIE, *The Conseil d'Etat Finds the Use of Facial Recognition by Law Enforcement Agencies to Support Criminal Investigations "Strictly Necessary" and Proportional*, cit., pp. 161-162 sull'interpretazione del requisito di strict necessity e pp. 162-163 sul principio di proporzionalità.

- Obblighi di notifica dell'uso alle autorità competenti
- Possibilità per gli Stati membri di introdurre disposizioni più restrittive

Come si può notare, la normativa eurounitaria fa da *plafond* ovvero da soglia minima di garanzie oltre le quali i singoli Stati membri non possono andare. Le norme nazionali saranno indispensabili anche «poiché l'AI Act non potrà essere invocato come base giuridica sufficiente ai sensi delle disposizioni della Direttiva di polizia (cons. 23 AI Act)»[76]; inoltre, i 27 potranno prevedere norme più restrittive all'interno dei loro territori.

Secondo chi scrive, considerando le varie garanzie – il regime autorizzatorio, il rispetto dei principi di necessità e proporzionalità, la previa valutazione d'impatto sui diritti fondamentali, la registrazione nella banca dati dell'UE, gli obblighi di notifica – aggiunte ad una legislativa tassatività dei reati e degli obiettivi per i quali l'utilizzo è consentito, l'art. 5 *AI Act* è un attento custode dello Stato di diritto capace allo stesso tempo di offrire alle forze dell'ordine la possibilità di utilizzare tali nuove tecnologie «to repress crime»[77].

Cercando di offrire un giudizio complessivo: servono altri limiti? Non è semplice esporsi sull'argomento, di certo l'art. 5 *AI Act* rappresenta l'esito di lunghe e complesse trattative tra Stati membri, Commissione, Parlamento europeo e i vari *stakeholder*. Ad ora le pratiche vietate sembrano essere sufficienti[78], ovviamente sarà essenziale aggiornarle di volta in volta in virtù dell'avanzamento tecnologico.

In ogni caso, un sistema così disegnato è ben diverso da quelli proposti in nome di un non ben definito "*public order*": «It is not difficult to see that China's approach intends to protect individuals as well as the public order. The question is who and what do we understand such individuals and public order to be?»[79].

4. *OTTIMISMO NEL FUTURO E GIOCO IN ATTACCO*

Nell'ottica di una democrazia che "gioca in attacco", solo alcuni punti iniziano a delinearsi e crediamo sia possibile racchiuderli nelle grandi categorie delle tecniche di *better regulation*[80] e *better administration*[81]. In entrambe rientrano senz'altro: *nudge*

[76] G. MOBILIO, *La Corte EDU condanna il ricorso alle tecnologie di riconoscimento facciale per reprimere il dissenso politico – Osservazioni a partire dal caso Glukhin c. Russia*, cit., p. 704. 385

[77] T. CHRISTAKIS and A. LODIE, *The Conseil d'Etat Finds the Use of Facial Recognition by Law Enforcement Agencies to Support Criminal Investigations "Strictly Necessary" and Proportional*, cit., p. 165.

[78] Anche se ci sono alcuni dubbi e.g. sulla classificazione dei sistemi di identificazione biometrica remota "a posteriori" come sistemi ad alto rischio e quindi esenti dalla disciplina dell'art. 5 AI Act.

[79] W. YAN, *Do not go gentle into that good night – The European Union's and China's different approaches to the extraterritorial application of artificial intelligence laws and regulations*, in *Computer Law & Security Review: The International Journal of Technology Law and Practice*, n. 53/2024, 14, p. 10; sebbene ivi, p. 11: «China's strategy primarily focuses on fostering innovation and 'common prosperity', while the EU focuses on promoting ethical outcomes by protecting fundamental rights. Although their expressions differ, the focal points of the EU's and China's approaches are similar».

[80] L'Unione è molto attenta nello sviluppo di pratiche per una *better regulation*; si veda questa Comunicazione della Commissione europea: *Better Regulation: Joining forces to make better laws*: https://commission.europa.eu/document/download/199176cf-6c4e-48ad-a9f7-9c1b31bbbd09_it?filename=better_regulation_joining_forces_to_make_better_laws_en.pdf e questa *webpage* che approfondisce i vari passi in avanti fatti e i nuovi obiettivi: https://commission.europa.eu/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation_it#documenti.

[81] E importante dividere le due categorie, anche se, in particolare in Italia, si "amministra" sempre più con le leggi: S. CASSESE, *Che cosa resta dell'amministrazione pubblica?*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 1/2019, 11, pp. 4 e 5: «la sofferenza dell'amministrazione ha origine dal Parlamento: esso amplia l'area della legislazione, per soddisfare un bisogno dei governi, che deriva dal modo in cui è strutturato il sistema costituzionale italiano. Di qui un malessere del diritto amministrativo, che è sostanzialmente discrezionalità, adattamento continuo dell'amministrare alla realtà, non meccanica applicazione di norme. Così si produce un irrigidimento dell'amministrazione, una riduzione del suo potere di decisione, e la necessità di altre leggi per modificare quelle precedenti, con un continuo ampliamento dell'area legislativa, senza tuttavia aumentare l'imparzialità dell'amministrazione, anzi riducendola. Il «continuum» governo — Parlamento, che prende decisioni allo stesso tempo legislative e amministrative, generali e particolari (basti ricordare che i commi — in realtà articoli — delle ultime leggi finanziarie e di bilancio hanno superato i mille) marginalizza l'amministrazione, sottraendole la funzione esecutiva che la Costituzione le attribuisce. E, infatti, vero che "non può ritenersi preclusa alla legge [...] la possibilità di attrarre nella propria sfera oggetti o materie normalmente affidate all'azione amministrativa" (Corte cost., sent. n. 66/2018), ma è anche vero che "la legislazione [...] non è il mezzo per conferire forza di legge [...] a qualunque volontà". Altrimenti, si ha "abuso di funzione legislativa" [...] si aggiunge un altro paradosso: la redazione tecnica della maggior parte delle leggi è opera degli uffici amministrativi, i quali, per evitare responsabilità, a scopo difensivo, scaricano volentieri sul Parlamento l'onere della decisione alla quale poi essi debbono dare applicazione. Per cui legislatore e amministrazione collaborano nell'accrescere la rigidità dell'amministrazione e nel restringere l'area della discrezionalità amministrativa, innescando un circolo vizioso pericoloso [...] appare paradossale che un meccanismo innescato dal corpo politico, che ha l'effetto di

regulation[82], *regulatory sandbox*[83], tecniche di *regulation by design*[84], l'implementazione di adeguate valutazioni d'impatto precedenti e successive all'emanazione dell'atto, strumenti *evidence-based*[85].

Sviscerarle tutte richiederebbe uno spazio diverso da questo scritto, ma nella sua economia è utile offrire almeno alcuni cenni sul *Nudge* e sul ruolo che ha la costruzione dell'*architecture choice*[86] quando vengono disegnati i provvedimenti pubblici.

Quando effettuiamo qualsivoglia tipologia di scelta, noi *homo sapiens* siamo esposti a

---

marginalizzare l'amministrazione, conduca poi, in ultima istanza, alle critiche antiburocratiche, addossando così, agli occhi dell'opinione pubblica, tutte le colpe ad una impersonale "burocrazia"». Si veda anche S. ISSACHAROFF, *Democracy' Deficits*, cit., p. 14: «The result of parliamentary dysfunction is correspondingly rising executive unilateralism, the increased dependence on administrative law to set policy, and the central checking role of the courts as restraints on presidentialism – even in formally parliamentary systems. Doctrinally, the absence of congressional action not only removes the central democratic branch from the reins of government, but also makes more difficult judicial constraint».

[82] Fra tutti: R.H. THALER & C.R. SUNSTEIN, *Nudge. The Final Edition*, tr. it., *Nudge. La spinta gentile,* Milano, Universale Economica Feltrinelli, 2024, 345. Si veda anche: J. PONCE, *Law, Digital Nudging and Manipulation: Dark Patterns, Artificial Intelligence and the Right to Good Administratio*n, in *European Review of Digital Administration & Law - ERDAL*, Volume 3, Issue 1, 2022, 31-44, p. 31: «Humans face choices every day, but the result of every decision is influenced not only by rational deliberations regarding the available options. The design of the choice environment in which the information is presented can exert a subconscious influence on the outcome. In other words, the decision often depends on how the choice is presented; hence, decision architecture alters people's behaviour in predictable ways. The simplest changes in the choice environment —in which options are presented— can influence people's decision and "nudge" them to behave in certain ways. In fact, there is no neutral way to present options». Un libro forse ancora più fortunato di *Nudge* che ha toccato argomenti simili è: D. KAHNEMAN, *Thinking. Fast and Slow*, tr. it., *Pensieri lenti e veloci*, Milano, Mondadori, 2021.

[83] Lo *European Data Protection Supervisor* (EDPS) le ha accolte con benevolenza: EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, *Opinion 44/2023 on the Proposal for Artificial Intelligence Act in the light of legislative developments,* del 23.10.2023*: https://www.edps.europa.eu/system/files/2023-10/2023-0137_d3269_opinion_en.pdf*, p. 18 e ss.

[84] *Ex multis*: M. ALMADA, *Regulation by Design and the Governance of Technological Futures*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2023, 1-13.

[85] Per gli sviluppi in Europa, si veda il portale *Knowledge4Policy* (K4P), la piattaforma della Commissione europea per l'*evidence-informed policymaking*: *https://knowledge4policy.ec.europa.eu/evidence-informed-policy-making_en*. Per ulteriori chiarimenti sul tema si veda questo *briefing* – https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/690529/EPRS_BRI(2021)690529_EN.pdf – prodotto dallo *European Parliamentary Research Service* (EPRS), dove a p. 2: «This paper deals with 'evidence- based policy-making', as it uses the best available scientific evidence to formulate policies. However, 'evidence- based policy-making' does not imply that policy decisions should be taken solely based on scientific evidence. Policy decisions based exclusively on scientific evidence are technocratic, which is not a policy's aim in a parliamentary democracy. Democratic policymakers usually combine the best available evidence with their understanding of a society's needs, i.e., contextualising the evidence in terms of what they believe is in accord with the citizens' expectations, values and preferences».
Sull'emanazione negli USA del *Foundations for Evidence-Based Policymaking Act* del 2018 – consultabile in pdf e in forma riassunta nella sua divisione in titoli al sito: https://aspe.hhs.gov/topics/data/evidence-act-0 – si veda: N. POTOK, *Continuing Implementation of the Foundations for Evidence-Based Policymaking Act of 2018/ Who Is Using the Data?*, in *Harvard Data Science Review*, n. 5.4, 2023, 7.
Altri articoli sul tema: G. LISTORTI, E. BASYTE-FERRARI, S. ACS e P. SMITS, *Towards an Evidence-Based and Integrated Policy Cycle in the EU: A Review of the Debate on the Better Regulation Agenda*, in *Journal of Common Market Studies*, V. 58/2020, 1558-1577; L. VAN WOENSEL, *A Bias Radar for Responsible Policy-Making. Foresight-Based Scientific Advice*, St Antony's Series, Palgrave, 2020, 150; D. AZZOLINI e M. SISTI, *Evidence-Based Policy e Attività Legislativa. Cosa c'è di nuovo?*, in *federalismi.it*, n. 3/2019, 159-174.

[86] R.H. THALER & C.R. SUNSTEIN, *Nudge. The Final Edition*, cit., pp. 91-168. Si veda anche: J. PONCE, *Law, Digital Nudging and Manipulation: Dark Patterns, Artificial Intelligence and the Right to Good Administration*, cit., p. 31: «Humans face choices every day, but the result of every decision is influenced not only by rational deliberations regarding the available options. The design of the choice environment in which the information is presented can exert a subconscious influence on the outcome. In other words, the decision often depends on how the choice is presented; hence, decision architecture alters people's behaviour in predictable ways. The simplest changes in the choice environment —in which options are presented— can influence people's decision and "nudge" them to behave in certain ways. In fact, there is no neutral way to present options».

numerosissimi *bias*[87] – e.g. la distorsione verso lo *status quo*[88] – che ci portano a decisioni "sbagliate" o quanto meno sconvenienti dal punto di vista razionale[89]; da tale consapevolezza si sono sviluppate elaborate tecniche di *nudging* capaci di difenderci dagli errori decisionali. Gli autori di *Nudge* hanno sviluppato il c.d. paternalismo libertario e il loro lavoro avendo in mente una idea chiara: «Il nostro obiettivo è formulare provvedimenti politici che tutelino o aumentino la libertà di scelta. L'aggettivo libertario, usato come attributo di paternalismo, vuol dire semplicemente "che preserva la libertà"»[90]. Se all'interno di una democrazia vi sono una "pluralità di uomini liberi"[91], di primario interesse è comprendere come questi cittadini esercitino la loro libertà. Oltre ai connaturati *bias* umani, il potere di autodeterminarsi è completamente individuale?[92] Il potere decisionale dei singoli cittadini come si forma nell'attuale mercato libero delle idee[93]?

Bisogna far sì che i cittadini – e quindi elettori – «nell'era dell'*onlife*, sappiano orientarsi e – per conseguenza – consapevolmente autodeterminarsi, a fronte dell'espandersi dei rischi legati alla manipolazione e, con essa, alla banalizzazione della

[87] Ivi, in particolare: *Parte Prima, Umani ed Econi*, pp. 31-90; una descrizione precisa di tale constatazione la si ritrova in N. MACCABIANI, *Tra Nudge-Regulation e Technological Management: "Orientamenti" Costituzionali*, cit., p. 96: «Gli avanzamenti di conoscenze sul sistema cognitivo e comportamentale umano hanno contribuito a mettere in luce gli errori (bias) cognitivi che affliggono l'individuo, quindi a smentire la teoria neoclassica della razionalità intrinseca all'homo oeconomicus, che presuppone capacità di scelta ed azione ottimali, per massimizzare il proprio utile personale. Tali sviluppi hanno – per conseguenza – altresì potenziato le conoscenze sugli strumenti di influenza e condizionamento del comportamento umano. L'individuo non è quindi un essere razionale (un «econe», per dirla con Thaler e Sunstein), bensì un homo sapiens, quindi un umano, con la fallibilità tipica degli umani, qualificata da razionalità limitata. Ne discende l'esigenza di "educarlo" ed indirizzarlo ad assumere decisioni in linea con il proprio benessere». Sulla questione anche FRANCESCO, *Intelligenza artificiale e pace*, Messaggio di Sua Santità per la LVII giornata mondiale della pace 1° gennaio 2024: «le forme di intelligenza artificiale sembrano in grado di influenzare le decisioni degli individui attraverso opzioni predeterminate associate a stimoli e dissuasioni, oppure mediante sistemi di regolazione delle scelte personali basati sull'organizzazione delle informazioni. Queste forme di manipolazione o di controllo sociale richiedono un'attenzione e una supervisione accurate, e implicano una chiara responsabilità legale da parte dei produttori, di chi le impiega e delle autorità governative».

[88] Ivi, pp. 45-46.

[89] L'essere umano agisce seguendo strade molto diverse dalla pura razionalità dell'*homo oeconomicus*. Si veda: A.R. DAMASIO, *Descartes' Error – Emotion, Reason and Human Brain*, tr. it., *L'errore di Cartesio – Emozione, ragione e cervello umano*, Milano, Adelphi edizioni, 1995, 404.

[90] R.H. THALER & C.R. SUNSTEIN, *Nudge. The Final Edition*, cit., p. 18. Perfettamente in linea con: "La libertà può essere ristretta solo a vantaggio della libertà stessa" in J.S. MILL, *On Liberty*, tr. it., *Saggio sulla libertà*, Milano, il Saggiatore, 1991, 133, p. XVIII, nella prefazione di Giulio Gioriello e Marco Mondandori citando la riformulazione del principio di libertà di Mill definita da J. RAWLS, *Theory of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 1973, p. 250.

[91] T. CASADEI, *Il senso del 'limite' – Montesquieu nella riflessione di Hannah Arendt*, cit., p. 808.

[92] M. VILLONE, *Costituzione liberale vs legislatore illiberale. Il caso del testamento biologico*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2011, 17, p. 5: «"Per la Corte, dunque, l'autodeterminazione è un diritto fondamentale direttamente connesso alla libertà personale. Se questo è vero, l'autodeterminazione non può essere codecisione. Non esiste un'autodeterminazione condivisa, non più di quanto esista una libertà in compartecipazione", in particolare, è da chiarire: "L'autodeterminazione è scelta individuale – sottratta all'influenza di soggetti terzi – di rifiutare o accettare un trattamento sanitario. Comporta che il rapporto tra medico e paziente sia fondato sul primato del paziente piuttosto che del medico. Tanto che l'alleanza terapeutica tra medico e paziente – cui la legge fa riferimento – non può essere paritaria. È un'alleanza diseguale, in cui la volontà di una parte contraente – il paziente – è sovraordinata rispetto alla volontà dell'altra". In ordine a quest'ultima, il "primato del paziente" e la "alleanza diseguale" sono cose ben diverse da "l'autodeterminazione non può essere codecisione" o "sottratta all'influenza di soggetti terzi". Ma siamo sicuri che influenze non ci siano nei processi autodeterminativi? La scelta individuale non è guidata dal contesto?».

[93] C. PINELLI, *"Postverità", verità e libertà di manifestazione del pensiero*, relazione svolta al Corso di Dottorato in Diritto pubblico del Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università Sapienza di Roma, 20 giugno 2017, in *MediaLaws – Rivista di diritto dei media*, n. 1/2018, 41-47, p. 46: «Sostiene Sunstein che gli stessi processi che creano le false credenze possono renderle resistenti alla correzione, a causa della *biased assimilation*, che induce le persone ad elaborare le informazioni ricevute, che in ogni caso non è un processo neutrale, in funzione delle proprie inclinazioni e preferenze. In condizioni simili la correzione di dicerie false può addirittura rafforzarle: quando si tentò di dimostrare la falsità dell'affermazione dell'amministrazione Bush che l'Iraq disponeva di armi di distruzione di massa, ci fu semplicemente un rafforzamento delle convinzioni precedenti, sia dei liberal che dei conservatori. Quanto più invece le convinzioni precedenti sono deboli, come nel caso delle dicerie su Obama nel 2008, tanto più diventa facile smontarle. Tutto ciò, prosegue Sunstein, non basterebbe a "negare del tutto l'esistenza di un "libero mercato delle idee". Bisogna però riconoscere che a volte questo peculiare mercato funziona male»: funziona male soprattutto nell'era dei blogger e di YouTube, dove «le vostre affermazioni non solo possono essere conservate per sempre, ma anche così attentamente monitorate che una qualsiasi, tolta dal contesto, può essere presentata come rappresentativa del tutto, o come indizio di qualcosa di oscuro o di allarmante"». Si veda anche: V. MITSILEGAS e C. SALVI, *Digital Exceptionalism, Freedom of Expression and the Rule of Law: The Case of Targeting Terrorist Content Online*, in *rivista.eurojus.it*, n. 2/2024, 181-205.

partecipazione politica»[94]. Questa sfida si inserisce in un ambiente digitale ricco di disinformazione[95] e l'Unione Europea ne è consapevole[96].

In che modo le liberaldemocrazie possono assistere i loro cittadini se siamo circondati da *fakenews*? In uno Stato di diritto non dovrebbe aversi rispetto per la libertà al punto da garantire una sorta di "diritto alla bugia"? Dopotutto, di certezze se ne hanno poche, e spesso sono diverse dalle "verità" e più simili a "fatti attendibili"[97].

Molti attori dell'Occidente liberaldemocratico hanno già iniziato a mettere in campo tali conoscenze[98]. Il caso forse più emblematico di rilevanza pubblica è stato quello attinente alla donazione di organi[99]; è stato evidenziato come la fallacia della soluzione di *default* abbia portato a esiti completamente differenti a seconda che l'opzione di essere donatori di organi venisse optata all'interno di una architettura decisionale di *default* che prevedesse un comportamento attivo o passivo del singolo cittadino. Nei Paesi che hanno scelto la prima impostazione decisionale la percentuale di cittadini che sceglievano di essere donatori di organi era bassissima, mentre nei Paesi che hanno scelto la seconda formulazione la percentuale era ed è prossima al 100%, e tali enormi differenze sussistono anche in Stati molto simili dal punto di vista culturale[100].

Non sono mancate accuse agli Autori di *Nudge* di aver contribuito a diffondere la tecnica potenzialmente "manipolativa" del "consenso presunto"; nella edizione definitiva del libro – che in questo lavoro si è utilizzata in ogni riferimento – Thaler e Sunstein hanno risposto alle suddette accuse:

> «Dopo aver fatto le dovute ricerche in merito, ci siamo dichiarati a favore di una politica diversa [dal "consenso presunto"], quella che chiamiamo "sollecitazione di scelta" (*prompted choice*) […] Salvare vite aumentando gli organi disponibili per l'utilizzo

[94] M. LADU e N. MACCABIANI, *L'autodeterminazione popolare nell'era digitale: tra opportunità normative e tecnologiche*, in *Consulta online*, n. 2/2023, 415-438, p. 416.

[95] WORLD ECONOMIC FORUM, *Global Risk Report – 2024*, 124: https://www.weforum.org/publications/global-risks-report-2024/, p. 18: «Persistent false information (deliberate or otherwise) widely spread through media networks, shifting public opinion in a significant way towards distrust in facts and authority. Includes, but is not limited to: false, imposter, manipulated and fabricated content […] Misinformation and disinformation may radically disrupt electoral processes in several economies over the next two years. A growing distrust of information, as well as media and governments as sources, will deepen polarized views – a vicious cycle that could trigger civil unrest and possibly confrontation. There is a risk of repression and erosion of rights as authorities seek to crack down on the proliferation of false information as well as risks arising from inaction. […] The disruptive capabilities of manipulated information are rapidly accelerating, as open access to increasingly sophisticated technologies proliferates and trust in information and institutions deteriorates. In the next two years, a wide set of actors will capitalize on the boom in synthetic content, amplifying societal divisions, ideological violence and political repression – ramifications that will persist far beyond the short term».

[96] Si vedano le linee guida basate sul *DSA* pubblicate dalla Commissione europea il 26 marzo 2024 per mitigare i rischi legati alla disinformazione in vista delle elezioni europee dell'8-9 giugno: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_24_1707.

[97] F. PATRONI GRIFFI, *Quid est veritas? La "conoscenza" del fatto e del diritto: la dialettica tra verità e certezza nell'esperienza del processo amministrativo*, in *Rivista AIC*, n. 2/2024, 114-130, p. 117: «assistiamo a un contesto di crisi "permanente" della conoscenza "vera" anche nel campo delle scienze esatte (come è dimostrato dall'evoluzione delle conoscenze scientifiche e del mondo fisico), può essere inevitabile che chi abbia a cuore la "certezza" di rapporti sociali, tra i privati o tra la persona e il potere, si accontenti di una verità come "accertata" più che di una verità "vera". In altre parole, "la certezza come stabilità, sicurezza conservazione, definisce, in sostanza, uno spazio di attendibilità convenzionale". Sono però decisive, nella consapevolezza della relatività delle certezze così raggiunte, la qualità del percorso argomentativo e la rivedibilità, sia pure limitata, delle statuizioni, tanto nel processo, quanto all'esito di una decisione amministrativa; e ciò al fine di evitare o attenuare la definizione di un assetto affatto non corrispondente con la realtà, e cioè una certezza "affidabile" per legge ma vuota nei contenuti».

[98] N. MACCABIANI, *Tra Nudge-Regulation e Technological Management: "Orientamenti" Costituzionali*, cit., p. 100: «Al di là dell'inquadramento teorico della questione, va rammentato che poiché negli ultimi tempi "empirical research on human behaviour has become increasingly relevant in both public policy debate and legal reforms", la strutturazione organizzativa di uffici amministrativi ne ha subito gli influssi: com'è stato per il caso della presidenza Obama, del governo Cameron e dell'Unione Europea, dove la Commissione ha creato un "Competence Centre on Behavioural Insights" non solo per approfondire le ricerche comportamentali, ma anche per fornire "expert assistance to other departments of the European Commission, to embed behavioural evidence into policy-making". A livello internazionale, l'OCSE ha creato il Network of Behavioural Insights Experts». Qui il link per il *Competence Centre on Behavioural Insights* della Commissione europea: https://knowledge4policy.ec.europa.eu/behavioural-insights_en.

[99] R.H. THALER & C.R. SUNSTEIN, *Nudge. The Final Edition*, cit., pp. 239-262.

[100] Ivi, p. 240: «Solo il 12 per cento dei tedeschi aveva acconsentito di diventare donatore di organi, mentre oltre il 99 per cento degli austriaci non aveva revocato il consenso a esserlo. Incredibile!»

è un obiettivo fondamentale, ma non l'unico: è importante anche prendere in considerazione interessi, preferenze e diritti in potenziale conflitto tra loro»[101].

Gli Autori concludono le loro proposte sintetizzandole nella possibilità di utilizzare altri pungoli diversi dalla *default option force*[102]: *in primis* di rendere la scelta il più "facile" possibile – e.g. dando la possibilità di diventare donatori di organi con una semplice procedura online – e *in secundis* di catturare l'attenzione dei potenziali donatori tramite periodiche sollecitazioni in precisi momenti – e.g.: rinnovo della patente, del documento di identità o della tessera elettorale – in cui si può trovare il cittadino "predisposto" a decidere sulla questione. Senza dubbi possiamo affermare che le tecniche di *nudge regulation* sono uno strumento utilissimo nelle mani del potere pubblico; tuttavia, sono più complesse di quello che a primo acchito possono sembrare e vanno adeguatamente regolate[103]. Tale regolazione dovrà essere capace di rappresentare al meglio il suddetto equilibrio che il c.d. paternalismo libertario cerca di esprimere come nello storico rapporto tra governanti e governati, tra il delegare e il rappresentare[104]; in sintesi e parafrasando Cicerone: tra l'*auctoritas* del senato e la *potestas* del popolo[105].

Circa le tecniche di *better regulation* che possono trovare applicazione *ex post*, crediamo sia fondamentale che l'efficacia dell'atto sia valutata non solo teoricamente e in occasione delle conferenze stampa; essa può essere costantemente valutata dopo che l'atto è entrato in vigore, tramite l'analisi dei dati su come le misure attuate stiano avendo effetti oppure no, su come si possano migliorare e cosa bisogna cambiare o eliminare.

A parere di chi scrive, una pratica nuova di *better regulation* potrebbe essere introdurre il c.d. metodo sperimentale – proprio delle scienze[106] ma ormai anche del business[107] – all'interno del processo di sviluppo dell'atto, legislativo o esecutivo. La fase implementativa di un atto può essere anticipata a prima dell'entrata in vigore – prima di divenire definitivo, quindi in fase di perfezionamento[108] – e

[101] Ivi, pp. 240 e 241.
[102] Ivi, p. 249 e ss.
[103] N. MACCABIANI, *Tra Nudge-Regulation e Technological Management: "Orientamenti" Costituzionali*, cit., p. 117: «Per conseguenza, ciò che potrebbe e dovrebbe fare il Parlamento è di adottare una legge (una sorta di fonte sulla produzione del diritto) volta a dettare i "criteri" di governo e gestione di tali pratiche regolatorie. Definendo, anzitutto, in negativo le finalità e le modalità vietate. Allo scopo, la delimitazione in negativo potrebbe portare all'esclusione di simili pratiche regolatorie laddove limitino o distorcano in modo inaccettabile la libertà cognitiva o sopprimano in modo significativo le opzioni praticabili da parte del soggetto; oltre che all'esclusione di alcune modalità (quali il ricorso a pratiche subliminali o comunque non trasparenti), in quanto contrarie a fondamentali valori e principi, quali la dignità umana, l'uguaglianza, il Rule of Law. Il legislatore dovrebbe poi bilanciare finalità di interesse pubblico perseguite e mezzi allo scopo impiegati, con la sfera complessiva delle libertà fondamentali incise, ulteriori rispetto alla libertà cognitiva. Così, a titolo esemplificativo, il ricorso alla default rule per la donazione degli organi, non solo andrebbe ad incidere sulla libertà cognitiva (aspetto tipico delle pratiche di nudging), ma per suo tramite interferirebbe con valutazioni estremamente sensibili rimesse a quella sfera, radicabili nella dignità umana. Ne consegue che tale bilanciamento non dovrebbe essere lasciato all'esecutivo, bensì già compiuto in sede legislativa».
[104] R. ESPOSITO, *Istituzione*, Bologna, il Mulino, Collana Parole Controtempo, 2021, 163, p 73: «Se le istituzioni continuano ad apparire un blocco compatto di potere e repressione, non resterà che l'opzione messianica della loro destituzione. Nulla è più inefficace, e al contempo pericoloso, del mito neoanarchico di una società semplificata in un'alternativa tra istituzioni repressive e assenza di istituzioni. La richiesta, oggi sempre più diffusa, di democrazia diretta, contro le istituzioni di democrazia rappresentativa, ne costituisce la figura più aggiornata. Il dibattito sulle istituzioni scivola verso due polarità estreme e inconciliabili. Da un lato la progressiva sclerosi istituzionale, dall'altro la libertà dalle istituzioni. Quando invece la via da percorrere passa per un nuovo nesso tra istituzioni e libertà».
[105] CICERONE, *De legibus*, consultabile in latino al link: https://www.documentacatholicaomnia.eu/03d/-106_-043,_Cicero,_Marcus_Tullius,_De_Legibus,_LT.pdf, paragrafo 28: «cum potestas in populo auctoritas in senatu sit».
[106] In *Treccani.it*: «sperimentale, mètodo: Procedimento che si affermò nell'indagine scientifica a partire dagli inizi del 17° secolo. Consiste nel sottoporre le ipotesi scientifiche a procedure di controllo sperimentale, che servono a confermarle (nel qual caso le ipotesi si trasformano in leggi scientifiche) o a confutarle. Teorizzato da F. Bacone e, in modo assai più sistematico, da G. Galilei, il m.s. si è affinato nel 19° e 20° sec., riproponendo la contrapposizione tra una concezione induttiva (sostenuta, per es., da J.S. Mill) e una ipotetico-deduttiva (difesa da W. Whewell). Nel Novecento tale contrapposizione si è rinnovata nella filosofia della scienza con la controversia tra i positivisti logici e la teoria del metodo scientifico di K.R. Popper».
[107] *Ex multis*: C. SPINA, A. CAMUFFO and A. GAMBARDELLA, *Founders, Apply the Scientific Method to Your Startup*, in *Harvard Business Review*, November 18, 2020.
[108] E in questo si differenzia dalle seppur importanti valutazioni di impatto tutte fatte *ex post*. Ovviamente ci riferiamo alle valutazioni di impatto dei progetti portati a termine, non all'autoreferenziale sistema di misurazione e valutazione della performance dei dipendenti pubblici: https://www.corteconti.it/HOME/StampaMedia/Notizie/DettaglioNotizia?Id=fa0286b2-7f7c-4105-9306-d821e7d1a70a.

potrebbe articolarsi in vari *step*, e.g.: applicare in via provvisoria e in modalità diverse la misura, individuare poi i punti di forza delle varie modalità e infine incanalarli in una versione definitiva da applicare a livello nazionale. Si pensi al reddito di cittadinanza o al bonus 110%, misure bocciate da molte Autorità di vigilanza/controllo in quanto improduttive degli effetti sperati[109]. Una strategia vincente fondata sul "metodo sperimentale" – ben attuabile tramite le nuove tecnologie – sarebbe stata l'applicazione provvisoria con modalità differenti in varie Regioni, l'acquisizione di informazioni sui punti di forza delle varie modalità e l'applicazione della versione definitiva migliore possibile a livello nazionale. Senza dimenticare il monitoraggio costante e successivo.

Circa la categoria della *better administration*, la rivoluzione digitale arriva a mettere in discussione gli elementi principali del diritto amministrativo, atto e procedimento[110], avendo di conseguenza un impatto anche sull'ambito e i limiti che incontra il giudice amministrativo nel valutare le questioni di legittimità dell'atto[111].

Considerando che «si privilegia il non fare rispetto al fare»[112] e che, in particolare nel nostro Paese «l'azione amministrativa appare sempre più stretta»[113], il miglioramento del potere amministrativo tramite tecniche di *better administration* va incoraggiato a pieno titolo. Secondo chi scrive, uno dei principali oggetti di studio nel suo sviluppo tecnologico sarà il campo delle responsabilità[114]: chi risponde e in che modo?[115] Quali saranno i nuovi "equilibri" della discrezionalità politica e amministrativa?

Molto è ancora da approfondire, molte sono le sfide giuridiche aperte e lontane sono le risposte che questo scritto ha iniziato a cercare.

Nell'era del «capitalismo politico»[116] e del progredire incessante della tecnica, alla realtà si affianca la corrispondente percezione che si ha delle *liberal democracy*: di una forma di Stato sempre più in

[109] Circa il mancato coordinamento dell'allora reddito di cittadinanza con le politiche attive si veda: F. CARTA, A. DALLA ZUANNA, S. LATTANZIO e S. LO BELLO, *Il sistema di ammortizzatori sociali in Italia: aspetti critici nel confronto europeo*, in *Questioni di Economia e Finanza (Occasional Papers) – Banca d'Italia*, n. 697, giugno 2022, 56. Circa la "follia economica" rappresentata dal bonus 110% che peserà sulle casse italiane ancora per molto, si veda CORTE DEI CONTI, *Rapporto sul coordinamento della finanza pubblica*, 05/2023, 359, p. 134: «L'esperienza dei recenti bonus edilizi insegna, inoltre, che può essere assai pericoloso per l'equilibrio generale del sistema introdurre meccanismi automatici di incentivo senza apporre limiti di impegno finanziario o una preliminare procedura di prenotazione».

[110] J.B. AUBY, *Administrative Law Facing Digital Challenges*, cit., p. 15: «Initially, the impact on administration and the law seemed superficial; it gave the impression that we simply had to speed up banal and recurring administrative operations. Things have changed with the data, telecommunications and internet revolution. Today, digitisation is changing important aspects of administrative operation, both in terms of procedure and determination of the content of decisions, and in terms of judicial review. This affects at the core of our administrative rights because at various levels it influences the traditional characteristics of their central object, which is generally the administrative act and the processes that contribute to its adoption».

[111] *Ex multis*: G. DE MINICO, *Giustizia e intelligenza artificiale: un equilibrio mutevole*, cit., p. 92 e ss. circa la contestabilità in giudizio della decisione automatizzata; J.B. AUBY, *Administrative Law Facing Digital*, *Challenges*, cit., p. 11 e ss. circa gli effetti sul *judicial review* in caso di decisioni amministrative espressione di procedimenti algoritmici. Senza allo stesso tempo dimenticare: S. CASSESE, *Che cosa resta dell'amministrazione pubblica?*, cit., p. 5: «La seconda [conseguenza dell'esondazione legislativa] è quella di spingere il giudice amministrativo ad agire più in profondità. Esso è il controllore della legittimità dell'azione amministrativa ed è quindi naturale che, espandendosi l'area coperta dalla legge, sia chiamato a verificare un'area sempre più estesa. Ciò che esso fa anche perché l'espansione legislativa aumenta la politicità indotta nell'amministrazione dal corpo politico e quindi la necessità dell'intervento giudiziario come garante dell'imparzialità amministrativa. Quindi, come osservato da Alessandro Pajno, "non è il giudice a fare politica; è la politica che demanda al giudice la composizione del conflitto"».

[112] S. CASSESE, *Che cosa resta dell'amministrazione pubblica?*, cit., p. 7.

[113] Ivi, p. 8: «nella tenaglia costituita, da un lato, dall'invasione della scelta politico-legislativa e, dall'altro, dalla minaccia della responsabilità e dei controlli. L'amministrazione per legge e il governo delle procure (penali, contabili, o amministrative, come l'Autorità nazionale anticorruzione) negano in radice la possibilità di una buona gestione pubblica, che invece avrebbe bisogno di competenza tecnica, flessibilità operativa, riconoscimento sociale».

[114] La cui complessità e attualità è dimostrata dal ritiro della proposta *AI Liability Directive* da parte della Commissione Europea, si veda: F. NIOLA, *Responsabilità civile per l'AI: gli effetti del ritiro della proposta di direttiva*, in *Cybersecurity360.it*, il 28.02.2025, disponibile al link: https://www.cybersecurity360.it/legal/responsabilita-civile-per-lai-gli-effetti-del-ritiro-della-proposta-di-direttiva/.

[115] A. CIAFARDONI, *The Responsibility in Automated Administrative Decisions*, cit., p. 156 e ss., in particolare: «if someone chooses to impose human participation in decision-making processes, as required by the Italian Constitution, then organic identification is (still) suitable to address the problems of imputation». Si veda anche: F. PANAGOPOULOU, *Algorithmic Decision-Making in Public Administration*, in *Journal of Public Administration*, Volume 6, Issue 1, 2024, 10.

[116] A. ARESU, *Geopolitica dell'intelligenza artificiale*, cit., p. 84.

difficoltà[117]. È essenziale che l'approccio dottrinale si inveri in proposte finalizzate al miglioramento dell'organizzazione del potere e che sia espressione di un rinnovato impegno civile. Abbiamo il dovere di rinvigorire i nostri sistemi fondati sulla *rule of law*, di farli evolvere verso forme capaci di rispondere con maggiore efficacia ai bisogni dei cittadini: abbiamo bisogno di un Legislatore più coraggioso, che "giochi in attacco"[118].

L'auspicio di chi scrive è quello di dar vita a una nuova "realistica primavera" in cui si regoli non per depotenziare il sistema, bensì per abilitare innovazione, ricchezza, democrazia e nel cui futuro ci si possa «evolversi senza tradirsi»[119].

[117] Fra tutti: S. ISSACHAROFF, *op. cit.*; F. ZAKARIA, *The Rise of Illiberal Democracy*, in *Foreign Affairs*, Vol. 76, No. 6 (Nov. - Dec., 1997), 22-43.

[118] Riproponiamo: «Yet the solution is not to slow down, but to decide together where we want to go. For this to happen, society needs to stop playing defence and start playing attack. The question is not whether, but how» in L. FLORIDI, *Soft ethics, the governance of the digital and the General Data Protection Regulation*, cit., p. 3.

[119] R. IMPERIALI DI FRANCAVILLA, *Il diritto è educazione per vivere in comunità: l'eredità di Gaetano Filangieri*, collana cit., a cura di A. ARENA, p. XXI. In questa direzione anche F. PIROLO, op. cit., p. 34: «Filangieri, anticipando le sfide della modernità, aveva intuito la necessità di conciliare tradizione e innovazione nel diritto vale a dire, di riformare il sistema giuridico conservandone le radici storiche».

DE IUSTITIA

Rivista scientifica Anno 2025 – N°4 – Ottobre 2025

DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA ISSN 2974-7562

ALLE ORIGINI DEL PIANO SCHUMAN: STUDI PREPARATORI PER L'AVVENIRE DELL'EUROPA*

di **Maria PATRIN****

ABSTRACT

A 75 anni dalla Dichiarazione Schuman, l'ideale di un'Europa "organizzata e vitale" risulta ancora attuale, soprattuto a fronte delle molteplici recenti sfide che l'Europa é chiamata ad affrontare. Tornare a riflettere sulle origini del progetto europeo è così più che mai significativo in un periodo come quello attuale, in cui l'Europa si scopre vulnerabile ma anche inestricabilmente interconnessa ed interdipendente. Il presente contributo si propone di riflettere su quegli aspetti istituzionali del Trattato CECA che permettono di meglio comprendere e contestualizzare molte dinamiche politico-istituzionali attuali. A tal fine, il contributo ripercorre il pensiero di Paul Reuter, il quale é stato l'ideatore dell'assetto sovranazionale della CECA e lo utilizza come una sorta di mappa o di studio preparatorio per il futuro dell'Europa.

Dopo una breve presentazione della figura di Paul Reuter e del suo ruolo cruciale nell'ideazione del quadro istituzionale della CECA, la riflessione si concentra su tre elementi che, attraverso la rilettura di Reuter, offrono spunti di confronto interessanti – a volte di continuità, a volte di rottura - con il presente stato dell'Unione: la natura costituzionale del Trattato CECA, l'origine tecnocratica dell'Alta Autorità e, infine, i poteri di quest'ultima in campo economico e fiscale.

SOMMARIO

1. Introduzione 101

2. Paul Reuter e l'Alta Autorità della CECA..... 103

3. La natura costituzionale del trattato CECA..... 105

4. Il quadro istituzionale del piano schuman: come fare l'Europa senza gli europei 106

5. «Ritorno al futuro»: le funzoni dell'alta autorità in materia economica e fiscale 108

6. Conclusione: esperto, arbitro o banchiere? 111

1. INTRODUZIONE

A piú di settant'anni dal Trattato di Parigi e dall'istituzione della Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio (CECA), è interessante constatare come, nonostante i profondi cambiamenti intervenuti in Europa, l'assetto istituzionale dell'Unione Europea (UE) sia rimasto, in sostanza, pressoché immutato. Viviamo oggi in un'Unione molto più estesa, integrata ed interdipendente. Allo stesso tempo, ci troviamo di fronte ad un'Europa che si scompone e decompone, sotto la pressione delle molteplici crisi che hanno caratterizzato gli ultimi decenni della storia europea: basti pensare alla Brexit, alla crisi dell'euro, alle crisi migratorie, alla pandemia globale di Covid-19, alla guerra in Ucraina e, da ultimo, alle recenti tensioni commerciali con gli Stati Uniti. Proprio in questo periodo turbulento, e di fronte alle numerose sfide che l'Europa si trova ad affrontare, risultano particolarmente attuali alcuni passaggi della dichiarazione Schuman, di cui ricorre il 75esimo anniversario e la quale ha posto le fondamenta per la cooperazione comunitaria. «Il contributo che un'Europa organizzata e vitale può apportare alla civiltà è indispensabile per il mantenimento di relazioni pacifiche», dichiarava il Ministro Francese Schuman il 9 maggio 1950[1]. Tale dichiarazione, che allora si riferiva soprattutto alle relazioni tra i paesi europei, dilaniati da due guerre mondiali, sembra peró oggi ugualmente applicarsi allo scenario globale: la necessitá di un'Europa organizzata e vitale per mantenere l'equilibrio e la pace non sembra infatti essere venuta meno[2].

* Contributo in via di pubblicazione, in forma più estesa, nel volume a cura di A. Arena, "*La prima assise di una comunità fra popoli: l'attualità della CECA a 75 anni dalla Dichiarazione Schuman.*"

** Marie Curie Fellow, Hertie School (Berlino).

[1] Dichiarazione del 9 Maggio 1950 di Robert Schuman, Ministro degli Affari Esteri della Repubblica francese (Dichiarazione Schuman).

[2] V. CESAREO (a cura di), *Per un'Unione Europea coesa, forte e sicura*, Milano, 2024.

In questa prospettiva, avevano visto giusto i padri fondatori quando contavano sul fatto che, mettendo in comune settori economici anche limitati, ma d'importanza strategica, quali quelli del carbone e dell'acciaio, si sarebbe innescata una reazione a catena di mutua dipendenza che avrebbe legato le sorti degli Stati membri per gli anni a venire. Infatti, nonostante ed oltre le crisi, l'Europa sembra riuscire a ricomporsi ogni volta intorno a quelle stesse istituzioni create nel 1951 con il Trattato di Parigi, le quali sono chiamate a sperimentare nuove funzioni[3]. Tornare a riflettere sulle origini del progetto europeo è così più che mai significativo in un periodo come quello attuale, in cui l'Europa si scopre vulnerabile ma anche inestricabilmente legata ed interdipendente.

Proprio l'Europa dell'era post-covid ricorda in alcuni tratti l'Europa del Piano Marshall e dell'istituzione della CECA. Si pensi al *Recovery Plan* ed alle misure a sostegno delle economie degli Stati membri, laddove il finanziamento della ripresa economica diviene anche volano di integrazione. A differenza del dopoguerra, tuttavia, è l'UE ad autofinanziarsi sui mercati finanziari, senza ricorrere all'aiuto americano. E se da un lato l'Unione e le sue istituzioni si rivelano, proprio in questo frangente, dotate di un sempre più grande potere politico, dall'altro quest'assetto istituzionale risulta poco mutato rispetto al Trattato CECA, che già prevedeva le quattro istituzioni comunitarie fondamentali (l'Alta Autorità, antesignana della Commissione Europea, il Consiglio dei Ministri, l'Assemblea parlamentare che sarà poi, ma con funzioni ben più sviluppate, il Parlamento Europeo e, infine, la Corte di Giustizia)[4].

D'altra parte, le questioni che l'Unione oggi è chiamata ad affrontare sollevano criticità e problemi che erano già presenti, *in nuce*, nella CECA. Prima fra tutti, la questione della cessione della sovranità da parte degli Stati membri e dell'estensione del potere sovranazionale rispetto a quello nazionale. Durante i negoziati del Trattato di Parigi, infatti, proprio le riserve di alcuni Paesi sui poteri troppo estesi dell'Alta Autorità furono all'origine della creazione delle altre istituzioni, il cui ruolo originario era soprattutto quello di limitare il potere discrezionale dell'esecutivo comunitario, sia in senso politico (Assemblea e Consiglio) sia per via giurisdizionale (Corte di Giustizia)[5].

In questo lavoro di decostruzione storica e riattualizzazione dei contenuti dell'esperienza della CECA, un aiuto può venire da alcune riflessioni che Paul Reuter elaborava nel 1951, quindi proprio a ridosso del Trattato di Parigi, in un breve articolo pubblicato nella *Revue française de science politique*, dal titolo *«La conception du pouvoir politique dans le Plan Schuman»*. A proposito delle istituzioni della CECA, Reuter scriveva, a conclusione del suo articolo:

> «In queste condizioni, non bisogna dare alle istituzioni del Piano Schuman nessun altro significato se non quello di una costruzione di attesa, il cui principale merito sarebbe quello di preparare l'avvenire. Se gli ambienti politici dei sei Paesi membri vi riconoscono le loro speranze e in un certo modo i loro pensieri, ciò è già il segno che l'Europa potrà uscire presto dal mondo dei sogni»[6].

Secondo Reuter, le istituzioni della CECA non potevano limitarsi a garantire un corretto funzionamento del mercato unico del carbone e dell'acciaio ma dovevano essere pensate per permettere, allo stesso tempo, una «rapida costruzione politica dell'Europa»[7]. Sulle orme di Reuter, quindi, possiamo considerare le istituzioni della CECA come una sorta di mappa o di studio preparatorio per il futuro dell'Europa. Sulla base di una tale mappa, il presente contributo si propone di riflettere su quegli

[3] Trattato che istituisce la Comunità europea del carbone e dell'acciaio (CECA), Parigi, 1951 (Trattato di Parigi).
[4] Trattato di Parigi. L'Alta Autorità della CECA e le Commissioni CEE e Euratom confluiranno in un'unica istituzione nel 1965, con il Trattato di Fusione. Si veda anche J. ZILLER, *L'Attualità delle scelte istituzionali, finanziarie e di politiche delle Comunità Europee prima dei Trattati di Roma*, Istituto Lombardo, 2019, p. 254.
[5] A. ISONI, *l'Alta Autorità del carbone e dell'acciaio. Alle origini di un'istituzione pubblica*, Lecce, 2006, pp. 122-128.
[6] P. REUTER, *La conception du pouvoir politique dans le Plan Schuman*, in *Revue francaise de science politique,* 1951, p. 276, (traduzione dell'autore).
[7] P. REUTER, *La conception du pouvoir politique,* cit., p. 275.

aspetti istituzionali del Trattato CECA che permettono di meglio comprendere le dinamiche politico-istituzionali attuali.

Dopo una breve presentazione della figura di Paul Reuter e del suo ruolo cruciale nell'ideazione del quadro istituzionale della CECA, la riflessione si concentrera' su tre elementi che, attraverso la rilettura di Reuter, offrono spunti di confronto interessanti – a volte di continuità, a volte di rottura - con il presente stato dell'Unione: la natura costituzionale del Trattato CECA, l'origine tecnocratica dell'Alta Autorità e, infine, i poteri di quest'ultima in campo economico e fiscale.

2. *PAUL REUTER E L'ALTA AUTORITÀ DELLA CECA*

Nelle sue *Memorie*, Jean Monnet ricorda come Paul Reuter sia stato all'origine dell'Alta Autorità, «*du mot comme de la chose*»[8]. In effetti, Reuter, giovane professore di diritto pubblico a Nancy, è stato centrale nell'ideare il quadro istituzionale della CECA, definendo i lineamenti di quell'autorità sovranazionale che avrebbe costituito l'innovazione principale della Comunità[9].

Reuter, nato a Metz nel 1911, coniugava la sensibilità personale per le relazioni franco-tedesche dovuta alla sua origine lorena, con una conoscenza profonda dei sistemi amministrativi francesi ed americani nonché con una buona esperienza degli ambiti politici, maturata nel gabinetto del ministro francese dell'informazione e della giustizia Pierre-Henry Teitgen nel 1944 e 1945 e come *jurisconsulte adjoint* presso il ministero degli affari esteri nel 1948[10].

Secondo la concorde testimonianza di Monnet e Reuter, quest'ultimo fu coinvolto un po' per caso nell'elaborazione del Piano Schuman. Reuter racconta di come si trovasse al *Commissariat au Plan* (che Jean Monnet dirigeva) in quanto consulente sulla legislazione antitrust, quando Monnet chiese di incontrarlo[11]. Già durante la guerra, Reuter aveva sviluppato considerazioni avanzate sulla necessità di un'unificazione economica tra gli Stati europei per far fronte al sorgere di cordate multinazionali di imprese (i cosiddetti *trusts*) sempre più potenti. Vedeva anche con favore una riforma dello Stato in senso tecnocratico, attraverso la formazione di un corpo di alti funzionari d'élite[12]. Le sue riflessioni erano state profondamente influenzate dalla partecipazione attiva, a partire dal 1942, all'*Ecole nationale des Cadres d'Uriage,* che aveva come obiettivo principale proprio la formazione dell'élite amministrativa francese, ma in cui confluivano anche le teorie su una possibile terza via tra capitalismo e comunismo che potesse assicurare un equilibrio sociale duraturo[13].

Così, Reuter è a tutti gli effetti la persona giusta al momento giusto per traghettare le convinzioni di Monnet circa la necessità di affidare ad un organismo sovranazionale la gestione delle relazioni franco-tedesche verso la loro veste istituzionale. Monnet era infatti convinto che, a causa della sua natura sovranazionale, la nuova organizzazione non potesse ispirarsi alle forme di cooperazione internazionale già esistenti, quali la Società delle Nazioni o le Nazioni Unite, che reputava per esperienza personale altamente inefficienti. Come spiega egli stesso nelle Memorie, la proposta di

> «sottoporre il carbone e l'acciaio di diversi paesi ad una sovranità comune era un concetto semplice. Occorreva tuttavia trovare un dispositivo concreto, e in questo campo non potevo fare appello alla mia esperienza – se non per scartare i sistemi di

[8] «Del nome così come della cosa», J. MONNET, *Mémoires*, Parigi, 1976, p. 348 (traduzione dell'autore).
[9] A questo proposito si vedano anche le osservazioni di J. ZILLER su Reuter nel suo contributo in questo volume.
[10] Per la biografia di Reuter si veda A. COHEN, *Le plan Schuman de Paul Reuter. Entre communauté nationale et fédération européenne*, in *Revue française de science politique*, 1998, pp. 645-663, e J. GRIGOROVA, *Paul Reuter,* Société française pour le droit international, https://www.sfdi.org/internationalistes/reuter/.
[11] Il Commissariato Generale al Piano era stato istituito per dare attuazione al *Plan de modernisation et d'équipement*, elaborato da Monnet nel 1945 al fine di rilanciare la modernizzazione del sistema produttivo francese attraverso un'opera di pianificazione economica. Per maggiori informazioni sul Commissariato, sul Piano e sul loro sostrato ideologico si veda A. ISONI, *l'Alta Autorità,* cit., pp. 48-56.
[12] A. COHEN, *op. cit.*, pp. 656-658.
[13] Sull'esperienza di Uriage si veda nuovamente A. COHEN, *op. cit.*, pp. 651-658. Reuter fu anche membro del consiglio di amministrazione dell'ENA (Ecole Nationale d'Administration) dalla sua creazione nel 1945 fino al 1959, a dimostrazione di quanto fosse cara a Reuter l'educazione dell'élite amministrativa.

cui avevo potuto constatare l'inefficienza, quali quelli degli organismi internazionali di cooperazione, incapaci di prendere decisioni. Ma quale forma avrebbe preso questo potere decisionale comune alla Francia e alla Germania, potere di cui la storia non offriva alcun modello, non lo sapevo ancora e avevo bisogno di consiglio»[14].

L'indeterminatezza in ordine all'assetto istituzionale di tale nuova forma di cooperazione europea permane fino al momento in cui, racconta Monnet, il caso non porta Reuter nel suo ufficio. Quest'ultimo propone di affidare la gestione dei settori carbonifero e siderurgico ad un'Autorità internazionale composta da un collegio di individui indipendenti[15]. L'ispirazione per questa nuova forma istituzionale Reuter non la prende né dalle grandi organizzazioni internazionali né dagli stati federali, ma piuttosto dal modello delle nuove *authorities* americane, sorte verso la fine del XIX secolo e fiorite poi all'epoca del New Deal. Le *authorities* erano organi indipendenti interstatali connotati da una forte natura tecnica cui venivano delegati poteri amministrativi, economici e talvolta legislativi[16]. La stessa designazione di Autorità deve la sua origine al modello statunitense, con il quale Reuter era molto familiare[17]. La forma istituzionale delle *authorities* americane era innovativa per le funzioni arbitrali e la natura tecnico-amministrativa. Entrambe le caratteristiche si adattavano perfettamente al carattere indipendente ed apolitico dell'Alta Autorità, la quale secondo Reuter, svolgeva «un ruolo che potremmo qualificare come quasi-giurisdizionale; in un certo modo costituisce una Corte arbitrale»[18].

L'Alta Autorità nasce pertanto come soluzione politico-giuridica ad un progetto la cui ideologia era già molto sviluppata, ma che le circostanze storiche rendevano di difficile attuazione. Solo ad un organismo apolitico ed indipendente gli Stati nazionali avrebbero accettato di delegare alcuni dei loro poteri sovrani. Il punto di svolta di Reuter è probabilmente quello di aver trovato una formula capace di mantenere l'equilibrio tra potere sovranazionale ed interessi nazionali, facendola ruotare intorno ad un'istituzione che, seppure composta da rappresentanti degli Stati membri, agisse in piena indipendenza e fosse dotata di ampi poteri anche vincolanti[19].

Reuter sarà in seguito associato ai negoziati per il Trattato di Parigi in qualità di membro del gruppo di lavoro sulle questioni istituzionali. Sarà proprio lui a sviluppare la prima bozza del Trattato[20]. Ma l'influenza di Reuter non si fermerà qui, poiché egli continuerà a consacrare ampio spazio nella sua carriera di professore all'insegnamento del diritto comunitario e allo studio delle istituzioni comunitarie, cui dedicherà diversi manuali e scritti[21].

Troviamo così in Paul Reuter una guida d'eccezione all'analisi della CECA. Egli ne conosce molto bene l'assetto istituzionale, quando, nel 1951, pubblica *La conception du pouvoir politique dans le Plan Schuman* nella *Revue française de science politique*. L'articolo è un distillato delle questioni istituzionali più rilevanti degli inizi della CECA e la sua lettura suscita ancor oggi, a distanza di settant'anni, un vivo interesse per l'attualità dei temi trattati. Temi che spaziano dall'equilibrio tra organizzazione internazionale e stato federale (e, cioè, il dibattito su che cos'è l'Europa), alla natura tecnocratica dell'Alta Autorità, per giungere a discutere dell'esistenza o meno di un *demos* europeo. In questa sede ci concentreremo sugli aspetti costituzionalmente più rilevanti delle riflessioni di Reuter, ed in

[14] J. MONNET, *op. cit.*, pp. 348-349 (traduzione dell'autore).
[15] Inizialmente la proposta era limitata alla Francia e alla Germania e prevedeva una rappresentanza paritaria dei due paesi con un presidente scelto di comune accordo. A. ISONI, *l'Alta Autorità*, cit., p. 115.
[16] A. ISONI, *Assonanze planistiche e obiettivi produttivistici dell'Alta Autorità Ceca*, in *Rivista di Studi Politici Internazionali*, Roma, 2010, pp. 65-66.
[17] P. REUTER, *Aux origines du plan Schuman*, in *Mélanges en hommage à Fernand Dehousse*, II, Parigi, 1979., p. 66.
[18] P. REUTER, *La conception du pouvoir politique*, cit., p. 270. (traduzione dell'autore).
[19] M. PATRIN, *Collegiality in the European Commission. Legal Substance and Institutional Practice*, Oxford, 2023, p. 26 ss.
[20] A. COHEN, *op. cit.*, p. 648.
[21] Si veda per esempio P. REUTER, *La Communauté européenne du charbon et de l'acier*, Parigi, 1953; ID., *Organisations européennes*, Paris, 1970; P. REUTER, *Institutions internationales*, Parigi, 1972; nonchè i numerosi corsi universitari, tra cui menzioniamo il ciclo tenuto all'Aia sul Piano Schuman nel 1952. P. REUTER, *Le Plan Schuman*, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 1952, consultabile anche online: https://referenceworks.brillonline.com/entries/the-hague-academy-collected-courses/*A9789028611825_06.

particolare sulle innovative prerogative dell'unica istituzione da lui direttamente "ideata", l'Alta Autorità[22].

3. LA NATURA COSTITUZIONALE DEL TRATTATO CECA

Il titolo stesso dello scritto di Reuter, *La conception du pouvoir politique dans le Plan Schuman*, indica il centro nevralgico della riflessione: disvelare quale sia il potere politico da rinvenire nella nuova Comunità. Nonostante il carattere tecnico ed economico della CECA, il Trattato presenta infatti novità politiche significative, ancor prima che economiche. Reuter nota che «una determinata concezione politica d'insieme ha senza dubbio ispirati i redattori del Trattato»[23]. Che dietro al Piano Schuman vi fosse un progetto politico sembra abbastanza ovvio. La dichiarazione Schuman, peraltro, conteneva un obiettivo politico chiaro ed ambizioso: quello, cioè, di costituire «il primo nucleo concreto di una Federazione europea indispensabile al mantenimento della pace»[24]. Meno ovvio è invece comprendere come un tale progetto politico si sia declinato nell'assetto istituzionale e giuridico di una Comunità che, diretta da un'autorità apolitica, operava ad un livello decisamente tecnico.

Innanzitutto, Reuter osserva come il livello di integrazione della CECA sia già estremamente profondo, nonostante i limitati settori economici che ne sono interessati. Riconosce al Trattato un vero e proprio valore costituzionale, osservando che «non vi è nessun precedente alla creazione di una tale comunità» e che essa «realizza una nuova formula, paradossale per l'opposizione tra la limitatezza del suo campo fisico di applicazione e la profondità dell'integrazione e della fusione che mette in atto»[25]. Sebbene, quindi, il Trattato CECA non crei uno Stato federale, il sistema giuridico che ne risulta non pertiene più al diritto internazionale, ma ad un diritto federale, o meglio «sopranazionale»[26]. La distinzione tra diritto internazionale e diritto sovranazionale è fondamentale nel pensiero di Reuter. Su questo discrimine si gioca infatti non solamente l'innovazione principale del Piano Schuman ma anche, secondo Reuter, il metro del suo successo, dal momento che il vero obiettivo del Piano era di «istituire un regime sovranazionale e non delle istituzioni semplicemente internazionali»[27].

Reuter osserva, quindi, come il Trattato CECA attribuisca poteri significativi alle istituzioni della Comunità, soprattutto all'Alta Autorità, la quale gestisce i programmi di investimento e finanziamento, controlla i prezzi e le tariffe, e le cui decisioni sono direttamente esecutive in tutto il territorio della Comunità. Inoltre, il Trattato istituisce una sua propria modalità di revisione, secondo procedure in parte diverse da quelle che governano la sua entrata in vigore. «In questo modo appare già la sua natura profonda che è di ordine costituzionale»[28]. Il diritto comunitario, quindi, nasce come diritto costituzionale sin dalla sua prima formulazione nel Trattato CECA. E nasce come diritto costituzionale proprio perché non si limita a regolare la messa in comune dei settori del carbone e dell'acciaio, ma prefigura già, e contiene *in nuce*, le vastissime potenzialità di sviluppo futuro della Comunità.

Non a caso, Reuter riconosce il carattere intrinsecamente dinamico del Piano Schuman. Egli é convinto ad esempio che non sarà possibile limitare l'intervento della CECA ai soli settori siderurgico e carbonifero, poiché necessità di ordine tecnico ed economico porteranno ad allargare il campo di cooperazione a settori limitrofi. Ritroviamo qui il concetto funzionalista di *spillover* e il metodo

[22] E' lo stesso Reuter a spiegare in una nota a Robert Schuman nel corso dei negoziati per il Trattato di Parigi che «la proposta del 9 maggio prevedeva, per realizzare la messa in comune del carbone e dell'acciaio, un'Alta Autorità comune a carattere sovranazionale. I lavori e gli incontri successivi, in particolare le discussioni tra le delegazioni alla Conferenza di Parigi, hanno portato a sviluppare le indicazioni della proposta del 9 maggio e, attraverso un'elaborazione comune, a prevedere la creazione di un'assemblea, di un Consiglio dei Ministri e di una Corte di Giustizia». P. REUTER, *Mémorandum sur les institutions,* cit..

[23] P. REUTER, *La conception du pouvoir politique,* cit., p. 256. (traduzione dell'autore).

[24] *Dichiarazione Schuman cit.*.

[25] P. REUTER, *La conception du pouvoir politique,* cit., p. 258. (traduzione dell'autore).

[26] P. REUTER, *La conception du pouvoir politique,* cit., p. 259.

[27] P. REUTER, *Mémorandum sur les institutions de la proposition du 9 mai,* in *Notes Reuter*, Archives nationales, 81 AJ 159.

[28] P. REUTER, *La conception du pouvoir politique,* cit., p. 259.

comunitario dei piccoli passi, che verranno ampliamente utilizzati, soprattutto da teorici politici, per spiegare il progetto federativo del Piano Schuman[29].

4. *IL QUADRO ISTITUZIONALE DEL PIANO SCHUMAN: COME FARE L'EUROPA SENZA GLI EUROPEI*

Il Piano Schuman menzionava in origine solo l'Alta Autorità, vero e proprio perno del progetto della CECA, e accennava in modo soltanto vago alla Comunità stessa. Reuter spiega chiaramente a Schuman, in una nota redatta durante i negoziati per il Trattato di Parigi, che solo l'Alta Autorità era inizialmente prevista nel Piano e che le altre istituzioni erano emerse durante i negoziati:

> «la proposta del 9 maggio prevedeva, per realizzare la messa in comune del carbone e dell'acciaio, un'Alta Autorità comune a carattere sovranazionale. I lavori e gli incontri successivi, in particolare le discussioni tra le delegazioni alla Conferenza di Parigi, hanno portato a sviluppare le indicazioni della proposta del 9 maggio e, attraverso un'elaborazione comune, a prevedere la creazione di un'assemblea, di un Consiglio dei Ministri e di una Corte di Giustizia»[30].

Al momento della dichiarazione Schuman la riflessione sulla forma che avrebbe dovuto prendere questa nuova istituzione sovranazionale era quindi già avanzata e ben definita nei suoi tratti essenziali: «l'Alta Autorità comune, incaricata del funzionamento dell'intero regime, sarà composta di personalità indipendenti designate su base paritaria dai governi; un presidente sarà scelto di comune accordo dai governi; le sue decisioni saranno esecutive in Francia, Germania e negli altri paesi aderenti»[31]. Come si è già accennato sopra, l'Alta Autorità assolveva un ruolo eminentemente tecnico ed apolitico. Le sue funzioni erano affidate ad un collegio, i cui membri, sebbene nominati dai governi nazionali, erano chiamati ad operare in modo del tutto indipendente. La natura collegiale dell'istituzione proteggeva da pressioni esterne. Permetteva all'Alta Autorità di svolgere le sue mansioni in autonomia ed in modo efficiente, e allo stesso tempo rassicurava i governi nazionali che non sarebbe stata dominata politicamente da nessuno Stato in particolare[32]. Più che il governo di un'entità federale, l'assetto istituzionale dell'Alta Autorità ricordava un direttorato di esperti.

La natura tecnica dell'Alta Autorità è un punto centrale della riflessione di Reuter, che continua ad essere rilevante a settant'anni di distanza, poiché ha di fatto posto le basi per quel binomio tra politica e tecnocrazia che da sempre caratterizza la Commissione europea e che ha sollevato, specialmente in tempi recenti, aspre accuse di dominio tecnocratico[33]. In effetti, abbiamo visto come Reuter fosse un fautore della creazione di una *élite* tecnocratica da porre alla base della riorganizzazione politica dello Stato. In particolare, il livello internazionale era per Reuter lo spazio ideale per il dispiegamento dell'azione dei tecnici, i quali potevano esercitare le loro competenze lontano dalle costrizioni della politica, troppo spesso dominata dall'opinione pubblica[34].

---

[29] E. B. HAAS, *The Uniting of Europe: political, social, and economic forces 1950-1957*, London, 1958. Per maggiori informazioni sul neofunzionalismo e sulle teorie dell'integrazione europea, si veda B. ROSAMUND, *Theories of European Integration*, New York, 2000.

[30] P. REUTER, *Mémorandum sur les institutions,* cit., (traduzione dell'autore).

[31] *Dichiarazione Schuman*, cit.

[32] Per maggiori informazioni sulla natura collegiale dell'Alta Autorità si rimanda a M. PATRIN, *op.cit.*, pp. 48-57.

[33] L'accusa di tecnocrazia è una delle critiche più datate e più frequenti all'Unione. Si è andata intensificando recentemente, in particolare a seguito della crisi dell'euro, e nel dibattito sull'uscita del Regno Unito dall'UE (Brexit). La Commissione è divenuta così oggetto di contestazione politica da parte di sovranisti ed euroscettici, che ritengono Bruxelles una fonte illegittima di potere e di imposizioni sugli Stati Membri. Il dibattito sull'opposizione tra politicizzazione e tecnocrazia nell'UE è vasto e non può venir trattato in questa sede. Si veda per una lettura di background S. HIX e S. BARTOLINI, *Politics: The Right or the Wrong Sort of Medicine for the EU*, Notre Europe, 2006; e J. HABERMAS, *The Lure of Technocracy*, Malden, 2015.

[34] In uno scritto del 1958 Reuter approfondisce il tema della relazione tra tecnica e politica ed arriva a propugnare a livello internazionale la sostituzione dei tecnici agli uomini politici. P. REUTER, *Techniciens et politiques dans l'organisation internationale*, in G. BERGER (a cura di), *Politique et technique*, Parigi, 1958, pp. 181-196. Occorre ricordare che Reuter scrive queste riflessioni nel dopoguerra, a ridosso di un'epoca in cui la politica aveva condotto al conflitto mondiale. Per approfondire le origini di queste idee tecnocratiche, le quali erano particolarmente comuni nella Francia del dopoguerra e che sono da ricondurre

Si evince negli scritti di Reuter una generale preferenza per l'Alta Autorità come istituzione tecnica indipendente, a fronte di Consiglio e Parlamento: «Le sue molteplici competenze non comportano opzioni politiche propriamente dette. Possiamo così accettare che l'organo principale della Comunità sia dotato di una grande indipendenza, la quale è propria degli esperti»[35]. Proprio a causa di questa indipendenza, l'Alta Autorità, così come la Corte di Giustizia, ha per Reuter un valore intrinseco superiore ed incarna «una realizzazione molto avanzata, e per così dire, perfetta, della comunità sovranazionale». Lo stesso, invece, non si può dire dell'Assemblea e del Consiglio, istituzioni a carattere rappresentativo, le quali, nella loro forma dell'epoca, sono solo secondo Reuter «formule a carattere transitorio»[36].

Tuttavia, occorre analizzare più da vicino la posizione di Reuter sulla relazione tra tecnica e politica, per comprenderne appieno la portata e per non incorrere nel rischio di relegarlo ad un mero sostenitore di un governo tecnocratico ed elitistico. Proprio nell'articolo sulla concezione del potere politico, Reuter spiega chiaramente il motivo di una tale scelta tecnocratica. In realtà, il modello istituzionale dell'Alta Autorità è tagliato su misura per adattarsi alla situazione in cui verteva l'Europa del dopoguerra, un'Europa in cui non esistevano ancora, a suo parere, veri "Europei".

> «L'Europa è certamente una realtà storica ed il Trattato contribuisce a farne una realtà giuridica, ma ci sono forse gli Europei? La coscienza di costituire un'unità politica europea è forse sufficientemente desta tra le popolazioni d'Europa? (…) È questa la difficoltà inerente a tutti gli inizi: occorre fare l'Europa facendo a meno in una certa misura e per un po' di tempo degli Europei. Senza una popolazione europea non sono concepibili neanche parlamenti, ministri e capi di stato propriamente europei e ci si dovrà accontentare di soluzioni progressive e provvisorie»[37].

In assenza, quindi, di cittadini europei non è possibile affidarsi a quelle istituzioni democratiche che detengono il potere politico negli Stati nazionali. Solo un'istituzione indipendente, tecnica e apolitica è compatibile con delle responsabilità a livello europeo: «In mancanza di Europei introvabili, l'istituzione di un collegio di uomini indipendenti apparirebbe così come una misura di transizione, e non come una soluzione definitiva. Basterebbe immaginare che in futuro l'Alta Autorità perda i suoi poteri in favore di un Consiglio dei Ministri veramente europeo per mantenere un ruolo consultivo: in questo caso, ritorneremmo a formule più tradizionali»[38]. Ciò che conta, quindi, ancor più della contrapposizione tra tecnica e politica, è il binomio internazionale/sovranazionale. In questa prospettiva, il ricorso a soluzioni tecnocratiche emerge come necessario in assenza di una vera e propria politica europea. L'Assemblea ed il Consiglio sono istituzioni comunitarie di secondo piano, non a causa della loro matrice democratica - come potrebbe far a prima vista pensare il riferimento di Reuter all'elemento rappresentativo - ma perché fondate su un modello di diritto internazionale, in cui gli Stati Membri sono direttamente rappresentati nelle istituzioni internazionali[39]. Reuter, così come Monnet, propugnava invece l'evoluzione della Comunità in senso federale, sul modello degli Stati Uniti d'Europa[40]. Nei suoi corsi dell'Aia del 1952 rinveniva una «solitudine inquietante» nello strapotere dell'Alta Autorità come pensata nel

in parte alla ricerca di una terza via tra capitalismo e collettivismo ed in parte alle teorie di pianificazione economica, si veda A. ISONI, *Assonanze Planistiche*, cit. e A. COHEN, *op. cit.*, pp. 647,651.

[35] P. REUTER, *La conception du pouvoir politique,* cit., p. 270 (traduzione dell'autore).

[36] P. REUTER, *Mémorandum sur les institutions,* cit.,

[37] P. REUTER, *La conception du pouvoir politique,* cit., pp. 268-269 (traduzione dell'autore).

[38] P. REUTER, *La conception du pouvoir politique,* cit., p. 270 (traduzione dell'autore).

[39] Si noti per inciso che l'Assemblea era composta da deputati dei parlamenti nazionali.

[40] «Non è necessario organizzare i rapporti dell'Assemblea e del Consiglio sul modello del regime parlamentare: perché non prendere a modello le istituzioni americane?» scriveva Reuter in una nota a Monnet all'inizio del 1951. «Si potrebbe organizzare l'Assemblea ispirandosi al Senato degli Stati Uniti piuttosto che ad un modello continentale». P. REUTER, *Réflexions sur le développement des institutions européennes*, Archives Nationales, 81 AJ 159, così come citato da A. COHEN, op. cit., p. 649.

Piano Schuman, ed osservava come la sua indipendenza fosse in qualche modo «una soluzione disperata», necessaria per edificare l'Europa in mancanza di Europei[41]. Ed infatti, analizzando le istituzioni comunitarie quindici anni dopo, egli riconoscerà al Consiglio e, soprattutto, all'Assemblea un ruolo determinante di controllo politico e democratico[42].

Queste considerazioni assumono particolare rilevanza alla luce delle attuali competenze della Commissione europea, la quale, pur avendo ormai acquisito un ruolo politico di primo piano, continua a svolgere importanti funzioni tecniche. Proprio per la sua neutralità ed indipendenza alla Commissione vengono infatti da sempre affidati delicati compiti di sorveglianza e controllo, ma anche, più recentemente, la gestione di nuovi strumenti finanziari di ripresa e rilancio dell'economia, quali il *Next Generation EU* (NGEU). Occorre constatare che, a settant'anni dal Trattato di Parigi, lo scenario europeo si presenta probabilmente ben diverso da quanto auspicato da Reuter: gli Europei di cui egli parlava non esistono ancora in forma compiuta ed il dibattito sul *demos* europeo è tuttora in corso.[43] Inoltre, la *finalité* dell'Unione è oggi più che mai materia di contestazione. In queste condizioni, l'indipendenza ed *expertise* tecnica della Commissione rimangono fondamentali per la mediazione tra interessi nazionali. Così, il cortocircuito tra ruolo tecnico e politico si va sempre più accentuando, riproponendo la questione di quale sia, ad oggi, la vera identità di questa istituzione. Allo stesso tempo, il dibattito pubblico tende a concentrarsi sul deficit democratico delle istituzioni o, nella sua veste più estrema, sulle accuse sovraniste di dominio tecnocratico, spesso trascurando l'importanza del ruolo in questo senso originariamente tecnico e neutrale della Commissione nel sistema istituzionale dell'Unione.

5. *«RITORNO AL FUTURO»: LE FUNZONI DELL'ALTA AUTORITÀ IN MATERIA ECONOMICA E FISCALE*

Il terzo elemento di attualità che la guida sapiente di Paul Reuter disvela riguarda la gestione economica e finanziaria della Comunità ed i poteri dell'Alta Autorità in materia fiscale. È stato notato come la CECA abbia coniugato in maniera inedita strumenti di dirigismo con finalità economiche liberali. A tale riguardo, Isoni spiega come

> «il successo della Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio fu dovuto al fatto che, in assenza di un mercato comune per i prodotti carbosiderurgici, si decise di crearlo *ex novo*, giungendo sino al punto di impostare una gamma di misure dal netto impianto dirigistico, utilizzando dunque degli strumenti giuridici e politici che erano stati concepiti in un contesto economico e per delle finalità politiche che, sotto molti aspetti, erano opposte rispetto a quelle fissate dal Piano Schuman»[44].

Lo stesso Reuter, nel suo manuale sulle organizzazioni internazionali, osservava che il Piano Schuman mescolava, in parti più o meno uguali, indicazioni liberali (fusione dei mercati, principio di non discriminazione) ed indicazioni di stampo dirigistico (ruolo attivo dell'Alta Autorità, piano di produzione e di investimento)[45]. In effetti, il progetto era figlio delle teorie di pianificazione socio-economica che fiorivano nella Francia del dopoguerra ed avevano trovato espressione nel lavoro svolto da Monnet al *Commissariat au Plan*, ed a cui anche il giovane Reuter era molto sensibile[46].

Nella *Conception du pouvoir politique*, Reuter affronta il tema del rapporto tra dirigismo e libera concorrenza nella CECA, notando come ad un

[41] «Un point est certain : la Déclaration du 9 mai ne parle que de la Haute-Autorité à l'exclusion de tout autre organe. Celle-ci avait donc dès l'origine une place centrale qu'elle a toujours conservée. Mais elle paraissait dans ce texte dans une solitude inquiétante. Son indépendance était en quelque sorte une solution désespérée; comment édifier l'Europe sans Européens, sinon en s'adressant à des personnalités indépendantes?» P. Reuter, *Le Plan Schuman, cit.*.

[42] P. Reuter, *Organisations Européennes*, cit., p. 242.

[43] J. Habermas, *The Crisis of the European Union: a Response*, Cambridge, 2012; K. Nicolaïdis, *European Demoicracy and Its Crisis*, in *Journal of Common Market Studies*, 2012, pp. 351-369.

[44] A. Isoni, *l'Alta Autorità*, cit., p. 15.

[45] P. Reuter, *Organisations Européennes*, cit., pp. 49-50.

[46] A. Isoni, *Assonanze planistiche*, cit., p. 67.

regime di concorrenza e di libero mercato si accompagni una funzione di 'orientamento del mercato' devoluta agli organismi della Comunità, in cui rientrano, ad esempio, le competenze dell'Alta Autorità in materia di investimenti e di aiuti finanziari. Il Trattato CECA dotava infatti l'Alta Autorità di poteri molto estesi in campo economico e fiscale. Essa non soltanto deteneva funzioni di controllo della concorrenza e del libero mercato - in sostanza molto simili a quelli dell'attuale Commissione europea - ma poteva anche intervenire con misure di investimento e di sostegno alle imprese, calmierare il livello dei prezzi in presenza di determinate circostanze, ed introdurre misure di perequazione. Infine, dettaglio di non piccola rilevanza, l'Alta Autorità disponeva di risorse proprie, ottenute attraverso prelievi sulla produzione di carbone e di acciaio, e poteva contrarre prestiti per finanziare le imprese. La CECA era quindi dotata di autonomia finanziaria e di un proprio potere fiscale. In riferimento ai soli settori del carbone e dell'acciaio, l'Alta Autorità imponeva delle vere e proprie tasse europee[47]. Come osservato da Rossolillo, «a differenza di quanto accade oggi nell'Unione europea, i prelievi non passavano per i bilanci degli Stati membri, bensì erano versati direttamente dalle imprese su conti aperti a nome dell'Alta Autorità»[48]. Il suo potere in questo campo era pertanto molto esteso, se si considerano in aggiunta i deboli contropoteri istituzionali, costituiti da un'Assemblea parlamentare ed un Consiglio senza potere legislativo, i quali solo marginalmente potevano intervenire nelle decisioni dell'Alta Autorità.

È stato più volte ricordato come le Comunità europee si inseriscano in un rapporto di continuità con la CECA e come la Commissione europea abbia ereditato le principali funzioni e caratteristiche dell'Alta Autorità. Sebbene ciò sia indubbiamente vero, questa prospettiva di continuità ha agito anche in parte come un velo, oscurando le differenze e diluendo l'identità della CECA e delle sue istituzioni attraverso il tempo e la storia. Così, la differenza fondamentale che sussiste tra l'Alta Autorità e la Commissione europea in materia fiscale è stata, fatte salve alcune importanti eccezioni[49], spesso trascurata.

Ritornare sulle funzioni economiche e fiscali dell'Alta Autorità rappresenta invece un esercizio di grande utilità in un periodo storico come quello attuale, in cui, sulla scia delle ripetute crisi economiche, si stanno ripensando i parametri delle competenze europee in questo campo. A ben guardare, infatti, la nuova governance post-pandemica inaugurata dal *NGEU* attribuisce alla Commissione europea funzioni che ricordano in una certa misura quelle dell'Alta Autorità.

NGEU é lo strumento temporaneo adottato durante la pandemia di Covid-19 per finanziare la ripresa economica dei paesi dell'Unione. Attraverso prestiti contratti sui mercati finanziari, NGEU ha messo a disposizione degli Stati membri un totale di 750 miliardi di euro, di cui 384 miliardi in sovvenzioni e 360 miliardi in prestiti. La novità dello strumento risiede nel fatto che il rimborso dei fondi presi in prestito e gli interessi correlati avverranno tramite il bilancio dell'Unione, ma saranno distribuiti su un lungo periodo (per ora fino al 31 dicembre 2058), in modo da non gravare sui bilanci dell'UE negli anni a venire. Nel frattempo, le istituzioni europee e gli Stati membri si impegnano a lavorare all'introduzione di risorse proprie dell'Unione che potrebbero essere utilizzate per ripagare il debito. Solo nel caso in cui le risorse UE non siano sufficienti, gli Stati membri interverranno per rimborsarlo, In sintesi, NGEU ha istituito una forma di mutualizzazione del debito tra gli Stati

[47] D'altra parte, questo potere dell'Alta Autorità ha sollevato diverse controversie. Molte delle pronunce giurisdizionali del primo periodo della CECA vertono infatti sugli strumenti di intervento economico introdotti dall'Alta Autorità per orientare il mercato del carbone e dell'acciaio. Si veda ad esempio il contesto della disputa in Meroni, dove un'impresa italiana denuncia un'iniqua applicazione del sistema di perequazione sul mercato del rottame ferroso. Corte di Giustizia, sentenza del 13 giugno 1958, Meroni, C-9/56, EU:C:1958:7.

[48] G. ROSSOLILLO, *Il modello della CECA per l'attribuzione di un potere fiscale all'UE,* in *L'Unità Europea*, 2020, p. 4, https://www.mfe.it/port/index.php/2020-per-un-europa-comunita-di-destino/documenti-di-analisi/4543-il-modello-della-ceca-per-l-attribuzione-di-un-potere-fiscale-all-ue. Si veda anche G. ROSSOLILLO, *L'attualità del regime finanziario della CECA,* in *Il Federalista,* 2022, n. 1, p. 9 ss., che ricorda come, nonostante la forte autonomia fiscale della CECA, il suo potere fiscale non fosse tuttavia equiparabile a quello di uno Stato e come essa non fosse dotata di un vero e proprio bilancio.

[49] In particolare, si veda G. ROSSOLILLO, *Il modello della CECA*, *cit.*.

membri dell'Unione, sebbene basata su un debito comune temporaneo e senza risorse comuni[50].

NGEU si basa su un complesso e articolato quadro giuridico che combina diversi fondamenti giuridici[51]. Due Regolamenti ne costituiscono l'architettura principale. Il Regolamento EURI, adottato sulla base della clausola di emergenza dell'art 122 TFUE che consente di fornire assistenza finanziaria agli Stati membri in circostanze eccezionali, stabilisce l'importo complessivo del finanziamento, descrive il tipo di misure che possono essere finanziate e ne determina la provenienza[52]. Una parallela modifica della Decisione sulle Risorse Proprie é stata adottata per consentire all'Unione, e piú nello specifico alla Commissione, di contrarre prestiti sui mercati finanziari[53]. Il Regolamento RRF, invece, istituisce e regola il vero e proprio strumento per la Ripresa e la Resilienza: stabilisce gli obiettivi e le prioritá politiche che devono governare la distribuzione dei fondi, le norme e le condizioni per l'assegnazione dei finanziamenti agli Stati membri, e il sistema di valutazione e monitoraggio basato su Piani Nazionali di Ripresa e Resilienza (PNRR)[54]. La base giuridica per l'adozione del RRF è l'art. 175.3 TUE relativo alla politica di coesione economica, sociale e territoriale.

Entrambi i Regolamenti attribuiscono alla Commissione un ruolo di primo piano. Il Regolamento EURI per la prima volta permette alla Commissione di contrarre prestiti sul mercato per finanziare i progetti di ripresa degli Stati membri, offrendo come garanzia il budget europeo. Il Regolamento RRF affida alla Commissione la gestione della distribuzione e del monitoraggio dei fondi attraverso i PNRR (Capitolo III del RRD). Questi ultimi ai sensi dell'art. 17 RRF, "devono definire l'agenda di riforma e investimento dello Stato membro interessato." Sono redatti dagli Stati membri, negoziati e valutati dalla Commissione e approvati dal Consiglio. Si inseriscono nell'architettura della governance economica del Semestre europeo e vanno ad integrare il coordinamento delle politiche economiche che avviene all'interno del Semestre[55]. Rappresentano, quindi, un significativo intervento di politica economica coordinata e finanziata a livello europeo, la cui gestione é in mano alla Commissione.

Tali misure, soprattutto nella loro veste temporanea ed eccezionale, non equivalgono a dotare l'Unione di una capacità fiscale. Tuttavia, creano nuove funzioni in capo alla Commissione, la quale può indirizzare ed influenzare le riforme e gli investimenti degli Stati Membri, veicolando ingenti risorse finanziarie. Benché, infatti, non ci sia una vera e propria condizionalità legata all'esborso dei fondi, la Commissione veglia affinché i progetti contenuti nei piani di rilancio nazionali siano conformi alle sue priorità di policy[56]. Cosí, proprio a causa del suo ruolo imparziale di "Guardiana dei Trattati", la Commissione é divenuta ben piú presente ed influente nella politica economica nazionale, richiamando, per alcuni aspetti, proprio le funzioni che l'Alta Autoritá esercitava nella CECA

Le differenze tra l'Alta Autorità della CECA e la Commissione del *NGEU* sono tuttavia numerose: i finanziamenti *NGEU* sono indirizzati agli Stati membri e non alle imprese direttamente, come invece era il caso nella CECA; la Commissione, diversamente dall'Alta Autorità, non impone né riscuote tasse; il *NGEU* è per il momento una misura solo temporanea e di natura straordinaria. Infine, la governance multi-livello dell'Unione si presenta ben piú complessa di quella della CECA. La Commissione stessa ha subito profondi cambiamenti, divenendo un'istituzione sempre piú politica ed é ad oggi composta da 27 commissari provenienti da

[50] M. A. Panascí, *Unravelling Next Generation EU as a transformative moment: the hermeneutics of a constitutional change*, in *Common Market Law Review*, 2024, p. 13 ss.
[51] B. De Witte, *The European Union's COVID-19 recovery plan: The legal engineering of an economic policy shift*, Common Market Law Review, 2021, p. 635 ss.
[52] Regolamento (UE) 2020/2094 del Consiglio del 14 dicembre 2020 che istituisce uno strumento dell'Unione europea per la ripresa, a sostegno alla ripresa dell'economia dopo la crisi COVID-19 (EURI)
[53] Decisione (UE, Euratom) 2020/2053 del Consiglio del 14 dicembre 2020 relativa al sistema delle risorse proprie dell'Unione europea e che abroga la decisione 2014/335/UE, Euratom.
[54] Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021 che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza (RRF).
[55] P. Dermine, *Le plan de relance "Next Generation EU" de l'Union européenne*, 2023.
[56] M. Patrin, *A new cohesion policy? Inducing compliance through EU funding*, in L. Tsourdi, M. Van der Sluis (a cura di), *Governing through Funding in the EU*, Cambridge, in via di pubblicazione.

Stati membri profondamente disomogenei. L'Alta Autoritá, invece, annoverava nove membri, in prevalenza "tecnici, provenienti da solamente sei Paesi[57].

Tuttavia, il dibattito è già in corso riguardo la possibilità di replicare il modello NGEU, il quale potrebbe tradursi in un sistema permanente di sostegno agli investimenti[58]. Sono molti gli appelli di studiosi e *decision-makers* affinché vengano istituite una capacità fiscale e risorse proprie dell'Unione, o in favore dell'introduzione di imposte europee in settori specifici, quali quello ambientale[59]. D'altronde i Regolamenti NGEU prevedono l'introduzione progressiva di imposte europee che possano aiutare a ripagare il debito comune. Il processo si presenta peró alquanto laborioso e dall'esito incerto, considerato soprattutto che l'introduzione di nuove tasse richiede la votazione all'unanimitá al Consiglio. Ancora una volta il 'ritorno al futuro' dell'Alta Autorità può offrire un modello interessante per soluzioni che permettano all'UE di finanziare il suo bilancio tramite risorse proprie e di rafforzare la sua capacità a stimolare e sostenere gli investimenti.

6. CONCLUSIONE: ESPERTO, ARBITRO O BANCHIERE?

Nelle sue lezioni dell'Aja, Reuter definiva il ruolo dell'Alta Autorità della CECA sulla base di tre funzioni principali: quella dell'esperto, capace di accompagnare l'evoluzione economica dei settori carbonifero e siderurgico, quella del banchiere, che finanziava gli investimenti, e quella dell'arbitro, in quanto svolgeva una funzione quasi giurisdizionale nel sorvegliare l'applicazione delle regole del gioco stabilite dal Trattato e nel sanzionarne le deviazioni.

Settant'anni dopo notiamo come la Commissione europea svolga ancora due delle tre funzioni, quella di esperto e quella di arbitro, e che, con la gestione del *recovery plan*, si stia anche riappropriando del terzo ruolo di banchiere, seppure in modo incompiuto. Occorre però precisare che, se i poteri dell'Alta Autorità erano molto estesi, il suo campo d'azione era limitato ai due soli settori economici del carbone e dell'acciaio. Reuter osservava infatti come la scelta iniziale di limitare il settore d'intervento a due prodotti soltanto rispondesse ad una logica ben precisa, quella di «ottenere, a costo di limitarsi in superficie, un risultato importante in profondità»[60].

Al contrario, la Commissione europea ha oggi poteri più ridotti ma un campo di applicazione sempre crescente, sia in termini settoriali, sia in termini geografici. Le funzioni della Commissione si sono andate accrescendo in modo esponenziale ed ormai includono poteri di sorveglianza, funzioni esecutive e di indirizzo politico. La Commissione, in quanto guardiana dei Trattati sorveglia la loro applicazione, ma è anche l'organo che propone nuove leggi e gestisce il budget europeo. Allo stesso tempo, le sue funzioni politiche sono diventate sempre più importanti e, benché non possa essere considerata alla stregua di un governo nazionale, per molti aspetti assolve compiti molto simili ad un esecutivo europeo[61]. Infine, le riforme della *governance* economica europea varate a seguito della crisi dell'euro e, più recentemente, per far fronte alla pandemia di Covid, hanno attribuito alla Commissione poteri significativi di indirizzo economico sugli Stati membri attraverso il Semestre europeo[62].

---

[57] Per un'analisi piú dettagliata dei tratti di continuitá e discontinuitá tra l'Alta Autoritá e la Commissione si veda M. PATRIN, *Collegiality in the European Commission, cit., capitolo 2.*

[58] P. DERMINE, *The planning method: An inquiry into the constitutional ramifications of a new EU governance technique*, in *Common Market Law Review*, 2024, p. 959 ss.; S. Cafaro, *L'evoluzione della costituzione economica dell'Unione: si è conclusa l'era della stabilità?* in *Annali AISDUE*, Sezione "Atti convegni AISDUE", n. 14, 2022, p. 275 ss.

[59] Tuttavia, la più parte di queste proposte richiederebbe una revisione dei Trattati. L. LIONELLO, G. ROSSOLILLO, *Cosa significa creare una capacità fiscale europea e perché è così importante per il processo di integrazione?*, in *L'Unità Europea*, 2020 consultabile online al: https://www.mfe.it/port/index.php/2020-per-un-europa-comunita-di-destino/documenti-di-analisi/4580-cosa-significa-creare-una-capacita-fiscale-europea-e; T. P. WOŹNIAKOWSKI, M. P. MADURO, *Why Fiscal Justice should be reinstalled through European Taxes that the Citizens support – A Proposal, School of Transnational Governance*, Florence, 2020, consultabile online al:https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/69379/PB_2020_07_STG.pdf.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

[60] P. REUTER, *La conception du pouvoir politique,* cit., p. 259 (traduzione dell'autore).

[61] A. WILLE, *The Normalization of the European Commission*, Oxford, 2013.

[62] Sulle funzioni della Commissione nella governance economica si veda M. PATRIN, *The European Commission between*

In quest'ottica, il confronto con il ruolo dell'Alta Autorità diviene anche uno stimolo per valutare i limiti dell'espansione dei poteri della Commissione, ed un monito ad inserirli in un quadro istituzionale che ne garantisca il controllo. Ad esempio, al giorno d'oggi l'evocazione del modello del budget CECA non può non venir declinata in senso democratico. Il potere fiscale, vale a dire, non può essere concentrato esclusivamente nelle mani della Commissione europea ma va inserito in una più vasta riforma istituzionale dell'Unione. Una riforma che garantisca sì risorse proprie dell'Unione ma che lasci al Parlamento ed al Consiglio l'esercizio del potere fiscale[63].

D'altronde Reuter aveva prefigurato una trasformazione della costruzione comunitaria in senso più tradizionalmente democratico, immaginando che «in futuro l'Alta Autorità perda i suoi poteri in favore di un Consiglio dei Ministri veramente europeo per mantenere un ruolo consultativo»[64]. Aveva cioè riconosciuto un carattere fondamentalmente dinamico alla nuova organizzazione europea ed alla sua innovativa concezione del potere politico, che le permettesse di evolversi in modo costante ed assumere forme diverse a seconda della sua 'maturità'. Proprio perché il processo è ancora incompiuto, la costruzione ancora in divenire, uno sguardo critico alle istituzioni della CECA può aiutare a mettere in prospettiva le sfide attuali e future.

Institutional Unity and Functional Diversification: The Case of Economic Governance, in *European Papers*, 2021, pp. 269-292.

[63] G. ROSSOLILLO, *Il modello della CECA*, cit.

[64] P. REUTER, *La conception du pouvoir politique,* cit., p. 270 (traduzione dell'autore).

DE IUSTITIA

Rivista scientifica Anno 2025 – N°4 – Ottobre 2025

RASSEGNA- DIRITTO EUROPEO ISSN 2974-7562

TRIBUNALE 3 SETTEMBRE 2025 NELLA CAUSA T-348/23, ZALANDO C. COMMISSIONE, ECLI:EU:T:2025:821

A cura di **Emanuela DE FALCO***

MASSIMA[1]

Il Tribunale ha respinto il ricorso di Zalando contro la sua designazione quale "piattaforma online di dimensioni molto grandi" ai sensi del Digital Services Act, confermando così la decisione della Commissione europea. La designazione si basa sul superamento della soglia di 45 milioni di utenti attivi mensili, calcolati includendo gli utenti del programma "Partner Programm" (venditori terzi), dato che Zalando non è stata in grado di distinguerli da quelli che accedono tramite Zalando Retail.

SOMMARIO

1. Antefatto della causa 113

2. Le motivazioni della pronuncia del tribunale 114

1. ANTEFATTO DELLA CAUSA

Con decisione del 25 aprile 2023 (Decisione C (2023) 2727 final; comunicato IP/23/2413), la Commissione europea ha incluso la piattaforma Zalando tra le «piattaforme online di dimensioni molto grandi» ai sensi del Regolamento (UE) 2022/2065 sul mercato unico dei servizi digitali (Digital Services Act – DSA). Tale qualificazione deriva dal fatto che il numero medio mensile di destinatari attivi della piattaforma nell'Unione europea superava ampiamente la soglia prevista dall'articolo 33, paragrafo 4, del regolamento, fissata in 45 milioni di utenti (pari al 10% della popolazione dell'Unione), raggiungendo oltre 83 milioni.

Zalando, società di diritto tedesco che gestisce una vetrina online di articoli di moda e prodotti di bellezza accessibile attraverso diversi domini nazionali (tra cui zalando.de), opera sia tramite il servizio di vendita diretta «Zalando Retail» sia attraverso il programma «Partner Programm», che consente a venditori terzi di proporre i propri prodotti sulla stessa piattaforma. Nel febbraio 2023, in conformità all'articolo 24, paragrafo 2, del DSA, Zalando aveva pubblicato il dato relativo al numero medio mensile di utenti della propria piattaforma, pari a 83,341 milioni. Tuttavia, poiché i prodotti venduti da terzi rappresentavano il 37% del valore lordo complessivo delle transazioni, la società aveva sostenuto che il calcolo dovesse essere limitato a tale percentuale, riducendo così la platea di destinatari attivi a circa 30,8 milioni.

La Commissione, invece, ha ritenuto che la nozione di «destinatario attivo del servizio» – come chiarita dal considerando 77 e dall'articolo 3, lettere b) e p), del regolamento – ricomprendesse tutti gli utenti effettivamente esposti ai contenuti diffusi sulla piattaforma, indipendentemente dall'avvenuta conclusione di transazioni. Poiché, nell'interfaccia Zalando, i prodotti della società erano presentati insieme a quelli dei venditori terzi senza possibilità di distinzione per l'utente, non risultava possibile isolare i destinatari esposti unicamente all'offerta diretta rispetto a quelli esposti all'offerta dei partner. Sulla base di tale interpretazione, la Commissione ha confermato la soglia di 83,341 milioni di destinatari attivi, procedendo alla designazione ufficiale di Zalando come piattaforma di grandi dimensioni.

La conseguenza di tale qualificazione è l'applicazione di una serie di obblighi rafforzati previsti dal DSA, in particolare in materia di tutela dei consumatori e di contrasto alla diffusione di contenuti illegali. Zalando, sostenuta dall'associazione di categoria Bundesverband E-Commerce und Versandhandel Deutschland e.V. (bevh), ha impugnato la decisione dinanzi al Tribunale, chiedendone l'annullamento.

* Dottoranda di ricerca in "EU Law and Circular Economy", Università degli Studi di Padova – Università degli Studi di Napoli "Parthenope".

[1] Massima non ufficiale.

2. *LE MOTIVAZIONI DELLA PRONUNCIA DEL TRIBUNALE*

Il Tribunale ha respinto il ricorso della società tedesca, confermando integralmente la valutazione della Commissione in merito alla qualificazione della piattaforma ai sensi del regolamento (UE) 2022/2065 sui servizi digitali (Digital Services Act, DSA).

Il Tribunale ha anzitutto chiarito che Zalando deve essere considerata una «piattaforma online» per la parte della sua attività che consente a venditori terzi di commercializzare prodotti attraverso il programma denominato Partner Programm. In tale contesto, infatti, la società memorizza e diffonde al pubblico informazioni fornite da operatori esterni, come immagini, descrizioni o dati relativi ai prodotti messi in vendita. Il fatto che Zalando possa modificare o integrare tali contenuti per ragioni commerciali non cambia la natura di queste informazioni, che restano comunque di provenienza terza. Diversamente, la sezione di vendita diretta (Zalando Retail), in cui l'azienda commercializza i propri articoli, non rientra nella definizione di piattaforma online, in quanto non implica la memorizzazione di contenuti generati da destinatari del servizio, bensì soltanto dati creati dalla stessa Zalando.

Su questa base, la questione centrale riguardava la qualificazione di Zalando come «piattaforma online di dimensioni molto grandi», categoria che, ai sensi del DSA, si applica ai fornitori che raggiungono un numero medio mensile di destinatari attivi pari o superiore a 45 milioni nell'Unione. Per stabilire tale soglia, occorreva determinare il numero di utenti esposti a contenuti forniti dai venditori terzi tramite il Partner Programm. Poiché Zalando non era in grado di distinguere, tra gli oltre 83 milioni di utenti complessivi della sua piattaforma, quelli effettivamente esposti alle offerte dei terzi da quelli che non lo erano, la Commissione era legittimata a considerare l'intera utenza come destinataria di tali informazioni. In questo modo, il numero medio mensile di destinatari attivi risultava superiore a 83 milioni, ben al di sopra dei circa 30 milioni sostenuti da Zalando sulla base del solo volume di vendite generate nel programma partner.

Il Tribunale ha anche respinto gli argomenti della ricorrente relativi alla presunta violazione dei principi di certezza del diritto, uguaglianza di trattamento e proporzionalità. In particolare, ha osservato che la nozione di «informazioni» nel quadro del DSA deve essere intesa in senso ampio e che l'eventuale modifica o arricchimento dei dati da parte della piattaforma non ne esclude la qualificazione come contenuti provenienti da terzi. Ha inoltre ricordato che le offerte di prodotti commercializzati da venditori esterni possono integrare la nozione di «contenuto illecito» qualora riguardino articoli non conformi, contraffatti o altrimenti illegali, il che rafforza la necessità di un controllo stringente sulle piattaforme che raggiungono una larga parte della popolazione europea.

Riguardo al calcolo dei destinatari attivi, il Tribunale ha sottolineato che la nozione rilevante è l'«esposizione» alle informazioni, indipendentemente dal domicilio degli utenti o dal fatto che abbiano effettivamente concluso un acquisto. Non era quindi decisivo se alcuni consumatori avessero alla fine scelto prodotti venduti direttamente da Zalando: bastava che fossero stati in contatto con contenuti provenienti dai venditori partner. Inoltre, il giudice ha escluso che eventuali difficoltà tecniche, come l'impossibilità di distinguere i robot dagli utenti umani o di contabilizzare correttamente coloro che rifiutano i cookie, potessero giustificare una sottostima del numero medio mensile di destinatari attivi. Al contrario, il regolamento ammette la possibilità di una sovrastima, ma non consente di ridurre artificiosamente il dato.

Infine, quanto al principio di proporzionalità, il Tribunale ha ritenuto legittima la scelta del legislatore europeo di basarsi su un criterio quantitativo (il numero medio mensile di destinatari attivi) e non su valutazioni qualitative relative alla tipologia di piattaforma o ai rischi effettivi generati. Tale scelta, infatti, garantisce un'applicazione rapida ed efficace delle norme, evitando procedure complesse e onerose che rallenterebbero l'attuazione del DSA. Considerato che i marketplace online, anche quando selezionano con cura i propri venditori, restano potenzialmente esposti alla diffusione di prodotti pericolosi o illeciti presso milioni di

consumatori, la soglia numerica fissata dal regolamento è stata giudicata né irragionevole né sproporzionata.

Pertanto, la sentenza conferma la validità della decisione della Commissione e stabilisce che Zalando, in quanto piattaforma che consente la vendita di prodotti da parte di terzi ed è utilizzata da oltre 83 milioni di utenti nell'UE, rientra a pieno titolo tra le «piattaforme online di dimensioni molto grandi» ai sensi del Digital Services Act.

DE IUSTITIA

Rivista scientifica Anno 2025 – N°4 – Ottobre 2025

RASSEGNA- DIRITTO EUROPEO ISSN 2974-7562

CORTE DI GIUSTIZIA 16 OTTOBRE 2025 NELLA CAUSA C-218/24, IBERIA LÍNEAS AÉREAS DE ESPAÑA (NOZIONE DI «BAGAGLI»), ECLI:EU:C:2025:794

A cura di **Emanuela DE FALCO***

MASSIMA[1]

La Corte di giustizia ha chiarito che, ai sensi della Convenzione di Montreal, gli animali da compagnia rientrano nella nozione di «bagagli» e non ne sono esclusi. Pertanto, in caso di perdita durante il trasporto aereo, la responsabilità del vettore è disciplinata dal regime previsto per i bagagli, che comprende sia il danno materiale sia quello morale, salvo dichiarazione speciale di interesse alla consegna. Tale interpretazione è compatibile con l'articolo 13 TFUE, purché siano rispettate le esigenze di benessere degli animali durante il trasporto.

SOMMARIO

1. Antefatto della causa 116

2. Le motivazioni della pronuncia della Corte 117

1. ANTEFATTO DELLA CAUSA

Il 22 ottobre 2019 Felicísima e sua madre avevano prenotato un volo operato dalla compagnia aerea Iberia, con partenza da Buenos Aires (Argentina) e destinazione Barcellona (Spagna). Le due passeggeri viaggiavano insieme al loro animale domestico, una cagnolina, che, a causa delle dimensioni e del peso, doveva essere trasportata nella stiva dell'aereo, all'interno di un trasportino omologato.

Al momento del check-in, Felicísima consegnò il trasportino con l'animale affinché fosse caricato nella stiva, ma non effettuò una dichiarazione speciale di interesse alla consegna a destinazione, come previsto dall'articolo 22, paragrafo 2, della Convenzione di Montreal del 28 maggio 1999 – relativa all'unificazione di alcune norme sul trasporto aereo internazionale, firmata dalla Comunità europea il 9 dicembre 1999 e approvata con la decisione 2001/539/CE del Consiglio del 5 aprile 2001, entrata in vigore nell'Unione europea il 28 giugno 2004.

Durante le operazioni di imbarco, il cane riuscì a uscire dal trasportino e a correre nelle vicinanze dell'aeromobile, senza che fosse possibile recuperarlo. A seguito dell'accaduto, Felicísima presentò ricorso dinanzi allo Juzgado de lo Mercantil n. 4 de Madrid (Tribunale di commercio n. 4 di Madrid), chiedendo un risarcimento di 5.000 euro per il danno morale derivante dalla perdita dell'animale.

La compagnia Iberia riconobbe la propria responsabilità e il diritto della passeggera a ottenere un risarcimento, ma entro i limiti previsti dall'articolo 22, paragrafo 2, della Convenzione di Montreal, che stabilisce un importo forfettario massimo per il bagaglio registrato. Tale disposizione consente tuttavia, mediante il pagamento di un supplemento, di dichiarare un valore superiore del bagaglio attraverso una "dichiarazione speciale di interesse alla consegna a destinazione", che comporta un risarcimento fino al valore dichiarato.

Il giudice spagnolo investito della controversia espresse dubbi interpretativi circa la nozione di "bagagli" ai sensi dell'articolo 17, paragrafo 2, della Convenzione di Montreal, chiedendo alla Corte di giustizia di chiarire se tale nozione includa o escluda gli animali da compagnia che viaggiano con i passeggeri, e se il limite di risarcimento previsto all'articolo 22, paragrafo 2, sia applicabile anche a tali animali.

Secondo il giudice del rinvio, gli animali da compagnia, essendo esseri senzienti ai sensi dell'articolo 13 TFUE e del diritto spagnolo, rappresentano esseri viventi dotati di sensibilità, legati ai loro proprietari da relazioni affettive. La loro perdita, pertanto, provoca un danno psicologico non paragonabile a quello derivante dalla perdita di un semplice oggetto, come un bagaglio. In questa

* Dottoranda di ricerca in "EU Law and Circular Economy", Università degli Studi di Padova – Università degli Studi di Napoli "Parthenope".

[1] Massima non ufficiale.

prospettiva, l'applicazione del limite di indennizzo previsto dalla Convenzione non risulterebbe adeguata.

Il giudice osservò inoltre che il danno morale connesso alla perdita di un animale domestico non può essere evitato mediante una dichiarazione speciale di interesse, poiché quest'ultima fa riferimento unicamente al valore materiale del bene e non al valore affettivo o relazionale.

Alla luce di tali considerazioni, lo Juzgado de lo Mercantil n. 4 de Madrid ha sospeso il procedimento e ha sottoposto alla Corte di giustizia dell'Unione europea la seguente questione pregiudiziale: «Se l'articolo 17, paragrafo 2, della Convenzione di Montreal, in combinato disposto con l'articolo 22, paragrafo 2, della stessa Convenzione, debba essere interpretato nel senso di escludere, dalla nozione di "bagaglio", consegnato o meno, gli animali domestici e da compagnia».

2. *LE MOTIVAZIONI DELLA PRONUNCIA DELLA CORTE*

La Corte di giustizia è stata chiamata a pronunciarsi sull'interpretazione dell'articolo 17, paragrafo 2, della Convenzione di Montreal, in combinato disposto con l'articolo 22, paragrafo 2, per stabilire se gli animali da compagnia possano essere esclusi dalla nozione di «bagagli» ai sensi di tali disposizioni.

In primo luogo, la Corte ha ricordato che, ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, del regolamento (CE) n. 2027/97, la responsabilità dei vettori aerei dell'Unione nei confronti dei passeggeri e dei loro bagagli è regolata dalle pertinenti disposizioni della Convenzione di Montreal. Secondo l'articolo 17, paragrafo 2, della Convenzione, il vettore è responsabile dei danni derivanti dalla distruzione, perdita o deterioramento dei bagagli consegnati, qualora tali eventi si verifichino a bordo dell'aeromobile o durante il periodo in cui il vettore li ha in custodia. Per i bagagli non consegnati, compresi gli effetti personali, la responsabilità del vettore sussiste se il danno è causato da colpa sua o dei suoi dipendenti.

Poiché né la Convenzione di Montreal né il regolamento n. 2027/97 definiscono la nozione di «bagagli», quest'ultima deve essere interpretata in modo autonomo e uniforme nell'ambito del diritto dell'Unione, in conformità alle regole generali di interpretazione del diritto internazionale, come previsto dagli articoli 31 e 32 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati. Tali norme stabiliscono che un trattato deve essere interpretato in buona fede, secondo il senso comune dei suoi termini nel contesto e alla luce del suo oggetto e scopo.

Nel suo significato ordinario, il termine «bagagli» si riferisce a tutto ciò che una persona porta con sé per un viaggio, indipendentemente dal fatto che si tratti di un contenitore (come una valigia o una borsa) o di un oggetto individuale, ad esempio un passeggino. Sebbene normalmente la parola rinvii a oggetti materiali, ciò non consente di escludere gli animali da compagnia da tale nozione.

Analizzando il contesto della Convenzione, la Corte ha sottolineato che l'articolo 1 distingue chiaramente tre categorie di trasporto aereo internazionale: di persone, di bagagli e di merci. Ne deriva che la nozione di «persone» comprende quella di «passeggeri» e che, pertanto, un animale da compagnia non può essere assimilato a un «passeggero». Tale conclusione trova conferma nei lavori preparatori della Convenzione di Montreal, dai quali non emerge alcuna intenzione degli Stati contraenti di equiparare un animale domestico a un passeggero o di assoggettarlo al regime di responsabilità previsto per questi ultimi.

Pertanto, la Corte ha stabilito che, nel contesto di un'operazione di trasporto aereo, gli animali da compagnia rientrano nella nozione di «bagagli» e che il risarcimento per la loro perdita è disciplinato dal regime di responsabilità applicabile ai bagagli, ai sensi degli articoli 17, paragrafo 2, e 22, paragrafo 2, della Convenzione di Montreal.

Questa interpretazione è coerente con gli obiettivi della Convenzione, che mira a garantire un equilibrio tra gli interessi dei vettori aerei e quelli dei passeggeri, assicurando un risarcimento equo e rapido senza imporre oneri eccessivi ai vettori. A tal fine, l'articolo 22, paragrafo 2, prevede un limite di responsabilità per la distruzione, perdita, deterioramento o ritardo dei bagagli, fissato per passeggero. Tale limite, attualmente pari a 1.131 DSP (diritti speciali di prelievo), rappresenta un massimale e non un importo automatico dovuto in ogni caso.

Il passeggero può tuttavia superare tale limite mediante una dichiarazione speciale di interesse alla consegna a destinazione, concordata con il vettore e accompagnata, se del caso, dal pagamento di una tassa supplementare. In assenza di tale dichiarazione, il limite di responsabilità copre sia i danni materiali sia quelli morali.

Infine, la Corte ha respinto l'argomento secondo cui l'articolo 13 TFUE, che impone all'Unione e agli Stati membri di tener conto del benessere degli animali nelle politiche dell'Unione, osterebbe alla qualificazione degli animali da compagnia come «bagagli». Pur riconoscendo che la tutela del benessere animale costituisce un obiettivo di interesse generale dell'Unione, la Corte ha precisato che ciò non impedisce di considerare tali animali come «bagagli» ai fini della responsabilità del vettore, purché le loro esigenze di benessere siano rispettate durante il trasporto.

In conclusione, la Corte ha dichiarato che l'articolo 17, paragrafo 2, della Convenzione di Montreal, letto congiuntamente all'articolo 22, paragrafo 2, deve essere interpretato nel senso che gli animali da compagnia non sono esclusi dalla nozione di "bagagli" e che la loro perdita durante il trasporto aereo rientra nel regime di responsabilità previsto per tale categoria, ferma restando la piena tutela del loro benessere.

DE IUSTITIA

Rivista scientifica Anno 2025 – N°4 – Ottobre 2025

RASSEGNA – CASSAZIONE PENALE ISSN 2974-7562

IN TEMA DI VIOLENZA SESSUALE PER L'INTEGRAZIONE DELL'ELEMENTO SOGGETTIVO È BASTEVOLE LA CONSAPEVOLEZZA DELLA NATURA SESSUALE DELL'ATTO POSTO IN ESSERE - CASS. PEN. SEZ. III, 6 AGOSTO 2025, N. 28970

A cura di **Fabrizio REGA***

MASSIMA[1]

In tema di reati sessuali, ai fini dell'integrazione dell'elemento soggettivo del reato di violenza sessuale, non è necessario che la condotta sia finalizzata a soddisfare il piacere sessuale dell'agente, in quanto è sufficiente che questi sia consapevole della natura oggettivamente sessuale dell'atto posto in essere volontariamente, ossia della sua idoneità a soddisfare il piacere sessuale o a suscitarne lo stimolo, mentre l'eventuale concorrente finalità dell'agente ingiuriosa o minacciosa, così come scherzosa, non esclude la connotazione sessuale dell'azione.

SOMMARIO

1. Il fatto 119

2. La decisione 120

3. Conclusioni 122

1. IL FATTO

Il Tribunale condannava l'imputato per violenza sessuale.

Successivamente, nel giudizio di gravame, la Corte d'appello riduceva la pena inflitta.

L'imputato, per il tramite del proprio difensore, proponeva ricorso per Cassazione articolando otto motivi.

Con il primo motivo deduceva - ai sensi dell'art. 606 lett. e) cod. proc. pen. - la mancanza, contraddittorietà o manifesta illogicità della motivazione perché, in riferimento al delitto di cui al capo 1), la Corte di appello ometteva di valutare una prova documentale decisiva che avrebbe dovuto indurre il giudicante a prestare maggiore attenzione alle dichiarazioni della P.O., dimostrando la natura preordinata delle accuse.

Il secondo motivo, di natura non dissimile al primo, evidenziava la non credibilità della P.O.

Nel dettaglio, la Corte di appello avrebbe reso una motivazione viziata sul punto: a) travisando la prova del momento in cui la ragazza sarebbe stata riportata a casa dal ricorrente, nonché i referti medici, i quali sarebbero incompatibili con quanto esposto in sede di esame dalla persona offesa; b) omettendo di valutare l'assenza di segni sul volto del ricorrente, che avrebbero dovuto essere riscontrati, stando alle parole della persona offesa; c) trascurando la differenza di statura tra il ricorrente e la persona offesa; d) mancando di approfondire la perizia legale sulle condizioni psicologiche della persona offesa.

Il successivo motivo di ricorso si fondava sull'art. 606, lett. b) cod. proc. pen., evidenziando l'inosservanza ovvero l'erronea applicazione dell'art. 43 cod. pen. Invero, la sentenza di secondo grado confermava la condanna nonostante l'imputato non percepiva il dissenso della persona offesa: questa, in realtà, gli avrebbe ripetutamente giurato di volere il rapporto sessuale, fornendogli anche il preservativo.

Il quarto motivo, riguardante il capo 2), lamentava l'inosservanza di norme processuali circa l'utilizzabilità di un filmato, girato e manipolato dalla persona offesa. A sostegno veniva citata la giurisprudenza di legittimità, secondo cui la copia di un documento sarebbe utilizzabile solo quando l'originale non sia disponibile e salvo che se ne deduca e dimostri la non manipolazione.

Intimamente connesso era il quinto motivo evidenziando la mancanza, contraddittorietà o manifesta illogicità della motivazione relativamente al filmato fornito dalla persona offesa del reato, il quale – secondo l'impostazione difensiva – non effigiava toccamenti né aveva un contenuto oggettivamente sessuale né, infine, poteva ritenersi genuino siccome il contenuto non era stato consegnato integralmente.

* Avvocato presso il Foro di Torre Annunziata. Componente del Comitato Editoriale della Rivista "*De Iustitia*".

[1] Massima non ufficiale.

Il sesto motivo denunciava la mancanza, contraddittorietà o manifesta illogicità della motivazione quanto all'elemento soggettivo del reato di cui al capo 2). Dal compendio probatorio non risultava in alcun modo che la vittima aveva percepito una minaccia alla propria sfera sessuale, tanto da indurlo a credere di partecipare ad uno scherzo, così inteso da entrambi e da entrambi accettato.

Il penultimo motivo lamentava un vizio di motivazione per il mancato riconoscimento dell'attenuante della minore gravità *ex* art. 609-*bis*, comma 3, cod. pen. La Corte di appello l'avrebbe negata in ragione di una presunta predominanza fisica del ricorrente rispetto alle persone offese. In realtà così non era, perché: la ragazza del capo 1) sarebbe più bassa dell'imputato di soli 2 cm., mentre il ragazzo del capo 2) sarebbe addirittura più alto, e di circa 20 cm., come peraltro emergerebbe dalla visione delle immagini.

L'ultimo motivo di ricorso desumeva l'inosservanza dell'art. 442, comma 2, cod. proc. pen. I Giudici di primo grado rigettavano la richiesta di giudizio abbreviato condizionato con motivazione contraddittoria, ora evidenziandone l'eccessiva onerosità in termini di tempo, ora svalutandone il merito.

Successivamente, in sede di gravame, il ragionamento risultava viziato, perché privo di novità e decisività dell'integrazione probatoria richiesta, peraltro comunque emersa dal fatto che l'istruttoria l'avrebbe interamente recepita, addirittura sviluppandosi in termini più ampi.

2. *LA DECISIONE*

Il ricorso risultava infondato.

In riferimento al primo motivo, la Terza Sezione riportava l'indirizzo giurisprudenziale maggioritario, secondo cui per "prova decisiva" – così come previsto dall'art. 606, comma 1, lett. d), cod. proc. pen. – deve intendersi la prova che: «*confrontata con le argomentazioni contenute nella motivazione, si riveli tale che, ove esperita, avrebbe sicuramente determinato una diversa pronuncia ovvero quella che, non assunta o non valutata, vizia la sentenza intaccandone la struttura portante*».

Adeguando il principio di diritto al caso concreto, la Suprema Corte rilevava che la prova oggetto del primo motivo di ricorso non rivestiva tale carattere. La difesa, sul punto, argomentava genericamente adducendo che il documento "avrebbe dovuto indurre il giudicante a prestare maggiore attenzione alle dichiarazioni accusatorie di I. A. ed a sottoporre ad un più attento vaglio critico le accuse e le dichiarazioni delle amiche".

La deduzione, ancora, era da definirsi generica vista perché ometteva di confrontarsi con le numerose e più che articolate considerazioni svolte da entrambi i Giudici del merito in ordine all'attendibilità della stessa.

A tal proposito, l'incontro tra la vittima e il reo non veniva giammai contestato dalla difesa con riguardo alle circostanze di tempo e di luogo, sicché l'esatta collocazione degli eventi non può costituire argomento per valutare l'attendibilità della persona offesa.

Il primo motivo di ricorso, dunque, era infondato.

Anche il secondo motivo, relativo alla credibilità della P.O., veniva ritenuto manifestatamente infondato. Il ragionamento logico-giuridico della difesa si sviluppava attraverso diversi profili di travisamento della prova.

In realtà, la deduzione tendeva ad ottenere in sede di legittimità una nuova e differente lettura delle risultanze istruttorie già esaminate nelle sedi di merito. Tra l'altro, il motivo di ricorso ometteva di confrontarsi con la pronuncia impugnata, la quale – in realtà – motivava in modo adeguato e coerente con il compendio probatorio, risultando priva di contraddizioni.

Sul punto, i Giudici di merito valorizzavano: a) la piena coerenza del racconto; b) l'assenza di qualunque elemento di inimicizia o rivalsa nei confronti dell'imputato, così come di elementi di colore (come con riguardo alle modalità del rapporto); c) l'immediatezza con la quale la ragazza aveva riferito al padre quanto accaduto, in evidente stato di agitazione e pianto; d) i numerosi riscontri, anche indiretti, documentali e testimoniali, che le accuse avevano ricevuto.

Per tale motivo, anche il secondo motivo di ricorso era da considerarsi infondato.

Ugualmente inammissibile era il terzo motivo di ricorso, con il quale si negava la presenza

dell'elemento soggettivo siccome l'imputato non percepiva il dissenso della persona offesa.

In disparte la già svolta considerazione secondo cui in sede di legittimità non può esservi un nuovo esame del compendio probatorio (nella specie i messaggi "*Whatsapp*" che i due si erano scambiati nella notte successiva al fatto), gli argomenti difensivi erano avulsi rispetto a quanto spiegato nella sentenza impugnata, la quale evidenziava le plurime e chiare manifestazioni di dissenso della persona offesa: sin dai primi momenti, infatti, a fronte di un espresso rifiuto, l'imputato le aveva messo un braccio intorno al collo, era sceso dal muretto, si era messo in piedi dietro di lei ed aveva continuato a stringere, chiedendo un bacio ancora negato.

Successivamente, il reo continuava a stringerle il collo, mentre la ragazza gli chiedeva di lasciarla, con tono sempre più agitato, al che il primo l'aveva trascinata a terra e, alle sue grida, le aveva tappato la bocca con delle foglie, mentre l'altra cercava di graffiarlo. Dunque, l'imputato aveva preteso un rapporto sessuale, ottenendo un ulteriore rifiuto. Alla fine, comprendendo di non poter convincere il ricorrente, la persona offesa cedeva alla richiesta, consegnando il profilattico.

Pertanto, il ricorrente ben percepiva il dissenso della persona offesa a consumare il rapporto sessuale.

Ma vi è di più. Le sentenze di primo e secondo grado evidenziavano che nel corso del rapporto erotico, la P.O. cercava di allontanare più volte l'imputato urlando di fermarsi, e solo dopo ripetute richieste aveva ottenuto che questi cessasse il proprio comportamento.

Ebbene, l'imputato non solo aveva percepito il dissenso dallo svolgimento dei fatti, ma anche dalle plurime manifestazioni della giovane, tanto che il successivo rapporto consumato costituiva il culmine di una violenza manifestata poco prima dal ricorrente.

In sintesi, le coordinate tracciate dalle sentenze di merito in riferimento al capo 1) non meritavano censure.

In modo sovrapponibile doveva concludersi per quanto riguardo il capo 2).

Con la quarta censura, la difesa asseriva l'inutilizzabilità *ex* art. 191 cod. proc. pen. del filmato offerto dalla persona offesa perché manipolato.

Purtuttavia, da un lato, il fondamento stesso della richiesta restava indimostrato; dall'altro, la Corte bresciana riteneva utilizzabile il filmato perché conteneva le "registrazioni più rilevanti" tra quelle eseguite dalla P.O.

A tali considerazioni, poi, la Terza Sezione della Corte di Cassazione aggiungeva che il motivo di ricorso, oltre a svilupparsi su di un inammissibile profilo di merito, risultava generica, in quanto non specifica quali immagini sarebbero state tagliate, con quale contenuto e con quale incidenza sull'esito del giudizio.

Pertanto, non vi era nessuna violazione dell'art. art. 234 cod. proc. pen.

Profili di inammissibilità colpiscono altresì il quinto motivo di ricorso, secondo cui le immagini acquisite non dimostrerebbero alcuna condotta illecita.

A tal proposito, la difesa – nuovamente – richiedeva un'intrusione della Suprema Corte in valutazioni esclusive della sede di merito.

Anche il sesto motivo di ricorso, avente ad oggetto l'elemento soggettivo del reato di cui al capo 2), risultava manifestamente infondato.

Premesso che il motivo si sviluppava lungo un inammissibile profilo di merito e che la richiesta censura trascurava quanto illustrato in sentenza, la tesi secondo cui entrambi i protagonisti della vicenda partecipassero ad uno scherzo era inconsistente.

Sul punto, le risultanze del dibattimento dimostravano che lo "scherzo" veniva percepito unilateralmente dall'imputato e, pur volendo ammettere che questi tenesse una volontà esclusivamente giocosa, il reato di cui all'art. 609 *bis* cod. pen. è un delitto a dolo generico, tale per cui non potrebbe escludersi la consumazione dell'illecito penale. Sul punto, la Terza Sezione ribadiva l'orientamento preponderante in giurisprudenza secondo cui:

«*in tema di reati sessuali, ai fini dell'integrazione dell'elemento soggettivo del reato di violenza sessuale, non è necessario che la condotta sia finalizzata a soddisfare il piacere sessuale dell'agente, in quanto è sufficiente che questi sia consapevole della natura oggettivamente sessuale dell'atto posto*

in essere volontariamente, ossia della sua idoneità a soddisfare il piacere sessuale o a suscitarne lo stimolo, mentre l'eventuale concorrente finalità dell'agente ingiuriosa o minacciosa, così come scherzosa, non esclude la connotazione sessuale dell'azione».

Del tutto infondate erano anche le considerazioni svolte sull'attenuante di cui all'art. 609 *bis*, comma 3, cod. pen.

I Giudici di Piazza Cavour evidenziavano che quanto annotato rivestiva un carattere di puro merito, non ammesso nel giudizio di legittimità. A tutto voler concedere, le considerazioni svolte non si confrontavano con la sentenza di appello che, con motivazione del tutto congrua e priva di vizi, negava l'ipotesi lieve in esame con molte altre valutazioni.

Il mancato riconoscimento dell'attenuante in parola si basava sulla valorizzazione della durata della

condotta; del suo concreto svolgimento; i luoghi prescelti; l'orario notturno. Tali elementi oggettivi venivano valorizzati in aderenza agli indirizzi interpretativi costantemente affermati.

Infine, anche l'ultimo motivo di ricorso, con il quale si contestava la violazione dell'art. 442, comma 2, cod. proc. pen., risultava inammissibile.

Il profilo di inammissibilità risiedeva nella genericità della censura, che non precisava quali integrazioni probatorie erano necessarie ai fini della decisione, impedendo ogni valutazione di merito.

3. CONCLUSIONI

Rigetta il ricorso proposto dal ricorrente.

LA CAUSA DI ESCLUSIONE DELLA PUNIBILITÀ DI CUI ALL'ART. 384 C.P. E IL REATO DI FALSA TESTIMONIANZA DI CUI ALL'ART. 372 C.P. - CASS. PEN. SEZ. VI, 22 MAGGIO 2025, N. 19130

A cura di **Valentina CALABRESE***

MASSIMA[1]

La struttura della causa di esclusione della punibilità di cui all'art. 384 c.p. postula che il comportamento astrattamente illecito, in relazione alle circostanze oggettive del caso concreto, costituisca l'unica opzione per scongiurare pregiudizi in capo al soggetto attivo o ai suoi prossimi congiunti. In relazione al reato di falsa testimonianza di cui all'art. 372 c.p., il giudice è tenuto ad accertare soltanto che a fronte dell'obbligo giuridico di dire la verità la persona sia tenuta a scegliere tra autoincriminarsi o mentire.

SOMMARIO

1. Il fatto 123

2. La decisione 123

3. Conclusioni 124

1. IL FATTO

La questione sottoposta al vaglio della Suprema Corte attiene alla corretta configurazione dei presupposti della causa di non punibilità di cui all'art. 384 c.p. nell'ipotesi di falsa testimonianza.

La Suprema Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulla sentenza del Tribunale che assolveva l'imputato dal reato di cui all'art. 372 c.p., applicandogli la causa di non punibilità prevista dall'art. 384 c.p., in relazione al delitto di falsa testimonianza commesso nell'ambito del procedimento penale a carico di un amico.

Avverso tale sentenza, veniva proposto ricorso per Cassazione dal Procuratore, articolandolo in due motivazioni:

- con il primo motivo, il ricorrente deduceva la violazione dell'art. 384 c.p., per avere il giudice di prime cure applicato la causa di esclusione della punibilità in assenza dei presupposti normativamente previsti, così come interpretati dalla giurisprudenza di legittimità;

- con il secondo motivo, il ricorrente eccepiva il vizio di motivazione dell'impugnato provvedimento per aver ritenuto che le dichiarazioni false e reticenti dell'imputato fossero volte ad evitare un'accusa penale senza argomentare in ordine al delitto astrattamente configurabile.

Il giudizio di Cassazione veniva svolto in trattazione scritta, ai sensi dell'art. 23, co. 8, d.l. n. 137 del 2020, convertito dalla L. n. 176 del 2020 per come prorogata.

2. LA DECISIONE

La Suprema Corte accoglieva il ricorso proposto, ritenendolo fondato.

Il giudice di legittimità rilevava che nessuna delle circostanze oggetto della deposizione del teste rendesse ipotizzabile una sua auto-incriminazione, riguardando le stesse elementi del tutto estranei alle contestazioni formulate nei confronti dell'amico. La Corte, né tantomeno, riteneva evincersi dalla motivazione della sentenza impugnata che, al momento dell'escussione del teste, fossero emersi elementi, anche meramente indiziari, sulla cui base supporre l'assunzione della qualifica di imputato di un qualsiasi reato, o ulteriori ragioni per ritenere che lo stesso potesse essere obbligato a deporre su fatti dai quali potesse emergere la sua responsabilità penale.

La Suprema Corte ribadiva che la struttura della causa di non punibilità di cui all'art. 384 c.p., la quale trova la propria ragion d'essere nel principio di inesigibilità di condotte giuridiche autolesive (si veda, Sez. VI, n. 7006/2021, RV 280840; S.U. n. 10381/2020, *Fialova*), postula che il

* Dott.ssa praticante abilitata al patrocinio sostitutivo presso l'Ordine Forense di Reggio Emilia. Componente del Comitato Editoriale della Rivista "*De Iustitia*".

[1] Massima non ufficiale.

comportamento astrattamente illecito, in relazione alle circostanze oggettive del caso concreto, debba costituire l'unica opzione per scongiurare pregiudizi in capo al soggetto attivo o ai suoi prossimi congiunti.

Con riferimento alla falsa testimonianza, per la Corte, il giudice deve accertare soltanto che di fronte all'obbligo giuridico di dire la verità la persona sia tenuta a scegliere tra autoincriminarsi o mentire.

Il Tribunale nel ritenere che la condotta reticente dell'imputato e le sue dichiarazioni contraddittorie fossero coperte dall'art. 384 c.p., non si è attenuto, come dovuto, a quei principi propri del diritto, non mergendo dalla motivazione della sentenza impugnata in quali termini egli trovasse nel concreto pericolo di autoincriminazione per un delitto che, infatti non è stato neanche indicato.

3. CONCLUSIONI

Alla stregua di tali argomenti la Suprema Corte ha annullato la sentenza impugnata, rinviandola per un nuovo giudizio al giudice di prime cure.

LE SEZIONI UNITE SULLA CONFIGURABILITÀ IN FORMA OMISSIVA DEL DELITTO DI EPIDEMIA COLPOSA - CASS. PEN. SEZ., UN., 128 LUGLIO 2025, N. 27515

A cura di **Andrea PROVENZANO***

MASSIMA[1]

La fattispecie di epidemia colposa delinea un reato a forma libera e causalmente orientato, suscettibile di essere integrato, in forza della clausola di equivalenza di cui all'art. 40 cpv. c.p., anche da una condotta omissiva.

SOMMARIO

1. Il fatto 125

2. La decisione 126

3. Conclusioni 127

1. IL FATTO

I fatti traggono origine dalla diffusione del virus Covid-19, tra i mesi di marzo e aprile 2019, a causa della negligente condotta tenuta da un dirigente sanitario. Quest'ultimo, infatti, pur essendo delegato del datore di lavoro, non aveva fornito ai lavoratori del nosocomio i necessari dispositivi di protezione individuale, non aveva assicurato loro una formazione sufficiente e adeguata al rischio epidemiologico e aveva omesso di adottare misure collettive e individuali per impedire la diffusione del virus.

Con sentenza, il Tribunale ha tuttavia assolto l'imputato perché il fatto non sussiste. Il giudice di prime cure ha ritenuto che il delitto di epidemia colposa di cui agli artt. 438 e 452 c.p. presenta la struttura di un illecito a forma vincolata (che può essere integrato solo dalla condotta commissiva tipizzata dal legislatore, consistente nella «diffusione di germi patogeni»), quindi incompatibile con il disposto di cui all'art. 40, comma 2, c.p., riferibile esclusivamente ai reati a forma libera.

Avverso tale sentenza il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Sassari ha proposto ricorso *per saltum* dinanzi alla Cassazione, contestando sia che l'epidemia colposa abbia natura di reato a forma vincolata, sia che la "clausola di equivalenza" tra non impedire e cagionare, di cui all'art. 40 cpv c.p., possa operare solamente in relazione ai reati a forma libera.

La Quarta Sezione penale della Cassazione, investita del ricorso, ha ravvisato un potenziale contrasto in senso alla giurisprudenza di legittimità circa la compatibilità del delitto in esame con la forma omissiva e pertanto ha richiesto l'intervento nomofilattico delle Sezioni Unite, rimettendo loro la questione interpretativa «se il delitto di epidemia colposa possa essere integrato anche da una condotta omissiva».

Nell'ordinanza di rimessione si osserva che la Suprema Corte si è occupata del tema specifico in due sole occasioni, giungendo a escludere la configurabilità del reato in forma omissiva. La Sezione rimettente richiama, però, altresì un arresto del 2019 in materia di diffusione del virus HIV che, pur non occupandosi del reato di epidemia, in un *obiter dictum* sembra aprire alla possibilità di considerarlo alla stregua di un reato a forma libera, laddove sostiene che la norma incriminatrice non seleziona le condotte diffusive rilevanti, dato che non individua in che modo debba avvenire la diffusione dei germi patogeni e potendo tale diffusione avvenire in varie forme (per contatto o via area o attraverso superfici o altri vettori o per liberazione di animali infetti o per scarico di rifiuti in acqua ecc.).

Passati in rassegna i precedenti giurisprudenziali rilevanti, i giudici della Quarta Sezione hanno proposto alle Sezioni Unite di superare l'orientamento negativo, in favore di un'interpretazione più ampia, che ammetta la realizzazione del reato di epidemia colposa anche in forma omissiva.

A tal fine, il rimettente sostiene anzitutto che il dato letterale non sia ostativo a una ricostruzione

* Funzionario UPP presso il Tribunale di Torino. Componente del Comitato Editoriale della Rivista "De Iustitia" fino al 31.10.2025.

[1] Massima non ufficiale.

della tipicità aperta anche alla forma omissiva, in quanto il verbo "diffondere", impiegato dall'art. 438 c.p., ha un significato sufficientemente esteso da ricomprendere anche il "lasciare che altri diffonda".

Ad avviso del collegio, inoltre, non si dovrebbe trascurare il mutato contesto storico e sociale, rispetto a quello presente al varo della norma, introdotta dal legislatore del 1930 in considerazione della «enorme importanza che [aveva] ormai acquistato la possibilità di venire in possesso di germi, capaci di cagionare un'epidemia, e di diffonderli», come si legge nella Relazione al codice penale, senza invece mostrare riguardo alla possibilità che la negligente gestione del rischio sanitario possa costituire fattore scatenante di un'epidemia.

Ancora, i giudici della quarta sezione ritengono che l'art. 438 c.p. non descriva un reato "a forma vincolata" bensì un reato "a mezzo vincolato", atteso che l'espressione «mediante diffusione di germi patogeni» non rappresenterebbe un connotato della condotta, bensì del mezzo attraverso cui si verifica l'evento. Del resto, la configurazione del reato di epidemia come casualmente orientato a forma libera appare del tutto coerente con il rango elevato dei beni giuridici tutelati, ossia la salute e l'incolumità collettiva, che richiede una tutela giuridica particolarmente intensa.

Infine, il rimettente argomenta che, anche a voler escludere che il reato in esame sia a forma libera, è da escludere una incompatibilità della formula di equivalenza di cui all'art. 40 cpv c.p. rispetto ai reati a forma vincolata. In questa direzione vi è la giurisprudenza in tema di truffa contrattuale che ha qualificato in termini di "raggiro" il silenzio maliziosamente serbato dal contraente e che dunque sembra ammettere la configurabilità di una truffa integrata da condotte omissive.

2. *LA DECISIONE*

La Cassazione ha dato risposta positiva al quesito formulato dalla Quarta Sezione, seppur seguendo un diverso percorso argomentativo.

Prima di affrontare la specifica questione sottoposta al suo esame, il Supremo consesso procede ad un'analisi della fattispecie incriminatrice. Sul piano dell'elemento oggettivo la norma richiede una rapida, massiva ed incontrollata diffusività su un numero indeterminato di persone tale da qualificare la fattispecie in termini di reato di pericolo concreto per la pubblica incolumità. La figura delittuosa non è pertanto integrata in caso di propagazione circoscritta solo a determinati ambienti. Sul piano del bene giuridico protetto, esso va individuato in quello, di rilievo costituzionale (art. 32 Cost.), della salute pubblica. Il reato è, invero, inserito tra i delitti contro l'incolumità pubblica e, più specificamente, in quello dei delitti di comune pericolo mediante frode, nei quai la frode non consiste in un artificio ingannatorio bensì nella insidiosità del mezzo (qui, i germi patogeni). Si tratta dunque di un bene di dimensione collettiva, essendo del resto le aggressioni individuai già tutelate dalle previsioni contenute nell'ambito dei delitti contro la persona. Tale inquadramento – proseguono le Sezioni Unite – spiega anche la rara applicazione della norma: ai fini della sua configurabilità, infatti, non è sufficiente il contagio di un certo numero di persone, ma occorre il pericolo di diffusione verso un numero indeterminato di vittime potenziali.

Di interesse anche un breve passaggio in tema di *overruling in malam partem*, nel quale si chiarisce che questo fenomeno opera solo in presenza di una pronuncia delle Sezioni Unite, in quanto depositarie di dicta assistiti dal valore del precedente "relativamente vincolante" loro attribuito dall'art. 618, comma 1-*bis* c.p.p.

Venendo, infine, alla risoluzione della questione, molteplici gli argomenti posti a sostegno della decisione.

In primo luogo, si sostiene che il termine "diffusione" non può essere inteso come unicamente consistente nello spargimento volontario come sembrerebbe desumersi dalla Relazione del Guardasigilli al progetto del Codice penale. I lavori preparatori sono invero inidonei a fondare interpretazioni di disposizioni di legge travalicanti il dato letterale delle stesse né possono ritenersi elemento di vicolo esegetico. Altrimenti, qualora si assegnasse loro una valenza interpretativa tale da rendere recessiva ogni altra argomentazione fondata sui criteri di cui all'art. 11 delle preleggi, si attribuirebbe alla stessa una funzione di atipica interpretazione

autentica, funzione che può essere svolta solo dalle norme dettate dal legislatore in tal senso.

In secondo luogo, l'impossibilità di assimilare al concetto di diffusione quello di contagio trova decisa smentita dallo stesso legislatore e dell'emergenza Covid-19 che, con riguardo all'ipotesi della condotta di colui che, risultato positivo al virus, si limiti a violare l'obbligo di confinamento nella propria abitazione o dimora, ha prospettato la possibile configurabilità del reato di epidemia.

In terzo luogo, se si richiedesse che la diffusione sia riferita solo al comportamento di chi è in possesso di germi, e non anche di chi ne sia semplicemente contagiato, si introdurrebbe di fatto un reato proprio o a soggettività ristretta fondato su una specifica qualifica caratterizzante il soggetto attivo come "detentore" o "possessore" del germe, nonostante la natura indubbiamente comune del reato come evidenziato dall'incipit "chiunque".

In quarto luogo, si evidenzia che il reato ha una struttura a forma libera e causalmente orientata (e non è, dunque, a condotta vincolata). In questo senso depongono il bene tutelato (i reati contro l'incolumità pubblica sono tradizionalmente presidiati da reati causalmente orientati) e il fatto che escludere la configurabilità in forma omissiva del reato di epidemia significherebbe di fatto escludere anche la sua integrazione in forma colposa. E ciò poiché, esclusa l'omissione, ogni condotta attiva di diffusione intesa come propagazione del germe da parte del soggetto attivo dovrebbe necessariamente essere caratterizzata da precisa volontà e consapevolezza in tal senso: non vi sarebbe spazio alcuno allora per condotte negligenti imprudenti o imperite (in quanto sarebbero incompatibili con il concetto stesso di diffusione).

Ancora, si sottolinea la necessità di una lettura che valorizzi l'ordine dei sintagmi nel testo normativo: l'atto di "cagionare" è la condotta e l'epidemia l'oggetto della stessa, dunque l'evento del reato; di conseguenza, la "diffusione di germi patogeni" posta immediatamente dopo la "epidemia" non è mera specificazione vincolata della condotta, ma è ciò che specifica l'evento. Per il legislatore, in altri termini, è epidemia quella che si verifica attraverso la diffusione, cioè la propagazione, di germi patogeni e non anche attraverso le ulteriori forme individuate dalla scienza (si pensi alle sostanze tossiche o radioattive). L'art. 438 c.p. pone dunque l'accento sull'evento e non sulla condotta. Non è il soggetto autore del reato colui che diffonde ma sono i germi patogeni che si diffondono dando così luogo all'evento

Del resto, come già sopra sottolineato, la decisione di delineare il reato di epidemia in termini di reato causalmente oriente è coerente con l'ordinaria configurazione di fattispecie incriminatrici a presidio di beni giuridici primari, qual è quello in esame.

Infine, tale esegesi è in sintonia con il mutato contesto storico-sociale. Mentre al momento dell'introduzione della norma il fenomeno era prospettato come essenzialmente doloso (negli occhi del legislatore vi erano l'uso di armi batteriologiche durante la prima guerra mondiale e la dispersione di virus nocivi prodotti in laboratorio), oggi il concetto di epidemia evoca sempre più i profili di gestione del rischio sanitario e si relaziona a condotte spesso colpose che non sarebbero punite se si leggesse la fattispecie in termini di reato a condotta vincolata.

3. CONCLUSIONI

Annulla la sentenza impugnata con rinvio per il giudizio alla Corte di appello.

L'ART. 256 BIS, D. LGS. 152/2006 DESCRIVA UNA FATTISPECIE AUTONOMA - CASS. PEN. SEZ. III, 7 AGOSTO 2025, N. 29222

A cura di **Fabrizio REGA***

MASSIMA[1]

L'articolo 256 bis, *D. Lgs. 152/2006, descrive una fattispecie autonoma di reato laddove abbia ad oggetto rifiuti pericolosi, in ragione della differenza «*originaria*» tra rifiuti pericolosi e non pericolosi in relazione alla presenza o meno di sostanze pericolose* tout court *(rifiuti pericolosi «assoluti») ovvero di sostanze pericolose in determinate concentrazioni (rifiuti «speculari» pericolosi), con conseguente esclusione della fattispecie di combustione illecita di rifiuti pericolosi dal giudizio di bilanciamento ex art. 69 cod. pen.*

SOMMARIO

1. Il fatto 128

2. La decisione 128

3. Conclusioni 129

1. IL FATTO

La Corte d'appello confermava la sentenza del Tribunale d, il quale condannava l'imputato in relazione al delitto di cui all'art. 256 *bis* D. Lgs. 152/2006, aggravato *ex* art. 99 cod. pen., alla pena di anni 3 e mesi 4 di reclusione.

Avverso tale decisione l'imputato, per il tramite del proprio difensore, proponeva ricorso per Cassazione articolando due motivi.

Con il primo, lamentava – ai sensi dell'art. 606, lett. e) cod. proc. pen. – il travisamento della prova principale, riguardante l'accendino rinvenuto indosso all'imputato, il quale veniva indicato come «*a fiamma ossidrica*», invece che a fiamma «*antivento*», nonché degli ulteriori dati istruttori, dei quali fornisce una più logica ipotesi controfattuale.

Con il secondo, denunciava la violazione dell'art. 256 *bis* D. Lgs. 152/2006. La Corte d'Appello non effettuava il bilanciamento tra circostanze eterogenee ad effetto speciale. Invero, seguendo il ragionamento della difesa la combustione di rifiuti pericolosi, prevista dall'ultima parte del comma 1, non costituisce ipotesi autonoma di reato.

2. LA DECISIONE

Il ricorso risultava infondato.

In riferimento al primo motivo, la Corte di Cassazione rilevava che si trattava di «doppia conforme». In tali casi, è sì possibile dedurre il vizio del travisamento della prova, ma esclusivamente se: «[...] *il giudice di appello, per rispondere alle critiche contenute nei motivi di gravame, abbia richiamato dati probatori non esaminati dal primo giudice, ovvero quando entrambi i giudici del merito siano incorsi nel medesimo travisamento delle risultanze probatorie acquisite*»[2].

Di contro, il ricorso sarebbe ammissibile se il dato probatorio, asseritamente travisato, sia stato per la prima volta introdotto come oggetto di valutazione nella motivazione del provvedimento di secondo grado. A tal fine, l'erronea valutazione della prova deve essere macroscopicamente o manifestamente evidente tale da imporre, in termini inequivocabili, il riscontro della non corrispondenza delle motivazioni di entrambe le sentenze di merito rispetto al compendio probatorio acquisito nel contraddittorio delle parti.

Pertanto: «*al fine dell'accoglimento del ricorso è necessario che la deduzione abbia un oggetto definito e inopinabile, tale da evidenziare la palese e non controvertibile difformità tra il senso intrinseco della dichiarazione (o di altro elemento di prova) e quello tratto dal giudice, di guisa che il travisamento sia tale da «disarticolare» l'intero ragionamento probatorio*»[3].

Nel caso di specie, la Corte rilevava che il ricorso era diretto a ripercorrere il merito delle valutazioni del compendio probatorio, precluso in sede di legittimità.

---

* Avvocato presso il Foro di Torre Annunziata. Componente del Comitato Editoriale della Rivista "*De Iustitia*".

[1] Massima non ufficiale

[2] In modo conforme, *Cfr.* Cass. Pen. Sez. 2, n. 32113 del 02/07/2021, Dhayba, n.m.

[3] Cass. Pen. Sez. 5, n. 48050 del 2/7/2019, S., Rv. 27758-01; Sez. 6, n. 5146 del 16/01/2014, Del Gaudio, Rv. 258774 - 01.

Sul secondo motivo, relativo alla qualificazione quale reato autonomo dell'art. 256 *bis,* D. Lgs. 152/2006, la Corte di Cassazione premetteva l'assenza di precedenti pronunce sul tema, salvo l'*obiter* contenuto nella sentenza n. 16346 del 11/01/2021, resa dalla Terza Sezione. Ivi, veniva disposto che: «*il "nuovo" art. 256-bis, introdotto dall'art. 3 del d.l. n. 136 del 2013, come convertito con modifiche nella legge n. 6 del 2014, nel medesimo d.lgs., ha previsto due delitti nei primi due commi, ai quali vengono affiancati tre circostanze aggravanti al primo, al terzo e al quarto comma*».

D'altra parte, l'Ufficio del massimario e del ruolo, nel commento alla L. 6 febbraio 2014, n. 6, ammetteva che il testo legislativo potesse indurre a ritenere la sussistenza di un'autonoma fattispecie incriminatrice piuttosto che una circostanza aggravante, valorizzando la circostanza dell'autonoma determinazione della pena, nonché il riferimento dei commi 3, 4 e 5 dell'art. 256 *bis*, riferendosi ai "delitti di cui al comma 1". Purtuttavia, i commentatori rilevavano che con la modifica avvenuta in sede di conversione del D. L. n. 136/2013, il legislatore preferiva le espressioni singolari: "delitto di cui al comma 1" (comma 3); "fatto di cui al comma 1" (comma 4), "reato di cui al comma 1" (comma 5), preferendosi – dunque - la definizione di circostanza aggravante.

La visione non è, però, unitaria. Parte della dottrina propende per la natura autonoma della fattispecie, evidenziando che il comma 1 dell'art. 256 *bis,* D. Lgs. 152/2006 è una norma a «fattispecie alternative», unificate dalla similitudine tra le condotte, ma distinte da elementi specializzati bilaterali. Da un lato, si registra la specializzazione della natura dei rifiuti, cioè pericolosa, rispetto alla natura non pericolosa degli stessi; dall'altro, la norma non ripete tutte le caratteristiche della fattispecie.

In sintesi, il legislatore non attua un mero rinvio alla ipotesi «base» di combustione illecita, ma, riformulando la fattispecie, ometterebbe di valorizzare il riferimento al deposito illegittimo del rifiuto.

Inoltre, le ipotesi circostanziate di cui ai commi 3 e 4, e al comma 2, ha operato un rinvio sanzionatorio alle «stesse pene» previste dal comma 1. La declinazione, quindi, sarebbe sintomatica della volontà di distinguere le due ipotesi criminose descritte nell'alveo del medesimo comma 1.

Infine, tale orientamento valorizza il dato relativo ad analoghe previsioni del D. Lgs. 152/2006 (artt. 256 e 257), sempre considerate dalla giurisprudenza come autonome.

Tanto ricostruito, considerati insufficienti i criteri strutturale e letterale, la Corte risolveva la questione seguendo quello criterio sistematico, analizzando l'intera disciplina della parte IV del D. Lgs. n. 152/2006.

Dalla lettura degli articoli 183 e 184, D. Lgs. 152/2006, emerge che i rifiuti vengono classificati secondo l'origine – distinti in "urbani" e "speciali" – e secondo la pericolosità, "pericolosi" e "non pericolosi".

Dunque, il legislatore pone distinzione in base alla «specialità» del rifiuto pericoloso, considerandoli come «originariamente» differenti, in relazione alla presenza o meno di sostanze pericolose tout court (rifiuti pericolosi «assoluti») ovvero di sostanze pericolose in determinate concentrazioni (rifiuti «speculari» pericolosi).

Tale differenza consente di concludere per la natura autonoma della fattispecie, siccome impedisce l'applicazione del principio di specialità:

«*L'art. 256 bis D. Lgs. 152/2006, ha ad oggetto rifiuti pericolosi, essa costituisce figura autonoma di reato e non circostanza aggravante, in ragione della differenza «originaria» tra rifiuti pericolosi e non pericolosi in relazione alla presenza o meno di sostanze pericolose tout court (rifiuti pericolosi «assoluti») ovvero di sostanze pericolose in determinate concentrazioni (rifiuti «speculari» pericolosi), con conseguente esclusione della fattispecie di combustione illecita di rifiuti pericolosi dal giudizio di bilanciamento ex art. 69 cod. pen.*»

3. CONCLUSIONI

Rigetta il ricorso proposto dal ricorrente.

DE IUSTITIA

Rivista scientifica Anno 2025 – N°4 – Ottobre 2025

RASSEGNA – CASSAZIONE PENALE ISSN 2974-7562

BANCAROTTA FRAUDOLENTA PATRIMONIALE E CONCORSO ESTERNO: IL PERIMETRO DELL'ELEMENTO SOGGETTIVO DEFINITO PER L'INTRANEUS SI DEVE ESTENDERE ANCHE ALL'EXTRANEUS – CASS. PEN., SEZ. V, 5 AGOSTO 2025, N. 28625

A cura di **Maria Chiara MASTRANTONIO***

MASSIMA[1]

Posto che il delitto di bancarotta fraudolenta patrimoniale prefallimentare è reato di pericolo concreto, integrato dalla sottrazione di ricchezza idonea a recare danno alle pretese dei creditori, il dolo del concorrente extraneus nel reato proprio dell'amministratore consiste nella volontarietà della propria condotta di apporto a quella dell'intraneus, con la consapevolezza che essa determina un depauperamento del patrimonio sociale ai danni dei creditori, non essendo, invece, richiesta la specifica conoscenza del dissesto della società.

SOMMARIO

1. Il fatto 130

2. La decisione 131

3. Conclusioni 133

1. IL FATTO

Con la sentenza impugnata, la Corte di Appello, in parziale riforma della pronuncia resa dal Giudice di prime cure, assolveva l'imputata per il reato di ricettazione *ex* art. 648 c.p., confermando, invece, l'affermazione di responsabilità quale concorrente *extraneus* nel delitto di bancarotta fraudolenta distrattiva contestato all'amministratore di una società a responsabilità limitata.

Dalla ricostruzione operata nel provvedimento impugnato è emerso che l'imputata aveva ricevuto sul proprio conto corrente due bonifici bancari per complessivi 60.000 euro, provenienti dal conto personale del predetto amministratore unico, alimentato da provvista proveniente dalla società fallita. Tali somme, considerate del tutto sproporzionate rispetto alla prestazione professionale effettivamente resa – consistita nella redazione di una relazione tecnica su un verbale della Direzione territoriale del lavoro (DTL) di Imperia e nello studio della documentazione societaria – erano ritenute prive di giustificazione. L'imputata, inoltre, nella sua qualità di commercialista della società, era stata giudicata consapevole concorrente nella distrazione posta in essere dall'amministratore, in ragione della conoscenza della grave esposizione debitoria della società, della macroscopica esorbitanza degli importi ricevuti, della mancata emissione tempestiva della fattura (emessa per il minor importo di 15.000 euro), nonché della mancata restituzione delle somme percepite in eccesso e della loro omessa dichiarazione fiscale.

Avverso tale decisione veniva proposto ricorso per Cassazione, articolato in quattro motivi di doglianza.

Con il primo motivo di ricorso si deduce vizio di motivazione, anche per travisamento della prova, poiché la Corte di appello non si sarebbe confrontata con il verbale assembleare del 31 luglio 2016, con cui era stato deliberato il trasferimento delle somme sociali su un conto intestato all'amministratore, al fine di preservare il patrimonio da pretese pretestuose di alcuni dipendenti e a tutela dei creditori. Secondo la difesa, la Corte avrebbe dovuto chiarire se l'odierna ricorrente avesse concorso in tale scelta, qualificabile come atto distrattivo.

Il secondo motivo, invece, riguarda la carenza di motivazione circa la pericolosità della condotta contestata, non avendo la Corte spiegato se l'appropriazione dell'imputata avesse realmente inciso sul patrimonio sociale al momento della dichiarazione di fallimento, avvenuta due anni e mezzo dopo il trasferimento delle somme, né valorizzato eventuali indici di fraudolenza.

Con il terzo motivo si censura l'elemento soggettivo, ritenendo che non siano stati individuati elementi idonei a dimostrare la consapevolezza dell'imputata circa l'effetto depauperativo della

* Avvocato del Foro di Roma. Componente del Comitato Editoriale della Rivista "De Iustitia".

[1] Massima non ufficiale.

parcella corrispostale rispetto al patrimonio sociale, considerato che i bonifici provenivano dal conto personale dell'amministratore e non da quello sociale.

II quarto motivo concerne il vizio di motivazione in ordine alla deduzione dell'appellante volta alla derubricazione del fatto in bancarotta preferenziale, esclusa dalla Corte di appello sul rilievo che non vi fosse giustificazione al pagamento in favore dell'imputata di un importo superiore a quello della parcella e della mancata prova della loro restituzione, sebbene ella avesse dichiarato al PM che una parte delle somme – pari a 22.260 euro – era stata restituita al proprio datore di lavoro.

Infine, nel pieno rispetto dei termini prescritti dal codice di rito, la ricorrente ha altresì presentato motivi aggiunti, con i quali si deduce la violazione di legge e l'erronea applicazione delle norme in tema di concorso di persone nel reato e di corretta correlazione tra accusa e sentenza, rilevando che l'*intraneus* ha definito la propria posizione con un patteggiamento a seguito della riqualificazione, da parte del P.M., della condotta distrattiva in bancarotta preferenziale. Tale riqualificazione, secondo la difesa, stante l'unicità della condotta, deve incidere necessariamente anche sulla posizione processuale dell'*extraneus*.

2. *LA DECISIONE*

La Corte di Cassazione, investita della questione, ha ritenuto il ricorso fondato, evidenziando quanto segue.

La sentenza impugnata ha ritenuto la ricorrente concorrente *extraneus* nella condotta distrattiva dell'amministratore, valorizzando la sua conoscenza della situazione economico-finanziaria della società nonché della rilevante esposizione debitoria, l'ammontare sproporzionato dei compensi ricevuti, l'assenza di tempestiva fatturazione e la mancata restituzione delle somme eccedenti, peraltro non dichiarate fiscalmente. Eppure, la Corte territoriale avrebbe dovuto chiarire le ragioni per cui l'odierna imputata potesse essere considerata consapevole che le somme a lei versate dal conto corrente intestato all'amministratore fossero, in realtà, quelle precedentemente distratte dal conto corrente della società, tanto più che si trattava di somme in parte a lei spettanti, quale compenso per l'attività di consulenza svolta in favore della società.

Sul punto, la Suprema Corte richiama l'esegesi costituzionalmente orientata della norma – e oramai consolidata in giurisprudenza – secondo cui il delitto di bancarotta prefallimentare distrattiva risulta integrato non già dalla sottrazione di ricchezza *tout court*, ma solo laddove venga distratta quella concretamente idonea a recare danno alle pretese dei creditori, e cioè a mettere in pericolo la garanzia patrimoniale dei crediti verso l'impresa.

Secondo lo schema del reato di pericolo concreto, infatti, la valutazione del pericolo deve essere condotta con un giudizio *ex ante* (tra tutte, si veda, Cass. pen., Sez. V, 24 marzo 2017, n. 17819, Palitta) e in riferimento agli atti depauperativi compiuti nella cd. zona di rischio penale (cfr. Cass. pen., Sez. 5, 24 marzo 2010, n. 16579, Fiume; Cass. pen., Sez. 5, 22 febbraio 2018, n. 18517, Lapis) nonché alla qualità oggettiva della distrazione, ancorché realizzata in un tempo lontano dal fallimento, se particolarmente condizionante in negativo per le sorti future della società (cfr. Cass. pen., Sez. 5, 14 febbraio 2024, n. 28941).

Nella trama motiva, poi, il Giudice di legittimità sottolinea come il reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale prefallimentare si configura come un reato di pericolo concreto nel quale l'atto di depauperamento deve essere tale da mettere a rischio l'integrità del patrimonio sociale in funzione della garanzia collettiva dei creditori, e tale idoneità deve permanere sino all'apertura della procedura concorsuale. L'evento giuridico del reato, come ribadito anche dalle Sezioni Unite Loy (sentenza n. 21039 del 26 maggio 2011), coincide infatti con la capacità dell'atto di creare un vulnus alla garanzia patrimoniale, valutata *ex ante* sulla base delle caratteristiche oggettive della condotta e della situazione finanziaria complessiva dell'impresa, senza che assumano rilievo fattori sopravvenuti non imputabili, come un improvviso tracollo economico.

D'altronde, l'oggettività giuridica del delitto di bancarotta fraudolenta patrimoniale

prefallimentare risulta essere la tutela dell'integrità del patrimonio della società in decozione, nella sua peculiare funzione di garanzia dei creditori (si vedano, oltre alle già citate Sezioni Unite Loy del 2011, Cass. pen., Sez. Un., 26 febbraio 2009, n. 24468, Rizzoli; Cass. pen., Sez. Un., 31 marzo 2016, n. 22474, Passarelli).

Tutto ciò, peraltro, è rimasto fermo anche all'esito dell'entrata in vigore del Codice della crisi e dell'insolvenza che, riproducendo lo schema tipico dell'art. 216, comma I, n. 1, R.D. 267/1942 nel testo della fattispecie di cui all'art. 322, comma I, lett. a), cristallizza una perfetta continuità normativa tra le due disposizioni (in tema, cfr. Cass. pen., Sez. V, 26 maggio 2023, n. 33810, Rizzo).

Quanto al tema del dolo dell'*extraneus*, la Suprema Corte ha precisato che la giurisprudenza più recente, oramai, ritiene sufficiente la consapevolezza di contribuire al depauperamento del patrimonio sociale, senza che sia necessaria la conoscenza dello stato di decozione dell'impresa[2]. Talché, il dolo del concorrente extraneus nel reato proprio dell'amministratore *«consiste nella volontarietà della propria condotta di apporto a quella dell'intraneus, con la consapevolezza che essa determina un depauperamento del patrimonio sociale ai danni dei creditori, non essendo, invece, richiesta la specifica conoscenza del dissesto della società»* (cfr., *ex pluris*, Cass. pen., Sez. V, 29 aprile 2010, n. 16579; Cass. pen., Sez. V, 26 gennaio 2016, n. 12414; Cass. pen., Sez. V, 14 ottobre 2019, n. 4710; Cass. pen., Sez. V, 30 novembre 2021, n. 10687; Cass. pen., Sez. V, 17 febbraio 2023, n. 17831).

Tale ricostruzione, d'altronde, si pone in linea con l'interpretazione, confermata dalle Sezioni Unite Passarelli (sentenza n. 22474 del 31 marzo 2016), secondo cui il dolo della bancarotta fraudolenta patrimoniale ha natura generica: non è richiesta, infatti, né la consapevolezza dello stato di insolvenza dell'impresa, né l'intento di arrecare un pregiudizio ai creditori. È sufficiente, invece, che l'autore della condotta distrattiva – o chi vi concorra – agisca con la consapevolezza che le operazioni sul patrimonio sociale siano idonee a pregiudicare le ragioni creditorie, in quanto ne riducono la consistenza e, con essa, la funzione di garanzia, senza che occorra la specifica volontà di determinare tale danno.

Il dolo del concorrente *extraneus*, allora, non può che essere ricondotto al medesimo perimetro dell'elemento soggettivo richiesto in capo all'*intraneus*. D'altronde, sarebbe illogico subordinare la configurabilità del concorso esterno alla consapevolezza del dissesto, poiché ciò implicherebbe, da un lato, la sua ravvisabilità soltanto quando la crisi dell'impresa sia già conclamata, in contrasto con la struttura normativa della fattispecie e, dall'altro, un'estensione arbitraria del dolo rispetto a quanto richiesto per l'*intraneus*.

Alla luce di tali coordinate ermeneutiche, la Quinta Sezione ha ritenuto che *«non può ritenersi sufficiente, ai fini dell'affermazione della responsabilità della* omissis [ricorrente], *quale concorrente extraneus nel delitto di bancarotta fraudolenta distrattiva, la mera consapevolezza dello stato di dissesto in cui versava la società (consapevolezza che, paradossalmente, non si richiede invece all'amministratore), giacché, per ascrivere all'odierna imputata la condotta di concorrente esterno nel reato proprio dell'amministratore di bancarotta fraudolenta patrimoniale, occorre prendere atto di un suo apporto causale e volontario ad una condotta effettivamente depauperativa del patrimonio sociale, secondo il parametro probatorio sopra ricordato».*

La Corte di appello, nel rinnovato giudizio di merito, dovrà altresì confrontarsi con la circostanza che l'amministratore della società, concorrente *intraneus*, ha definito la propria posizione sulla base di una riqualificazione giuridica del fatto in termini di bancarotta preferenziale, con inevitabili ricadute anche sulla fattispecie contestata alla concorrente

[2] Sul punto, però, merita di essere ricordato che un precedente orientamento esegetico aveva ritenuto che nel dolo del concorrente estraneo al reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale dovesse necessariamente rientrare anche la consapevolezza dello stato di decozione dell'impresa. Sul punto, infatti, era stato statuito come *«al fine della configurabilità del concorso dell'"extraneus" nel delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione (art. 216 L. fall.) è necessario che sussista la consapevolezza del percettore della somma - versata dall'imprenditore, successivamente dichiarato fallito - in ordine allo stato di decozione dell'impresa da cui il denaro proviene e, quindi, in ordine al rischio cui siano esposte le ragioni creditorie, con la conseguenza che il giudice deve dare rigorosa dimostrazione del sufficiente contenuto rappresentativo dell'elemento psicologico, focalizzato sul concreto rischio di insolvenza, anche se non qualificato da una specifica volontà di cagionare danno ai creditori dell'imprenditore»* (cfr., tra tutte, Cass. pen., Sez. V, 27 ottobre 2006, n. 41333).

esterna nel delitto, atteso che il reato al quale ella fornisce il proprio contributo non potrà che essere il medesimo ascritto al concorrente *intraneus*.

3. CONCLUSIONI

La Suprema Corte di Cassazione, alla luce delle argomentazioni *supra* esposte, ha annullato la sentenza impugnata con rinvio per un nuovo giudizio ad altra sezione della Corte di appello.

LA DISCIPLINA DELLA PRESCRIZIONE, EX ART. 159 C.P., NEL TESTO INTRODOTTO DALLA L. N. 103/2017 E AMBITO DI APPLICAZIONE - CASS. PEN. SS. UU., 5 GIUGNO 2025, N. 20989

A cura di **Valentina CALABRESE***

MASSIMA[1]

Le Sezioni Unite penali hanno affermato che la disciplina della sospensione del corso della prescrizione di cui all'art. 159 c.p., nel testo introdotto dalla legge n. 103 del 2017, si applica ai reati commessi nel tempo di vigenza della legge stessa, ovvero dal 3 agosto 2017 al 31 dicembre 2019, non essendo stata abrogata con effetti retroattivi dalla legge n. 3 del 2019, prima, e dalla legge n. 134 del 2021, poi, mentre per i reati commessi dall'1 gennaio 2020 si applica la disciplina posta a sistema dalla legge n. 134 del 2021.

SOMMARIO

1. Il fatto 134

2. La decisione 134

3. Conclusioni 135

1. IL FATTO

Il Giudice di primo grado aveva pronunciato sentenza di condanna in capo all'imputato per il reato di cui all'art. 4 L. n. 110/1975 in ordine ad un fatto commesso il 17 agosto 2017.

Il prevenuto proponeva appello innanzi alla Corte territoriale che pronunciava sentenza di non doversi procedere per intervenuta prescrizione. Nel motivare la propria decisione, la Corte d'Appello osservava come il termine di prescrizione per la contravvenzione *de qua* fosse spirato in data 17 agosto 2022 ritenendo inapplicabile, in mancanza di una norma transitoria, l'art. 159, comma secondo, c.p. come modificato dall'art. 1 L. n. 103/2017, a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 2, comma 1, lett. a), L. n. 134/2021 che ha integralmente abrogato l'art. 1, comma primo, L. n. 3/2019, travolgendo le modifiche normative intermedie.

Veniva proposto ricorso per Cassazione dal Procuratore generale della Repubblica, chiedendo l'annullamento della sentenza di secondo grado con un unico motivo di doglianza, articolato sulla violazione degli artt. 2, comma 4, 157, 159 e 161 c.p.

Secondo il ricorrente, la Corte territoriale aveva trascurato di considerare l'opposto orientamento giurisprudenziale secondo cui per i reati commessi dal 3 agosto 2017 al 31 dicembre 2019 non operava il regime introdotto dalla legge n. 134/2021 cosicché per tale lasso temporale l'art. 159 c.p. sarebbe ancora applicabile.

La questione è stata dapprima sottoposta alla Prima Sezione della Corte di cassazione, la quale, dato atto di un contrasto giurisprudenziale, ha rimesso la decisione alle Sezioni Unite.

2. LA DECISIONE

La Corte di cassazione a Sezioni Unite ha preliminarmente effettuato un *excursus* normativo sulla disciplina della prescrizione, dando atto di come la L. n. 134/2021 nulla disponga espressamente in ordine alla disciplina transitoria.

La Corte ha poi rilevato l'esistenza di orientamenti giurisprudenziali divergenti.

Secondo l'orientamento maggioritario, non vi sarebbe successione delle leggi penali nel tempo ai sensi dell'art. 2 c.p. e, dunque, ai reati commessi tra il 3 agosto 2017 e il 31 dicembre 2019 sarebbe applicabile la c.d. Riforma Orlando, ivi compresa la disciplina afferente ai periodi di sospensione ai sensi dell'art. 159, comma secondo, c.p.: a rigore della Corte, questa costituisce una norma certamente più favorevole di quelle successive che l'hanno abrogata, perché prevedrebbe un allungamento dei termini di prescrizione a fronte di una sua definitiva cessazione alla data della scadenza di primo grado, con conseguente applicazione ai reati commessi nell'indicato periodo.

* Dott.ssa praticante abilitata al patrocinio sostitutivo presso l'Ordine Forense di Reggio Emilia. Componente del Comitato Editoriale della Rivista "*De Iustitia*".

[1] Massima non ufficiale.

L'indirizzo giurisprudenziale opposto sostiene invece che, in virtù del principio di retroattività della legge penale più favorevole, per reati commessi tra il 3 agosto 2017 e il 31 dicembre 2019 trovi applicazione la disciplina prevista dalla L. n. 251/2005, che non prevedeva la causa di sospensione del corso della prescrizione durante il tempo di celebrazione del giudizio di appello e di cassazione.

Le Sezioni Unite, pur ribadendo la natura sostanziale dell'istituto della prescrizione, che entrambe le tesi non mettono in discussione, hanno affermato che il principio di cui all'art. 2, comma quarto, c.p., non godendo della tutela privilegiata sancita all'art. 25, comma secondo, Cost., può essere derogato da una legge ordinaria, sempre che ricorra una sufficiente ragione giustificativa relativa ad interessi analoghi o superiori. I medesimi principi devono essere rispettati anche in caso di sospensione della prescrizione.

La prescrizione rientra nell'ambito costituzionale presidiato dal principio di legalità penale sostanziale e compete al legislatore la funzione di modulare la sua disciplina attraverso il ragionevole bilanciamento tra esigenze contrapposte, tra il diritto all'oblio e l'interesse a perseguire i reati fino a quando l'allarme sociale indotto dal reato non sia venuto meno.

La Corte Costituzionale ha riaffermato l'applicabilità alla prescrizione del principio di retroattività della legge penale più favorevole, valutando la denunciata violazione dell'art. 3 Cost. a cagione del fatto che la norma impugnata avrebbe derogato ingiustificatamente al disposto dell'art. 2, comma quarto, c.p., norma costantemente interpretata dalla giurisprudenza nel senso che la locuzione *"disposizioni più favorevoli al reo"* si riferisca a tutte quelle normative che apportino modifiche *in melius* alla disciplina di una fattispecie criminosa, ivi comprese quelle che incidono sulla prescrizione del reato.

Le Sezioni Unite aderiscono al primo orientamento, affermando come il passaggio dalla disciplina sulla sospensione della prescrizione dettata dalla c.d. Riforma Orlando, e quelle successive del 2019 e del 2021, non possa risolversi con l'applicazione dell'art. 2 c.p., poiché quest'ultime prevedono espressamente la loro applicabilità ai reati commessi a decorrere solo a partire dal 1° gennaio 2020.

Rispetto al precedente, il nuovo regime di sospensione della prescrizione impone un blocco della prescrizione a seguito della sentenza di primo grado, nonché l'impossibilità di dichiarare estinto il reato in corso di impugnazione.

Secondo le Sezioni Unite si tratta di una disciplina completamente nuova e innovativa, dunque non applicabile retroattivamente.

Ne consegue, che l'entrata in vigore della L. n. 3/2019, in parziale modifica degli artt. 158, 159 e 160 c.p., ha determinato la coesistenza di due differenti regimi: il primo relativo alla L. n. 103/2017, disciplinante solo i reati commessi fino al 31 dicembre 2019, e il secondo a seguito dell'entrata in vigore della Riforma Bonafede che disciplina invece tutti i reati commessi dal 1° gennaio 2020, e su cui è intervenuta la L. n. 134/2021, con l'affiancamento dell'istituto dell'improcedibilità, senza però effetti retroattivi.

3. CONCLUSIONI

Alla stregua di tali argomenti la Suprema Corte ha dichiarato il ricorso inammissibile.

IL DELITTO DI VIOLENZA SESSUALE SI CONFIGURA ANCHE NEL CASO DI INTERESSE AFFETTIVO PROVATO DALLA PERSONA OFFESA - CASS. PEN., SEZ. III, 26 SETTEMBRE 2025, N. 32031

A cura di **Francesco MARTIN***

MASSIMA[1]

Ai fini della configurabilità del reato di violenza sessuale (Art. 609-bis, comma 2, n. 1, c.p.), lo stato di inferiorità psichica o fisica della persona offesa, derivante anche da alterazione alcolica, rende il consenso all'atto sessuale viziato e inefficace, purché l'agente ne abbia abusato per indurla al rapporto; l'assenza di lucidità non è equiparabile alla mera coscienza per escludere la minorata capacità di autodeterminazione.

SOMMARIO

1. Il fatto 136

2. La decisione 137

3. Conclusioni 137

1. IL FATTO

Con sentenza la Corte di appello, in riforma della sentenza con cui il Giudice dell'udienza preliminare presso il Tribunale aveva assolto l'imputato dal reato di cui agli artt. 61 n. 5, 110, e 609-bis, commi 1 e 2 n. 1, cod.pen., contestato in concorso con altro soggetto giudicato separatamente, in danno della persona offesa, dal reato di cui agli artt. 61 n. 5, 110, e 609-bis, comma 2 n. 1, cod.pen., contestato in concorso, giudicato separatamente, in danno della p.o..: e lo aveva, invece, condannato, in relazione al reato di cui agli artt. 61 n. 5, 110, e 609-bis, comma 2 n. 1, cod.pen., considerate le attenuanti generiche valutate prevalenti sulla contestata aggravante, con la riduzione per il rito, alla pena finale di anni due, mesi due e giorni venti di reclusione, oltre al pagamento delle spese processuali ed al risarcimento del danno non patrimoniale (sub specie di danno morale) in favore della stessa parte civile, nella misura di euro 20.000,00 oltre accessori, ed alla rifusione delle spese di lite dalla stessa sostenute- ha assolto l'imputato anche dal residuo reato ascrittogli perché il fatto non sussiste.

Il Procuratore generale presso la Corte di appello di Firenze ha proposto tempestivo ricorso per l'annullamento della sentenza, affidato a due motivi.

Col primo motivo denuncia travisamento della prova, nella parte in cui la Corte territoriale ha desunto dallo stato di coscienza e vigilanza, mantenuto dalla parte offesa durante i fatti, la sua capacità di autodeterminarsi, così sovrapponendo la condizione di coscienza con la capacità di autodeterminazione della vittima ai rapporti sessuali, alfine confondendo coscienza e volontà, che il diritto naturale prima, e il legislatore poi, esigono, entrambe, quale presupposto della punibilità.

Col secondo motivo denuncia l'errore di diritto/violazione della legge penale in cui la Corte territoriale è incorsa in relazione al tema del consenso della parte offesa/parte civile, nel caso che ne occupa non nel pieno possesso delle capacità psicofisiche, come espressamente dedotto in imputazione, per la intossicazione da alcol succedanea alla ingestione di birra, poi vino, in seguito limoncello, da parte di soggetto che non aveva, prima, mai bevuto. Intossicazione non solo "palese, acuta e manifesta", ma, anche, determinata "ad arte" dai due ragazzi che avevano organizzato la serata offrendo le bevande alcoliche e proponendo il gioco quale malizioso espediente per indurre le due ragazze a bere.

Travisamento della prova ed errore di diritto che, nella situazione di inferiorità psico-fisica in cui si trovava la S., chiaramente percepita dall'imputato, e nella assenza di consenso sono addotti a fondamento della richiesta di annullamento della sentenza impugnata, con rinvio per nuovo giudizio alla competente Corte di appello.

* Avvocato del Foro di Venezia. Componente del Comitato Editoriale della Rivista "De Iustitia".

[1] Massima non ufficiale.

2. *LA DECISIONE*

I motivi analizzati dalla Suprema Corte possono così essere articolati:

La Corte, in primo luogo, si sofferma sulla patologia della motivazione affermando che sono tre sono le figure riconducibili al vizio in esame: la mancata valutazione di una prova decisiva (travisamento per omissione); l'utilizzazione di una prova sulla base di un'erronea ricostruzione del relativo significante (cd. travisamento delle risultanze probatorie); l'utilizzazione di una prova non acquisita al processo (cd. travisamento per invenzione).

In questi casi (in cui emerge che la lettura del giudice sia affetta da errore "revocatorio", per omissione, invenzione, falsificazione) non si tratta di reinterpretare gli elementi di prova valutati dal giudice di merito ai fini della decisione, ma di verificare se detti elementi sussistano.

Invero il vizio di "contraddittorietà processuale" vede circoscritta la cognizione del giudice di legittimità alla verifica dell'esatta trasposizione nel ragionamento del giudice del dato probatorio nei termini di una "fotografia", neutra e a-valutativa, del "significante", ma non del "significato", atteso il persistente divieto di rilettura e di re-interpretazione nel merito dell'elemento di prova.

Tale vizio, quindi, deve intendersi non come un mezzo per valutare nel merito la prova, bensì lo strumento per saggiare la tenuta della motivazione alla luce della sua coerenza logica con i fatti sulla base dei quali si fonda il suo ragionamento.

Esaminando invece l'aspetto del consenso della persona offesa, la Corte ritiene che non possa ricavarsi presunzione di consenso quando sussiste o comincia a delinearsi un interesse di una persona verso l'altra, per ragioni essenzialmente affettive, col risultato di presumere il consenso al compimento di atti sessuali anche in situazioni ove la volontà risulta alterata o condizionata, non essendo necessario che sia espresso un consenso chiaro e univoco all'atto sessuale, potendolo l'altra parte desumere dall'eventuale affinità relazionale già manifestata e percepita.

Si tratta di percorso logico, ancor prima che giuridico, del tutto distonico rispetto al sistema di tutela delle vittime di reati a sfondo sessuale, che si fonda cioè sulla implicita non necessità che in ogni situazione concreta le persone che compiono un atto sessuale lo facciano nella piena coscienza di sé e con lucida determinazione che deve perdurare per tutto il tempo e che non rilevano situazioni perturbative, ancorché presenti, in cui tale stato psicologico sia solo parzialmente alterato da assunzioni di sostanze alcoliche o di altra natura.

Infine, in tema di violenza sessuale commesso in danno di persona che si trovi in stato di inferiorità fisica o psichica, il reato di cui all'art. 609-bis, comma secondo, n. 1, cod. pen., è configurabile quando l'agente, abusando della condizione di debolezza del soggetto passivo, induce quest'ultimo a compiere o a subire atti sessuali ai quali non avrebbe altrimenti prestato il consenso. Fermo restando che l'assunzione, da parte della persona offesa, di sostanze alcoliche o stupefacenti in quantità tali da comportare l'assoluta incapacità di esprimere il proprio consenso, rende configurabile, nei suoi confronti, il delitto di violenza sessuale per costrizione, di cui all'art. 609-bis, comma primo, cod. pen. e non quello di violenza sessuale per induzione di cui all'art. 609-bis, comma secondo, cod. Pen.

3. *CONCLUSIONI*

La Suprema Corte ha annullato la sentenza e rinviato ad altra sezione della Corte d'Appello.

DE IUSTITIA

Rivista scientifica Anno 2025 – N°4 – Ottobre 2025

RASSEGNA – CASSAZIONE PENALE ISSN 2974-7562

IL VIZIO DI MOTIVAZIONE NEI PROVVEDIMENTI "DE LIBERTATE" È RILEVABILE ESCLUSIVAMENTE SE INCIDE SUI REQUISITI MINIMI DI ESISTENZA E DI LOGICITÀ - CASS. PEN. SEZ. III, 24 SETTEMBRE 2025, N. 31853

A cura di **Fabrizio REGA***

MASSIMA[1]

In tema di provvedimento "de libertate", qualora venga denunciato il vizio di motivazione di un'ordinanza, tale vizio, per poter essere rilevato, deve assumere i connotati indicati nell'art. 606 lett. e), e cioè riferirsi alla mancanza della motivazione o alla sua manifesta illogicità. Pertanto, in sede di giudizio di legittimità, sono rilevabili esclusivamente i vizi argomentativi che incidano sui requisiti minimi di esistenza e di logicità del discorso motivazionale svolto nel provvedimento e non sul contenuto della decisione.

SOMMARIO

1. Il fatto 138

2. La decisione 139

3. Conclusioni 140

1. IL FATTO

Il processo penale da cui origina la presente sentenza nasce a seguito della denuncia presentata.

Ivi, rappresentava di aver subito delle violenze fisiche da parte suo fidanzato, perpetrate altresì con l'uso di una tracolla rotta come una frusta, la cui ira veniva suscitata dall'averlo chiamato con il nome del precedente compagno.

In sede di SIT, precisava, poi, di aver subito frequentemente episodi maltrattanti, i quali caratterizzavano l'intera durata della relazione.

Successivamente, dichiarava di non voler più sporgere querela e, pertanto, rimetteva la stessa.

Il GIP presso il Tribunale applicava all'indagato la misura cautelare prevista dall'art. 284 c.p.p. in relazione ai delitti di cui agli artt. 612 *bis* c.p., commi 1 e 2 e ultimo; 582 e 585, anche in relazione agli artt. 576, n. 5.1 e 577, comma 2, c.p.; e 81, comma 2, 609 *bis*, comma 1, c.p.

In sede di riesame, il Tribunale della Libertà accoglieva l'istanza proposta dal prefato e ne disponeva l'immediata liberazione.

Le allegazioni difensive – nella specie, videochiamate; screenshot di chat Whatsapp tra le parti, anche in costanza di misura cautelare – nonché la condotta della denunciante, determinavano il Tribunale del Riesame a ricostruire diversamente gli accadimenti. Invero, si rilevava – in primo luogo – che era stata proprio la presunta vittima a recarsi alla residenza dell'indagato e che, quest'ultimo, non voleva accoglierla in casa sua; in secondo, intimamente connesso al primo punto, emergeva come la p.o. non era un soggetto sopraffatto dal comportamento autoritario dell'indagato, ma essa stessa teneva atteggiamenti di "sfida" nei suoi confronti; in ultimo, veniva ritenuta determinante, al fine di escludere la credibilità della denunciante, la volontà della stessa di rimettere la querela.

Per questi motivi, il Tribunale della Libertà di Catania emanava il provvedimento di cui sopra.

Il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale proponeva ricorso per Cassazione, allegando un solo motivo *ex* art. 606, comma 1, lett. b) ed e) c.p.p.

Veniva individuata la violazione di legge in relazione agli artt. 192, comma 1; 309, comma 9 e 292, lett. c), c.p.p., per mancanza di motivazione circa il valore da attribuire a prove acquisite al procedimento ed utili a comprovare l'attendibilità della parte offesa, ossia diversi fotogrammi ritraenti le lesioni riportate il giorno 14.11.2024, le chiamate ricevute e messaggi minatori via ricevuti sull'app di messaggistica "Whatsapp"; in relazione agli artt. 582, comma 2, e 585, comma 1, in relazione all'art. 576 comma 1, n. 5.1) c.p. e 585, comma 2, n. 2, c.p., siccome non veniva riconosciuta la procedibilità di ufficio per essere stata erroneamente negata l'aggravante dell'uso di arma impropria, laddove il

* Avvocato presso il Foro di Torre Annunziata. Componente del Comitato Editoriale della Rivista "*De Iustitia*".

[1] Massima non ufficiale.

reato di lesioni sarebbe, comunque, perseguibile di ufficio perché commesso in occasione del reato di cui all'art. 612-bis c.p., anche in caso di intervenuta remissione di querela.

2. *LA DECISIONE*

Il ricorso risultava fondato.

In via preliminare, la Terza Sezione ribadiva, in conformità con le SS. UU. De Lorenzo del 1994, che il controllo di legittimità sui provvedimenti "*de libertate*" non è diverso da quello consentito in generale dall'art. 606, lett. e), c.p.p.

Gli Ermellini, nella sede, ribadivano che qualora venga proposto ricorso per Cassazione avverso un provvedimento emesso dal Tribunale del riesame, denunciandone vizio di motivazione in ordine alla consistenza dei gravi indizi di colpevolezza, spetta alla Corte di Cassazione verificare se il giudice di merito abbia dato adeguatamente conto delle ragioni che l'hanno indotto ad affermare la gravità del quadro indiziario a carico dell'indagato, controllando la congruenza della motivazione riguardante la valutazione degli elementi indizianti rispetto ai canoni della logica e ai principi di diritto che governano l'apprezzamento delle risultanze probatorie.

Quindi, per essere rilevato un vizio in punto di motivazione, questo deve riferirsi alla mancanza della motivazione o alla sua manifesta illogicità.

Pertanto, non sono consentite valutazioni alternative dei medesimi fatti posti a base della decisione impugnata, perché questo costituirebbe un esame del merito non consentito in sede di legittimità.

La Corte di Cassazione, quindi, sintetizzava i principi di diritto distillata dalla giurisprudenza maggioritaria: a) l'indagine di legittimità sul discorso giustificativo della decisione è limitato alla verifica dell'esistenza di un logico apparato argomentativo sui vari punti della decisione impugnata, senza doverne saggiare l'adeguatezza; b) la mancanza e la manifesta illogicità della motivazione devono risultare dal testo del provvedimento impugnato, sicché dedurre tale vizio in sede di legittimità significa dimostrare che il testo del provvedimento è manifestamente carente di motivazione e/o di logica, e non già opporre alla logica valutazione degli atti effettuata dal giudice di merito una diversa ricostruzione.

Tanto premesso in ordine generale, i Giudici di Piazza Cavour ritenevano poco coerente le osservazioni svolte in ordine alla credibilità della persona offesa, ignorando la comparazione del suo narrato con l'intera piattaforma indiziaria. Rimettendo al giudice di merito del rinvio l'approfondimento di tali questioni.

Fondata in diritto era, poi, la censura relativa all'inosservanza ed erronea applicazione della legge penale in relazione al regime di procedibilità del delitto di lesioni.

Invero, nel caso di specie, il capo d'imputazione era relativo a delle lesioni aggravate ai sensi dell'art. 585, in relazione agli artt. 576, n. 5.1. (essendo contestata l'azione come posta in essere dall'autore del delitto previsto dall'articolo 612-bis nei confronti della stessa persona offesa), 577, comma 2, c.p. (essendo contestata l'azione come posta in essere contro [...] la persona legata al colpevole da stabile convivenza o relazione affettiva, ove cessate), nonché dal comma 2 dell'art. 585, essendo stata usata una tracolla per offendere.

A tal proposito, l'uso di un'arma – quandanche impropria – comporta il mutamente della procedibilità ufficiosa. Per arma impropria s'intende qualsiasi oggetto, anche di uso comune e privo di apparente idoneità all'offesa, che sia in concreto utilizzato per procurare lesioni personali, giacché il porto dell'oggetto cessa di essere giustificato nel momento in cui viene meno il collegamento immediato con la sua funzione per essere utilizzato come arma.

Pertanto, proprio la presenza della tracolla rendeva, pertanto, le lesioni procedibili d'ufficio.

A tutto voler concedere, veniva contestata altresì l'aggravante di cui all'art. 576, n. 5.1, la quale si integra a prescindere che la querela per il reato di atti persecutori sia stata o meno rimessa.

La *ratio* di tale percorso logico è sottrarre al potere dispositivo della persona offesa la procedibilità penale in relazione a reati di particolare gravità, come quello di lesione personale commessa in danno della stessa persona vittima del reato di cui all'art. 612 *bis* c.p.

Tutto quanto rilevato, l'ordinanza impugnata doveva essere annullata con rinvio.

3. CONCLUSIONI

Annulla l'ordinanza impugnata e rinvia per nuovo giudizio al Tribunale.

L'OBBLIGO DI TRASMISSIONE DEGLI ELEMENTI SOPRAVVENUTI A FAVORE DELL'INDAGATO EX ART. 309, COMMA 5, C.P.P. SI ESTENDE ANCHE AL C.D. INTERROGATORIO INVESTIGATIVO – CASS. PEN., SEZ. VI, 3 OTTOBRE 2025, N. 32786

A cura di **Maria Chiara MASTRANTONIO***

MASSIMA[1]

In materia di riesame delle misure cautelari personali, l'obbligo di trasmissione da parte del Pubblico Ministero al Tribunale del riesame di tutti gli elementi favorevoli all'indagato sopravvenuti dopo l'adozione della misura, previsto dall'art. 309, comma 5, cod. proc. pen., sussiste anche per l'interrogatorio reso dall'indagato innanzi al Pubblico Ministero ai sensi dell'art. 375 cod. proc. pen., quando questo abbia un contenuto oggettivamente favorevole e non si limiti alla mera contestazione delle accuse.

SOMMARIO

1. Il fatto 141

2. La decisione 141

3. Conclusioni 143

1. IL FATTO

Con l'ordinanza impugnata, il Tribunale ha accolto la richiesta di riesame proposta dall'indagato avverso il provvedimento cautelare con cui era stato sottoposto alle misure coercitive dell'obbligo di dimora e dell'obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria. Per l'effetto, il Tribunale ha dichiarato la sopravvenuta inefficacia della misura, a causa della mancata trasmissione di un atto sopravvenuto favorevole costituito dall'interrogatorio reso dall'indagato innanzi al Pubblico Ministero.

Avverso tale ordinanza il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale ha proposto ricorso per cassazione, deducendo – con un unico motivo – la violazione dell'art. 309, commi 5 e 10, c.p.p., per avere il Tribunale del riesame ritenuto aprioristicamente favorevole l'interrogatorio reso innanzi al Pubblico Ministero.

Nel ricorso si evidenziava che, sebbene l'indagato si fosse avvalso della facoltà di non rispondere nel corso dell'interrogatorio di garanzia reso davanti al Giudice per le indagini preliminari, egli era stato successivamente sottoposto a interrogatorio ai sensi dell'art. 375 c.p.p., nel corso del quale aveva fornito la propria versione dei fatti con un approccio collaborativo.

Ritenendo che tale interrogatorio, di natura eminentemente investigativa, non fosse destinato al controllo di legalità o di garanzia – come, invece, quello previsto dall'art. 294 c.p.p. – ma servisse ad ampliare il quadro conoscitivo dell'accusa, il ricorrente aveva scelto di non trasmetterne copia al Tribunale del riesame, al fine di non compromettere le indagini ancora in corso.

2. LA DECISIONE

La Corte di cassazione, investita della questione, ha rigettato il ricorso, ritenendo infondata la censura formulata dal Pubblico Ministero.

In via preliminare, il giudice di legittimità ha richiamato il disposto dell'art. 309, comma 5, c.p.p., secondo cui, nel procedimento di riesame avverso una misura cautelare personale, *«il presidente cura che sia dato immediato avviso all'autorità giudiziaria procedente, la quale, entro il giorno successivo e comunque non oltre il quinto, trasmette al Tribunale gli atti presentati a norma dell'art. 291, comma 1, nonché tutti gli elementi sopravvenuti a favore della persona sottoposta alle indagini».*

È stato poi ricordato come l'art. 2, comma 1, lett. i), della Legge 9 agosto 2024, n. 114, abbia esteso tale obbligo di trasmissione *«in ogni caso,* [al]*le dichiarazioni rese dalla persona sottoposta alle indagini ai sensi dell'articolo 291, comma 1-quater»*, cioè alle dichiarazioni rese nell'ambito del c.d. interrogatorio preventivo.

Poiché l'inosservanza di tale obbligo è espressamente sanzionata dall'art. 309, comma 10, c.p.p., la Suprema Corte ha ritenuto esente da vizi

* Avvocato del Foro di Roma. Componente del Comitato Editoriale della Rivista *"De Iustitia"*.

[1] Massima non ufficiale.

l'ordinanza con cui il Tribunale del riesame aveva dichiarato la perdita di efficacia della misura cautelare.

Tale conclusione, a ben vedere, risulta coerente con i consolidati orientamenti di legittimità in tema.

Ed invero, se in un primo momento è stato affermato che l'obbligo di tempestiva trasmissione riguarda tutti gli elementi oggettivamente favorevoli all'indagato, e non anche quelli che possano apparire tali solo sulla base di ricostruzioni logiche o argomentative[2], non può non evidenziarsi come – in tempi più recenti – il Giudice di legittimità abbia chiarito che gli *«elementi sopravvenuti favorevoli all'indagato, per i quali sussiste l'obbligo di trasmissione al Tribunale del riesame, sono quelli che, entrati nella disponibilità del Pubblico Ministero in tempo utile rispetto alla data di proposizione dell'impugnazione, si presentano anche solo "astrattamente" favorevoli, essendo, invece, rimessa al Tribunale la successiva valutazione, in concreto, della qualificazione del dato e della incidenza dello stesso sul quadro valutativo»* (cfr. Cass. pen., Sez. I, sentenza n. 24406 del 09/04/2015, Crea; Cass. pen., Sez. I, sentenza n. 25991 del 13/05/2010).

In continuità con l'insegnamento delle Sezioni Unite Mennuni[3], la Corte ha ribadito che il verbale dell'interrogatorio di garanzia *ex* art. 294 c.p.p. deve essere trasmesso al Tribunale del riesame solo quando abbia un contenuto oggettivamente favorevole per l'indagato, e non quando si limiti alla mera contestazione delle accuse (cfr. Cass. pen., Sez. VI, sentenza n. 12151 del 12/03/2025).

Stante la *ratio* di garanzia sottesa all'obbligo di cui all'art. 309, comma 5, c.p.p., è stato affermato che *«la distinzione tra interrogatorio di garanzia e interrogatorio reso innanzi al Pubblico Ministero dopo l'esecuzione della misura cautelare, proposta dalla parte ricorrente, si rivela priva di fondamento legale».*

L'obbligo giuridico cui è soggetto il Pubblico Ministero, d'altronde, è posto dal legislatore al fine di consentire al Tribunale del riesame il diretto apprezzamento della loro idoneità ad influire positivamente nella valutazione della posizione dell'indagato che ha impugnato la misura cautelare personale emessa nei suoi confronti.

Sulla scorta di tali principi, la Sesta Sezione ha quindi ritenuto che anche l'interrogatorio reso innanzi al Pubblico Ministero ai sensi dell'art. 375, comma 2, c.p.p. debba essere incluso tra gli elementi sopravvenuti favorevoli, quando presenti un contenuto oggettivamente utile alla posizione dell'indagato e non si limiti a una mera contestazione delle accuse.

Da ultimo, posto che la valutazione del carattere favorevole dell'atto operata dal Tribunale del riesame si sottrae al sindacato di legittimità – essendo la sua motivazione è effettiva, congrua e non manifestamente illogica –, poiché la difesa aveva eccepito in sede di riesame la cessazione delle esigenze cautelari, in particolare del pericolo di inquinamento probatorio, proprio in ragione dell'interrogatorio e dei sequestri già eseguiti, il Giudice di legittimità ha precisato come *«l'omessa trasmissione di tale interrogatorio ha, dunque, obiettivamente precluso al Tribunale del riesame la valutazione alla idoneità delle dichiarazioni rese dal ricorrente ad affievolire o superare le esigenze cautelari di natura probatoria, le uniche poste a fondamento del provvedimento genetico».*

Tale conclusione, a ben vedere, era stata supportata dallo stesso Pubblico Ministero che, nel ricorso, non aveva contestato l'utilità delle dichiarazioni rese dall'indagato ai fini dell'accertamento, ma aveva motivato la mancata trasmissione esclusivamente con esigenze di opportunità legate alla prosecuzione delle indagini. Esigenza, questa, che, tuttavia, – secondo la

[2] Ci si riferisce all'orientamento cui appartengono, *ex pluris*, le sentenze: Cass. pen., Sez. I, sentenza n. 57839 del 04 ottobre 2017, Navarria; Cass. pen., Sez. IV, sentenza n. 27379 del 22 aprile 2010, Di Donato; Cass. pen., Sez. III, sentenza n. 38653 del 09 ottobre 2002, Omozogie; Cass. pen., Sez. I, sentenza n. 1575 del 16 marzo 1998, Hammani.

[3] In quella occasione, invero, il Massimo Consesso, nell'affermare che l'interrogatorio di garanzia *ex* art. 294 c.p.p. debba essere trasmesso al Tribunale del riesame solo se in concreto contenga elementi sopravvenuti a favore della persona sottoposta alle indagini, ha specificato come *«tra gli elementi sopravvenuti favorevoli alla persona sottoposta alle indagini, che l'art. 309 comma 5 c.p.p. impone all'autorità procedente di trasmettere al tribunale del riesame, non va necessariamente annoverato l'interrogatorio "di garanzia" al quale l'indiziato stesso sia stato sottoposto ai sensi dell'art. 294 c.p.p. (o ai sensi dell'art. 391 c.p.p., se il provvedimento coercitivo è stato adottato in sede di convalida dell'arresto o del fermo), che è diretto esclusivamente a consentirgli un immediato contatto con il giudice; solo se nel corso dell'interrogatorio la persona sottoposta alla misura cautelare abbia addotto concreti elementi fattuali, di natura oggettiva, a lei favorevoli, l'autorità procedente è tenuta a trasmettere il relativo verbale al tribunale del riesame»* (cfr. Cass. pen., Sez. Un, sentenza n. 25 del 26/09/2000, Mennuni).

Suprema Corte – *«non giustifica alcuna deroga all'operatività del disposto dell'art. 309, comma 5, cod. proc. pen., ma consente solo al Pubblico Ministero di oscurare parte del contenuto degli atti favorevoli con opportuni omissis, onde garantire il segreto investigativo, senza vanificarne la valenza favorevole per l'indagato»*.

3. CONCLUSIONI

Alla luce delle considerazioni svolte, la Corte di cassazione ha rigettato il ricorso del Procuratore della Repubblica presso il Tribunale, confermando l'ordinanza del Tribunale del riesame che aveva dichiarato la perdita di efficacia della misura cautelare per mancata trasmissione del c.d. interrogatorio investigativo reso dall'indagato.

RIQUALIFICAZIONE DEL FATTO AD OPERA DEL GUP: LIMITI E POSSIBILITÀ - CASS. PEN., SEZ. VI, 13 OTTOBRE 2025, N. 33679

A cura di **Francesco MARTIN***

MASSIMA[1]

In base all'Art. 423, comma 1-bis, c.p.p. (introdotto dal D.Lgs. n. 150/2022), il potere del Giudice dell'Udienza Preliminare (G.U.P.) di riqualificare il fatto contestato (anche mediante derubricazione o esclusione di un'aggravante, come l'aggravante mafiosa ex Art. 416-bis.1 c.p.) è condizionato all'attivazione del contraddittorio preventivo con il Pubblico Ministero. L'omissione di tale interlocuzione, seguita dall'esclusione dell'aggravante nel decreto che dispone il giudizio, configura una radicale deviazione del procedimento dal suo modello legale e può determinare l'abnormità del decreto stesso, specialmente quando incide sulla competenza (come nel caso della competenza distrettuale) e provoca una stasi processuale o un'incertezza sulla Procura competente per il dibattimento.

SOMMARIO

1. Il fatto 144

2. La decisione 145

3. Conclusioni 147

1. IL FATTO

Il Procuratore della Repubblica ha impugnato e ha chiesto l'annullamento del decreto che dispone il giudizio emesso dal Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale nei confronti di un imputato dei delitti di cui agli artt. 99,81, secondo comma, 390 cod. pen., commessi in (omissis), (omissis) tra il gennaio 2018 e il 14 febbraio 2019.

Il Pubblico Ministero ricorrente ha dedotto che tale atto sarebbe abnorme, in quanto il Giudice dell'udienza preliminare ha escluso l'aggravante di cui all'art. 416-bis.1 cod. pen., contestata nella richiesta di rinvio a giudizio, senza previamente attivare l'interlocuzione con il Pubblico Ministero, espressamente prevista dall'art. 423, comma 1-bis cod. proc. pen.

Il Giudice, invece, avrebbe dovuto invitare il Pubblico Ministero a prendere posizione sulla corretta qualificazione giuridica e a modificare l'imputazione, senza limitarsi ad escludere l'aggravante all'atto della pronuncia del decreto che dispone il giudizio.

L'esclusione della predetta aggravante, peraltro, sarebbe stata operata senza alcuna motivazione, in quanto il Giudice dell'udienza preliminare non avrebbe indicato alcun argomento, in fatto e in diritto, a fondamento della propria scelta di parziale derubricazione del reato contestato.

Il Giudice dell'udienza preliminare, inoltre, avrebbe violato l'art. 51, comma 3-bis, cod. proc. pen., in quanto, pur avendo escluso la predetta aggravante, ha ritenuto perdurante la propria competenza e ha disposto il rinvio a giudizio dell'imputato; il giudice, invece, esclusa la predetta aggravante, che fondava la c.d. competenza distrettuale, avrebbe dovuto declinare la propria competenza in favore del Tribunale di Locri, disponendo la trasmissione degli atti al Procuratore della Repubblica presso questo Tribunale.

Peraltro, in seguito all'adozione dell'atto impugnato, si sarebbe creata una situazione di stallo processuale, in quanto attualmente non si comprenderebbe quale sia il Pubblico Ministero competente per la celebrazione del dibattimento nei confronti dell'imputato.

Una volta esclusa la circostanza aggravante di cui all'art. 416-bis.1 cod. pen., non vi sarebbe più la competenza del Pubblico Ministero distrettuale, non essendo il reato contestato connesso a quelli del catalogo di cui all'art. 51, comma 3-bis, cod. proc. pen.

Parimenti il Pubblico Ministero circondariale non sarebbe competente a sostenere l'accusa in giudizio sulla base dell'atto di esercizio dell'azione penale posto in essere da altro ufficio di Procura.

* Avvocato del Foro di Venezia. Componente del Comitato Editoriale della Rivista "De Iustitia".

[1] Massima non ufficiale.

Con la requisitoria e le conclusioni scritte, il Procuratore generale, ha chiesto di dichiarare inammissibile il ricorso.

2. *LA DECISIONE*

I motivi analizzati dalla Suprema Corte possono così essere articolati:

La Corte, in primo luogo, si sofferma sulle modifiche inerenti alla disciplina dell'udienza preliminare.

Tale norma in origine non contemplava il potere del giudice di attribuire al fatto contestato una diversa definizione giuridica, espressamente considerato, invece, dall'art. 521, comma 1, cod. proc. pen. con riguardo al dibattimento.

L'art. 423 cod. proc. pen., infatti, nella formulazione originaria, contemplava solo il potere del pubblico ministero di modificare l'imputazione nell'udienza preliminare.

Nel silenzio della legge, la giurisprudenza di legittimità ha, tuttavia, costantemente ritenuto che il giudice dell'udienza preliminare non può modificare il fatto oggetto dell'imputazione, ma può dare ad esso una diversa qualificazione giuridica.

Il giudice dell'udienza preliminare ha, infatti, il potere di definire correttamente il fatto sul quale è chiamato a pronunciarsi giacché, in un ordinamento fondato sul principio di legalità, tale potere è connaturale allo stesso esercizio della giurisdizione, che non tollera limitazioni in ordine all'inquadramento giuridico dei fatti che le parti sottopongono al giudice.

Questa linea interpretativa è stata, peraltro, accolta dalla Corte costituzionale che ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 429 cod. proc. pen., sollevata in relazione all'art. 25, primo comma, e 101, secondo comma, Cost., nella parte in cui non consentirebbe al giudice dell'udienza preliminare di dare al fatto una definizione giuridica diversa da quella enunciata nell'imputazione e formulata con la richiesta di rinvio a giudizio.

Il principio di legalità, che fonda l'ordinamento e l'attività giurisdizionale, pretende la propria osservanza in ogni fase del processo, anche all'udienza preliminare, quale snodo di passaggio dalle indagini al giudizio, sicché è consentito e doveroso anche per il giudice che vi è preposto «accertare che fatto e schema legale coincidano e, dunque, modificare, se occorre, la qualificazione giuridica del fatto prospettata dal p.m. riconducendo, così, la fattispecie concreta, anche se a determinati limitati fini, nello schema legale che le è proprio».

Il giudice dell'udienza preliminare, dunque, anche in mancanza di specifica previsione e in base al principio generale enunciato dall'art. 521 cod. proc. pen., può modificare la qualificazione giuridica del fatto per il quale il pubblico ministero ha chiesto il rinvio a giudizio, disponendo la vocatio in ius innanzi al giudice competente in relazione al fatto così come diversamente qualificato

Al giudice dell'udienza preliminare compete, pertanto, il potere di ridurre l'imputazione, derubricando il reato da consumato a tentato, da complesso a semplice, da aggravato a non aggravato, al fine di garantire l'esigenza, immanente in ogni fase processuale, di assicurare la costante corrispondenza dell'imputazione alle emergenze processuali; il giudice dell'udienza preliminare, all'esito dell'udienza, nell'esercizio del potere di cognizione attribuitogli dalla legge, può, dunque, escludere la sussistenza delle circostanze aggravanti eventualmente contestate e disporre il rinvio a giudizio per il reato semplice residuato.

Orbene dopo l'introduzione, nella disciplina dell'udienza preliminare, dell'art. 423, comma 1-bis, cod. proc. pen., per effetto dall'art. 23, comma 1, lett. i), n. 2) del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, la questione può dirsi mutata.

Il legislatore della riforma ha, dunque, espressamente riconosciuto il potere del giudice dell'udienza preliminare di sindacare la genericità dell'imputazione e quello di riqualificare il fatto contestato, quando «la definizione giuridica non è corretta», e ha condizionato il loro esercizio al rispetto delle medesime modalità procedurali.

L'art. 423, comma 1-*bis*, cod. proc. pen., ha, infatti, recepito nella trama sistematica del codice di rito il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite nella sentenza Battistella con riferimento al sindacato del giudice dell'udienza sulla genericità dell'imputazione, estendendolo anche ai casi di riqualificazione dell'imputazione.

Nella Relazione illustrativa al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 si rileva che «ambedue gli interventi rispondono all'esigenza di celere definizione dei procedimenti, in quanto la completezza dell'imputazione e la sua correttezza (in punto di fatto e di diritto), per di più realizzata (salvo contrasti) senza retrocessione degli atti e nel contraddittorio con le parti, per un verso, consente il più rapido superamento dei casi problematici, per altro verso, facilita l'accesso ai riti alternativi, soprattutto se preclusi proprio dalla qualificazione giuridica o, in ogni caso, scoraggiati da fatti mal descritti o qualificazioni errate.

La soluzione adottata, oltre a impedire il verificarsi dell'evento anomalo per cui è solo con il decreto di rinvio a giudizio che emerge la qualificazione ritenuta dal giudice, consente altresì di svolgere il dibattimento su un oggetto (in fatto e in diritto) corretto, riducendo il rischio tanto di istruttorie inutili quanto di modifiche (ex art. 516 ss. c.p.p.) o retrocessioni (art. 521 c.p.p.) in corso di dibattimento o, addirittura, in esito ad esso».

L'art. 423, comma 1-bis, cod. proc. pen. ha, dunque, introdotto il contradittorio preventivo quale condizione per l'esercizio da parte del giudice dell'udienza preliminare del sindacato sulla dimensione fattuale e giuridica dell'imputazione.

Nel mutato contesto normativo, occorre, dunque, verificare, in primo luogo, se, in seguito all'introduzione dell'art. 423, comma 1-bis, cod. proc. pen., permanga o meno il potere del giudice dell'udienza preliminare di riqualificare il fatto contestato nel decreto che dispone il giudizio, anche in mancanza della previa sollecitazione del contraddittorio sul punto, o se la nuova disposizione contempli l'unica modalità legittima per il giudice di riqualificare il fatto contestato.

Ove si dovesse optare per la seconda opzione interpretativa, è, inoltre, necessario accertare se la riqualificazione operata nel decreto che dispone il giudizio, in violazione dell'art. 423, comma 1-bis, cod. proc. pen., costituisca una mera irregolarità, una nullità o determini l'abnormità di questo atto.

Secondo il costante orientamento della giurisprudenza di legittimità, infatti, avverso il decreto che dispone il giudizio non è previsto alcun mezzo di impugnazione e, pertanto, per il principio della tassatività dei mezzi di impugnazione, esso non è suscettibile di autonomo gravame e ogni censura deve esser fatta valere nella successiva fase dibattimentale; per contro, il decreto che dispone il giudizio può dirsi immediatamente impugnabile quando presenti le caratteristiche dell'atto abnorme.

In merito all'abnormità degli atti l'abnormità è qualificabile come strutturale, laddove il provvedimento del giudice si ponga al di fuori del sistema processuale, in quanto espressione dell'esercizio di un potere non attribuito dall'ordinamento processuale, dunque adottato in una situazione di "carenza di potere in astratto"; ovvero quando esso sia manifestazione di un potere riconosciuto dall'ordinamento, ma esercitato al di fuori dei casi consentiti, in un contesto processuale del tutto diverso da quella previsto dalla legge, per cui sia riconoscibile una "radicale deviazione del provvedimento dallo scopo del suo modello legale", dunque una situazione di "carenza di potere in concreto; in entrambe le ipotesi, si tratta di provvedimento frutto di uno sviamento di potere, che integra gli estremi del vizio della abnormità se è causa di un pregiudizio altrimenti non sanabile in relazione ai diritti soggettivi o alle facoltà delle parti.

L'abnormità è qualificabile, invece, come funzionale, laddove il giudice abbia esercitato un potere riconosciutogli dall'ordinamento, ma il provvedimento emesso comporti una stasi del procedimento ovvero un'impossibilità di proseguirlo: fattispecie che si verifica non tanto perché il provvedimento abbia comportato un regresso del procedimento ad un grado o ad una fase precedente (regresso che comporterebbe, di regola, la mera illegittimità del provvedimento, e, in assenza di espressa previsione legislativa, la non ricorribilità della relativa decisione), bensì unicamente quando esso imporrebbe al pubblico ministero il compimento di un atto nullo, come tale rilevabile nel corso del successivo procedimento; in altri termini, l'abnormità funzionale non sussiste laddove la decisione del giudice non comporti una irrimediabile stasi processuale, perché, indipendentemente dal fatto che vi sia stata o meno una indebita regressione del procedimento, le conseguenze del provvedimento "anomalo" finiscono per diventare

"innocue", in quanto risolvibili per mezzo di successive "attività propulsive legittime".

3. CONCLUSIONI

La Suprema Corte ha annullato la sentenza e rinviato al Giudice per l'Udienza Preliminare.

DICHIARAZIONE INFEDELE EX ART. 4 D.LGS. 10 MARZO 2000, N. 74, CON RIFERIMENTO AI RAPPORTI TRA I REATI DI EMISSIONE ED UTILIZZAZIONE DI FATTURE PER OPERAZIONI INESISTENTI E LA FATTISPECIE DI TRUFFA AGGRAVATA - CASS. PEN. SEZ. II., 19 AGOSTO 2025, N. 29568

A cura di **Valentina CALABRESE***

MASSIMA[1]

Il principio affermato dalle Sezioni Unite con riferimento ai rapporti tra i reati di emissione ed utilizzazione di fatture per operazioni inesistenti e la fattispecie di truffa aggravata, deve essere ribadito anche in caso di dichiarazione infedele ex art. 4 D.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, fatto meno grave rispetto alle indicate ipotesi di frode fiscale.

Anche in tal caso, l'ottenimento di rimborsi non dovuti a seguito della falsa rappresentazione di spese od altri oneri inesistenti, comporta esclusivamente un vantaggio fiscale per il contribuente, senza invece che sussistano ulteriori profitti diversi rispetto a tale operazione effettuata in danno dell'Agenzia delle Entrate. Pertanto, anche nel rapporto tra dichiarazione infedele e truffa aggravata, sussiste l'identica ratio già individuata dalle Sezioni Unite che hanno sottolineato la generale specialità delle previsioni penali tributarie in materia di frode fiscale, le quali, in quanto disciplinano condotte tipiche e si riferiscono ad un determinato settore di intervento della repressione penale, esauriscono la connessa pretesa punitiva dello Stato.

SOMMARIO

1. Il fatto 148

2. La decisione 149

3. Conclusioni 149

1. IL FATTO

La vicenda trae origine da un ricorso proposto avverso la decisione, emessa in sede di riesame, di annullamento del decreto con cui il Giudice per le indagini preliminari aveva disposto il sequestro preventivo ritenendo sussistente a carico dell'indagato il reato di truffa aggravata perché, mediante artifizi e raggiri consistiti nell'indicare elementi fittizi e non veritieri nelle dichiarazioni fiscali presentate con modello 730, aveva indotto in errore l'Agenzia delle Entrate in ordine all'esistenza di un credito di imposta erogato tramite rimborsi non dovuti.

Il Tribunale del riesame annullava il provvedimento di sequestro, deducendo la totale assenza di motivazione in punto di *fumus* del reato di truffa contestato, in quanto dallo stesso editto accusatorio non risulta desumibile alcun elemento tale da far emergere l'utilizzo di artifizi e raggiri aggiuntivi rispetto a quelli concretizzatasi nel contenuto delle false dichiarazioni infedeli e pertanto, la condotta contestata avrebbe integrato soltanto il reato tributario di dichiarazione infedele di cui all'art. 4 D.Lgs. 74/2000, che pone delle soglie di punibilità.

Il Tribunale osservava che mancava nel provvedimento impugnato ogni autonoma valutazione del *fumus commissi delitti* e del *periculum in mora*, in quanto il giudice nell'ordinanza cautelare si limitava a richiamare la scheda redatta dalla Guardia di Finanza.

Pertanto, avverso detta ordinanza veniva proposto ricorso dal Procuratore della Repubblica deducendo quanto di seguito.

1) Una violazione di legge in quanto il Tribunale aveva ritenuto insussistente il *fumus* del delitto di truffa aggravata e lo riteneva assorbito nell'ambito del delitto nella fattispecie di cui all'art. 4 D.lgs. n. 74/2000.

Il Tribunale aveva erroneamente riqualificato l'ipotesi di truffa aggravata ai danni dello Stato nel reato di natura tributaria previsto dagli artt. 3 e 4 del decreto legislativo 74/2000 e aveva conseguentemente escluso la sussistenza del *fumus* e la stessa rilevanza penale delle condotte, omettendo di valutare tutti artifizi e raggiri che impedirebbero l'operatività del principio di specialità.

Veniva infatti rilevato che l'attività delittuosa si era resa possibile attraverso condotte quali

* Dott.ssa praticante abilitata al patrocinio sostitutivo presso l'Ordine Forense di Reggio Emilia. Componente del Comitato Editoriale della Rivista "*De Iustitia*".

[1] Massima non ufficiale.

l'acquisizione delle credenziali di accesso ai servizi telematici dei contribuenti e l'inserimento delle dichiarazioni non veritiere tramite l'utilizzo di sigle sindacali inesistenti idonee a costituire gli artifizi e raggiri in cui consiste il delitto di truffa aggravata.

2) Altro aspetto che veniva dedotto nel ricorso riguardava la mancanza di contraddittorietà e manifesta illogicità della motivazione in ordine alla ritenuta assenza del *periculum in mora,* poiché il Tribunale riteneva che il GIP avesse fornito una motivazione apparente in ordine al pericolo di dispersione delle somme, senza tenere conto che la giurisprudenza ha sottolineato la differente portata dell'onere motivazionale in caso di sequestro impeditivo e di sequestro finalizzato alla confisca.

Come correttamente rilevato dal Tribunale del riesame, avendo l'indagato conseguito esclusivamente un vantaggio di natura fiscale senza conseguire un profitto ulteriore e diverso rispetto a quello dell'evasione, ricorrevano solamente gli estremi per la configurazione del delitto di dichiarazione infedele *ex* art. 4 D.lgs. n. 74/2000, che prevede una soglia di punibilità nella specie non superata.

2. LA DECISIONE

La Corte di Cassazione, richiamando quanto precedentemente osservato dalle Sezioni Unite con riguardo alle differenti fattispecie di cui agli artt. 2 e 8 D.lgs. n. 74/2000, riteneva esistente un rapporto di specialità tra le norme incriminatrici tributarie e il delitto di truffa aggravata ai danni dello Stato, in quanto la condotta fraudolenta volta alla evasione fiscale esaurisce il proprio disvalore penale all'interno della cornice delineata dalla normativa speciale dettata dal D.lgs. n. 74/2000, salvo che dalla medesima condotta derivi un profitto diverso e ulteriore rispetto a quello dell'evasione, come l'ottenimento di pubbliche erogazioni.

La Corte di cassazione evidenziava come il principio affermato dalle Sezioni Unite, con riferimento ai rapporti tra i reati di emissione ed utilizzazione di fatture per operazioni inesistenti e la fattispecie di truffa aggravata, debba trovare applicazione anche in caso di dichiarazione infedele ex art. 4 d.lgs. 74/2000.

Difatti, l'ottenimento di rimborsi non dovuti a seguito della falsa rappresentazione di spese o altri oneri inesistenti comporta esclusivamente un vantaggio di natura fiscale per il contribuente, senza che sussistano profitti ulteriori e diversi rispetto a tale operazione effettuata in danno dell'Agenzia delle Entrate.

Sul punto, le Sezioni Unite, con motivazione che rileva anche in relazione al rapporto tra il delitto di truffa aggravata e la fattispecie di dichiarazione infedele di cui all'art. 4 d.lgs. 74/2000 precisavano che "*la negazione del rapporto di specialità tra frode fiscale e truffa ai danni dell'Erario, si pone in contraddizione con la linea di politica criminale e con la ratio che ha ispirato il legislatore nella riforma di cui al D.Lgs. n. 74 del 2000 […] una scelta di radicale alternatività rispetto al pregresso modello di legislazione penale tributaria*" (Cass. pen., Sez. Un., 19 gennaio 2011, sentenza n. 1235).

Per concludere, qualsiasi condotta di frode al fisco troverà pertanto la sua risposta repressiva esclusivamente nella legislazione speciale tributaria, senza possibilità di recuperare condotte non punibili per mancato superamento delle soglie di punibilità nell'alveo delle generali ipotesi di truffa aggravata in danno dello Stato.

3. CONCLUSIONI

Alla stregua di tali argomenti la Suprema Corte rigettava il ricorso.

La qualità di parte pubblica del ricorrente lo esonerava dal pagamento delle spese processuali conseguenti al rigetto del ricorso.

ACCORDI PATRIMONIALI TRA CONIUGI E CONDIZIONE SOSPENSIVA LECITA: LA CASSAZIONE RIBADISCE LA CENTRALITÀ DELL'AUTONOMIA NEGOZIALE NELLA CRISI FAMILIARE - CASS. CIV, SEZ. I, ORD., 21 LUGLIO 2025, N. 20415

A cura di **Giuseppina AVOLIO***

MASSIMA[1]

È valido l'accordo stipulato tra coniugi in costanza di matrimonio che, in previsione dell'eventuale separazione, preveda l'assunzione da parte di uno di essi di obblighi patrimoniali in favore dell'altro. Tale accordo costituisce un contratto atipico con condizione sospensiva lecita, espressione dell'autonomia negoziale dei coniugi e diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela ex art. 1322 c.c., senza interferire con l'assetto inderogabile dei doveri matrimoniali, né con l'istituto dell'assegno divorzile.

SOMMARIO

1. Il fatto 150

2. La decisione 150

3. Conclusioni 150

1. IL FATTO

La vicenda trae origine da una scrittura privata del 27 novembre 2011, con la quale i coniugi, molti anni prima della successiva separazione (2019), concordavano la regolamentazione dei loro rapporti patrimoniali in caso di crisi coniugale.

In particolare, il marito riconosceva l'apporto economico della moglie al pagamento del mutuo e alle spese familiari, impegnandosi a corrisponderle, in caso di separazione, la somma di €146.400, mentre la moglie rinunciava ad alcuni beni mobili in suo favore.

All'esito del giudizio, il Tribunale e successivamente la Corte d'Appello riconoscevano la validità dell'accordo, qualificandolo come contratto atipico sottoposto a condizione sospensiva (la separazione personale).

A.A. ricorreva per Cassazione lamentando la nullità della scrittura per contrarietà agli artt. 143 e 160 c.c., nonché l'erronea interpretazione delle clausole contrattuali.

2. LA DECISIONE

La Suprema Corte respinge il ricorso.

In primo luogo, conferma la validità degli accordi stipulati tra coniugi in previsione di una futura crisi matrimoniale, purché non abbiano ad oggetto diritti indisponibili e non contrastino con norme imperative. Tali patti – sottolinea la Corte – costituiscono un esercizio legittimo dell'autonomia privata ex art. 1322 c.c., nella forma di un contratto atipico con condizione sospensiva lecita.

La decisione si inserisce in un filone giurisprudenziale ormai consolidato (Cass. 23713/2012; Cass. 19304/2013; Cass. 18066/2014; Cass. 11012/2021; Cass. 13366/2024), che ha progressivamente riconosciuto ai coniugi la possibilità di disciplinare anticipatamente i propri rapporti patrimoniali per il caso di separazione o divorzio.

La Corte esclude inoltre che la somma prevista costituisca una prestazione "una tantum" sostitutiva dell'assegno divorzile, trattandosi piuttosto di un riconoscimento di debito correlato a contributi economici effettivamente resi da uno dei coniugi.

Quanto alla censura interpretativa, la Cassazione la dichiara inammissibile, ribadendo che il giudizio di ermeneutica contrattuale è riservato al giudice di merito e non può essere sostituito dalla mera prospettazione alternativa del ricorrente.

3. CONCLUSIONI

La pronuncia si colloca nel solco dell'ormai chiaro superamento della concezione "pubblicistica" del matrimonio, inteso come istituzione insuscettibile di regolazione negoziale, in favore di una

* Dottoressa in giurisprudenza, abilitata all'esercizio della professione fornese. Componente del Comitato Editoriale della Rivista "De Iustitia".

[1] Massima non ufficiale.

prospettiva che valorizza l'autonomia privata dei coniugi anche nella fase patologica del rapporto.

Il principio affermato dalla Corte appare coerente con l'evoluzione normativa (dalla riforma del 1975 fino al D.L. 132/2014 sulla negoziazione assistita) e giurisprudenziale, che tende a riconoscere spazio all'autonomia contrattuale in funzione sia di prevenzione del contenzioso, sia di modulazione dei reciproci interessi patrimoniali (v. *ex multis*, Cass. civ., Sez. I, ord. 15 maggio 2024, n. 13366, Cass. civ., Sez. I, 27 aprile 2021, n. 11012).

Tuttavia, la soluzione adottata non è esente da criticità: da un lato, il rischio di patti squilibrati, specie in presenza di una disparità di forze contrattuali tra i coniugi; dall'altro, la difficoltà di distinguere tali accordi da clausole che, di fatto, possono incidere indirettamente sull'assegno divorzile.

La sentenza n. 20415/2025 conferma, dunque, l'apertura della giurisprudenza verso un modello di autonomia familiare responsabile, nel quale il vincolo coniugale non costituisce più un limite insuperabile all'autoregolamentazione privata, purché resti fermo il presidio dei diritti indisponibili e l'esigenza di tutela della parte debole e dei figli.

CRITERI DI APPLICAZIONE DELLA RISARCIBILITÀ EQUITATIVA AI SENSI DELL'ART 1226 C.C. NELL'IPOTESI DI OCCUPAZIONE ABUSIVA DI IMMOBILE – CASS. CIV, SEZ. III - ORDINANZA 28 LUGLIO 2025, N. 21607

A cura di **Martina RECANO** *

MASSIMA[1]

In sede di richiesta di danni da "occupatione sine titulo" di un immobile, ai fini dell'applicabilità dell'art 1226 c.c., il proprietario deve dimostrare in sede processuale da un lato l'esistenza effettiva e concreta di un danno subito e dall'altra l'effettiva impossibilità nel valutare il valore dello stesso, tanto da giustificare l'intervento del Giudice.

SOMMARIO

1. Il fatto 152

2. La decisione 152

3. Conclusioni 153

1. IL FATTO

La corte di Cassazione, con l'ordinanza n. 21607 del 28 luglio 2025, affronta l'articolato tema dell'applicabilità della risarcibilità equitativa ai sensi e per gli effetti del 1226 c.c. in casi di *occupatione sine titulo* di un immobile.

La sezione terza della Corte di Cassazione ha cassato la decisione emessa dalla Corte di Appello, che con la Sentenza del 24 novembre 2021 n. 2282 ha riconosciuto alle società proprietarie degli immobili - occupati e poi sgomberati- un risarcimento danni valutato equitativamente. Tale ultima sentenza è stata impugnata dal Ministero degli Interni, il quale era stato coinvolto dalle società, nel procedimento di risarcimento, per aver tardato nell'esecuzione dell'ordine di sgombero stabilito sei anni prima circa dalla Procura.

Nello specifico, La Corte di Appello appoggia l'idea di risarcibilità del danno in via equitativa ai sensi dell'art 1226 c.c ritenendo sufficien-te la presunzione del mancato utilizzo dell'immobile per giustificare l'esistenza del danno.

Avverso tale sentenza il Ministero degli In-terni soccombente in primo e secondo grado, impugnava il provvedimento dinnanzi la Corte di Cassazione articolando la sua difesa su tre punti: 1) Violazione degli artt. 1226, 2056,2697, 2727 e 2729 c.c.; 2) Violazione dell'art. 132, co. 2 n.4; 3) spese.

Ciò detto, il Ministero riteneva che la Corte di Appello avesse liquidato il danno conseguenza senza accertarne l'esistenza, e basandosi solo sulla accertata sussistenza di un danno evento.

Con memoria di costituzione e difesa, si costituiva la società proprietaria dell'immobile chiedendo la reiezione delle pretese avverse.

Il Consigliere relatore, visti gli atti di causa udita l'udienza in camera di consiglio, trattiene la causa in decisione.

2. LA DECISIONE

Nel merito, i Giudici della Corte, si concentrano in particolar modo sull'analisi del primo motivo ossia la corretta applicazione del criterio equitativo per fini risarcitori, ritenendo poi di assorbire i successivi due.

Difatti, secondo la Corte, ai fini di una corretta applicazione dell'art 1226 c.c. è necessario studiare la sua "storia giuridica". Nella prassi, il problema era stato risolto attraverso la distinzione tra "danni comuni" (quelli derivanti da tutti i fatti illeciti) e "danni propri" (pregiudizio non generalizzabile).

Ad oggi, i criteri necessari ai fini della sua corretta applicazione risultano essere due:

Da un lato, infatti, il proprietario dell'immobile interessato ad ottenere un risarcimento danni conseguenti all'occupazione abusiva del proprio immobile deve adempiere ad un rigoroso onere della prova avente ad oggetto l'effettiva esistenza del

* Praticante Avvocato abilitato alla sostituzione del foro di Napoli. Componente del Comitato Editoriale della Rivista "De Iustitia".

[1] Massima non ufficiale.

Danno. Il giudice nono-stante abbia la facoltà di stabilire in via equitativa ossia secondo le sue conoscenze un danno, non potrà farlo se l'interessato non dimostra che effettivamente il danno ci sia stato e la qualità dello stesso. Pertanto, anche il danno da occupazione senza titolo deve essere dimostrato e non può valutarsi in via presuntiva, ai fini della effettiva valutazione da parte del Giudice adito.

Dall'altro lato sul proprietario, ricade l'ulteriore onere di non aver avuto alcun modo per stabilire il valore del danno subito, ma vi deve essere un'impossibilità oggettiva ed incolpevole e non semplice "pigrizia" delle parti o dei rispettivi difensori. In questo modo dice la Corte, si applicherà il principio di autoresponsabilità per le azioni ed omissioni delle parti.

Il Collegio, infatti, non condivide il pensiero della Corte di Appello che ha applicato l'art 1226 nonostante l'incertezza - accertata- dell'esistenza del danno. Questa dice la Corte, od altra interpretazione è in contrasto con il principio costituzionale dell'art 111 Cost che garantisce l'imparzialità del terzo Giudicante e in quanto tali non osservabili.

Ciò stabilito, il Giudice di legittimità ha ritenuto che gli altri due motivi di doglianza potessero essere assorbiti nell'accoglimento del primo che li ingloba.

3. CONCLUSIONI

La terza sezione Civile della Corte di Cassazione cassa la sentenza della Corte di Appel-lo, accoglie il primo motivo di doglianza ritenendo assorbiti gli altri due proposti e rimette la causa innanzi la Corte di appello competente.

LA CASSAZIONE PRECISA I LIMITI DELLA PRETERMISSIONE DEL LEGITTIMARIO E L'OPERATIVITÀ DELL'ART. 564 C.C. NEI CONFRONTI DI TERZI DONATARI - CASS. CIV., SEZ. II CIV., 27 SETTEMBRE 2025, N. 26289

A cura di **Giuseppina AVOLIO***

MASSIMA[1]

La condizione di proponibilità dell'azione di riduzione nei confronti dei donatari non coeredi, prevista dall'art. 564, comma 1, c.c., non sussiste qualora il legittimario sia stato totalmente pretermesso, ancorché l'asse relitto presenti beni di valore meramente simbolico o irrisorio. In tal caso, l'assenza di un "relictum" economicamente apprezzabile esclude la necessità dell'accettazione beneficiata, poiché viene meno la ratio di tutela dei terzi donatari.

SOMMARIO

1. Il fatto 154

2. La decisione 154

3. Conclusioni 155

1. IL FATTO

La controversia trae origine da un conflitto successorio insorto tra coeredi in relazione alle successioni dei genitori.

Il ricorrente agiva dinanzi al Tribunale competente chiedendo la declaratoria di simulazione di una serie di atti di compravendita, con cui il *de cuius* avrebbe dissimulato donazioni in favore di una società riconducibile ad altro coerede, nonché la riduzione di tali liberalità, ritenute lesive della propria quota di legittima.

Il Tribunale rigettava la domanda, ritenendo improponibile l'azione di riduzione per mancata accettazione dell'eredità con beneficio d'inventario, essendo risultato da verbale notarile che l'asse relitto comprendeva beni mobili e la somma di euro 30,07 su un conto corrente intestato al defunto.

La Corte d'appello confermava la pronuncia, ritenendo che la mera esistenza di un "*relictum*" – seppur minimo – imponesse il rispetto della condizione prevista dall'art. 564 c.c.

Il legittimario proponeva quindi ricorso per cassazione deducendo, tra l'altro, la violazione e falsa applicazione dell'art. 564 c.c., sostenendo di essere stato totalmente pretermesso, poiché il *de cuius* si era spogliato in vita di tutto il proprio patrimonio in favore della società convenuta, rendendo superflua l'accettazione beneficiata.

2. LA DECISIONE

La Corte di Cassazione, Sez. II civile, con la sentenza n. 26289/2025, accoglie parzialmente il ricorso, cassando la sentenza impugnata e rinviando alla Corte d'Appello in diversa composizione.

Il Collegio affronta in modo sistematico la questione dell'interpretazione dell'art. 564 c.c. con riferimento al legittimario totalmente pretermesso, richiamando l'orientamento consolidato secondo cui l'accettazione con beneficio d'inventario è richiesta a tutela dei terzi donatari o legatari estranei, i quali devono poter verificare l'effettiva esistenza della lesione di legittima mediante la formalizzazione dell'asse ereditario.
Tuttavia – osserva la Corte – tale ratio non sussiste quando non vi è un patrimonio ereditario di rilievo economico, poiché in tal caso viene meno la stessa esigenza di garanzia nei confronti dei terzi.

Il concetto di "*relictum*" – afferma la Corte – non può essere ridotto a un dato meramente formale: la presenza di un saldo bancario di entità simbolica o di effetti personali di modico valore non integra un vero e proprio asse ereditario da dividere.

Pertanto, il legittimario che non riceve beni di apprezzabile valore deve considerarsi totalmente pretermesso, con conseguente esonero dall'onere di

* Dottoressa in giurisprudenza, abilitata all'esercizio della professione fornese. Componente del Comitato Editoriale della Rivista "De Iustitia".

[1] Massima non ufficiale.

accettare con beneficio d'inventario prima di agire in riduzione contro i terzi donatari.

La Corte aggiunge che la Corte territoriale ha errato nel ritenere tardiva la deduzione difensiva relativa alla proprietà dei beni mobili compresi nell'inventario, trattandosi di mera difesa e non di nuova allegazione: una precisazione di rilievo, che conferma la distinzione tra "nuove allegazioni" e "mere difese" ai fini del giudizio d'appello.

Il ricorso è invece dichiarato inammissibile con riferimento ad altre censure relative a differenti profili successori, non adeguatamente impugnati nelle loro *rationes decidendi.*

3. CONCLUSIONI

La pronuncia in esame rappresenta un contributo significativo alla definizione dei limiti applicativi dell'art. 564 c.c. e del concetto di pretermissione del legittimario, proponendo una lettura evolutiva e sostanzialmente equitativa della norma.

La Cassazione chiarisce che la condizione dell'accettazione beneficiata non può essere applicata come formalismo astratto, ma deve essere letta in funzione della tutela effettiva dei diritti successori. Laddove l'asse relitto sia di valore irrisorio, l'onere dell'accettazione con beneficio d'inventario si tradurrebbe in un ostacolo ingiustificato all'esercizio dell'azione di riduzione, svuotando di contenuto la garanzia della quota di riserva e il diritto costituzionale di agire in giudizio.

La decisione riafferma, dunque, una visione teleologica e sostanziale del diritto successorio, volta a bilanciare la tutela dei terzi con quella dei legittimari, e a privilegiare la funzione giustificatrice delle forme rispetto al loro valore puramente procedurale.

Si assiste a un superamento del formalismo codicistico in favore di un principio di ragionevolezza e proporzionalità: non ogni "*relictum*" formale è idoneo a fondare un'azione successoria; occorre che esso presenti un valore economico apprezzabile e suscettibile di divisione.

Da ciò deriva una ridefinizione del concetto di "pretermissione totale", non più limitato alla mancata chiamata testamentaria, ma esteso all'ipotesi di esclusione economica sostanziale del legittimario dal patrimonio del defunto.

RICONOSCIMENTO DEL DIRITTO ALL'ASSEGNO DIVORZILE NELL'AMBITO DELLE UNINIONI CIVILI – CASS. CIV. SEZ. I UD. 10 SETT. 2025 N. 25495

A cura di **Francesca Maria FRASSANITO***

MASSIMA[1]

Il mero accertamento della disparità economica tra le parti non legittima di per sé il riconoscimento dell'assegno divorzile. Esso può essere riconosciuto ove, previo accertamento dell'insufficienza dei mezzi del richiedente alla conduzione di una vita dignitosa, se ne individui la funzione assistenziale e la funzione perequativo- compensativa.

La prima va individuata nella mancanza di mezzi sussistenza e nell' impossibilità di procurarseli malgrado ogni diligente sforzo, la seconda ricorre se lo squilibrio economico tra le parti è strettamente correlato a scelte relative alla conduzione della vita coniugale. La sola funzione assistenziale può giustificare il riconoscimento di un assegno, che però non viene parametrato al tenore di vita, bensì a quanto imprescindibile a garantire uno stile di vita dignitoso all'ex coniuge; se invece ricorre anche la funzione compensativa – assorbente quella assistenziale - l'assegno va parametrato al contributo fornito dal richiedente alla conduzione della vita familiare ed alla formazione del patrimonio comune, nonché di quello personale dell'altra parte.

SOMMARIO

1. Il fatto 156

2. La decisione 157

3. Conclusioni 158

1. IL FATTO

G.M. conveniva in giudizio C. L., per lo scioglimento dell'unione civile contratta dalle due donne nel dicembre del 2016.

La controparte, pur non opponendosi alla richiesta di scioglimento del vincolo, chiedeva - in via riconvenzionale – il riconoscimento di un assegno di Euro 550,000 mensili, di fatto ammesso dal Tribunale di Pordenone con sentenza del 29 gennaio 2020.

La parte onerata proponeva impugnazione avverso la suddetta sentenza presso la Corte d'Appello di Trieste, la quale con una pronuncia del luglio del medesimo anno, respingeva la domanda di riconoscimento dell'assegno e la domanda di restituzione delle somme già corrisposte.

C. L. adiva, dunque, la Corte di legittimità che si pronunciava, a sezioni unite, con sentenza del 27 dicembre 2023 n. 35969, accogliendo il ricorso proposto, ma rinviava la decisione nel merito alla Corte d'appello di Trieste, in diversa composizione, per un nuovo accertamento dei presupposti necessari per il riconoscimento dell'assegno.

Le Sezioni Unite, infatti ritenevano che dovesse essere effettuata una differente valutazione alla luce di una diversa prospettiva temporale che non partiva dal momento in cui le parti si erano unite civilmente, bensì dal periodo di convivenza, iniziato tempo prima della formalizzazione del rapporto.

Di fatto, la Cassazione non dava ragione *tour court* alla parte ricorrente, ma riconosceva l'erroneità del criterio di valutazione adottato dalla Corte D'Appello, poiché i presupposti necessari al riconoscimento del diritto a ricevere l'assegno si estendono anche al periodo di convivenza, laddove esso si sia svolto in tutto o in parte in epoca anteriore all'entrata in vigore della L. n. 76/2016.

A seguito della sentenza emessa dalla Corte d'Appello di Trieste su rinvio della Cassazione, la Sig.ra C.L. proponeva nuovamente ricorso per Cassazione, impugnando la pronuncia.

La Suprema Corte rileva che nei motivi addotti la ricorrente non si confrontava con la ragione decisoria e non evidenziava un fatto storico rilevante di cui veniva omesso l'esame, ma si limitava a censuare le valutazioni che la Corte operava sui fatti dedotti.

* Dottoranda di ricerca in Giurisprudenza, Università del Salento e Cultrice della materia in diritto commerciale, Università Cattolica del Sacro Cuore. Componente del Comitato Editoriale della Rivista "De Iustitia".

[1] Massima non ufficiale.

Tutto ruotava attorno alle ragioni che avevano portato C.L. alle dimissioni dal proprio posto di lavoro e che avrebbero poi giustificato l'assegno oggetto di causa. Entrambe le parti, peraltro, riferivano i medesimi fatti dando loro delle ricostruzioni differenti: secondo la ricorrente, nel 2015, C.L. si sarebbe dimessa per inseguire l'obiettivo di essere assunta presso una scuola con un contratto a tempo indeterminato; secondo la controricorrente, invece, ella si sarebbe dimessa perché l'impiego precedente era incompatibile con la convivenza e la costringeva- pertanto - a licenziarsi.

2. *LA DECISIONE*

La Suprema Corte rinviene che non veniva effettuata una cattiva interpretazione dei fatti in causa, ma si dava semplicemente per assodato che le dimissioni, in qualunque data fossero state rese, erano state spinte dalla volontà di andare a convivere e non da altre ragioni che, come ricorda la stessa Corte, non riguardano il merito e quindi non possono essere vagliate in sede di legittimità.

Tuttavia, Il Giudice delle Leggi rileva un errore di diritto nella sentenza impugnata, il quale attiene alla scorretta applicazione dell'art. 5 comma 6 della legge sul divorzio. Infatti, la Corte di merito aveva applicato la suddetta norma, dando per scontato che per la legittimazione dell'assegno divorzile vi fosse sia il requisito assistenziale che quello compensativo, in virtù di una disparità economica fra le parti.

La Suprema Corte dà per accertato che C. L. avesse sostenuto un sacrificio, e cioè perduto una *chance* di un lavoro con migliori prospettive reddituali proprio per andare a convivere con la compagna, ma riconosce che sarebbe dovuto essere accertato anche se ciò in concreto fosse idoneo ad integrare - in primo luogo - il requisito assistenziale, senza darlo per scontato sulla base della rilevata disparità economica tra le parti, ed inoltre la sussistenza del requisito compensativo-perequativo.

Posto che assegno di mantenimento e assegno divorzile sono due istituti differenti poiché il primo presuppone l'adempimento del dovere di assistenza morale e materiale che sussiste anche in caso di separazione; il secondo, invece, presuppone lo scioglimento del matrimonio, per cui la sua funzione assistenziale è molto diversa rispetto a quella dell'assegno di mantenimento e non risponde all'esigenza di perequare, sempre ed in ogni caso, la disparità economica tra le parti, ma solo ed esclusivamente quando l'ex coniuge sia privo di risorse economiche sufficienti alla sopravvivenza e non possa procurarsele in concreto.

L'assegno divorzile resta, quindi, parametrato ai criteri di cui all'art. 438 c.c.; diversamente, la funzione perequativa - compensativa ricorrerebbe soltanto se si riuscisse a provare che lo squilibrio economico sia conseguenza delle scelte fatte nella vita matrimoniale ed esso andrebbe parametrato al contributo che il richiedente dimostri di aver dato alla formazione del patrimonio comune o dell'altro coniuge durante la vita matrimoniale.

La Suprema Corte nonostante faccia riferimento agli istituti e alle Pronunce in tema di matrimonio non manca di precisare che essi possono e devono essere mutuati anche in tema di unioni civili e di relativo "assegno divorzile", anche perché ad esse si applica - per espressa disposizione di legge - il comma 6 dell'art. 5 della legge sul divorzio della cui applicazione si discute.

La Corte di merito avrebbe dovuto, quindi, verificare, ai fini del requisito assistenziale, se le risorse, attuali e potenziali, di cui gode laSig.ra C. L. fossero sufficienti ad assicurarle una vita dignitosa e autonoma, anche se attestata su un tenore di vita più basso di quello che le risorse della sua compagna le avrebbero consentito.

Per quanto concerne la funzione compensativa, come anticipato, la richiedente avrebbe dovuto dimostrare di aver contribuito in maniera significativa alla vita familiare, facendosi carico in via esclusiva o preminente della cura e dell'assistenza della famiglia, ma la Corte di merito mancava nel vagliare la sussitenza delle prove che avrebbero dovuto accertare che il sacrificio (dimissioni) veniva fatto per ragioni solidaristiche e per tutto quanto sopra esposto.

La Suprema Corte specifica, infatti, che quando si parla di funzione compensativa dell'assegno di divorzio non si valuta soltanto il sacrifico sostenuto da uno dei due coniugi, ma anche e sopratutto lo scopo e il frutto delsuddetto sacrificio; poiché la condotta di ciascuno dei due deve essere

coerente con quello che è l'impianto solidaristico proprio anche dell'unione civile, formazione sociale connotata da doveri di assistenza morale e materiale al pari del matrimonio.

3. CONCLUSIONI

La Corte di Cassazione accoglie il ricorso nei termini di cui in motivazione, cassa sul punto la sentenza impugnata e rinvia alla Corte d'appello di Trieste diversa composizione per un nuovo esame e per la liquidazione delle spese anche del giudizio di legittimità.

DE IUSTITIA

Rivista scientifica Anno 2025 – N°4 – Ottobre 2025

RASSEGNA – CASSAZIONE CIVILE ISSN 2974-7562

INTERVENTO EDILIZIO NEL SOTTOSUOLO CONDOMINIALE E VIOLAZIONE DELL'ART. 1102 C.C., L'OPERA DEL SINGOLO CONDOMINO COME SPOGLIO DELLA COSA COMUNE – CASS. CIV., SEZ. II - ORDINANZA 18 LUGLIO 2025, N. 20152

A cura di **Martina RECANO** *

MASSIMA[1]

Le opere realizzate dal singolo condomino su aree comuni, in assenza di un valido titolo che ne attribuisca l'uso esclusivo, devono considerarsi illegittime e costituenti spoglio del bene comune.

SOMMARIO

1. Il fatto 159

2. La decisione 159

3. Conclusioni 160

1. IL FATTO

La Corte di Cassazione, con l'ordinanza n. 20152 del 21 luglio 2025, si è pronunciata in merito alla possibilità per i singoli condomini di eseguire opere sulle parti comuni dell'edificio condominiale.

La Terza Sezione della Suprema Corte ha cassato la decisione della Corte d'Appello, la quale – con sentenza n. 1568/2019 del 18 giugno 2025 – aveva ritenuto legittimo l'uso della cosa comune da parte della condomina convenuta, sostenendo che l'opera realizzata non avesse comportato un'alterazione del bene comune.

Tale sentenza era stata impugnata dal Condominio, lamentando che la condomina avesse eseguito uno scavo nel sottosuolo comune, appropriandosi di una porzione dello stesso. In particolare, la Corte d'Appello aveva ritenuto che l'intervento non comportasse una trasforma-zione del bene, ma si configurasse come un uso più intenso dello spazio comune.

Avverso tale pronuncia, il Condominio – già soccombente sia in primo che in secondo grado – ha proposto ricorso per cassazione, articolando due motivi di impugnazione:1) Violazione e falsa applicazione dell'art. 1102 c.c.; 2) Vizio di motivazione in relazione al medesimo articolo.

Il Condominio ha sostenuto che, sebbene lo scavo eseguito fosse di modesta entità, non poteva considerarsi legittimo, anche in ragione del fatto che l'intervento era stato effettuato al di sot-to del piano di calpestio, in un solaio aerato, in sostituzione del preesistente vespaio. L'opera di sbancamento aveva infatti consentito alla con-domina di ricavare un aumento dell'altezza dei locali di sua esclusiva proprietà.

Con memoria di costituzione e difesa, si è costituita in giudizio la condomina resistente, chiedendo il rigetto del ricorso e la conferma della decisione impugnata.

Il Consigliere relatore, esaminati gli atti di causa e udita l'adunanza camerale, ha trattenuto la causa in decisione.

2. LA DECISIONE

Nel merito, i Giudici della Corte si sono concentrati in particolare sull'analisi del primo motivo di ricorso, relativo all'eventuale attribuibilità esclusiva degli spazi comuni, ritenendo assorbito il secondo.

Secondo un orientamento ormai consolidato della giurisprudenza di legittimità, ai fini di una corretta applicazione dell'art. 1102, commi 1 e 2 c.c., in combinato disposto con l'art. 1117 c.c., lo spazio sottostante il suolo di un edificio in condominio deve essere considerato di proprietà comune, salvo che non esista un titolo che ne attribuisca espressamente la proprietà esclusi-va a uno dei condomini.

Alla luce di tale principio, la Corte ha quali-ficato l'intervento della condomina come un ve-ro e proprio spoglio della cosa comune, aziona-bile

* Praticante Avvocato abilitato alla sostituzione del foro di Napoli. Componente del Comitato Editoriale della Rivista "De Iustitia".

[1] Massima non ufficiale.

dall'amministratore mediante l'ordinaria azione di reintegrazione di cui all'art. 1168 c.c.

Pertanto, il giudice di legittimità ha ritenuto assorbiti gli ulteriori motivi di doglianza, in quanto già ricompresi e superati dall'accoglimento del primo motivo di ricorso.

3. CONCLUSIONI

La Seconda Sezione Civile della Corte di Cassazione ha accolto il primo motivo di ricorso, ritenendo assorbito il secondo, ha cassa-to la sentenza impugnata e ha rinviato la causa alla Corte d'Appello territorialmente competente, in diversa composizione, per un nuovo esame della controversia.

DE IUSTITIA

Rivista scientifica Anno 2025 – N°4 – Ottobre 2025

RASSEGNA – CASSAZIONE CIVILE ISSN 2974-7562

REVOCAZIONE PER ERRORE DI FATTO ED ERRORE DI GIUDIZIO: LA CASSAZIONE RIBADISCE I LIMITI DEL RIMEDIO STRAORDINARIO - CASS. CIV., SEZ. LAV., ORD., 28 AGOSTO 2025, N. 24067

A cura di **Giuseppina Avolio***

MASSIMA[1]

In tema di revocazione delle decisioni della Corte di cassazione ex art. 391-bis e art. 395, n. 4, c.p.c., l'errore revocatorio sussiste solo in presenza di una svista percettiva, immediatamente rilevabile dal raffronto tra la sentenza e gli atti di causa, e non può consistere in un errore di valutazione giuridica o interpretativa. Ne consegue l'inammissibilità del ricorso che, sotto la veste del vizio revocatorio, miri a censurare il giudizio di diritto espresso dalla Corte di legittimità, poiché la revocazione non è un ulteriore grado di giudizio ma un rimedio eccezionale, limitato a casi di travisamento materiale.

SOMMARIO

1. Il fatto 161

2. La decisione 161

3. Conclusioni 162

1. IL FATTO

La Corte d'Appello di Bari, con sentenza n. 2156/2022, confermava la pronuncia di primo grado che condannava Maria Lopez a restituire a Poste Italiane S.p.A. oltre 106.000 euro, indebitamente percepiti in esecuzione di una decisione poi dichiarata improcedibile in sede di rinvio.

Avverso tale decisione la ricorrente proponeva ricorso in Cassazione, respinto con ordinanza n. 15438/2024. Successivamente, la stessa proponeva ricorso per revocazione ai sensi degli artt. 391-bis e 395, n. 4, c.p.c., deducendo l'erronea percezione degli atti processuali e la falsa rappresentazione della realtà processuale da parte della Corte.

La società controricorrente eccepiva, preliminarmente, l'inammissibilità del ricorso per difetto di procura speciale.

2. LA DECISIONE

La Corte Suprema, in via preliminare, ha ritenuto infondata l'eccezione relativa alla procura, ribadendo – in linea con Cass. SS.UU. n. 36057/2022 e n. 2075/2024 – che il requisito di specialità è soddisfatto anche quando la procura sia rilasciata su foglio separato ma materialmente congiunto all'atto, purché nel corretto intervallo temporale tra la pubblicazione del provvedimento e la proposizione del ricorso.

Quanto al merito, la Corte ha richiamato i consolidati principi in materia di revocazione:

- l'errore revocatorio deve consistere in una svista obiettiva e immediatamente rilevabile, frutto di una mera supposizione percettiva;
- non rientrano nel rimedio gli errori di giudizio, le valutazioni giuridiche o le interpretazioni dei fatti (Cass. SS.UU. n. 5303/1997; n. 4413/2016; Cass. n. 14656/2017; Cass. n. 6945/2022);
- la revocazione non costituisce un ulteriore grado di giudizio, ma un rimedio straordinario di carattere eccezionale.

Applicando tali principi, la Corte ha ritenuto che le censure della ricorrente non indicassero alcuna svista percettiva, ma si limitassero a contestare il percorso argomentativo e le valutazioni di diritto svolte nell'ordinanza n. 15438/2024.

Rilevante, in particolare, il richiamo al principio secondo cui l'estinzione del giudizio di rinvio (art. 393 c.p.c.), successiva alla cassazione della sentenza d'appello che aveva riformato il capo condannatorio, comporta l'inesistenza di qualunque titolo giudiziale, con conseguente obbligo restitutorio in capo alla parte che abbia percepito somme in esecuzione del provvedimento riformato.

*Dottoressa in giurisprudenza, abilitata all'esercizio della professione fornese. Componente del Comitato Editoriale della Rivista "De Iustitia".

[1] Massima non ufficiale.

3. CONCLUSIONI

La pronuncia conferma un orientamento rigoroso nel delimitare l'ambito della revocazione delle sentenze della Cassazione. L'istituto rimane confinato alle sole ipotesi di errore materiale o percettivo, escludendo qualsiasi forma di rivalutazione del merito o di contestazione delle interpretazioni giuridiche.

In questo senso, la decisione si colloca nel solco tracciato dalla giurisprudenza di legittimità (Cass. SS.UU. n. 20321/2025; Cass. n. 20013/2024) e dalla giurisprudenza eurounitaria e convenzionale (CGUE *Kobler*, *Kapferer*; Corte EDU *Omar c. Francia*, *Erfar-Avef c. Grecia*), che sottolineano il valore della stabilità del giudicato come presidio di certezza del diritto e di buona amministrazione della giustizia.

La sentenza n. 24067/2025, dunque, rafforza la concezione della revocazione come rimedio eccezionale, volto a correggere esclusivamente errori percettivi "grossolani" della Corte, e non come strumento surrettizio per riaprire il dibattito su questioni già decise.

LA COMPETENZA DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO IN MATERIA DI RISARCIMENTO DANNI – CASS. S.U. CIVILI NR. 26080, 25 SETTEMBRE 2025

A cura di **Francesca Maria FRASSANITO***

MASSIMA[1]

L'affidamento del privato nell'ambito dell'attività amministrativa, fondato sulla ragionevole aspettativa di un esito favorevole del procedimento, è tutelabile come interesse legittimo risarcibile; la responsabilità della Pubblica Amministrazione deriva dalla delusione di tale fiducia e dalla violazione dei doveri di correttezza e buona fede, indipendentemente dalla legittimità del provvedimento finale.
In materia di edilizia e urbanistica la giurisdizione spetta al giudice amministrativo.

SOMMARIO

1. Il fatto 163
2. La decisione 163
3. Conclusioni 165

1. IL FATTO

I signori G.C. e V.F. convenivano in giudizio il Comune di Rimini innanzi al Tribunale ordinario della medesima città, deducendo di aver ottenuto un permesso a costruire per la demolizione e la successiva ricostruzione di un fabbricato sito in zona agricola, con incremento di tre unità immobiliari rispetto al preesistente manufatto.

Tale titolo edilizio veniva successivamente annullato dal Consiglio di Stato, in accoglimento del ricorso proposto dalla sig.ra B.V., proprietaria di un immobile confinante, sul rilievo che le disposizioni del Piano Regolatore Generale (PRG) consentivano la realizzazione di una sola unità aggiuntiva.

Gli attori decidevano quindi di richiedere il risarcimento dei danni al Comune che aveva rilasciato l'erroneo permesso a costruire, deducendo di aver fatto affidamento in buona fede sulla legittimità del provvedimento ampliativo rilasciato dall'amministrazione.

Il Comune, costituendosi in giudizio, eccepiva il difetto di giurisdizione del giudice ordinario, invocando l'art. 7 del d.lgs. n. 104/2010 (c.p.a.), il quale attribuisce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi ad oggetto comportamenti riconducibili, anche solo mediatamente, all'esercizio del potere amministrativo in materia di urbanistica ed edilizia.

Il Tribunale ordinario, trattenuta la causa per la decisione sull'eccezione di giurisdizione, sospendeva il giudizio in ragione della proposizione, da parte degli attori, di un ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione dinanzi alla Corte di cassazione.

Detto ricorso si articola in un unico motivo di censura. I ricorrenti sostenevano che la domanda di risarcimento danni doveva essere sussunta sotto la giurisdizione del giudice ordinario, in quanto il danno lamentato non derivava direttamente dall'annullamento del permesso a costruire, bensì dall'affidamento incolpevole della sua legittimità, basato su una prassi consolidata del Comune. Al contrario, il Comune sosteneva essendo il danno lamentato correlato al procedimento amministrativo, che fosse competenza esclsiva del giudice amministrativo.

2. LA DECISIONE

La questione afferente all'affidamento nell'ambito del diritto amministrativo è stata oggetto di copiosa giurisprudenza sia civile che amministrativa.

Una nota Pronuncia del Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria (n. 20/2021) sanciva che, in presenza di un'attività provvedimentale, il privato può maturare una «aspettativa» sulla legittimità del provvedimento amministrativo; se tale aspettativa viene frustrata, ne può derivare una responsabilità della Pubblica Amministrazione. In altre parole, la

* Dottoranda di ricerca in Giurisprudenza, Università del Salento e Cultrice della materia in diritto commerciale, Università Cattolica del Sacro Cuore. Componente del Comitato Editoriale della Rivista "De Iustitia".

[1] Massima non ufficiale.

mera adozione di un atto illegittimo colpisce l'interesse del destinatario a vedere l'amministrazione esercitare i propri poteri secondo le regole di legge, senza però ampliare automaticamente la sfera dei suoi diritti. L'affidamento si manifesta nella positiva conclusione del procedimento e si traduce in un interesse legittimo che diventa risarcibile quando l'amministrazione abbia creato una ragionevole aspettativa, poi delusa, sulla conclusione favorevole del procedimento.

La stessa Adunanza Plenaria approfondiva il tema nella pronuncia n. 2175/2023, confermata da altre decisioni della Cassazione (n. 3514/2023 e n. 10880/2023), chiarendo che l'interesse legittimo è una situazione soggettiva diretta alla tutela di un bene della vita. Anche un provvedimento ampliativo viziato può soddisfare tale interesse, seppur non pienamente: infatti, l'interesse legittimo non ha come fine la legittimità in sé dell'atto amministrativo, ma l'effettiva attribuzione di un vantaggio al privato. Di conseguenza, la lesione della posione soggettiva di protezione si configura solo quando l'amministrazione nega illegittimamente la soddisfazione dell'interesse, sacrificando la pretesa del privato al beneficio perseguito. Questo principio è stato ribadito dalla giurisprudenza anche sul piano risarcitorio, secondo cui il danno derivante dalla lesione di un interesse legittimo può essere riconosciuto solo se il bene della vita richiesto spettava effettivamente al privato o, in caso di potere discrezionale, se vi erano concrete possibilità di ottenerlo.

Con specifico riguardo all'affidamento, la responsabilità della Pubblica Amministrazione si fonda sulla delusione della fiducia nella correttezza della sua azione, non sull'interesse legittimo in sé, ma sul diritto del privato alla propria autodeterminazione, tutelata contro ingerenze illegittime. La disciplina introdotta dall'art. 1, comma 2-bis, della legge n. 241/1990 sancisce che l'amministrazione è tenuta a comportarsi secondo regole di buona fede e correttezza, indipendentemente dalla legittimità del provvedimento finale. L'affidamento incolpevole, infatti, può essere leso anche se il procedimento non sfocia in un provvedimento espresso o se l'atto adottato è negativo ma legittimo. In tal senso, l'amministrazione non solo è tenuta a rispettare le regole di validità, ma deve anche modulare il proprio comportamento per evitare interferenze ingiustificate sulla sfera del privato.

La giurisprudenza conferma che all'interno di uno stesso procedimento possono coesistere interessi legittimi e diritti soggettivi senza che ciò costituisca una contraddizione teorica: l'esercizio del potere amministrativo non esclude che il privato possa far valere diritti soggettivi. Al di fuori delle materie di giurisdizione esclusiva (art. 133 c.p.a.), la tutela risarcitoria spetta al giudice ordinario, mentre nelle materie indicate dalla legge e connesse all'esercizio del potere amministrativo, la giurisdizione amministrativa è competente anche sulle controversie risarcitorie.

Un caso emblematico riguarda proprio la lesione dell'affidamento nell'ambito dei permessi a costruire, dove il giudice amministrativo conosce anche dei diritti soggettivi, purché la lesione sia collegata all'esercizio di un potere pubblico. In tale contesto, il provvedimento illegittimo costituisce un fattore eziologico del danno, ma non coincide con il comportamento amministrativo rilevante, che deve essere giustificato e previsto dalla norma attribuente il potere. Il danno da lesione dell'affidamento deriva dunque dalla violazione dei doveri comportamentali imposti alla Pubblica Amministrazione, non dalla mera illegittimità del provvedimento.

Nella relazione ministeriale relativa al d.lgs. n. 36/2023 si chiarisce che la norma recepisce i principi affermati dall'Adunanza Plenaria nelle sentenze nn. 5/2018, concernente la responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione e nn. 19/2021, 20/2021 e 21/2021, relative all'attività provvedimentale.

In sintesi, si precisa che l'istituto dell'affidamento va inteso come un vincolo al potere amministrativo rilevante tanto in relazione ai diritti soggettivi quanto agli interessi legittimi e che la lesione dell'affidamento verificatasi nell'ambito di un procedimento di gara è strettamente connessa all'esercizio del potere amministrativo stesso.

Ciò comporta che, anche quando il privato lamenta la lesione della propria libertà di autodeterminazione negoziale, la controversia risarcitoria rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, estesa non solo ai comportamenti

della della pubblica amministrazione *ex* l'art. 7 c.p.a., ma anche con riguardo alle controversie in materia di risarcimento danni.

La stretta connessione tra affidamento e potere amministrativo, nonché la natura amministrativa – e non materiale – dei comportamenti da cui deriva l'affidamento tutelabile, trova fondamento normativo nel codice dei contratti pubblici e non si limita alla materia contrattuale, ma riguarda ogni situazione in cui l'esercizio del potere possa generare affidamento incolpevole, in particolare nell'ambito dell'attività provvedimentale.

I comportamenti posti in essere dalla pubblica amministrazione nell'esercizio del potere/dovere di provvedere risultano almeno mediamente riconducibili al potere stesso, in quanto il danno derivante dalla lesione dell'affidamento origina dalla violazione dei doveri comportamentali che regolano l'esercizio del potere. Le condotte in questione fano capo ai principi di buona fede e correttezza sanciti dall'art. 1, comma 2-bis, legge n. 241/1990, che costituiscono una proiezione, nel rapporto amministrativo, dei doveri generali stabiliti dall'art. 2 Cost. e declinati coerentemente alle caratteristiche specifiche del rapporto giuridico in esame.

La buona fede svolge una duplice funzione: è norma di condotta per l'operato della P.A. e criterio di valutazione dei comportamenti amministrativi diretti o indiretti, suscettibili di generare responsabilità risarcitoria anche in presenza di provvedimenti legittimi.

Sulla base di questi principi, l'azione risarcitoria per danno derivante da affidamento incolpevole, anche in caso di provvedimento annullato o legittimamente negato, rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133 c.p.a., garantendo così la concentrazione della tutela davanti a un unico giudice, come già evidenziato dalla Corte Costituzionale nella Pronuncia n. 191/2006.

Resta ferma la competenza del giudice ordinario per le materie escluse dalla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Nel caso concreto, la domanda degli attori rientrava nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, trattandosi di materia edilizia e urbanistica. A conferma di ciò la circostanza per cui gli attori non hanno lamentato la lesione derivante dall'illegittimità del permesso a costruire originariamente ottenuto, ma hanno dedotto di essere stati indotti a comprare un immobile e a progettare un ampliamento volumetrico, confidando in prassi interpretative del Comune poi risultate infondate. L'affidamento degli attori è iniziato al momento dell'acquisto del terreno con fabbricato in zona agricola, finalizzato all'attuazione del progetto edilizio, poi impossibile da realizzare.

3. CONCLUSIONI

In definitiva, alla luce dei principi richiamati e del *petitum* sostanziale, le Sezioni Unite della Suprema Corte ritengono che debba essere riconosciuta la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, chiamato a verificare la resposanbilità della pubblica amministrazione e l'eventuale e conseguente risarcimento dei danni agli attori del giudizio in commento.

La causa pendente davanti al Tribunale dovrà pertanto essere riassunta, nei termini di legge, davanti al T.A.R. territorialmente competente.

DE IUSTITIA

Rivista scientifica Anno 2025 – N°4 – Ottobre 2025

RASSEGNA – CASSAZIONE CIVILE ISSN 2974-7562

RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI NON ESECUTIVI IN TEMA DI OMISSIONI INFORMATIVE NEI PROSPETTI D'OFFERTA AL PUBBLICO – CASS. CIV., SEZ. II, 22 OTTOBRE 2025, N 28122

A cura di **Francesca Maria FRASSANITO***

MASSIMA[1]

In tema di sanzioni amministrative irrogate dalla CONSOB per omissioni informative nei prospetti d'offerta al pubblico, la responsabilità degli amministratori non esecutivi sussiste anche in assenza di deleghe operative, qualora costoro, pur essendo in grado di percepire indici sintomatici di irregolarità dell'operatività aziendale – alla luce della diligenza professionale richiesta dalla natura del loro incarico -, omettano di attivarsi per acquisire informazioni e prevenire l'illecito, violando il dovere di agire informati ex art. 2381, commi 3 e 6, c.c.; ne consegue che la condotta omissiva integra colpa ai sensi dell'art. 3 della legge n. 689 del 1981, salvo prova contraria ol cui onere grava in capo all'amministratore. La ratio è quella di garantire la tutela dell'affidamento del mercato e la corretta circolazione delle informazioni, principi cardine dell'ordinamento finanziario.

SOMMARIO

1. Il fatto 166

2. La decisione 166

3. Conclusioni 167

1. IL FATTO

Il sig. A.B., componente del Consiglio di Amministrazione di una banca proponeva opposizione contro una sanzione amministrativa pecuniaria di 10.000 Euro, irrogata dalla CONSOB nel 2017. L'addebito riguardava la violazione dell'art. 94, comma 2, del TUF (Testo Unico Finanziario ex d.lgs. n. 58/1998), per l'omessa indicazione di informazioni concernenti la sussistenza, l'entità e gli effetti del c.d. capitale finanziato, ossia dei finanziamenti concessi ai clienti per l'acquisto di azioni della stessa banca, all'interno dei prospetti di base relativi alle offerte obbligazionarie degli anni 2014 e 2015.

Secondo l'autorità di vigilanza, tale omissione aveva inciso sulla completezza e sulla trasparenza informativa dovuta agli investitori.

La Corte d'appello di Venezia, investita dell'opposizione ex art. 195, comma 7, TUF, respingeva il ricorso, confermando la legittimità e la fondatezza della sanzione e ritenendo quindi il sig. A.B. responsabile – anche in qualità di consigliere non esecutivo – per non essersi attivato a fronte della sussitenza di indici sintomatici dell'operatività irregolare, conoscibili con la diligenza professionale richiesta dalla carica da lui ricoperta.

Avverso tale decisione l'amministratore proponeva ricorso per Cassazione, adducendo ben quattordici motivi e deducendo, tra gli altri, il difetto di giurisdizione del giudice ordinario, la violazione del diritto di difesa e del contraddittorio, la tardività della contestazione, la mancata applicazione retroattiva della normativa più favorevole, nonché l'insussistenza dell'elemento soggettivo dell'illecito e la natura "penale" della sanzione in contrasto con l'art. 6 CEDU e l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

2. LA DECISIONE

La Suprema Corte, in prima istanza, sancisce che la giurisdizione in materia di opposizione alle sanzioni CONSOB spetta al giudice ordinario, trattandosi di un procedimento di cognizione ordinaria e non di un ricorso avverso un provvedimento amministrativo. La giurisprudenza sul punto si è consolidata nel ritenere che tali sanzioni, pur adottate da un'autorità amministrativa indipendente, non assumono la natura di atti autoritativi in senso stretto, bensì quella di provvedimenti sanzionatori soggetti a pieno sindacato giurisdizionale sul merito da parte dell'autorità giudiziaria ordinaria.

* Dottoranda di ricerca in Giurisprudenza, Università del Salento e Cultrice della materia in diritto commerciale, Università Cattolica del Sacro Cuore.

Componente del Comitato Editoriale della Rivista "De Iustitia".

[1] Massima non ufficiale.

Un punto centrale della decisione riguarda la decorrenza del termine decadenziale di centottanta giorni *ex* dall'art. 195, comma 1, TUF attinente alla contestazione della violazione. La Corte ritiene che tale termine non decorra dal momento in cui la CONSOB viene a conoscenza dei fatti, ma da quello in cui l'attività istruttoria può dirsi effettivamente conclusa, consentendo all'autorità di avere piena contezza dell'illecito e dei soggetti responsabili. Pertanto, la contestazione mossa al sig. A.B. doveva considerarsi tempestiva, essendo intervenuta in un momento successivo al completamento dell'istruttoria e dunque nel rispetto del termine di legge.

Inolte, il Giudice delle Leggi esclude che la sanzione irrogata possa considerarsi di matrice penalisitica ai sensi proprio della giurisprudenza della CEDU. Ciò poiché le sanzioni amministrative previste dal TUF, in particolare quelle relative a carenze informative nei prospetti, non comportano restrizioni della libertà personale e non sono – di conseguenza - equiparabili alle pene in senso sostanziale.

Alla luce di quanto sopra esposto, non trovano applicazione le garanzie tipiche del processo penale — come la retroattività della legge più favorevole contestata in uno die quattordici motivi di ricorso proposti— né sussiste violazione dell'art. 6 CEDU o dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

La Corte si è inoltre soffermata ad esprimere un importante precisazione relativamente al ruolo – talvolta controverso – degli amministratori non esecutivi, affermando che anche coloro che non sono investiti di deleghe operative devono comunque adempiere a un dovere di vigilanza informata, continuativa e consapevole.

In presenza di elementi idonei a far emergere i c.d. indici sintomatici di operatività irregolare — come, nel caso di specie, l'anomala concessione di finanziamenti ai soci per l'acquisto di azioni proprie o le richieste diffuse di rimborso di titoli illiquidi — l'inerzia dell'amministratore è idoena ad integrare una condotta colposa. Ai sensi dell'art. 2381 c.c., l'obbligo di agire informato, impone un atteggiamento proattivo e di effettiva partecipazione all'attività di controllo societario.

La Suprema Corte inoltre con riferimento all'onere della prova, ribadisce che, in materia di sanzioni amministrative, vige una presunzione di colpa a carico dell'autore della violazione, ai sensi dell'art. 3 della legge n. 689/1981. Di conseguenza, è l'amministratore che è tenuto a provare di aver agito senza colpa.

Detto principio non si pone in contrasto con la presunzione di innocenza, poiché l'illecito amministrativo si fonda su parametri di diligenza oggettiva e non su elementi psicologici propri del diritto penale.

Nel caso in esame, tale onere non veniva assolto: il ricorrente, infatti, non aveva dimostrato di aver esercitato la dovuta vigilanza, né di aver sollecitato verifiche o adottato iniziative atte a impedire la diffusione di prospetti non conformi alle prescrizioni di trasparenza.

3. CONCLUSIONI

La Corte di Legittimità conferma la correttezza della decisione impugnata, ritenendo pienamente legittima la sanzione amministrativa comminata dalla CONSOB e rigetta – quinidi - il ricorso condannando il ricorrente al pagamento delle spese del giudizio di Cassazione, in favore della controricorrente.

IL CONSIGLIO DI STATO SI PRONUNCIA SULLA NATURA GIURIDICA DELL'ISTITUTO DELLA PROROGA TECNICA – CONS. DI STATO, SEZ. V, 17 OTTOBRE 2025, N. 8082

A cura di **Alessio RUOTOLO***

***MASSIMA*[1]**

Attesa la natura eccezionale e straordinaria dello strumento della proroga tecnica, deve essere in concreto vagliata dalla PA ogniqualvolta si decida di farvi ricorso. Ne deriva, ancora, la impossibilità di applicare meccanismi automatici (come la "mera prosecuzione" o la "reviviscenza" secca) idonei ad autorizzare, per qualsivoglia ragione, la proroga stessa pur se in precedenza già concessa. Allorché si decida di prorogare per più volte un contratto preesistente non è sufficiente operare sic et simpliciter riferimento alle precedenti proroghe ma occorre, ogni volta, valutare la costante sussistenza dei presupposti. Pertanto, non è possibile applicare il criterio di continuità delle proroghe … atteso che ad ogni scadenza e ad ogni eventuale estensione della proroga la PA deve effettuare e dunque anche ripetere la valutazione in concreto circa la sussistenza dei ridetti presupposti.

Ne consegue ulteriormente che l'esercizio del potere di proroga, ogniqualvolta si decida di farvi ricorso per le ragioni sopra evidenziate, è soggetto al principio tempus regit actum e deve dunque soggiacere alla normativa ratione temporis vigente al momento del suo esercizio, pur se a seguito di annullamento giurisdizionale.

SOMMARIO

1. Il fatto 168

2. La decisione 169

3. Conclusioni 170

1. IL FATTO

La sentenza di cui in epigrafe prende le mosse da una gara per la concessione del servizio tributi del Comune di Guidonia, indetta in data 21 giugno alla quale partecipavano solo due imprese: TRE ESSE (gestore uscente del servizio) e Andreani Tributi.

A seguito dell'espletamento della procedura di gara, la stessa veniva annullata in sede giurisdizionale dal TAR Lazio sul presupposto della mancata presentazione da parte di Tre Esse di un contratto di avvalimento non valido, in quanto i requisiti prestati all'ausiliata non erano sufficienti.

Invece, Andreani Tributi non aveva i requisiti richiesti dalla lex specialis di gara, potendo vantare soltanto esperienze di "supporto alla gestione" e non di "gestione diretta" del tributo.

A seguito del disposto annullamento, solo Andreani Tributi appellava la sentenza predetta, ma il Consiglio di Stato, con sentenza n. 2731 del 1° aprile 2025 rigettava l'appello proposto.

Di talchè, nelle more della nuova gara, il Comune di Guidonia riaffidava in data 7 agosto 2024 il servizio a TRE ESSE (gestore uscente) sino alla definizione della ulteriore procedura competitiva, qualificando tale affidamento alla stregua di "proroga tecnica" e successiva alla precedente proroga del 23 settembre 2023.

Di conseguenza, Andreani Tributi impugnava tale affidamento diretto e il TAR Lazio accoglieva il ricorso in quanto il rinnovo del rapporto contrattuale era stato inammissibilmente adottato a trattativa privata ossia in aperto dispregio delle regole di evidenza pubblica.

Nello specifico, secondo quanto statuito dal TAR Lazio, il nuovo affidamento andava considerato alla stregua di rinnovazione del contratto precedente in quanto disposto a seguito una vera e propria rinegoziazione, in considerazione anche della diminuzione del corrispettivo dovuto a 3S.

Dunque, ne deriva l'assenza dei presupposti per qualificare il nuovo rapporto in essere alla stregua di proroga tecnica.

Conseguentemente all'accoglimento del ricorso, il TAR disponeva l'annullamento dell'atto di riaffidamento del servizio in data 7 agosto 2024.

* Dottore Magistrale in Giurisprudenza presso l'Università degli studi di Napoli Federico II. Abilitato all'esercizio della professione di Avvocato. Componente del Comitato Editoriale della Rivista "De Iustitia".

[1] Massima non ufficiale.

Di contro, la società TRE ESSE promuoveva appello avverso la sentenza del TAR Lazio per erroneità affidato ai seguenti motivi:

1) Mancata declaratoria di inammissibilità del ricorso di primo grado proposto da Andreani Tributi per assenza di interesse in quanto privo della necessaria esperienza professionale nel campo della gestione dei tributi.

2) Inoltre, il giudice di primo grado non avrebbe neppure considerato che la proroga del 7 agosto 2024 costituiva in sostanza "reviviscenza" di una proroga già disposta, con la necessaria sussistenza di tutti i presupposti di applicazione del regime normativo in tema di proroga contrattuale, di cui all'art. 106 del decreto legislativo n. 50 del 2016, e precisamente il ritardo non imputabile alla SA dovuto ad un improvviso avvicendamento dirigenziale nel settore tributi dell'amministrazione comunale interessata;

3) In ultimo, non avrebbe considerato che la diminuzione del corrispettivo in favore di 3S, sarebbe consentito dalla vigente legislazione contrattuale.

Nel corso del giudizio di appello, si costituivano in giudizio il Comune di Guidonia (per chiedere l'accoglimento dell'appello) e AT per chiedere invece il rigetto dell'appello stesso.

In data 18 settembre 2025, le parti rassegnavano le proprie rispettive conclusioni ed il ricorso in appello veniva infine trattenuto in decisione.

2. *LA DECISIONE*

Il Consiglio di Stato, con la sentenza di cui in epigrafe, rigetta l'appello promosso da TRE ESSE in quanto infondato.

Nel merito, il Consiglio di Stato statuiva quanto segue.

Per quanto riguarda il primo motivo di appello, in adesione alla giurisprudenza dominante sul punto, lo svolgimento dell'attività nel settore di interesse costituisce condizioni idonea a radicare l'interesse ad impugnare la delibera di affidamento di un servizio pubblico a trattativa privata, in quanto *la qualità di impresa operante nel settore, che ha per oggetto un certo servizio del quale intende avvalersi la P.A., è idonea a radicare l'interesse ad impugnare le determinazioni che riguardano le modalità di conferimento e di svolgimento del servizio stesso.*

Inoltre, non sono tenute a documentare il possesso di una capacità operativa paragonabile a quella del soggetto prescelto, in quanto *tale possesso non va comprovato al fine del riconoscimento della legittimazione ad impugnare la soluzione organizzativa adottata, ma in sede di successiva partecipazione alla gara e per riportarne l'aggiudicazione".*

Per quanto riguarda il secondo e il terzo motivo di appello, trattati congiuntamente per la loro intima connessione logica, il Consiglio di Stato rileva quanto segue.

Relativamente al regime normativo applicabile al caso di specie, non v'è chi non veda l'applicazione della disciplina di cui al D. Lgs. 50/2015 stante l'articolo 229, comma 2) il quale statuisce che *"le disposizioni di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016 continuano ad applicarsi esclusivamente ai procedimenti in corso.*

Nello specifico, il Consiglio di Stato rileva che il "bando" pubblicato in data 21 giugno 2023 è pacificamente ricadente nel regime applicativo del vecchio codice dei contratti atteso che il nuovo codice acquisiva efficacia a partire dal 1° luglio 2023, aveva comunque esaurito i propri effetti, in conclamata assenza di aggiudicatari, alla data del 7 agosto 2024 ossia al momento in cui è stato disposto un nuovo affidamento del servizio, sebbene in via temporanea, in capo a 3S.

Inoltre, il "contratto" stipulato nel 2018 (e già prorogato almeno una volta in data 23 settembre 2023) non poteva essere suscettibile di mera prosecuzione, o meglio di reviviscenza.

Infatti, per ciò che concerne la disciplina propria della proroga tecnica, tale collegio rileva che: la proroga tecnica è strumento eccezionale che soggiace al ricorso di taluni specifici presupposti al quale la PA può ricorrere, solo ed esclusivamente nel rispetto dei parametri a tal fine prescritti dalla normativa e dalla giurisprudenza.

Più in particolare, tale proroga tecnica avrebbe dovuto: a) avere natura strettamente temporanea; b) essere strettamente preordinata all'espletamento di una gara successiva (la cui immediata indizione deve risultare impossibile); c) essere disposta alle stesse condizioni del contratto originario; d)

rispondere a ragioni obiettivamente non dipendenti dall'Amministrazione.

Ne deriva che, ove la PA decida di prorogare per più volte un contratto preesistente non è sufficiente operare *sic et simpliciter* riferimento alle precedenti proroghe ma occorre, ogni volta, valutare in concreto la costante sussistenza dei presupposti predetti.

Ancora, il Consiglio di Stato, ulteriormente rileva che, l'esercizio del potere di proroga, ogniqualvolta si decida di farvi ricorso, è soggetto al principio *tempus regit actum* e deve dunque soggiacere alla normativa *ratione temporis* vigente al momento del suo esercizio, pur se a seguito di annullamento giurisdizionale.

Di conseguenza, poiché al momento della ulteriore estensione della proroga tecnica (7 agosto 2024) era vigente il decreto legislativo n. 36 del 2023 (la cui efficacia decorreva dal 1° luglio 2023) ne deriva con ogni evidenza che la disposizione da applicare in tema di proroga tecnica era non quella di cui all'art. 106, comma 11, del decreto legislativo n. 50 del 2016 ma, piuttosto, quella di cui all'art. 120 del medesimo decreto legislativo n. 36 del 2023.

Ebbene, l'art. 120 del nuovo codice dei contratti pubblici prevede due tipologie di proroga:

a) Una c.d. "opzione di proroga" (ex art. 120, comma 10), la quale deve essere espressamente prevista nella documentazione di gara e comporta l'a applicazione delle medesime condizioni contrattuali salvo non vi siano condizioni di mercato più favorevoli per la stazione appaltante. L'opzione delle più favorevoli condizioni di mercato deve comunque essere contemplata dai "documenti di gara" (e tanto a differenza della procedente versione di cui all'art. 106, comma 11, del decreto legislativo n. 50 del 2016, il quale prevedeva, sempre in tema di "proroga", la possibilità di applicare condizioni più favorevoli per la stazione appaltante anche in mancanza di una espressa previsione in tale senso nella relativa documentazione di gara).

b) Una "proroga tecnica" in senso stretto (ex art. 120, comma 11) la quale è consentita in caso di oggettivi ed insuperabili ritardi della PA, per il tempo strettamente necessario alla definizione della procedura di gara, in presenza di particolari interessi pubblici di matrice costituzionale e ferme restando le stesse condizioni contrattuali. Tale ultima previsione (medesime condizioni contrattuali) non è altrimenti derogabile neppure *in melius* per la PA, mediante la applicazione di più basse remunerazioni per l'appaltatore, e ciò dal momento che le ragioni della eventuale proroga sono indipendenti dalla volontà di quest'ultimo;

Nel caso di specie, però, nessuna delle due fattispecie ricorre in quanto:

a) Relativamente alla prima ipotesi, c.d. "opzione di proroga" non era applicabile in quanto il contratto del 10 luglio 2018 e il relativo capitolato del 2017 prevedevano, sì, la proroga eventuale ma non anche la possibilità di applicare condizioni di mercato più favorevoli per la PA

b) Quanto, invece, alla seconda ipotesi, c.d. "proroga tecnica", anche a voler ammettere la presenza di ritardi oggettivi e insuperabili (ossia evidenti difficoltà organizzative riconducibili, in particolare, alla mancanza per sei mesi del dimissionario dirigente del settore finanziario e la successiva nomina di un soggetto che, in quanto appena arrivato, ha avuto bisogno di "ambientarsi"), nella specie sono stati tuttavia praticati più favorevoli prezzi, da Tre Esse, e tanto in aperto dispregio alle ridette disposizioni codicistiche di cui all'art. 120, comma 11;

Stante quanto innanzi, il Consiglio di Stato conclude che: *non sussistendo i presupposti per alcuna delle due proroghe di cui all'art. 120 del codice la PA ha de facto dato luogo ad un rinnovo contrattuale ma in evidente contrasto con i principi della evidenza pubblica.*

3. CONCLUSIONI

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

DE IUSTITIA

DE IUSTITIA - N°4 - Ottobre 2025
Testata giornalistica registrata presso il **Tribunale di Napoli** con decreto nr. 2683 del 11.2.2015