



DE IUSTITIA

RIVISTA GIURIDICA

ISSN 2974-7562
ISBN 978-88-67354-39-9

 Libellula

www.deiustitia.it

Rivista n° 3 / Luglio 2018 Trimestrale

DE IUSTITIA - Rivista giuridica – www.deiustitia.it

Fondata da: Dott. Carlo Giordano - Dott.ssa Fabiana Iorio - Dott. Angelo Rubano

Diretta da: Avv. Francesco Boccia (Direttore scientifico) - Dott. Carlo Giordano (Condirettore Scientifico) - Dott. Angelo Rubano (Vicedirettore)

Direttore responsabile: Avv. Francesco Boccia

Comitato scientifico: Prof.ssa Carla Acocella - Dott. Andrea Aniello Amendola - Dott. Alessandro Auletta - Prof. Adrian Bedford - Avv. Francesco Boccia - Prof. Fernando Bocchini - Dott. Francesco Bottiglieri - Pres. Francesco Caringella - Dott. Flavio Alessio Clemente - Avv. Gabriella De Maio - Dott.ssa Antonia Foglia - Dott. Marco Fratini - Prof. Rosaria Giampetraglia - Dott. Carlo Giordano - Dott. Davide Giordano - Avv. Pasquale Guida - Prof.ssa Laura Gutiérrez-Masson - Dott.ssa Paola Iazeolla - Dott. Vincenzo Iazzetta - Dott.ssa Fabiana Iorio - Dott. Alessandro Iovino - Dott.ssa Viviana Francesca Ippolito - Dott.ssa Annamaria La Marca - Dott. Luigi Lalla - Prof. Vincenzo Maiello - Dott.ssa Iliaria Manna - Dott. Lorenzo Maruotti - Pres. Luigi Maruotti - Avv. Ferdinando Migliozi - Dott. Andrea Napolitano - Dott. Angelo Rubano - Avv. Nicolò Rubino - Prof. Avv. Angelo Scala - Avv. Marina Sfarzo - Prof.ssa Laura Solidoro - Avv. Silvia Tuccillo

Redattori: Dott.ssa Fabiana Iorio - Dott. Luigi Lalla - Dott. Flavio Alessio Clemente

Amministrazione: www.youcanprint.it selfpublishing
via Roma 73 – 73039 Tricase (Le)

Registrazione: presso il Tribunale di Napoli con decreto n. 2683 del 11.02.2015

Per ciascun articolo è effettuato un procedimento di revisione tra pari almeno a singolo cieco (one-side blind)

INDICE

PARTE I – DIRITTO AMMINISTRATIVO

Riflessioni sull'azione di adempimento nel processo amministrativo.
di Francesco Orabona **Pag. 4**

La diversità culturale quale risorsa per lo sviluppo del territorio e quale patrimonio sostenibile in ordine al rafforzamento delle garanzie.
di Sara Amato **Pag. 19**

*La gerarchia dei diritti fondamentali dell'uomo
La salubrità ambientale.*
di Adabella Gratani **Pag. 35**

PARTE II – DIRITTO CIVILE

G.D.P.R.: il nuovo Regolamento Privacy 2018
di Angela Pedone **Pag. 47**

Il regolamento "contrattuale" di condominio con clausole limitatrici del diritto di proprietà: un contratto atipico costitutivo di diritti reali dal contenuto atipico soggetto al controllo di meritevolezza.
di Luigi Lalla **Pag. 67**

La posizione contributiva dei professionisti e l'operazione PoseidOne. La normativa, le interpretazioni giurisprudenziali e l'auspicio di un intervento delle Sezioni Unite, degli Ordini professionali e del legislatore.
di Valentina Clemente **Pag. 91**

PARTE III – DIRITTO PENALE

La pratica eutanasica e il terzo. Riflessioni sulla responsabilità dell'esecutore (esclusione dell'attenuante etica nella sentenza Cass. Penale, sez. I, n. 7379 del 15/02/2018).

di Carlo Giordano

Pag. 108

Il sistema delle misure di prevenzione personali alla luce del d.l. 14/2017.

di Ferdinando Angeletti

Pag. 117

L'indole proteiforme del ne bis in idem Euro-unitario.

di Vittoria Del Mercato

Pag. 135

PARTE IV – FOCUS

Il legame affettivo. Valutazioni in merito alla risarcibilità del danno tanatologico di natura parentale per il genitore "traslatus". Commento a margine della vicenda di Reggio (sentenza Tribunale ordinario di Reggio Emilia II sez. civ. del 2.03.2016).

di Edda Napolitano

Pag. 159

Sulla natura del reclamo ex art. 18 R.D. n. 267/1942 (Legge Fallimentare).

di Marina Sfarzo

Pag. 171

Riflessioni sull'azione di adempimento nel processo amministrativo.**di Francesco ORABONA***

SOMMARIO: **1.** Il tema della questione; **2.** Profili ricostruttivi prima e dopo l'avvento del d.lgs. n. 104/2010 (C.p.a); **2.1.** Il tentativo di ammettere l'azione di adempimento nel processo amministrativo: posizioni della dottrina e della giurisprudenza; **3.** I principali orientamenti della Giurisprudenza; **4.** I poteri istruttori del Giudice amministrativo; **5.** L'azione di adempimento alla luce delle innovazioni legislative introdotte dal d.lgs. n. 160/2012; **5.1.** I limiti dell'art. 34, comma 1, lett. C.; **5.2.** La giurisprudenza formatasi dopo l'entrata in vigore del D.Lgs. n. 160/2012.

1. Il tema della questione.

Ci si pone la questione se sia possibile consentire, sotto il profilo processuale, ad un soggetto che vanta nei confronti della PA una posizione di interesse legittimo pretensivo (cioè che abbia chiesto l'adozione di un atto ampliativo della propria sfera giuridica), l'esercizio di un'azione con la quale possa domandare al Giudice amministrativo la condanna della medesima Amministrazione ad adottare un provvedimento amministrativo da lui richiesto e dalla medesima Amministrazione (esplicitamente o implicitamente) negato. In pratica ci si è chiesti se con tale tipo di azione processuale, denominata da parte della dottrina come azione di adempimento pubblicistica, sia possibile ottenere la tutela di quelle posizioni soggettive di aspirazione ad un vantaggio correlate con l'esercizio di un potere amministrativo.

Per una esaustiva risposta alla problematica esposta è necessario, dapprima, concentrare l'analisi sul quadro normativo e sul dibattito dottrinario e giurisprudenziale antecedente all'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo avvenuta con il D.lgs. n. 104/2010 e, conseguentemente, porre l'attenzione sulla situazione venutasi a creare dopo il C.p.a e le modifiche intervenute con il D.lgs. n. 160/2012.

* Dottore di ricerca in diritto amministrativo. Tecnologo dell'Istituto nazionale di statistica (ISTAT).

2. Profili ricostruttivi prima e dopo l'avvento del d.lgs. n. 104/2010 (C.p.a).

Orbene, già con l'entrata in vigore della legge n. 1034/71 (legge istitutiva dei Tar) il legislatore aveva tentato di ampliare lo spettro delle sentenze che potevano essere emanate dal Giudice amministrativo anche nel caso di giudizi di cognizione che avessero per oggetto interessi legittimi pretensivi. Infatti, l'art. 23 l. TAR, ultimo comma, prevedeva che, nel caso in cui l'Amministrazione annullava o riformava l'atto impugnato in pendenza di giudizio, il Giudice dava atto della cessata materia del contendere e provvedeva sulle spese, ma ciò solo ove l'annullamento o la riforma fossero avvenuti "in modo conforme all'istanza del ricorrente". In caso contrario il Giudice, anziché dichiarare la cessazione della materia del contendere, poteva emanare una sentenza di mero accertamento.

Successivamente, l'art. 2 della legge n. 205 del 2000, in tema di silenzio della P.a., aveva aggiunto alla legge n. 1034/71 l'art. 21-*bis*, il quale poneva, per la prima volta, una disciplina espressa in tema di interessi legittimi pretensivi. Il Giudice, in caso di accoglimento del ricorso, ordinava all'Amministrazione di provvedere entro trenta giorni e, in caso di perdurante inadempimento, nominava un commissario *ad acta*. La nuova disciplina affrancava definitivamente l'azione proposta contro l'inerzia della Pubblica Amministrazione dagli schemi tradizionali dell'azione di annullamento (di un provvedimento tacito di rigetto) e tipizzava un'azione di condanna.

La legge 11 febbraio 2005 n. 15 recante modifiche ed integrazioni alla L. n. 241/90 ha, altresì, apportato una significativa integrazione all'art. 2 di quest'ultima legge, aggiungendovi il comma 4 *bis*, secondo il quale alla scadenza dei termini per la conclusione del procedimento, come stabiliti dai commi 2 e 3 del medesimo art. 2, il ricorso avverso il silenzio può essere immediatamente proposto senza necessità di diffida all'amministrazione inadempiente. A tal fine l'art.5 della L. n. 15/05 ha inserito nell'art. 8 della L. n. 241/90 la lettera c-*bis*), secondo la quale la comunicazione di avvio del procedimento deve contenere l'indicazione della data entro la quale deve concludersi il procedimento e i rimedi esperibili in caso di inerzia dell'amministrazione.

Con l'entrata in vigore della suddetta legge n. 15/2005, il legislatore aveva già lasciato intendere che la sentenza che accogliesse il ricorso in materia di silenzio avesse un contenuto sia di accertamento della violazione dell'obbligo formale di provvedere e di accertamento della fondatezza della pretesa, quanto meno in relazione ai profili vincolati del potere, sia di condanna dell'Amministrazione a provvedere.

Per effetto della suddetta legge gli interessi legittimi pretensivi avevano acquisito un profilo ancora più netto nella fase procedimentale di esercizio del potere amministrativo. Infatti l'art. 10-bis aggiunto alla legge n. 241 del 1990 e rubricato "Comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza" ha previsto l'obbligo per l'Amministrazione, prima dell'eventuale adozione di un provvedimento di diniego, di comunicare a chi ha presentato l'istanza i motivi che ostano al suo accoglimento. L'interessato può presentare osservazioni scritte e documenti delle quali l'Amministrazione deve dar conto nella motivazione del provvedimento. In buona sostanza la nuova disposizione sembra obbligare l'Amministrazione a condurre un'istruttoria completa e a dar corso a un contraddittorio procedimentale rinforzato. L'istruttoria non può arrestarsi, per ragioni di economia procedimentale, all'emergere di un primo motivo di diniego. Deve invece proseguire accertando tutti i possibili motivi di diniego da esplicitare nel provvedimento conclusivo che in ipotesi, all'esito del contraddittorio rinforzato sul "progetto di provvedimento", confermasse la necessità di respingere l'istanza. L'impugnazione di un siffatto provvedimento con la formulazione di motivi di ricorso che, anche per la necessità di superare la cosiddetta prova di resistenza, devono essere riferiti a ciascun motivo di diniego consente, per così dire, di riversare nel processo amministrativo l'intero contenuto di accertamento risultante dal provvedimento. In definitiva, all'ampliamento dell'oggetto del procedimento, che esaurisce tutti i profili vincolati e discrezionali del potere, corrisponde, necessariamente, un ampliamento dell'oggetto del processo, che include ormai, a questo punto, la cognizione dell'intero rapporto amministrativo.

La disamina di tali norme mira a dimostrare la rilevanza assunta dagli interessi legittimi pretensivi sia in sede procedimentale che in quella processuale che sembra aver determinato il superamento definitivo della visione angusta del processo amministrativo come ambito ritagliato sugli interessi legittimi oppositivi.

2.1. Il tentativo di ammettere l'azione di adempimento nel processo amministrativo: posizioni della dottrina e della giurisprudenza.

Nonostante le aperture legislative che avevano consentito il riconoscimento della tutela degli interessi legittimi pretensivi rimaneva il dubbio sull'ammissibilità di un'azione che attribuisse al Giudice amministrativo il potere di condannare la PA all'adozione di un provvedimento.

Ed infatti una tesi minoritaria aveva posto argomenti a sfavore dell'ammissibilità dell'azione di adempimento nel processo amministrativo¹.

Le principali argomentazioni sfavorevoli al riconoscimento di tale tipo di azione erano le seguenti.

Mancava nel sistema normativo una disposizione espressa, analoga a quella prevista nell'ordinamento tedesco, che attribuisse, in via generale, al Giudice amministrativo il potere di ordinare un *facere* all'Amministrazione. I limitati casi nei quali era possibile portare ad una condanna dell'Amministrazione ad un *facere* specifico consistente (anche) nell'emanazione di atti risultati dovuti in giudizio erano riferiti alle azioni in tema di accesso ai documenti amministrativi e di silenzio-inadempimento della Pubblica amministrazione.

Nella legislazione previgente, era poi previsto soltanto che il G.A. potesse condannare, in sede di giurisdizione esclusiva e di merito, la P.A. al pagamento di somme di denaro (art. 26 L. TAR) ovvero potesse condannare l'Amministrazione al risarcimento del danno (art. 7 L. TAR dopo le modifiche della L. 205/2000). Si registrava, quindi, l'assenza di un'azione di condanna all'interno della giurisdizione di legittimità o più in senso ampio che avesse ad oggetto l'ordine nei confronti della P.A. di emanare un atto.

Non era nemmeno possibile accostare l'azione di adempimento al rimedio della reintegrazione in forma specifica in quanto quest'ultimo è da considerarsi una tipica azione risarcitoria che presuppone l'esistenza di un danno, ossia una forma di reintegrazione dell'interesse del danneggiato mediante una prestazione diversa e succedanea rispetto al contenuto del rapporto obbligatorio che ben si attaglia in caso di interessi oppositivi perché correlati a un preesistente bene della vita privato o inciso illegittimamente dalla P.A.. Difficilmente analogo discorso può farsi nell'ipotesi in cui il bene della vita *ab origine* non esista e sia, invece, esattamente quello che il privato aspira ad ottenere con il provvedimento rifiutato. Pertanto, solo dal giudizio di ottemperanza il privato poteva attendersi quella effettività di tutela da conquistare, dunque, con anni di battaglie giudiziarie non di rado oramai diventate inutili².

¹ F.MERUSI, *Verso un'azione di adempimento?*, in *Scritti in onore di Giovanni Miele*, Milano, 1979, p. 337. Secondo l'Autore una vera e propria azione di condanna che sancisca la possibilità di impartire un ordine di provvedere in un certo modo alla pubblica amministrazione non potrebbe venire introdotta che da una riforma legislativa.

² S.R.MASERA, *Il risarcimento in forma specifica nel giudizio amministrativo*, Padova, 2006, spec. pp. 109 ss.. L'Autore dà appunto conto del tentativo di "ambientare" la reintegrazione in forma specifica nell'azione di adempimento compiuto in quei primi anni di elaborazione dottrinale e giurisprudenziale.

Era, altresì possibile configurare l'azione di adempimento solo là dove la struttura del rapporto giuridico intercorrente tra privato e PA potesse essere costruita in termini di diritto soggettivo-obbligo -specie nei casi in cui il potere avesse natura vincolata- e non anche in termini di interesse legittimo-potere (ancorché vincolato e dunque comportante un dovere di provvedere in un modo determinato)³.

La dottrina maggioritaria, viceversa, ha dimostrato che sia possibile ammettere nel processo amministrativo l'azione *de qua* specificando che il Giudice amministrativo può determinare l'obbligo in capo all'Amministrazione di provvedere solo quando quest'ultima abbia accertato tutti i presupposti ed i requisiti di legge senza che residui alcuna valutazione ulteriore. In pratica, l'accertamento del dovere di provvedere in modo determinato da parte dell'Amministrazione è possibile solo in presenza di un potere interamente vincolato⁴.

Con l'entrata in vigore del D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, che ha introdotto il nuovo codice del processo amministrativo e nonostante il dibattito dottrinario emerso negli anni ante riforma, l'azione di adempimento non veniva inserita nell'impianto codicistico. Sul punto è sembrato che lo stralcio della disciplina dell'azione *de qua* era dovuto per motivi di economicità e di semplificazione del testo del Codice atteso che la sua disciplina sarebbe già ricompresa nella più generale definizione dei contenuti che l'azione di condanna atipica può assumere, questa, potendo infatti avere ad oggetto tutte le misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio.

I tagli operati dall'Esecutivo hanno suscitato aspre critiche da parte di alcuni primi opinionisti e commentatori ai quali la versione definitiva del Codice è apparsa come un'opera incompiuta che, al di là del mero riordino normativo, avrebbe fallito nel suo intento di mettere la Giustizia amministrativa al passo con gli standards di tutela richiesti dalla Carta Costituzionale e dalla Giurisprudenza europea⁵.

³ Cons. St., ordinanza 21 maggio 2004, n. 3355, punto 6.3.2, la quale prosegue con la seguente affermazione: *Senonché la ricostruzione dei rapporti tra cittadino ed amministrazione in termini di rapporto obbligatorio, anche con riguardo alle tecniche di tutela giurisdizionale, esigerebbe una precisa ed univoca innovazione normativa.*

⁴ M. CLARICH, *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e aperture a nuove tutele*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2010, p. 598.

⁵ F.G. SCOCA, *Considerazioni sul nuovo processo amministrativo*, in www.giustamm.it.

Una parte della Dottrina, aveva, tuttavia, ricavato l'azione di adempimento *aliunde*, individuandola in via interpretativa e sistematica, in un'altra disposizione del codice: l'art. 30, comma 1, c.p.a.⁶.

Tale ultima disposizione, infatti, prevede un'azione generale di condanna che, unita alla possibilità, prevista dall'art. 34, lett. c), c.p.a., (testo previgente al 2012), consente che la sentenza di merito possa contenere la condanna della P.A. all'adozione di misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio una volta accertata la fondatezza della domanda. Secondo tale teoria l'azione in questione non si limiterebbe alla sola tutela dei diritti soggettivi ma comprenderebbe anche gli interessi. L'equiparazione delle forme di protezione degli interessi a quelle dei diritti va ben oltre la sola azione risarcitoria e si estende a tutti i mezzi atti a garantire l'effettività della loro tutela. Si è ritenuto che il Legislatore avesse preferito attribuire alle suddette disposizioni un carattere aperto⁷ e ciò a dimostrazione che il sistema delle tutele previsto dal Codice abbia ammesso anche azioni atipiche, a contenuto indeterminato, nell'ambito delle quali ben potevano rientrare anche quelle di adempimento ed accertamento formalmente espunte dal Governo.

Qualche altro autore, nel condividere la tesi dell'atipicità dell'azione di adempimento, ha ritenuto che detta azione consisterebbe in una specificazione dell'azione di condanna che attribuisce al Giudice amministrativo la possibilità di condannare la P.a. all'adozione di un determinato provvedimento⁸. Pertanto la disciplina delle azioni dettata dagli articoli 29, 30 e 31 del Codice non costituirebbe un sistema chiuso ed autosufficiente. Tali norme, infatti, sono volte a stabilire le condizioni processuali e sostanziali che devono sussistere affinché le domande di annullamento, condanna ed accertamento del silenzio possano trovare accoglimento. L'art. 30 comma 1 c.p.a., si limita a prevedere che, in sede di giurisdizione di legittimità, le azioni di condanna aventi tale natura, debbano sempre essere proposte congiuntamente alle altre azioni; l'art. 34, comma 1, si limiterebbe, invece, a determinare il catalogo dei rimedi idonei a dare effettiva soddisfazione alle posizioni soggettive lese. Pertanto, la condanna all'adozione di un determinato provvedimento, può essere anche esercitata come domanda aggiuntiva rispetto all'azione di annullamento o avverso il silenzio. In questo

⁶ M.CLARICH, *Il nuovo codice del processo amministrativo*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2010, 11, p. 1117.

⁷ M.CLARICH, *Le azioni nel processo amministrativo*, op. cit..

⁸ M.CLARICH, *Le azioni*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2010, p. 1121.

caso verrebbe rispettata la contestualità delle due azioni, richiesta dall'art. 30, comma 1.

Di segno opposto è un'altra tesi dottrinaia, alla quale lo scrivente ritiene di aderire pienamente, secondo la quale l'elenco delle azioni contenuto nel capo II del titolo III del Codice avrebbe carattere tassativo⁹ e non lascerebbe spazio ad alcuna altra azione atipica. L'unico tipo di condanna che il Giudice amministrativo potrebbe emanare, in caso di illegittimo o ritardato esercizio del potere amministrativo, sarebbe quella risarcitoria e ciò perché l'art. 30 del c.p.a non contemplerebbe azioni di diversa natura. Secondo questa tesi i rimedi di natura specifica che il Codice appresta a tutela degli interessi legittimi sarebbero limitati alle azioni di annullamento e sul silenzio previste rispettivamente dagli art. 29 e 31. Le pronunce di condanna di tipo satisfattivo previste dall'originario art. 34, comma 1, lett. c) del c.p.a potrebbero essere, perciò, adottate solo nell'ambito di controversie relative a diritti soggettivi nelle quali il ricorrente pretenda l'esatto adempimento di obbligazioni pecuniarie o materiali.

3. I principali orientamenti della Giurisprudenza.

Tale ultima impostazione ermeneutica, a parere dello scrivente, poteva essere sostenuta fino a quando non si era ancora consolidato l'orientamento della Giurisprudenza amministrativa del Consiglio di Stato con la nota sentenza n. 3 del 23 marzo 2011 resa in Adunanza Plenaria.

Ed infatti, successivamente alla menzionata sentenza, la giurisprudenza, confermando le tesi della Dottrina più accreditata, ha chiarito che sia ammissibile nel sistema processuale amministrativo l'azione di condanna diretta ad ottenere l'adozione dell'atto amministrativo richiesto ed ha precisato che, seppure il legislatore non abbia previsto esplicitamente tale azione, quest'ultima, comunque, sia esperibile anche in presenza di un provvedimento espresso di rigetto e sempre che non vi osti la sussistenza di profili di discrezionalità amministrativa e tecnica. Secondo tale orientamento, l'inciso iniziale del comma 1 dell'art. 30, salvi nei casi di giurisdizione esclusiva del giudizio amministrativo (segnatamente, con riferimento alle azioni di condanna a tutela di diritti soggettivi) ed i casi di cui al medesimo articolo (relativi proprio alle domande di risarcimento del danno ingiusto di cui ai successivi commi 2 e seguenti), si riferisce all'ipotesi in cui la domanda di condanna possa essere proposta solo contestualmente ad altra azione.

⁹ A.TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2010, pp. 196 e ss..

Pare opportuno segnalare in questa sede un'importante pronuncia del Tar Lombardia n. 1428 dell'8 giugno 2011 la quale ha, tra l'altro affrontato il problema se anche in presenza di una attività della P.A. connotata da discrezionalità, il Giudice possa ordinare all'Amministrazione inerte (diniego all'ordinanza propulsiva che aveva sollecitato il riesame dell'istanza dell'interessato volta ad ottenere il trasferimento presso altro ufficio) l'adozione di un provvedimento espresso. In altri termini ci si è chiesti se l'Amministrazione debba attenersi alle statuizioni del Giudice a seguito dell'annullamento giurisdizionale di due successivi dinieghi sulla medesima istanza pretensiva. Ebbene, essendo riconosciuta alla P.A. (anche dopo un primo annullamento) la possibilità di emettere un nuovo atto di diniego per motivi diversi da quelli indicati, tuttavia, viene considerata vincolata l'attività amministrativa successiva al secondo annullamento sulla medesima istanza pretensiva. Pertanto, l'Amministrazione (dopo un giudicato da cui derivi il dovere o la facoltà di provvedere di nuovo) deve esaminare l'affare nella sua interezza, sollevando, una volta per tutte, le questioni che ritenga rilevanti, dopo di ciò non potendo tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione ai profili non ancora esaminati. Tali argomentazioni consentono di applicare il medesimo principio anche nella consimile ipotesi in cui l'amministrazione venga reinvestita della questione a seguito di "remand" (tecnica cautelare che si caratterizza proprio per rimettere in gioco l'assetto di interessi definiti con l'atto gravato, restituendo quindi all'amministrazione l'intero potere decisionale iniziale). Tale ultimo orientamento è stato di recente confermato dallo stesso T.A.R. milanese con la sentenza n. 340 del 30 gennaio 2014.

4. I poteri istruttori del Giudice amministrativo.

Occorre individuare i limiti entro i quali il Giudice amministrativo possa attivare i poteri istruttori allo scopo di accertare l'esistenza dei presupposti e requisiti vincolati del potere.

È indiscusso che rimane sottratta al Giudice della legittimità la cognizione su profili della fattispecie del potere che richiedono valutazioni discrezionali o tecniche riservate all'Amministrazione. In questi casi, pertanto, egli dovrà limitarsi a pronunciare l'annullamento del provvedimento lesivo e a stabilire le modalità di attuazione del giudicato in relazione ai motivi accolti, senza, però arrivare a definire il contenuto del provvedimento da emanare.

Più dubbia è, invece, l'ipotesi in cui l'accertamento della fondatezza della pretesa richieda indagini istruttorie su profili vincolati del potere che non sono state compiute dall'Amministrazione nel corso del procedimento.

È chiaro che l'accertamento processuale di determinati fatti non può considerarsi come esercizio da parte del Giudice di poteri riservati all'amministrazione.

Il nuovo Codice, infatti, ha completamente abbandonato l'idea che la conoscenza diretta della realtà costituisca una prerogativa riservata alla Giurisdizione di merito, ed ammette ora, anche nel giudizio di legittimità, l'esperimento di mezzi di prova, quali la c.t.u. o la prova testimoniale, che consentono al Giudice di avere piena ed autonoma contezza delle circostanze rilevanti ai fini del decidere. Laddove il giudizio non verta su valutazioni o apprezzamenti discrezionali, l'istruttoria processuale non si risolve, quindi, in una verifica sulla attendibilità e la coerenza degli accertamenti compiuti dalla P.a. nel procedimento amministrativo ma procede in totale autonomia rispetto alle acquisizioni procedurali (allorchè, ovviamente, queste siano poste in contestazione). Se così è, non sembra allora avere grande importanza il fatto che l'accertamento autonomo del fatto che il Giudice può compiere riguardi circostanze già acquisite al procedimento, oppure elementi della realtà non preventivamente conosciuti dalla P.a. In tali ipotesi il Giudice amministrativo non si ingerisce in un'attività amministrativa futura ma accerta come il potere amministrativo (non speso o mal speso) avrebbe dovuto essere esercitato.

Si ha una nuova visione del processo in cui tra le attribuzioni del Giudice della cognizione, si è radicato il potere, una volta spendibile solo nella successiva sede dell'ottemperanza, di disporre le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato e delle pronunce non sospese, ivi compresa la nomina di un commissario ad acta (art. 34 comma 1 lettera e). In tal caso vengono esplicitati *a priori*, ovvero nel dispositivo della sentenza, gli effetti conformativi e ripristinatori da cui discende la regola del rapporto, e non più *a posteriori*, in sede di scrutinio della condotta tenuta dall'Amministrazione dopo la sentenza di annullamento; ne consegue la possibilità di concentrare in un solo episodio giurisdizionale tutta quella attività di cognizione che prima doveva necessariamente essere completata in sede di ottemperanza.

Per quanto concerne l'onere della prova occorre osservare che spetta al ricorrente allegare in giudizio gli elementi di fatto atti a dimostrare la fondatezza della pretesa. L'Amministrazione ha, invece, l'onere di contestare specificamente tali fatti perché altrimenti il Giudice potrebbe porli a fondamento della decisione (art. 64, comma 2). Il Giudice potrebbe trarre argomenti di prova anche dal

comportamento processuale delle parti (art. 64, comma 4), in particolare nel caso in cui l'Amministrazione non cooperi all'attività di accertamento della fondatezza della pretesa.

5. L'azione di adempimento alla luce delle innovazioni legislative introdotte dal d.lgs. N. 160/2012.

Il legislatore con il D.lgs. 14 settembre 2012 n. 160, entrato in vigore il 3 ottobre 2012, che ha introdotto disposizioni correttive e integrative del Codice del processo amministrativo, sulla scorta dei rilevanti risultati raggiunti dalla dottrina e dalla giurisprudenza, ha, tra l'altro, modificato l'art. 34, comma 1, lettera c) introducendo in maniera chiara e specifica l'azione di condanna della PA al rilascio del provvedimento richiesto. Infatti, secondo la citata disposizione, detta azione può essere proposta contestualmente all'azione di annullamento o all'azione avverso il silenzio, con la specificazione che in ogni caso l'accertamento della fondatezza della pretesa può essere effettuato solo nei limiti rigorosi stabiliti dall'art. 31, comma 3, a proposito dell'azione avverso il silenzio.

L'intento del legislatore è stato quello di introdurre l'azione di adempimento anche nel caso di azione di annullamento, il che non risultava con chiarezza nell'art. 30, rubricato "azione di condanna" la quale, in caso di azione di condanna accessoria ad azione di annullamento, si concentrava essenzialmente sulla condanna al risarcimento del danno.

Secondo l'opinione di autorevole Dottrina¹⁰, il d.lgs. n. 160/2012 non ha modificato il testo dell'art. 30, co. 1, del Codice, lasciando così vivere l'azione di condanna atipica, prevista da tale disposizione, che può essere esercitata "contestualmente ad altra azione o, nei soli casi di giurisdizione esclusiva o di cui al presente articolo (azione risarcitoria), anche in via autonoma". La nuova azione (che potrebbe anche definirsi tipica) di adempimento si pone, quindi, in rapporto di specialità rispetto alla più generale azione di condanna, per il quale il legislatore delegato si è semplicemente preoccupato di ridefinirne i paletti sostanziali e processuali. L'innovazione legislativa avrebbe l'effetto di dare un contenuto tipico all'azione generica di condanna, la quale, nel testo previgente dell'art. 34 c.p.a, poteva invece portare ad una sentenza di condanna all'adempimento solo attraverso la valorizzazione del suo contenuto atipico, di cui alla lett. c) del medesimo art. 34. Si perviene alla conclusione, quindi, che l'azione di adempimento è ammessa come sottospecie dell'azione generica di

¹⁰ A.CARBONE, *L'azione di adempimento è nel Codice. Alcune riflessioni sul D.Lgs. 14 settembre 2012, n. 160 (c.d. Secondo Correttivo)*, in www.giust.amm.it, settembre 2012.

condanna, il cui elemento di specificazione è dato dall'oggetto della condanna stessa, consistente nell'adozione di un atto amministrativo.

L'azione di cui 34, co. 1, lett. c), ultima parte, c.p.a si caratterizzerebbe per essere un'azione a struttura "complessa", formata, cioè, da un'azione 'presupposta' e da un'azione di condanna in senso stretto nel senso che è richiesto, per la sua proposizione, il contestuale esperimento di altra azione, la quale costituisce il presupposto (logico, nonché normativo, giacché previsto dagli artt. 30, co. 1, e 34, lett. c), c.p.a) per la domanda di condanna in senso stretto. Poiché infatti la tutela processuale può attivarsi solo a fronte di un potere già esercitato, non sussistendo, in mancanza, l'interesse a ricorrere, il privato dovrà agire anche contro la decisione, o la non decisione, della pubblica Amministrazione, quale presupposto, appunto, per ottenere la condanna.

La disposizione in esame presenta rilevanti perplessità nella parte in cui prevede che la condanna all'adempimento può essere proposta "nei limiti di cui all'art. 31, co. 3". Tale richiamo potrebbe infatti essere inteso non solo come impossibilità di pronunciarsi sulla fondatezza dell'istanza per il caso in cui residuino ulteriori profili di discrezionalità, ma anche come necessità che, per addivenire al medesimo risultato, non debbano compiersi adempimenti istruttori in sede processuale. Quest'ultimo limite sarebbe da circoscrivere al giudizio avverso il silenzio che, per l'intrinseca natura del rito a cui è sottoposto, non permetterebbe accertamenti di particolare complessità.

Con l'estensione all'azione di adempimento in generale di tale previsione, è stato paventato il rischio che, leggendo il rinvio in senso pieno - cioè come ricomprensivo del richiamo alla natura vincolata del potere esercitato ed alla non necessità di ulteriori adempimenti istruttori da parte dell'Amministrazione -, sarebbe precluso al Giudice di pronunciarsi sulla fondatezza dell'istanza anche nel caso in cui, pur trattandosi di potere (in astratto) discrezionale, non residuino ulteriori profili di valutazione ponderativa dell'interesse pubblico, e venga in rilievo quindi un'attività sostanzialmente segnata nel suo sviluppo. Al fine di continuare ad ammettere la sussistenza di tale potere cognitorio e decisorio, sulla scia di quanto già affermato in giurisprudenza, si è suggerita un'interpretazione minimalista del rinvio operato all'art. 31, comma, 3, rinvio che ricomprenderebbe soltanto il riferimento alla natura vincolata (anche in concreto) del potere esercitato, e non anche quello alla non necessità di ulteriori adempimenti istruttori.

5.1. I limiti dell'art. 34, comma 1, lett. C.

La nuova formulazione dell'art. 34, comma 1, lettera c, come anche confermato da recente giurisprudenza, si preoccupa di fissare i limiti dell'azione di esatto adempimento: a) un limite sostanziale, rappresentato dalla non utile esperibilità di detto rimedio ove residuino sacche di discrezionalità amministrativa (o tecnica) o siano necessarie attività istruttorie riservate alla p.a. (vedi l'art. 31, comma 3, in tema di rito del silenzio, a cui si fa rinvio anche con riguardo al caso del diniego esplicito); b) un limite processuale, dato dalla necessità che detta azione di condanna, non esperibile in via autonoma, si accompagni ad altra azione di cui rappresenti il completamento nell'ambito dello stesso processo.

Quanto al primo limite, va detto che l'articolo 34 in questione comprende un concetto ampio di attività vincolata, che include non solo le fattispecie in cui la discrezionalità manchi in astratto, in ragione della matrice normativamente doverosa dell'azione amministrativa (mancanza di alternative di diritto), ma anche i casi in cui la discrezionalità faccia difetto in concreto in considerazione di sopravvenienze (quali, a titolo solo esemplificativo, possono essere una autovincolo, le risultanze dell'attività procedimentale, gli esiti dell'istruttoria, un accordo ex artt. 11 o 15 della legge n. 241 o una pronuncia giurisdizionale) che abbiano consumato il potere di scelta pur in origine sussistente (mancanza di alternative in concreto).

Nel concetto di discrezionalità rientra anche la nozione di discrezionalità tecnica della PA. In altri termini il sindacato del Giudice sull'agire dell'Amministrazione connotato da discrezionalità tecnica e' di tipo correttivo di logicità e razionalità della decisione amministrativa; è un giudizio, quindi, cassatorio e di annullamento diretto, in primo luogo, a riorientare la decisione della P.a. in vista del riesercizio del potere conforme alla *norma agendi* dettata in sentenza.

Per quanto concerne i limiti processuali posti dall'art. 34, comma 1, lettera c, del c.p.a., va detto che la citata disposizione va coordinata con l'art. 30, comma 1, riferito all'azione di condanna in merito alla contestualità dell'azione di adempimento con altra azione e cioè la richiesta tesa ad una pronuncia di un provvedimento satisfattorio non e' ammissibile se non accompagnata dalla rituale e contestuale proposizione della domanda di annullamento del provvedimento negativo o dal rimedio avverso il silenzio nell'ambito di un processo.

Considerato che la norma non prevede alcun termine di decadenza per la proposizione della domanda di adempimento, si ritiene che il termine di

riferimento sia quello della domanda principale e cioè l'impugnativa deve avvenire tempestivamente avverso il diniego o il silenzio.

5.2. La giurisprudenza formatasi dopo l'entrata in vigore del D.Lgs. n. 160/2012.

Dopo il secondo correttivo, la giurisprudenza, tra l'altro, ha ammesso l'azione di adempimento nell'ambito del procedimento di indizione delle consultazioni elettorali (il caso è quello della mancata indizione delle elezioni per il rinnovo del consiglio regionale del Lazio e la sentenza è la n. 6002/2012). In tale questione il Presidente uscente della Regione Lazio, a seguito delle sue dimissioni rassegnate in data 27 settembre 2012 e dello scioglimento del Consiglio regionale il successivo 28 settembre, non ha indetto le nuove elezioni in tempo utile ai fini del loro svolgimento entro i tre mesi dallo scioglimento del Consiglio, così come previsto dall'art. 3, comma 5, della L. 17 febbraio 1968, n. 108, applicabile per rinvio recettizio da parte della legge elettorale del Lazio, a mente del quale i Sindaci danno notizia dell'indizione dei comizi elettorali con manifesti affissi almeno quarantacinque giorni prima della data di svolgimento. Di qui è sorto il contenzioso, onde censurare l'illegittima inerzia del dimissionario Presidente.

Il supremo Consesso di Giustizia amministrativa ha, tra le tante questioni esaminate, accertato l'obbligo del Presidente dimissionario della Regione Lazio di provvedere all'immediata indizione delle elezioni in modo da assicurarne lo svolgimento entro il più breve termine tecnicamente compatibile con gli adempimenti procedurali previsti dalla normativa vigente in materia di operazioni elettorali, con la nomina di un commissario ad acta, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 34, comma 1, lett. e), del codice del processo amministrativo. Particolarmente interessante è risultata l'argomentazione del Consiglio di Stato sulla natura politica o meno dell'atto adottato dal Presidente del Consiglio regionale (cioè omessa attivazione per l'indizione delle consultazioni regionali nei termini di legge) e nella questione della sottrazione di tale atto al sindacato del G.A..

Ebbene, in attuazione di un indirizzo giurisprudenziale prevalente conforme al dettato costituzionale, e' stato precisato che la qualificazione politica dell'organo che adotta un determinato provvedimento, non è, di per sé sola, idonea ad attribuire natura politica ai provvedimenti dallo stesso adottati. È invece necessario che detti provvedimenti concorrano a realizzare "in sede di indirizzo

politico la direzione suprema della cosa pubblica mediante la piena libertà del fine da perseguire”.

Il confine che separa l'attività amministrativa da quella politica, infatti, è dato dall'esistenza o meno di un vincolo funzionale cogente in capo alla Pubblica Amministrazione, che costituisce al contempo il fine ultimo da realizzare e il limite cui soggiacere nel perseguimento dell'interesse pubblico. L'attività amministrativa, infatti, non è mai libera nei fini, in quanto essa è tenuta al perseguimento del fine pubblico stabilito dalla legge e dai principi generali dell'ordinamento; al contrario, l'attività politica è scevra da vincoli funzionali, atteso che proprio con l'atto politico si decide il fine da perseguire, il che ne giustifica la sottrazione al sindacato giurisdizionale, ex art. 7, comma 1, c. p. a. In particolare, il procedimento di indizione delle consultazioni elettorali è caratterizzato da puntuali vincoli precettivi, che ne determinano i fini ultimi e ne scandiscono l'esplicarsi del relativo iter procedimentale. In particolare, la fissazione della data delle consultazioni elettorali avviene mediante l'esercizio di un potere pubblicistico, i cui presupposti ed i cui limiti sono puntualmente stabiliti dalla Legge Regionale 13 gennaio 2005, n. 2, che fissa inequivocabilmente *an* e *quando* dell'atto di indizione della procedura elettorale, e, più in generale, reca una puntuale disciplina di tutti gli adempimenti procedurali.

Il Collegio, dunque, esclude che i provvedimenti in materia elettorale, ancorché adottati in una materia squisitamente politica e da organi politici (tanto da essere da taluno definiti "atti borderline"), costituiscano espressione di un potere politico, libero nei fini ed insindacabile; al contrario, la presenza sul punto di precisi canoni di legalità, puntualmente individuati dalla L.R. n. 15/2005, vi attribuisce consistenza di potere amministrativo, pienamente giustiziabile secondo i canoni ordinari tipici del giudizio di legittimità.

Il Collegio, ritenendo ammissibile l'azione di adempimento nell'ambito delle operazioni elettorali, ha, altresì individuato sia il limite sostanziale che quello processuale posti dal l'articolo 34 lett. c) del c.p.a..

Quanto al limite sostanziale, i Giudici di Palazzo Spada ribadiscono che il potere discrezionale spettante dell'Amministrazione Regionale si è ormai consumato in ragione della violazione "dei precetti puntuali che perimetrano, sul piano cronologico, la celebrazione della tornata elettorale".

Inoltre, sul piano processuale, la proposizione dell'azione di condanna contestualmente a quella di accertamento atipica garantisce la piena osservanza del disposto dell'art. 34, lett. c), cod. proc. amm., nella parte in cui tratteggia

l'azione di condanna atipica quale azione "di completamento" di altra e diversa istanza di tutela.

La diversità culturale quale risorsa per lo sviluppo del territorio e quale patrimonio sostenibile in ordine al rafforzamento delle garanzie.

di Sara AMATO*

SOMMARIO: **1.** Prolegomeni. **2.** La diversità culturale e la sussidiarietà: il principio costituzionalizzato ex art. 118 alla prova del diritto amministrativo globale (Gal). **3.** La diversità culturale ed il ruolo del giudice amministrativo.

1. Prolegomeni.

La Dichiarazione Universale dell'Unesco, adottata a Parigi nel 2001, riconosce la diversità culturale, a beneficio delle generazioni presenti e future, quale patrimonio comune dell'Umanità, necessaria per il genere umano quanto la biodiversità per qualsiasi forma di vita (art.1).

È un fattore di sviluppo, inteso sia in termini di crescita economica, sia come possibilità di accesso ad un'esistenza intellettuale, affettiva, morale e spirituale soddisfacente (art.2), oltre che un imperativo etico, implicante l'impegno a rispettare i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali, in particolare i diritti delle minoranze e dei popoli autoctoni (art.4).

I concetti ed i principi della Dichiarazione Universale dell'Unesco del 2001 sono traslati nella Convenzione sulla protezione e la promozione delle diversità delle espressioni culturali, stipulata a Parigi nel 2005, in cui sono individuate, oltre ai diritti e agli obblighi della parti contraenti, le misure destinate a promuovere e proteggere le espressioni culturali, nonché la cooperazione allo sviluppo.

Non vanno dimenticate le ulteriori, fondamentali, Convenzioni tese a identificare, proteggere e valorizzare il patrimonio culturale in tutte le sue forme, tangibile e intangibile, culturale e naturale, mobile ed immobile: la Convenzione sulla protezione del patrimonio culturale e naturale dell'umanità del 1972, la Raccomandazione sulla salvaguardia della cultura tradizionale e del folklore del 1989 e la Convenzione per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale del 2003¹.

* Assegnista di ricerca in diritto amministrativo, Docente di Diritto ed Economia dello sport.

¹ L. DEGRASSI, *Salvaguardia del pluralismo culturale e linguistico come parte dell'identità europea*, in www.federalismi.it

Lo sviluppo del fenomeno immigratorio ha determinato uno shock culturale tale da mettere in crisi la percezione dello Stato moderno quale ente territoriale caratterizzato da identità culturale e sociale, o meglio dello Stato-nazione quale ordinamento giuridico-politico che detiene il potere sovrano su una popolazione risiedente stabilmente su un determinato territorio e legata da un comune sentimento di identità nazionale, ad appannaggio della cd. cittadinanza multicultural², svincolata dal principio di nazionalità, da una concezione monolitica dello Stato.

Il concetto di diversità culturale è innegabilmente connesso a quello di globalizzazione, intesa, nel riferimento specifico ai problemi culturali, quale omogeneizzazione³: con l'incremento dell'interconnessione globale, l'omogeneizzazione culturale tende a costituire un possibile scenario per il futuro⁴.

La cultura è il mezzo tramite il quale gli esseri umani interagiscono, ed inconvenienti grandi e piccoli possono incombere quando non si condivide la stessa cultura.

E' innegabile che ogni popolo abbia diritto alla propria cultura, al proprio patrimonio culturale, alla propria identità culturale. La diversità culturale, allora, può essere resistenza culturale⁵.

Ma se si muta l'angolo visuale, considerando l'ecumene globale come una promessa piuttosto che come una minaccia, allora la diversità culturale si manifesta quale risorsa per lo sviluppo del territorio e quale patrimonio sostenibile: non si tratta di un elemento di disturbo da tollerare, ma di un bene da tutelare. Ai sensi dell'art. 4 della Convenzione Unesco del 2005: *"Diversità culturale rimanda alla moltitudine di forme mediante cui le culture dei gruppi e delle società si esprimono. Queste espressioni culturali vengono tramandate all'interno dei gruppi e delle società e diffuse tra di loro. La diversità culturale non è riflessa unicamente nelle varie forme mediante cui il patrimonio culturale dell'umanità viene espresso, arricchito e trasmesso grazie alla varietà delle espressioni culturali, ma anche attraverso modi distinti di creazione artistica, di produzione, di diffusione, di distribuzione e di apprezzamento delle espressioni culturali, indipendentemente dalle tecnologie e dagli strumenti impiegati"*.

² W. KYMLICKA, *La cittadinanza multicultural*, Il Mulino, 1999.

³ U. HANNERZ, *La diversità culturale*, Il Mulino, 2001, 7.

⁴ *IBID.*, 8.

⁵ *IBID.*, 96.

L'attenzione e la sensibilità verso la valorizzazione della diversità culturale, a seguito del crescente fenomeno della immigrazione, hanno ingenerato l'adozione di nuove misure organizzative e tecniche normative tese a garantire la partecipazione e la uguaglianza nelle opportunità, ma, al contempo, anche ad assicurare il benessere raggiunto, la salvaguardia della identità culturale e la sicurezza, nella consapevolezza della preoccupante intolleranza e del dilagante disagio sociale, che hanno spinto i governi di Europa e non solo ad adottare politiche

di rigore e di chiusura verso il fenomeno dell'immigrazione.⁶

Da un lato, infatti, la particolare attenzione riservata alla diversità culturale si è tradotta in una copiosa attività normativa tesa a predisporre strumenti di tutela per gli individui provenienti da Paesi terzi in ordine al rispetto dei diritti umani e alla espansione del fenomeno migratorio e delle società multiculturali: sono state emanate norme per la regolazione dei flussi migratori, per il riconoscimento e la salvaguardia dei diritti dei migranti, per la loro integrazione e la tutela delle loro diversità culturali.

Dall'altro lato, per soddisfare esigenze di sicurezza, ordine pubblico e disagio sociale sono stati adottati provvedimenti, talora duri e repressivi, che ingenerano perplessità circa la composizione degli interessi di sicurezza generale con i diritti fondamentali ed il riconoscimento delle libertà. Al riguardo, si segnala il piano

⁶ E. FOLLIERI, **Il daspo urbano (artt. 9, 10 e 13 del D.L. 20.2.2017 n. 14)**, in www.giustamm.it: "I flussi migratori diretti in Europa e nel nostro Paese sono in crescente aumento e destano allarme nell'opinione pubblica che avverte questo fenomeno come una minaccia sia alla sicurezza che al benessere raggiunto. Simili sensazioni sono avvertite dalle altre popolazioni dell'Occidente, anche negli Stati Uniti d'America che si sono formati e sono divenuti nazione con l'immigrazione. Questo forte senso di disagio è sfociato in una diffusa avversione verso ogni politica di accoglienza ed integrazione ed ha permesso la crescita esponenziale di organismi e gruppi politici populistici che hanno portato all'elezione di Donald Trump negli USA ed alla Brexit che rappresenta l'evidenza della intolleranza verso tutto ciò che non è avvertito come proprio e precipuo della nazionalità inglese. I partiti tradizionali, anche quelli di opposizione, hanno difficoltà ad intercettare questo malcontento e veicolarlo verso consensi elettorali, per cui i governi cercano di ispirarsi a politiche di rigore e di chiusura verso l'immigrazione, allo scopo di placare la montante ondata di protesta e, a prescindere dall'orientamento politico di destra o di sinistra, le misure adottate non si differenziano tra di loro. Il governo italiano ha annunciato il piano Minniti, dal nome del Ministro dell'Interno, il quale presentandolo ha affermato che: "da tempo ho un'idea: sfatare il tabù che le politiche di sicurezza siano 'par excellence' di destra...sono da sempre convinto che la sicurezza sia pane per i denti della sinistra". Ebbene con due decreti legge, adottati a distanza di 3 giorni, sono state dettate disposizioni per l'accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell'immigrazione illegale (D.L. 17.2.2017 n. 13) e in materia di sicurezza delle città (D.L. 20.2.2017 n. 14)."

Minniti, che già all'indomani della sua presentazione ha suscitato non pochi timori⁷.

Il presente lavoro ha un duplice obiettivo: a) esaminare la multiculturalità, fenomeno tipico e diffuso nelle società occidentali, alla luce del principio costituzionalizzato della sussidiarietà, evidenziando le potenzialità di tale principio anche in relazione al Gal, Diritto amministrativo globale b) analizzare il ruolo della giustizia amministrativa nell'armonizzazione della tutela delle libertà e della protezione della diversità culturale in ordine al fenomeno immigratorio, alla luce dei più recenti interventi normativi e giurisprudenziali.

2. La diversità culturale e la sussidiarietà: il principio costituzionalizzato ex art. 118 alla prova del diritto amministrativo globale (Gal).

⁷ *IBID.*: "Sono provvedimenti aventi forza di legge che possono, nella sostanza, definirsi di polizia, con previsioni generali, quanto al primo decreto, sulla tutela giudiziaria che viene, però, privata di essenziali garanzie, per cui può ritenersi conseguenza delle esigenze di sicurezza, ordine pubblico e polizia che ha ispirato complessivamente l'azione del governo. I due decreti sono sinergici e, anche se il secondo riguarda in teoria tutti coloro che, in qualche modo, creano problemi alla vivibilità e al decoro delle città, in effetti finirà per incidere essenzialmente sugli immigrati, regolari e irregolari. Si mostra il lato duro e repressivo del nostro Paese, non certo il lato dell'accoglienza e soprattutto dell'integrazione che sono politiche che non vanno incontro alla "pancia" dell'elettorato. Di fronte a questo tipo di normativa, le questioni giuridiche investono i delicati rapporti tra esigenze ed interessi alla sicurezza generale nei confronti dei diritti fondamentali e, in particolare, delle libertà in tutte le sue declinazioni che trovano declamazione solenne anche nella nostra Carta costituzionale. Libertà personale, domiciliare, di corrispondenza e comunicazione (correlata alla segretezza), di soggiorno e di circolazione, di riunione, di associazione, di professione di fede religiosa, di manifestazione del pensiero, della difesa, di protezione all'estradizione indiscriminata. La composizione di questi interessi che, nel concreto, possono trovarsi contrapposti deve essere operata dal legislatore, in via generale e preventiva, dall'amministrazione, in sede di attuazione del dato normativo, e dal giudice quando viene denunciato il conflitto e lamentata la lesione dei diritti fondamentali."

Negli ultimi tempi⁸ si sta sempre più intensificando il dibattito sul c.d. diritto amministrativo globale⁹, sviluppatosi contemporaneamente in Europa¹⁰ e negli Stati Uniti¹¹ a seguito dell'evoluzione dell'ordinamento giuridico internazionale e

⁸ L. CASINI, *A proposito di "the law of global governance" di Eyal Benvenisti. Einbahnstraße? L'"immagine" giuridica della globalizzazione*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2014, 4, 936: "Corsi e seminari sul tema sono stati attivati in varie parti del mondo: a New York (in particolare alla New York University, dove anche Eyal Benvenisti ha più volte tenuto il «Law and Global Governance Seminar», insieme o alternandosi con Sabino Cassese, Richard B. Stewart e Benedict Kingsbury), Istanbul, Parigi, Singapore e Roma, per citarne solo alcune. Sin dalla sua prima apparizione nel 2005, quindi, il diritto amministrativo globale è stato inteso anche come materia di insegnamento universitario. A conferma di ciò, stanno le tre edizioni del *Global Administrative Law Casebook* (2006, 2008 e 2012), curato da Sabino Cassese e i suoi allievi: il progetto, anch'esso nato da una trentina di casi trattati in un ciclo di lezioni sul diritto globale tenute a SciencesPo, è poi approdato in un e-book di oltre 1500 pagine, con più di 110 casi e 70 autori di svariate nazionalità. In 10 anni di vita, il GAL ha quindi prodotto alcuni studi monografici, centinaia di articoli — per la maggior parte case studies (si v. <http://iilj.org/gal/bibliography/default.asp>)— e un Casebook adottato ormai in molti corsi, incluso quello da cui è scaturito il libro di Benvenisti (un Symposium sui 10 anni di GAL è in corso di pubblicazione sull'*International Journal of Constitutional Law*— si tratta degli interventi al X Viterbo Global Administrative Law Seminar, segnalato tra le notizie in questo stesso fascicolo). Se, dunque, per il diritto amministrativo il 1819 è talora preso simbolicamente come data di nascita, perché in quell'anno il *droit administratif* iniziò ad essere insegnato da Joseph-Marie de Gérando nell'Università di Parigi, allora il GAL, a 10 anni di vita, già gode di ottima salute".

⁹ Espressione non avulsa da perplessità, come evidenziato opportunamente dalla dottrina: C. CASSESE, *Il diritto amministrativo globale: una introduzione*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2005, 335 e ss: "Questo diritto amministrativo può esser definito globale, nonostante tale qualificazione possa apparire inaccettabile a chi ritiene che, se è diritto amministrativo, non è globale, in quanto questo è diritto statale per eccellenza; se è globale, non è diritto amministrativo in quanto il diritto globale riguarda relazioni tra Stati."

¹⁰ P. CRAIG, *Uk, Eu and global administrative law foundations and challenges. The Hamlyn lectures*, Cambridge, 2015. A tal riguardo si consiglia la lettura di: L. CASINI, *A proposito di Uk, Eu and global administrative law foundations and challenges. "I cannot command winds and weather": uno sguardo inglese sul diritto amministrativo globale*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2014, 4, 937 e ss; S. CASSESE, *Il diritto amministrativo globale: una introduzione*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2005, 331 e ss; S. CASSESE, *Il diritto globale, Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Einaudi, 2009; S. CASSESE, *Come nasce un ordine giuridico globale*, in *Riv. giur. stud. univ. Macerata*, 2010, 1, 15 e ss; S. CASSESE, *Globalizzazione del diritto*, in www.treccani.it; S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, Laterza, 2003; S. BATTINI, G. D'AURIA, G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI, A. MASSERA, B. G. MATTARELLA, G. NAPOLITANO, A. SANDULLI, L. TORCHIA, G. VESPERINI, *Il diritto amministrativo oltre i confini*, Giuffrè, 2008; M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Il Mulino, 2000; J.-B. AUBY, *La globalisation, le droit et l'état*, Paris, 2003.

¹¹ R. B. STEWART, *The emergence of global administrative law*, IILJ Working Paper, 2004, 1; R. B. STEWART, *Il diritto amministrativo globale*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2005, 635: "La nascita di un diritto amministrativo globale, che rompe le distinzioni tradizionali tra diritto amministrativo e diritto internazionale, è l'oggetto di un importante progetto di ricerca recentemente intrapreso dalla New York University in stretta collaborazione con il professor

delle imponenti trasformazioni che stanno riguardando, a livello mondiale, il settore politico, giuridico, economico e sociale: la tutela della salute, la protezione dell'ambiente, la disciplina del commercio, la regolazione dei mercati finanziari, la nascita di pubbliche amministrazioni globali, la gestione globale delle attività amministrative sono soltanto alcune delle tematiche oggetto di questo nuovo ramo del diritto¹².

La tematica della globalizzazione, ed i suoi conseguenti riverberi sul piano giuridico, si è presentata in maniera prorompente all'inizio del nuovo secolo, in

Cassese e altri colleghi della Sapienza. Questo progetto vede anche la partecipazione di studiosi in Inghilterra, Francia, Germania e di molti Paesi in via di sviluppo. Ci proponiamo di rendere universale, come il suo stesso oggetto, lo studio del diritto amministrativo globale. [...] A sottolineare la comparsa di un diritto amministrativo globale è la grande crescita della regolazione transnazionale volta ad affrontare le conseguenze dell'interdipendenza a livello globale in campi quali la sicurezza, il commercio, gli investimenti, l'assistenza allo sviluppo. La protezione dell'ambiente, l'attività bancaria e altre attività finanziarie, l'imposizione del diritto, le telecomunicazioni, la proprietà intellettuale, gli standards di lavoro e i movimenti transfrontalieri di popolazioni, inclusi i rifugiati. Queste conseguenze non possono continuare ad essere gestite in modo efficace con differenti regole e sistemi amministrativi nazionali. La soluzione è stata l'istituzione di diversi sistemi di regolazione transnazionale o di cooperazione tra regolatori da parte di Stati, organizzazioni internazionali, funzionari amministrativi nazionali, imprese multinazionali e organizzazioni non governative, con l'effetto di produrre un'ampia varietà di sistemi regolatori globali."

¹² S. BATTINI, *Organizzazioni internazionali e soggetti privati: verso un diritto amministrativo globale?*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2005, 359: "Così come si è affermato un diritto amministrativo europeo, va forse emergendo un diritto amministrativo globale. Quest'ultimo si distingue sia dal diritto internazionale amministrativo, sia dal diritto amministrativo interno delle organizzazioni internazionali. Ma, in fondo, esso è il risultato dello sviluppo di entrambi: si direbbe l'esito della trascinazione di quelle componenti oltre i rispettivi confini tradizionali. Come il vecchio diritto internazionale amministrativo, anche il nuovo diritto amministrativo globale condiziona i diritti amministrativi nazionali. Esso è però dotato di una maggiore capacità di penetrazione nei sistemi giudiziari degli Stati e tende, per questo, a collegarsi e ad intrecciarsi con il diritto amministrativo interno, più che a separarsene. [...] Lo sviluppo di un diritto amministrativo globale appare la combinazione di due fenomeni collegati. Per un verso, quello di un diritto internazionale amministrativo che colpisce più direttamente i soggetti privati, all'interno degli Stati. Per altro verso, quello di un diritto amministrativo applicabile alle organizzazioni internazionali che, di rimando, estende il suo ambito di applicazione ai soggetti privati che subiscono gli effetti delle decisioni internazionali, pur non essendo funzionari internazionali." Si veda anche: E. BENVENISTI, *The law of global governance*, Brill, 2014, 80: "The global administrative law itself breaks traditional boundaries between public and private, and is ready to consider private law tools to monitor and limit public powers also when they are informally and indirectly exercised by a private body, it opens up our legal horizons to assess the different ways by which law can constrain power". Sull'ambivalenza della nozione di diritto amministrativo globale: S. BATTINI, *Le due anime del diritto amministrativo globale*, in S. BATTINI, G. D'AURIA, G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI, A. MASSERA, B. G. MATTARELLA, G. NAPOLITANO, A. SANDULLI, L. TORCHIA, G. VESPERINI, cit.

particolare con il crollo del listino di Shanghai nel marzo 2007 che ha generato una crisi economica mondiale senza precedenti.

La globalizzazione, intesa come intensificazione delle relazioni sociali tra località distanti, di talchè gli eventi locali sono modellati da quelli che si verificano a migliaia di chilometri di distanza e viceversa, ha ineluttabilmente riverberato i suoi effetti sul mondo giuridico, comportando modificazioni qualitative e quantitative, sunteggiabili nelle formule "il diritto delle possibilità"¹³ ed "il diritto delle necessità"¹⁴, ed incidendo sia sulla territorialità del diritto sia sul limite delle frontiere.

Queste ultime, in particolare, hanno acquisito una accezione diversa. Il concetto di confine politico si è progressivamente edulcorato sotto le spinte sia dell'economia e della tecnica che del diritto, il quale pur applicandosi su precipi territori, prescinde da questi, presentandosi come diritto universale o globale e rispondendo ad esigenze, bisogni, necessità di ogni essere umano.

Le dislocazioni giuridiche¹⁵ hanno mutato il modo di concepire i confini, intesi non più come limiti territoriali, bensì quali barriere sociali e culturali.

Affrancandosi dai confini nazionali, il diritto amministrativo globale fagocita dinamiche e problematiche di natura ultrastatale, assumendo una foggia particolare, tale da distinguerlo dal diritto amministrativo internazionale¹⁶.

Identificato anche con l'espressione "diritto pubblico universale"¹⁷, esso trae nobile origine nel *Weltbürgerrecht*, Diritto cosmopolitico, teorizzato da Immanuel Kant che, nella celebre opera del 1795 *Zum ewigen Frieden*, propugnava un "ordinamento giuridico globale", finalizzato alla promozione di una pace stabile

¹³ S. ALAGNA, *Mercato globale e diritto dell'impresa*, Cedam, 2009.

¹⁴ M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transazionale*, Il Mulino, 2000. Di recente, si segnala, L. VIOLA, *Globalizzazione e giudice amministrativo*, in *Federalismi.it*

¹⁵ S. CASSESE, *Il diritto globale: giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Einaudi, 2009; M.R. FERRARESE, *Diritto globale e "dislocazioni" giuridiche. A partire da un volume di S. Cassese*, in *Politica del diritto*, Il Mulino, 2011, 3, 378 e ss.

¹⁶ Con tale espressione si fa riferimento al diritto delle organizzazioni internazionali, ovvero agli aspetti interni, ai rapporti tra dipendenti delle organizzazioni internazionali e queste. Inoltre, il diritto amministrativo globale (Gal) si differenzia anche dal diritto internazionale perché quest'ultimo, quale corpo di istituti e norme che regolano i rapporti tra Stati, ha carattere volontaristico, contrattuale, non gerarchico, eccezion fatta per poche norme consuetudinarie. All'opposto, l'ordine giuridico globale si fonda su esso, superandolo: ha propri organi, apparati che producono e attuano le norme. In tal senso, S. CASSESE, *Il diritto globale: giustizia e democrazia oltre lo Stato*, 133.

¹⁷ Espressione coniata da Domenico ROMAGNOSI. Si consiglia, in particolare, la disamina di D. ROMAGNOSI, *Introduzione allo studio del diritto pubblico universale*, Stamperia Imperiale, 1805.

e universale¹⁸. Il *Weltbürgerrecht* ha poi avuto massima espressione nella costruzione teorico-giuridica del saggio *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts* di Hans Kelsen, a cui hanno fatto eco, in Italia, Norberto Bobbio¹⁹ che nelle sue opere ha proposto un "pacifismo giuridico" mediante l'unificazione giuridica e politica a livello mondiale, nonché, in Germania, il filosofo Jürgen Habermas ed il sociologo Ulrich Beck.

L'ordine giuridico globale è un ordine plurale, non unitario, poiché vi sono organismi maggiori, ad esempio l'Onu, che non sono gerarchicamente superiori, bensì collegati agli altri minori in un sistema di regimi separati, che si presenta progressivo, cooperativo, dislocato, spontaneo, con una forte densità regolatoria²⁰. Da un punto di vista organizzativo, esso non risponde ad un modello univoco: esistono tanti modelli a seconda del settore di riferimento e della funzione da svolgere.

Pertanto, sarebbe corretto parlare di ordini giuridici globali, che impongono a quelli nazionali il rispetto della *rule of law*, piuttosto che di ordine giuridico globale. Esso, oltre a non essere unitario, non è nemmeno uniforme, giacché deve bilanciare diversità nazionali, *iura particularia*, con regole generali, *ius commune*. In altre parole, compito del Gal è bilanciare le diversità culturali, le diverse tradizioni giuridiche con regole generali capaci di omogeneizzare le peculiarità. La diversità culturale è, pertanto, fattore propulsivo del Gal.

¹⁸ I. KANT, *Per la pace perpetua*, Feltrinelli, 2013: "Il diritto internazionale dev'essere fondato su un federalismo di liberi Stati. [...] Il diritto cosmopolitico dev'essere limitato alle condizioni dell'universale ospitalità. [...] Siccome ora in fatto di associazione (più o meno stretta o larga che sia) di popoli della terra si è progressivamente pervenuti a tal segno, che la violazione del diritto avvenuta in un punto della terra è avvertita in tutti i punti, così l'idea di un diritto cosmopolitico non è una rappresentazione fantastica di menti esaltate, ma una necessaria integrazione del codice non scritto, così del diritto pubblico interno come del diritto internazionale, al fine di fondare un diritto pubblico in generale e quindi attuare la pace perpetua alla quale solo a questa condizione possiamo lusingarci di approssimarci continuamente."

¹⁹ Ex multis, N. BOBBIO, *Rapporti internazionali e marxismo*, in AA.VV., *Filosofia e politica. Scritti dedicati a Cesare Luporini*, La Nuova Italia, 1981, 1-18; ID., *Il terzo assente. Saggi e discorsi sulla pace e la guerra*, Sonda, 1989, 92-96; ID., *Prefazione*, in I. Kant, *Per la pace perpetua*, Editori Riuniti, 1990; ID., *Il futuro della democrazia*, Einaudi, 1984; ID., *L'età dei diritti*, Einaudi, 1990.

²⁰ In tal senso, S. CASSESE, *Il diritto amministrativo globale: una introduzione*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2005, 340. Si veda anche, L. CASINI, *A proposito di "the law of global governance" di Eyal Benvenisti. Einbahnstraße? L'"immagine" giuridica della globalizzazione*, cit.: "Il diritto amministrativo globale (GAL) si è affermato e sviluppato come un diritto settoriale, casistico e ancorato al dato fattuale: sono le stesse istituzioni globali, non importa se pubbliche o private, ad applicare o a richiamare i principi del diritto amministrativo."

Benché il sistema amministrativo globale sia altamente istituzionalizzato, esso non è costituzionalizzato, mancando, nell'alveo globale, una impalcatura costituzionale²¹, con conseguenti problematiche attinenti alla *accountability*. Diversamente sono presenti elementi essenziali del diritto amministrativo: obbligo di trasparenza, principio di partecipazione, obbligo di motivazione,...

Tra il sistema globale e quello nazionale non sussiste una netta linea di separazione: si tratta di una zona grigia, data la porosità degli ordini giuridici nazionali²² ed i costanti rapporti tra i cittadini e le amministrazioni globali, plasmati sui principi della partecipazione e della difesa.

L'ordine giuridico globale si muove sia lungo linee verticali, dal livello nazionale a quello globale e viceversa, sia in direzione orizzontale, in virtù del principio della cooperazione e del mutuo riconoscimento²³.

Criterio euristico dell'ordine giuridico globale è il principio di sussidiarietà, *ragione sociale* del diritto²⁴ sia a livello globale sia a livello europeo che nazionale.

Analizzato nella sua accezione più dinamica²⁵, il principio di sussidiarietà (in particolare in senso verticale) non è un semplice criterio organizzativo e strutturale di ripartizione delle competenze²⁶, bensì un principio architettonico dell'ordine globale, europeo e nazionale, uno strumento osmotico e partecipativo dei e tra i diversi ordini, così come si evince, ad esempio, dall'art. 167²⁷ del

²¹ Non mancano, però, negli ultimi tempi, timide aperture al processo di costituzionalizzazione, *ex multis*, A. VON BOGDANDY, J. BAST, *Principles of European Constitutional Law*, Hart Publishing, 2009.

²² S. CASSESE, *Il diritto amministrativo globale: una introduzione*, cit., 346; G. GORLA, *L'interpretazione del diritto*, Giuffrè, 1941.

²³ S. CASSESE, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, cit., 24: "Il principio del mutuo riconoscimento è un buon esempio di tali relazioni orizzontali. In base ad esso, una banca francese, che rispetti i requisiti posti dallo Stato di appartenenza per l'esercizio dell'attività bancaria, potrà operare in Italia come se fosse autorizzata dal Paese ospitante secondo le sue regole interne. E viceversa per una banca italiana che opera in Francia. Un pezzo di diritto amministrativo francese, si potrebbe dire, si stacca dall'ambito territoriale di origine e si applica in Italia."

²⁴ Così L. FRANZESE, *Percorsi della sussidiarietà*, Cedam, 2010, 139 e ss; S. CASSESE, *L'aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea*, in *Foro It.*, 1995, 10, 373 e ss.

²⁵ S. BUDELLI, *Immigrazione: salute, sicurezza, sussidiarietà*, Giappichelli, 2012, 178.

²⁶ L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Giuffrè, 2005, 425.

²⁷ Art. 167 TFUE: 1. *L'Unione contribuisce al pieno sviluppo delle culture degli Stati membri nel rispetto delle loro diversità nazionali e regionali, evidenziando nel contempo il retaggio culturale comune.* 2. *L'azione dell'Unione è intesa ad incoraggiare la cooperazione tra Stati membri e, se necessario, ad appoggiare e ad integrare l'azione di questi ultimi nei seguenti settori: a) miglioramento della conoscenza e della diffusione della cultura e della storia dei popoli europei,*

Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. Da segnalare l'orientamento della Corte Costituzionale,²⁸ la quale ha affermato che la sussidiarietà è un

conservazione e salvaguardia del patrimonio culturale di importanza europea, scambi culturali non commerciali, creazione artistica e letteraria, compreso il settore audiovisivo. 3. L'Unione e gli Stati membri favoriscono la cooperazione con i paesi terzi e le organizzazioni internazionali competenti in materia di cultura, in particolare con il Consiglio d'Europa. 4. L'Unione tiene conto degli aspetti culturali nell'azione che svolge a norma di altre disposizioni dei trattati, in particolare ai fini di rispettare e promuovere la diversità delle sue culture. 5. Per contribuire alla realizzazione degli obiettivi previsti dal presente articolo: il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria e previa consultazione del Comitato delle regioni, adottano azioni di incentivazione, ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri; il Consiglio, su proposta della Commissione, adotta raccomandazioni.

²⁸ Corte Cost., 1 ottobre 2003, n.303, in www.consultaonline.it: "Un elemento di flessibilità è indubbiamente contenuto nell'art. 118, primo comma, Cost., il quale si riferisce esplicitamente alle funzioni amministrative, ma introduce per queste un meccanismo dinamico che finisce col rendere meno rigida la stessa distribuzione delle competenze legislative, là dove prevede che le funzioni amministrative, generalmente attribuite ai Comuni, possano essere allocate ad un livello di governo diverso per assicurarne l'esercizio unitario, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza. E' del resto coerente con la matrice teorica e con il significato pratico della sussidiarietà che essa agisca come subsidium quando un livello di governo sia inadeguato alle finalità che si intenda raggiungere; ma se ne è comprovata un'attitudine ascensionale deve allora concludersi che, quando l'istanza di esercizio unitario trascende anche l'ambito regionale, la funzione amministrativa può essere esercitata dallo Stato. Ciò non può restare senza conseguenze sull'esercizio della funzione legislativa, giacché il principio di legalità, il quale impone che anche le funzioni assunte per sussidiarietà siano organizzate e regolate dalla legge, conduce logicamente ad escludere che le singole Regioni, con discipline differenziate, possano organizzare e regolare funzioni amministrative attratte a livello nazionale e ad affermare che solo la legge statale possa attendere a un compito siffatto." Sull'argomento in dottrina: A. Ruggeri, *Il parallelismo "redivivo" e la sussidiarietà legislativa (ma non regolamentare...)* in una storica (e, però, solo in parte soddisfacente) pronuncia, in A. Morrone, , in *La Corte costituzionale riscrive il Titolo V?*; Q. Camerlengo, *Dall'amministrazione alla legge, seguendo il principio di sussidiarietà. Riflessioni in merito alla sentenza n. 303 del 2003 della Corte costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it; E. d'Arpe, *La Consulta censura le norme statali "cedevoli" ponendo in crisi il sistema: un nuovo aspetto della sentenza 303/2003*, in www.forumcostituzionale.it ; F. CINTIOLI, *Le forme dell'intesa e il controllo sulla leale collaborazione dopo la sentenza 303 del 2003*, in www.forumcostituzionale.it ; S. BARTOLE, *Collaborazione e sussidiarietà nel nuovo ordine regionale*, in www.forumcostituzionale.it; A. D'Atea, *L'allocatione delle funzioni amministrative in una sentenza ortopedica della Corte costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it; A. ANZON, *Flessibilità dell'ordine delle competenze legislative e collaborazione tra Stato e Regioni*, in www.forumcostituzionale.it; R. Dickmann, *La Corte costituzionale attua (ed integra) il Titolo V*, in www.forumcostituzionale.it; A. MOSCARINI, *Titolo V e prove di sussidiarietà: la sentenza n. 303/2003 della Corte costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it L. Violini, *I confini della sussidiarietà: potestà legislativa "concorrente", leale collaborazione e strict scrutiny*, in www.forumcostituzionale.it; M. Di Paola, *Sussidiarietà e intese nella riforma del Titolo V della Costituzione e nella giurisprudenza costituzionale: la sentenza della Corte costituzionale 1 ottobre 2003, n. 303*, in www.forumcostituzionale.it

meccanismo dinamico, dall'attitudine ascensionale che solitamente decentra verso il basso, ma può giustificare anche un accentramento verso l'alto mediante il conferimento di competenze a soggetti di maggiori dimensioni, più attrezzati e competenti, al fine di soddisfare obiettivi di efficienza ed efficacia.

La sussidiarietà è un principio etico-sociale, designante una specifica modalità di interazione che ha i suoi cardini nella dignità umana e nella configurazione relazionale del bene comune²⁹.

Diversi sono stati i tentativi di concretizzazione del principio di sussidiarietà (federalismo, protocolli di decentramento, *multi-level governance*), ma nessuno di questi ha saputo fronteggiare e neutralizzare gli effetti del processo di globalizzazione.

La sussidiarietà potrebbe assurgere a principio informatore dell'ordine giuridico globale a patto che se ne riconosca il valore sovralfunzionale³⁰, insieme alle relative implicazioni con la solidarietà e con il tema della diversità culturale.

La diversità culturale, quale risorsa per lo sviluppo del territorio e patrimonio sostenibile, ha influito profondamente sull'organizzazione della Pubblica amministrazione e sull'azione amministrativa. Essa ha inevitabilmente posto gli apparati burocratici dinanzi a nuove sfide: una di ordine culturale, di concepire il ruolo dei funzionari pubblici nel segno del rispetto, della comprensione, della competenza professionale nella valutazione e risoluzione dei problemi di una utenza particolarmente debole di fronte alla neghittosità della macchina burocratica; un'altra di natura maggiormente tecnica, tesa a rimodulare e rinnovare istituti giuridici, ovvero di trovarne nuovi.

L'amministrazione della diversità culturale ha dato origine a nuovi istituti giuridici, nonché a forme di collaborazione tra gli enti, rafforzando, in ordine al principio di sussidiarietà, il canone del buon andamento (*ex multis*, lo sportello unico per l'immigrazione, la commissione per le politiche di integrazione, la consulta per i problemi degli stranieri immigrati e delle loro famiglie, i consigli territoriali dell'immigrazione, il servizio centrale del sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati, ...)

Anche l'azione amministrativa è stata influenzata dal fattore della diversità culturale. Così, ad esempio, lo straniero è sottoposto all'applicabilità della legge 241/90, il quale, *ex multis*, all'art. 2 comma 4, precisa che "*i termini ivi previsti (per la conclusione del procedimento) non possono comunque superare i centottanta giorni, con la sola esclusione dei procedimenti di acquisto della*

²⁹ P. DONATI, I. COLOZZI, *La sussidiarietà. Che cos'è e come funziona*, Carocci, 2005, 53.

³⁰ *IBID.*

cittadinanza italiana e di quelli riguardanti l'immigrazione. In ossequio alla circolare n. 617 del 6 febbraio 2009, i provvedimenti devono essere motivati in maniera puntuale ed esaustiva³¹. In particolare, in materia di concessione della cittadinanza, la normativa fissa in 730 giorni la conclusione del relativo procedimento amministrativo³².

Sembra che il cittadino straniero abbia addirittura un diritto d'accesso allargato, laddove all'art. 32 comma 4³³ del regolamento attuativo del testo unico in materia di immigrazione si definisce un diritto d'accesso esercitabile da persone non presenti in Italia e che non potrebbero mai essere presenti³⁴.

³¹ Così la circolare: *"L'esito negativo delle istanze tendenti ad ottenere l'autorizzazione ad assumere dipendenti stranieri è stato, con relativa frequenza, disposto dai Dirigenti degli Sportelli Unici, senza curarne una puntuale ed esaustiva motivazione, sufficiente a ricostruire il processo logico, presupposto al diniego. Più in particolare, è stata constatata, in più pronunce dei Tribunali Amministrativi, la cosiddetta 'motivazione apparente' limitata a riprodurre il dettato normativo o il parere degli organi consultivi (Questura o Direzione Provinciale dei Lavoro), riconducibili alla semplice attestazione di insussistenza dei requisiti normativi, senza che risultino esplicitate, specialmente in relazione all'insufficienza reddituale, le considerazioni svolte a supporto dell'espressione negatoria. Tale situazione giuridica determina l'annullamento del provvedimento di diniego e, talora, la condanna dell'Amministrazione alla rifusione delle spese legali, non vertendosi ormai più in fattispecie nuova e controversa, tale da giustificare la compensazione, a norma dell'art. 92 Codice di procedura civile. Occorre, in altri termini, anticipare quella motivazione esaustiva, ancorché sintetica, che sovente viene poi fornita in sede di rapporto controdeduttivo (talvolta neppure tempestivamente), quando la controversia è già pendente ed i costi correlativi, spesso, non sono più evitabili. Rispetto a tali esigenze di legittimità degli atti emanati, non possono contrapporsi ostacoli di natura tecnica, correlati alla trasmissione telematica dei pareri obbligatori: la motivazione, necessariamente succinta, potrà trovare la sua collocazione nei campi a testo libero, nell'applicativo informatico in uso qualora gli spazi dedicati risultassero insufficienti. Per l'inserimento delle motivazioni dei pareri negativi delle Direzioni Provinciali dei Lavoro (o delle Questure), potrà infatti essere utilizzato il "campo note", disponibile sul sistema, con capacità pari a duemila caratteri; qualora questi non fossero sufficienti, il provvedimento dello Sportello potrà comunque fare riferimento alla motivazione resa separatamente e allegata al provvedimento medesimo (o, più utilmente, al preavviso di rigetto di cui all'art. 10 bis della legge n. 241/90), consentendo, in tal modo, il pieno rispetto dell'obbligo di legge. Auspicabile, nelle ipotesi di illegittimità, resta l'adozione di idonei provvedimenti revocatori o modificatori in autotutela, garantendo all'utenza gli ordinari diritti di accesso, partecipazione e trasparenza: l'esigenza di provvedere in tal senso diviene, peraltro, includibile quando sia stata intimata diffida a norma della legge n. 241/90, per evitare possibili azioni risarcitorie, se non vere e proprie sanzioni, a nonna dell'art. 328, comma secondo, del Codice penale."*

³² Art. 3 del D.P.R. n. 362/1994.

³³ *"L'interessato, iscritto nelle liste di lavoratori stranieri di cui al comma 1, ha facoltà di chiedere al Ministero del lavoro e della previdenza sociale, ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241, la propria posizione nella lista."*

³⁴ E. ZANROSSO, *cit.*, 129.

In materia di privacy, l'art. 64³⁵ del d.lgs. 196 del 2003 riconosce il rilevante interesse pubblico, per le finalità applicative della materia legate alla privacy, alle materie attinenti la cittadinanza, l'immigrazione, l'asilo, la condizione dello straniero e del profugo e lo stato di rifugiato

3. La diversità culturale ed il ruolo del giudice amministrativo.

Il fattore della diversità culturale ha profondamente inciso sugli ordinamenti, nazionale e comunitario, e sulla cooperazione giudiziaria, sia in ambito civile che penale, in virtù del costante rapporto tra ordinamento comunitario e norma nazionale. In particolare, le istituzioni comunitarie hanno l'onere, ma anche l'opportunità, di svolgere un ruolo di mediazione culturale da giocare sul piano dell'affermazione di un nuovo umanesimo, l'unica risposta possibile all'imprescindibilità della tutela della dignità personale e all'esigenza di convivenza in un continente per la prima volta unito ma come mai attraversato da diversità culturali e identitarie³⁶.

La diversità culturale, nelle sue ampie declinazioni, ha condizionato l'attività amministrativa e la giustizia amministrativa, in modo precipuo il ruolo del giudice amministrativo nella società moderna³⁷.

³⁵ «Si considerano di rilevante interesse pubblico, ai sensi degli articoli 20 e 21, le finalità di applicazione della disciplina in materia di cittadinanza, di immigrazione, di asilo, di condizione dello straniero e del profugo e sullo stato di rifugiato.

Nell'ambito delle finalità di cui al comma 1 è ammesso, in particolare, il trattamento dei dati sensibili e giudiziari indispensabili:

a) al rilascio e al rinnovo di visti, permessi, attestazioni, autorizzazioni e documenti anche sanitari;

b) al riconoscimento del diritto di asilo o dello stato di rifugiato, o all'applicazione della protezione temporanea e di altri istituti o misure di carattere umanitario, ovvero all'attuazione di obblighi di legge in materia di politiche migratorie;

c) in relazione agli obblighi dei datori di lavoro e dei lavoratori, ai ricongiungimenti, all'applicazione delle norme vigenti in materia di istruzione e di alloggio, alla partecipazione alla vita pubblica e all'integrazione sociale.

Il presente articolo non si applica ai trattamenti di dati sensibili e giudiziari effettuati in esecuzione degli accordi e convenzioni di cui all'articolo 154, comma 2, lettere a) e b), o comunque effettuati per finalità di difesa o di sicurezza dello Stato o di prevenzione, accertamento o repressione dei reati, in base ad espressa disposizione di legge che prevede specificamente il trattamento.»

³⁶ Così G. BISOGNI, *La cooperazione giudiziaria civile nel secondo quinquennio dal Trattato di Amsterdam. Un contributo per Astrid*, in www.astrid-online.it

³⁷ P. MANTINI, *Il contributo del giudice amministrativo nei diritti fondamentali del "cittadino migrante"*, in www.federalismi.it: «In questa Europa, ancora priva di sufficienti elementi di statualità, il sistema della giustizia amministrativa costituisce, pur con peculiarità nazionali differenti, una delle poche istituzioni comuni, radicate e riconosciute: le stesse storiche differenze tra sistemi giudiziari dualistici e monistici sono in via di superamento e di

Nella lettura del Consiglio di Stato è immanente la visione della funzione della giustizia amministrativa come architrave dello Stato di diritto, poiché il principio di legalità e, tramite esso, tutti i diritti di libertà, sono assicurati attraverso la giustizia amministrativa, garanzia delle libertà³⁸.

Come asserito all'indomani della istituzione della Quarta sezione³⁹, il Consiglio di Stato è una lanterna magica: i vetri si cambieranno e la macchina rimarrà.

Dal 1889 i vetri sono cambiati, ma la macchina e le sue funzioni sono rimaste inalterate, dando buona prova di resistenza anche in periodi difficili per lo Stato di diritto, come quello del ventennio fascista.

Il giudice amministrativo è, per definizione, il giudice naturale delle funzioni e dei servizi resi dalle pubbliche amministrazioni: è colui che affronta, e spesso anticipa, la evoluzione e le trasformazioni della società che inevitabilmente si ripercuotono sul sistema di giustizia amministrativa: si pensi, tra le evoluzioni

reciproca integrazione. Non è senza importanza che nel nucleo fondamentale degli Stati che credono nell'Europa vi sia la comune idea della necessità di un giudice "del potere", un giudice specializzato nel sindacato sul corretto esercizio della funzione pubblica, a garanzia dei cittadini, e ciò non solo nell'esercizio delle funzioni giurisdizionali ma anche in quelle consultive, rese in posizione di indipendenza e di autonomia. Si tratta, a nostro avviso, di un elemento di omogeneità storica, culturale, istituzionale, che vuol dire molto ai fini della ripartenza del progetto europeo, dinanzi alla crisi degli anni recenti, oltre che dell'intenso dialogo tra le Corti, nazionali ed europee, per la costruzione e l'effettività dell'eurodiritto. Le questioni dei rifugiati e dei migranti costituiscono un tema di crescente e comune interesse per l'attività del giudice amministrativo nei principali paesi europei. Ma la crescita delle controversie e delle attività del giudice amministrativo in materia si riscontra anche in altri paesi. Nel Rapport public del Consiglio di Stato francese emerge con chiarezza non solo la rilevanza del contenzioso dell'immigrazione per la giurisdizione amministrativa, ma anche la crescente importanza della Cour National de droit d'asile e dell'istituto del Bureau d'aide juridictionnelle: la prima è una Corte amministrativa specializzata per i ricorsi contro le decisioni adottate dall'Office français de protection des réfugiés et apatrides, rispetto alle cui decisioni il Conseil d'État opera come giudice di cassazione; mentre il secondo decide sulle richieste di gratuito patrocinio provenienti, per la massima parte, da cittadini stranieri. Lo stesso dato è presente nel Regno Unito, come si evince dal rapporto del Senior President dei Tribunals, nel cui carico di lavoro che "largely comprises the resolution of disputes between the State and its citizens", si possono rinvenire le sfide della giustizia amministrativa britannica, con l'incremento costante della domanda di giustizia soprattutto in materia di immigrazione. Una netta crescita del contenzioso in materia di immigrazione emerge anche dal rapporto del giudice amministrativo federale tedesco (Bundesverwaltungsgericht".

³⁸ G. MORBIDELLI, *Il contributo del giudice amministrativo in 150 anni di Unità d'Italia*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 3, 768.

³⁹ G. LOMBARDI, *Il Consiglio di Stato, nel quadro istituzionale della Restaurazione*, in *Atti del Convegno celebrativo del 150 Anniversario del Consiglio di Stato*, Giuffrè, 1983, 84.

più recenti, alla globalizzazione, all'immigrazione, all'informatica, al multiculturalismo⁴⁰.

Ma il giudice amministrativo non è solo il giudice delle funzioni e dei servizi della p.a.: egli è anche il giudice dell'economia, nonché dei valori e dei diritti costituzionali individuali (salute, lavoro, istruzione, libertà di pregare, di esprimersi, di associarsi)⁴¹.

È il giudice del processo identitario del nostro ordinamento, che, ispirandosi ai criteri di ragionevolezza e prudenza, ha affrontato spinose questioni di natura sociale, etica e culturale, prima che giuridica, applicando i principi costituzionali della tolleranza sotto forma di non discriminazione, mitigati dal rispetto della tradizione sociale e culturale:

È il giudice delle sfide sociali e giurisdizionali, in particolare, tra quest'ultime, del nuovo modo di concepire la giurisdizione: non più in senso burocratico, superficiale, distratto, supponente, ma nel rispetto delle esigenze derivanti dal diritto dell'immigrazione, mediante un esercizio attento, sensibile, scrupoloso nel leggere e applicare la norma con profonda sensibilità giuridica e umana⁴².

⁴⁰ G. MORBIDELLI, *cit.*, 798

⁴¹ A. POZZI, *Le nuove frontiere dell'immigrazione*, Relazione di presentazione al convegno organizzato dal TRGA di Trento, nei giorni 25 e 26 novembre 2011 sul tema "Frontiere dell'immigrazione o migrazione delle frontiere?", in www.giustizia-amministrativa.it

⁴² P. MANTINI, *cit.*,: *"Il giudice amministrativo è ormai protagonista in Italia, con buone performance, in molti campi, come giudice del "potere" e delle "situazioni soggettive": nell'effettività del diritto europeo, nell'economia, negli appalti, nei servizi sociali, nei temi del territorio e dell'ambiente e anche nel campo dei diritti umani. Il Consiglio di Stato ha già fatto applicazione dei principi CEDU alla luce del nuovo art. 6 del Trattato sull'Unione europea, come modificato dal Trattato di Lisbona, che ha stabilito che «l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore dei trattati». La norma prosegue, come noto, prevedendo che «l'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali» e si conclude nel senso che «i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione [...] e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali». Ciò naturalmente, nell'ambito e nei limiti della nota teoria delle "norme interposte" poiché, come a lungo testimoniato dal presidente Tizzano, nella sua prestigiosa carriera di studioso e di alto giudice, con l'adesione all'UE l'ordinamento nazionale è parte di un "sistema più vasto" e articolato. Alla luce della nuova norma, dunque, secondo la ricostruzione della Corte costituzionale, la tutela dei diritti fondamentali nell'ambito dell'Unione europea deriva (o deriverà) da tre fonti distinte: in primo luogo, dalla Carta dei diritti fondamentali (cosiddetta Carta di Nizza), che l'Unione «riconosce» e che «ha lo stesso valore giuridico dei trattati»; in secondo luogo, dalla CEDU, come conseguenza dell'adesione ad essa dell'Unione; infine, dai «principi generali», che comprendono i*

È il giudice della tutela delle libertà e della protezione del pluralismo culturale nel rispetto dell'identità culturale del Paese ospitante e dei principi della ragionevolezza e della tolleranza⁴³.

diritti sanciti dalla stessa CEDU e quelli risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri."

⁴³ A. POZZI, *Crocifisso, tra giudici italiani ed europei, tra tolleranza ed integralismo, tra politiche di accoglienza e di respingimento*, in www.giustizia-amministrativa.it

La gerarchia dei diritti fondamentali dell'uomo la salubrità ambientale.

di Adabella GRATANI*

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. Il diritto all'ambiente salubre nei livelli ordinamentali. 3. **Gli strumenti a difesa del** diritto alla salubrità ambientale - 4. **Conclusioni.**

1. Premessa. Se è vero che tutti i diritti fondamentali dell'uomo si trovano in rapporto di integrazione reciproca, non è del pari altrettanto veritiero che non vi siano alcuni che abbiano una netta prevalenza sugli altri.

Ciò lo si avverte maggiormente quando gli uni si pongono in situazione concorrente con gli altri, quando il loro esercizio è ostacolato in modo diverso dagli altri. Lo specchio di tale dislivello si riscontra quotidianamente non solo nella normativa che spesso tutela alcuni diritti a scapito di altri, ma anche nella giurisprudenza dei vari livelli ordinamentali, nazionale ed europeo e internazionale, ove gli stessi giudicanti giudicano con misure diverse il loro esercizio e non sono in grado di assicurare equa-tutela, attestando sempre la prevalenza di un diritto fondamentale dell'uomo su un altro, in modo distonico e alterato.

In una società politica, giudiziale e dottrinale in continua evoluzione, ove le carte costituzionali dei singoli paesi si modificano più sovente e non sono più sufficienti ad indicare e perimetrare i diritti fondamentali, ove sempre più si registra il loro attentato a cominciare dalle stesse istituzioni preposte alla tutela che ne minano la certezza, ove il diritto vivente amplia e innova la loro portata trova spazio la problematica sempre più attuale di individuare i diritti fundamentalissimi dell'uomo.

Sul punto è sufficiente richiamare la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 1950¹ che insegna tale espansione, nonchè l'ordinamento dell'Unione europea che ne statuisce autonomamente dei propri nella Carta di

* Dottore di Ricerca in Diritto Pubblico, Università di Pavia, Avvocato con specializzazione in diritto ambientale.

¹ Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 con emendamenti di cui al Protocollo n. 11 firmato a Strasburgo l'11 maggio 1994, entrato in vigore il 01 novembre 1998, Protocollo addizionale firmato a Parigi il 20 marzo 1952, IV Protocollo addizionale firmato a Strasburgo il 16 settembre 1963, VI Protocollo addizionale firmato a Strasburgo il 28 aprile 1983, VII Protocollo addizionale firmato a Strasburgo il 22 novembre 1984.

Nizza del 2000², abbracciando anche quelli della CEDU (art.6 TUE) e prendendone le distanze sul fronte dell'autorità competente al suo vaglio³.

Se è corretto affermare che non è perseguibile una tutela di un diritto fondamentale isolatamente dagli altri, tuttavia, una loro gerarchia è sempre ravvisabile, un approccio a cerchi concentrici ove le forze più energiche si stringono sempre più attorno al nucleo fondamentale *in primis* della vita umana e quindi a cerchi allargati di tutti gli elementi che la devono salvaguardare e favorire la lotta e la rimozione di quegli ostacoli che la minano in potenza, la mettono in pericolo in concreto, fino poi a provocarne la lesione diretta e irrimediabile per le generazioni future.

E' corretto individuare un diritto supremo utilizzando le parole della consulta come "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette.

La qualificazione come "primari" dei valori della vita e quindi dell'ambiente e della salute significa che essi non possono essere sacrificati ad altri interessi, beni, diritti quand'anche costituzionalmente tutelati, ponendosi alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il bene alla vita dell'uomo passa attraverso l'ambiente nelle sue diversificate componenti, a iniziare ad esempio dall'idratarsi con acqua salubre non potendo sopravvivere in assenza ovvero con una risorsa idrica contaminata, etc.

² Carta Europea dei diritti fondamentali del 26 settembre 2000 firmata dalla Convenzione dei 62, l'organo creato su mandato del Consiglio Europeo per la sua redazione, composto da 15 rappresentanti degli Stati membri, 16 deputati del Parlamento europeo e 30 rappresentanti dei Parlamenti nazionali, più un commissario europeo, responsabile della giustizia (in GUCE 2000/C 364 p.1 del 18 dicembre 2000). Con la Carta si compie un passo importante verso la definizione della Costituzione Europea, firmata a Roma in data 29 ottobre 2004, che ne recepisce i contenuti. Il testo della Convenzione è stato modificato dalle disposizioni del Protocollo n. 14 (STCE n. 194) con entrata in vigore il 1 giugno 2010. Il testo della Convenzione è stato precedentemente modificato conformemente alle disposizioni del Protocollo n. 3 (STE n. 45), entrato in vigore il 21 settembre 1970, del Protocollo n. 5 (STE n. 55), entrato in vigore il 20 dicembre 1971 e del Protocollo n. 8 (STE n. 118), entrato in vigore il 1 gennaio 1990. Esso comprendeva inoltre il testo del Protocollo n. 2 (STE n. 44) che era divenuto parte integrante della Convenzione dal 21 settembre 1970. Tutte le disposizioni che erano state modificate o aggiunte dai suddetti Protocolli sono state sostituite dal Protocollo n. 11 (STE n. 155) a partire dalla data della sua entrata in vigore, il 1 novembre 1998. Inoltre, a partire da questa stessa data, il Protocollo n. 9 (STE n. 140), entrato in vigore il 1 ottobre 1994, era stato abrogato e il Protocollo n. 10 (STE n. 146) era divenuto senza oggetto.

³ Sentenza della Corte Costituzionale n. 348/2007: «Poiché le norme giuridiche vivono nell'interpretazione che ne danno gli operatori del diritto, i giudici in primo luogo, la naturale conseguenza che deriva dall'art. 32, paragrafo 1, della Convenzione è che tra gli obblighi internazionali assunti dall'Italia con la sottoscrizione e la ratifica della CEDU vi è quello di adeguare la propria legislazione alle norme di tale trattato, nel significato attribuito dalla Corte specificamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione».

Gli Stati membri sono sempre più indisciplinati e corresponsabili per il tramite delle istituzioni giudiziarie domestiche dell'uso distorto e abuso in danno ai medesimi minimi diritti fondamentali dell'uomo⁴.

La Dichiarazione dei Diritti Fondamentali dell'ONU⁵ del 1948 e la storia della lotta dei crimini contro l'umanità insegnano che non è rilevante scolpire e circoscrivere tali diritti su una lapide⁶ o su una carta o (oggi) su un impulso telematico, in quanto i diritti veramente fondamentali sono anche quelli mai formalizzati, ma riconoscibili ed avvertibili da ogni essere umano ovunque si trovi... ecco che il vero dilemma è quello di dare una priorità ed una gerarchia tra i medesimi diritti fondamentali dell'uomo, soprattutto quando a rischio di lesione ce ne sono molti. La storia nelle aule giudiziarie dei vari livelli ordinamentali insegna spesso che le tutele di più diritti fondamentali non sono perseguibili contemporaneamente e quindi occorre individuare quello meno comprimibile in modo assoluto, da essere a tutti i costi salvaguardato.

E' in quest'ottica, che i diritti assoluti e fundamentalissimi dell'uomo, non necessitano di essere scritti per essere *osservati e tutelati* in quanto in ogni dove e momento storico, quand'anche taciuti, sono sempre riconosciuti e avvertiti insopprimibili e supremi. Un tal insegnamento viene non solo dagli eventi storici, ma anche al pari da quelle carte costituzionali, dei Paesi anche europei, che pur non contemplando il bene vita, il bene ambiente, il bene salute dell'uomo sono chiamate a difenderli ad oltranza.

Il richiamo al bene-diritto supremo denominato *salubrità ambientale* raccoglie in sé un connubio di più diritti primari e indissolubili, un nuova nomenclatura, per richiamare l'attenzione dei popoli e dei governi e dei poteri giudiziari a quanto i diritti fundamentalissimi dell'uomo siano oggi ancor più gravemente minacciati e bisognosi di attenzione e tutela solidale a più livelli.

2. Il diritto all'ambiente salubre nei livelli ordinamentali.

Il diritto fondamentale dell'uomo esiste e basta e deve esser protetto anche contro lo stesso uomo che lo mette in pericolo; si pensi al diritto alla vita (suicidio isolato o di massa, morte per avvelenamento dell'acqua, del suolo, dell'aria, etc.) e a tutti gli altri diritti fondamentali di derivazione di quello della vita come il diritto alla salute (mentale, fisica), procreazione, sviluppo sostenibile, pace, etc.. In questo contesto è palmare riconoscere che il diritto primario superiore agli altri è proprio quel *diritto alla vita* in stretta relazione all'ambiente ove si svolge

⁴ Sentenza della Corte Costituzionale n. 349/2007. La sentenza richiama l'importanza di applicare le norme CEDU inosservate dallo stato italiano.

⁵ La Dichiarazione universale dei diritti umani è un documento sui diritti individuali, firmato a Parigi il 10 dicembre 1948, la cui redazione fu promossa dalle Nazioni Unite perché avesse applicazione in tutti gli stati membri. vd. G.B. PETTI Effetti sull'ordinamento italiano: 1948/1999. Associazione Valore Uomo Editore, Napoli 2000.

⁶ Ex multis vd. D.TONELLI, Le tavole di Mosè - I dieci comandamenti e l'origine della democrazia, dell'editore Edizioni Dehoniane Bologna, 2014

la vita, denominato nelle alte sedi come diritto "*all'ambiente salubre*" inteso come quel diritto a salvaguardare prima di tutto quegli elementi essenziali attraverso i quali l'uomo esiste, vive, respira, si nutre, cresce e si sviluppa in tutte le sue manifestazioni fisiche e psichiche.

Non è palesabile un diritto all'ambiente sganciato dalla persona in quanto l'ambiente è il presupposto dello sviluppo della specie umana alla stregua di un diritto della personalità sui generis⁷.

Il diritto all'ambiente salubre⁸ è di impronta giurisprudenziale ed è stata elaborato con riferimento all'art. 8 CEDU: il diritto al rispetto della vita privata e familiare, elevandolo a diritto soggettivo fondamentale dell'uomo. Per la Corte Edu⁹, il diritto all'ambiente salubre si fonda sul diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 Cedu) distinguendolo dal diritto alla salute (art. 2 Cedu), in quanto anche se entrambi concernono l'ambiente circostante alla vita dell'uomo, hanno una autonoma configurazione; il prevedere un rapporto diretto e consequenziale con l'esposizione alla messa in pericolo del diritto alla vita privata e familiare, la cui lesione dell'art. 8 Cedu sussiste anche se la doglianza non si concreta sul piano probatorio con una effettiva lesione patologica, con l'accertamento acclarato del nesso causale tra l'alterazione ambientale e le malattie cagionate all'uomo sulla base di concertati studi scientifici che ne comprovino in modo certo detta causalità. La Corte Edu valorizza, ai fini della tutela del diritto all'ambiente salubre il solo elemento di correlazione ambiente e salute¹⁰, anche in assenza di una prova oggettiva della effettiva lesione del bene salute. Ne consegue che tale

⁷ In tal senso D. BELVEDERE, Tutela dell'ambiente e dei territori, in Diritti e autonomie territoriali (a cura di A MORELLI e L. TUCCO, Giappichelli, Torino, 2014, p. 564; P. CENDON, Trattato dei nuovi danni, Vol. 5, Cedam, 2011, p. 555 e ss..

⁸ V LASTRICO, M FRANCESCA GASPARINI, Il diritto ad un ambiente salubre tra standard di tutela e discrezionalità nell'utilizzo degli standard, in Spazio della tecnica e spazio del potere nella tutela dei diritti sociali, (a cura di) P BONETTI, A CARBONE, A CASSATELLA, F CORTESE, A DEFFENU, ARACNE, 2014, A POSTIGLIONE, Il danno alla salute e all'ambiente nella giurisprudenza e nella dottrina giuridica, in Dir. e giurisp. agraria e dell'ambiente, 1996, pp. 582 e ss.,

⁹ Sentenza della Corte EDU di Strasburgo, ricorso n. 16798/90, del 9 dicembre 1994, *Lopez Ostra c. Spagna*, Per una nota a sentenza vd R.DESGAGNE, J.HIPPLER BELLO, Lopez Ostra c. Spain, in *The American Journal of International Law*, Vol. 89, No. 4, 1995, pp. 788-791. Vd. anche sentenza della Corte di Strasburgo, ricorso n. 14967/1989, del 19 dicembre 1998, Guerra e altri c. Italia; sentenza della Corte di Strasburgo del 9 giugno 1998, *McGinley c. Regno Unito*, ric. n. 21825/93; sentenza, Corte di Strasburgo dell'8 luglio 2003, *Hatton c. Regno Unito*, ric. n. 36022/97; sentenza della Corte di Strasburgo del 20 aprile 2004, *Surugiu c. Romania*, ric. n. 48995/99; sentenza della Corte di Strasburgo del 2 novembre 2006, *Giacomelli e a. c. Italia*, ric. n. 59909/00; sentenza della Corte di Strasburgo del 6 luglio 2009, *Tatar c. Romania*, ric. n. 67021/01.

¹⁰ C. FELIZIANI, *Il diritto fondamentale all'ambiente salubre nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte Edu in materia di rifiuti. Analisi di due approcci differenti*, in *Rivista Italiana Diritto Pubblico. Comunitario*, 2012, fasc. 6, pag. 999.

diritto ha una posizione di priorità e di privilegio di tutela rispetto al diritto alla salute.

Diversamente dal *diritto all'ambiente salubre*, qualora si registra un pregiudizio effettivo al bene salute, il diritto all'ambiente è coperto se ricondotto alla lesione del diritto alla vita di cui all'art. 2 Cedu.

Diversamente dalla Corte EDU, la Corte di Giustizia dell'Unione europea traccia con caratteristiche peculiari il diritto alla *salubrità ambientale* ravvisando la lesione del bene salute in contesto argomentativo settoriale proprio del diritto ambientale¹¹ a fronte di condotte omissive, in violazione dell'osservanza del diritto UE senza acclarare l'effettiva lesione.

I giudici dell'Unione europea pongono l'attenzione al principio preventivo e quindi alla presenza del mero rischio che deriva alla salute l'assenza di un servizio efficiente (nella specie di raccolta e smaltimento di rifiuti), qualora la situazione di fatto inadempiente si prolunghi nel tempo oltre misura al punto da affermare «la persistenza di una tale situazione di fatto, in particolare quando comporta un degrado rilevante dell'ambiente per un periodo prolungato senza intervento delle autorità competenti, può rivelare che gli Stati membri hanno oltrepassato il potere discrezionale che questa disposizione conferisce loro».

La Corte UE non approda a rinvenire la violazione di due beni dello stesso livello, come opera la Corte EDU (art. 8 e 2), bensì accertata la lesione dei parametri ambientali, ne ravvisa automaticamente anche quello alla salute umana. Già nel 2002¹² e ancor prima, nel 1992¹³, (sempre in tema di rifiuti), la Corte di Giustizia mette in relazione il bene salute e il bene ambiente, così quand'anche non abbia coniato in modo esplicito la nuova terminologia di diritto alla salubrità ambientale, dimostra di considerare congiuntamente il bene ambiente e il bene salute.

Il *diritto all'ambiente salubre*, pur non contemplato espressamente e autonomamente nella Carta Costituzionale italiana, ma in altre carte costituzionali europee più evolute e più giovani, deve ritenersi un diritto fondamentale, da intendersi come un luogo di vita adatto allo

¹¹ Pur esaminando la medesima fattispecie ambientale vagliata dalla Corte Edu sull'abbandono dei rifiuti nella regione campana, la Corte UE illustra il rapporto tra il bene ambiente e il bene salute, prendendo a riferimento l'obiettivo perseguito con la Direttiva n.2006/12/UE vd. Sentenza, Corte di Giustizia dell'Unione Europea, C-297/08, 4 marzo 2010, Raccolta 2010. Su tale presupposto è dichiarata la responsabilità dello stato italiano per mancata predisposizione di una adeguata rete di impianti di smaltimento dei rifiuti (artt. 4 e 5 della direttiva n. 2006/12/CE, relativa ai rifiuti) per consentire una gestione improntata ai principi di autosufficienza e di prossimità senza pericolo per la salute dell'uomo.

¹² Sentenza, Corte di giustizia, causa C-9/00, del 18 aprile 2002, Palin Granit Oy, in Raccolta 2002.

¹³ Sentenza, Corte di Giustizia, causa C2/90, del 9 luglio 1992 Commissione delle Comunità europee contro Regno del Belgio, in Raccolta 1992

sviluppo integrale della persona¹⁴, il cui fondamento normativo è rappresentato dal combinato disposto degli artt. 9 e 32 Cost. trattasi di un diritto sociale *finanziariamente condizionato*¹⁵, ovvero condizionato ai vincoli di bilancio¹⁶.

Nel 1987, la Corte Costituzionale italiana qualifica il *diritto all'ambiente salubre* come un diritto fondamentale¹⁷, tale da essergli attribuito un "*valore primario e assoluto*"¹⁸ che gode di una tutela preminente proprio in quanto "*L'ambiente è protetto come elemento determinativo della qualità della vita*"¹⁹.

Sebbene il testo originario della Costituzione non contenesse l'espressione *ambiente*, né disposizioni finalizzate a proteggere l'ecosistema, la Corte Costituzionale, con numerose sentenze aveva riconosciuto²⁰ la «preminente rilevanza accordata nella Costituzione alla salvaguardia della salute dell'uomo (art. 32) e alla protezione dell'ambiente in cui questi vive (art. 9, secondo comma)», quali valori costituzionali primari²¹.

La giurisprudenza successiva ha poi superato la ricostruzione in termini solo finalistici, affermando²² che l'ambiente costituisce «un bene immateriale unitario sebbene a varie componenti, ciascuna delle quali può anche costituire, isolatamente e separatamente, oggetto di cura e di tutela; ma tutte, nell'insieme,

¹⁴ L. PIETRO TRONCONI, Unione cit. p. 35.

¹⁵ D. SICLARI, La tutela del diritto ad un ambiente salubre tra attività prestazionale dell'amministrazione e vincoli di bilancio, Nomos. Le attualità nel diritto, 3, 2017, p. 1. Di seguito il link per accedere alla Rivista on line: <http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/nomos/domenico-siclarila-tutela-del-diritto-ad-un-ambiente-salubre-tra-attivita-prestazionale-dellamministrazione-e-vincoli-di-bilancio/>

¹⁶ Sulla distinzione tra diritto all'ambiente e diritto alla salubrità ambientale si rinvia a M.A. MAZZOLA, I nuovi danni. Danno ambientale individuale, danno al paesaggio, danno da inquinamento elettromagnetico, danni da fumo, danni da OMG, illecito di Stato, danno da bullismo e danno da stalking, Cedam, 2008, p. 244 e ss. Sul diritto alla salubrità ambientale come posizione giuridica distinta dal diritto all'ambiente: ex multis cfr. A.ALBAMONTE, Il diritto all'ambiente salubre cit., 479 e ss.

¹⁷ Sentenza della Corte Cost., n. 210/1987: «Va riconosciuto lo sforzo in atto di dare un riconoscimento specifico alla salvaguardia dell'ambiente come diritto fondamentale della persona ed interesse fondamentale della collettività e di creare istituti giuridici per la sua protezione. Trattasi di valori che in sostanza la Costituzione prevede e garantisce (artt. 9 e 32 Cost.), alla stregua dei quali, le norme di previsione abbisognano di una sempre più moderna interpretazione».

¹⁸ Sentenza, Corte Costituzionale, n. 641/1987, sentenza 17-30 dicembre 1987: «L'ambiente è protetto come elemento determinativo della qualità della vita. La sua protezione non persegue astratte finalità naturalistiche o estetizzanti, ma esprime l'esigenza di un habitat naturale nel quale l'uomo vive ed agisce e che è necessario alla collettività e, per essa, ai cittadini, secondo valori largamente sentiti; è imposta anzitutto da precetti costituzionali (artt. 9 e 32 Cost.), per cui esso assume a valore primario ed assoluto».

¹⁹ In tal senso anche: sentenza della Corte Costituzionale, n. 126/2016.

²⁰ Corte Costituzionale n. 247 del 1974

²¹ sentenza della Corte Costituzionale n. 210 del 1987

²² sentenza della Corte Costituzionale n. 641 del 1987

sono riconducibili ad unità. Il fatto che l'ambiente possa essere fruibile in varie forme e differenti modi, così come possa essere oggetto di varie norme che assicurano la tutela dei vari profili in cui si estrinseca, non fa venir meno e non intacca la sua natura e la sua sostanza di bene unitario che l'ordinamento prende in considerazione»".

La Corte Costituzionale, nella sentenza n. 85/2013, ha ritenuto che il diritto alla salubrità ambientale configura il diritto alla salute ex art. 32 Cost. considerato nella sua dimensione sociale²³, e che possa essere bilanciato con altri valori come l'iniziativa economica privata ex art. 41 Cost. che si traduce, nel caso concreto, nell'interesse alla prosecuzione dell'attività aziendale e al mantenimento del livello occupazionale²⁴. A fronte di questo approccio osservato criticamente, la Corte Costituzionale è intervenuta nuovamente con riguardo alla "vicenda Ilva" con la recente sentenza n. 58/2018, **affermando che «il diritto all'ambiente salubre deve essere inteso, come diritto a lavorare in un luogo sicuro per la salute²⁵.** Rimuovere prontamente i fattori di pericolo per la salute, l'incolumità e la vita dei lavoratori costituisce infatti condizione minima e indispensabile perché l'attività produttiva si svolga in armonia con i principi costituzionali, sempre attenti anzitutto alle esigenze basilari della persona. In proposito questa Corte ha del resto già avuto occasione di affermare che l'art. 41 Cost. deve essere interpretato nel senso che esso «limita espressamente la tutela dell'iniziativa economica privata quando questa ponga in pericolo la "sicurezza" del lavoratore» (sentenza n. 405 del 1999). Così come è costante la giurisprudenza costituzionale nel ribadire che anche le norme costituzionali di cui agli artt. 32 e 41 Cost. impongono ai datori di lavoro la massima attenzione per la protezione della salute e dell'integrità fisica dei lavoratori (sentenza n. 399 del 1996)». La Cassazione a Sezioni Unite è stata lungimirante e precursore dei tempi, prima ancora della Corte Costituzionale, al punto che si esprimeva già nel 1979²⁶ ravvisando un diritto alla *salubrità ambientale* laddove considera che «la protezione della salute assiste l'uomo non (solo) in quanto considerato in una sua astratta quanto improbabile separatezza, ma in quanto partecipe delle varie

²³ Sentenza, Corte Costituzionale, n.85/2013: «Tra i diritti fondamentali della persona v'è senz'altro quello alla salute (art. 32 Cost.), che nella sua dimensione sociale esprime un diritto alla salubrità dell'ambiente ex artt. 2, 9, e 32 Cost.».

²⁴ Sentenza della Corte Costituzionale, n.85/2013: «La ratio della disciplina censurata consiste nella realizzazione di un ragionevole bilanciamento tra diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, in particolare alla salute (art. 32 Cost.), da cui deriva il diritto all'ambiente salubre, e al lavoro (art. 4 Cost.), da cui deriva l'interesse costituzionalmente rilevante al mantenimento dei livelli occupazionali ed il dovere delle istituzioni pubbliche di spiegare ogni sforzo in tal senso. ... La qualificazione come "primari" dei valori dell'ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto».

²⁵ Sentenza della Corte Costituzionale, n. 58/2018 del 23 marzo 2018.

²⁶ Sentenza della Cass., Sez. Un., n. 5172/1979.

comunità – familiare, abitativa, di lavoro, di studio ed altre – nelle quali si svolge la sua personalità. Accentuandosi il carattere di inerenza alla persona e di socialità del bene protetto, si rende manifesto che la protezione non si limita all'incolumità dell'uomo, supposto immobile nell'isolamento della sua abitazione o solitario nei suoi occasionali spostamenti e così fatto specifico bersaglio di azioni aggressive, ma è diretta ad assicurare all'uomo la sua effettiva partecipazione mediante presenza e frequentazione fisica, alle dette comunità, senza che ciò costituisca pericolo per la sua salute. La protezione si estende cioè alla **vita associata dell'uomo** nei luoghi delle varie aggregazioni nelle quali questa si articola, e, in ragione della sua effettività, alla preservazione, in quei luoghi, delle condizioni indispensabili o anche soltanto propizie alla sua salute: essa assume in tal modo un contenuto di socialità e di sicurezza, per cui il diritto alla salute, piuttosto (o oltre) che come mero diritto alla vita e all'incolumità fisica, si configura come diritto all'ambiente salubre»

La Cassazione a Sezioni Unite fin dal 1979 esprimeva la fundamentalità del diritto dell'uomo alla salubrità ambientale al punto che precisava: «Quanto al tipo di protezione, è evidente che si tratta di tecnica giuridica di tipo garantistico, che è poi quella propria dei <<diritti fondamentali>> o <<inviolabili>> della persona umana. Si tratta cioè, di tutela piena che si concreta nella attribuzione di poteri di libera fruizione di utilità e di libero svolgimento di attività, di esclusione degli ostacoli che all'una o all'altro si frappongano da parte di chicchessia. Ed è in questa difesa a tutta oltranza contro ogni iniziativa ostile, da chiunque provenga – altri singoli o persino l'autorità pubblica – non già in una considerazione atomistica, asociale, separata dall'uomo che risiede il significato del richiamo al <<diritto fondamentale dell'individuo>>. In una parola: la strumentazione giuridica è quella del **diritto soggettivo, anzi del diritto assoluto**».

3. Gli strumenti a difesa del diritto all'ambiente salubre.

Il diritto all'ambiente salubre di cui agli artt. 9 e 32 Cost. viene in rilievo in molteplici settori, non solo in materia *strictu sensu* ambientale (esposizione ai rifiuti, alle esalazioni, alle radiazioni etc.), ma anche in materia di edilizia, pubblica e privata, quali ad esempio un contesto di abitativo caratterizzato dalla presenza di muffe e dall'assenza di riscaldamento²⁷. La salubrità dell'ambiente domestico

²⁷ Sentenza, Tar Lazio, n. 4910/2018: **che ha accolto il ricorso affermando che un ambiente salubre e riscaldato costituisce un fattore di vivibilità di qualsivoglia appartamento:** «Considerato pertanto che l'impugnativa proposta avverso la determinazione di assegnazione si appalesa fondata quanto meno nella parte in cui si lamenta un evidente difetto di istruttoria per non avere ravvisato l'amministrazione comunale la assenza di uno dei principali fattori di vivibilità per un qualsivoglia appartamento, ossia la possibilità di abitare in un ambiente salubre e riscaldato... (omissis)».

è attestata oggi anche dal legislatore che disciplina la segnalazione certificata di agibilità, che dal 2016 è andata a sostituire la certificazione di agibilità, la cui disciplina è contenuta agli artt. 24 e ss. D.P.R. 380/2001²⁸.

La giurisprudenza di legittimità qualifica il *diritto alla salubrità ambientale* come diritto soggettivo quale estensione della tutela della salute dell'uomo che non può esser limitata alla tutela della incolumità fisica ma deve essere estesa al contesto in cui la persona vive si inserisce, partecipando anche il contesto ambientale allo sviluppo della sua persona.

Da qui l'opportunità di assicurargli una "*difesa a tutta oltranza*", con gli strumenti di tutela propri del diritto soggettivo assoluto a cominciare dall'azione inibitoria ex art. 844 c.c.²⁹.

In origine l'azione inibitoria di cui all'art. 844 c.c. si applicava solo a tutela della proprietà³⁰, oggi essa trova invocazione nell'ambito della tutela del diritto alla salute e all'ambiente salubre.

²⁸ Art. 24 d.p.r. 380/2001: «La sussistenza delle condizioni di sicurezza, igiene, salubrità risparmio energetico degli edifici e degli impianti negli stessi installati, valutate secondo quanto dispone la normativa vigente, nonché la conformità dell'opera al progetto presentato e la sua agibilità sono attestati mediante segnalazione certificata».

²⁹ Sentenza, Corte di Cassazione, Sez. II, n. 309/2013

³⁰ In tal senso anche sentenza Cass., Sez. Un., 19 luglio 1985, n. 4263 l'art. 844 c.c. si riferisce solo ai «rapporti inerenti ai diritti di proprietà tra immobili, affermando che le statuizioni inibitorie finalizzate a porre rimedio alle lesioni del diritto alla salute possono trovare il loro fondamento unicamente negli artt. 2053 e 2058 c.c.».

In tal senso si era espressa la Corte Costituzionale con sentenza 29 giugno 1974 n. 247: «La norma è infatti destinata a risolvere il conflitto tra proprietari di fondi vicini per le influenze negative derivanti da attività svolte nei rispettivi fondi. Si comprende quindi che il criterio della normale tollerabilità in essa accolto vada riferito esclusivamente al contenuto del diritto di proprietà e non possa essere utilizzato per giudicare della liceità di immissioni che rechino pregiudizio anche alla salute umana o all'integrità dell'ambiente naturale, alla cui tutela è rivolto in via immediata tutto un altro ordine di norme di natura repressiva e preventiva"... (omissis)... "Resta salva in ogni caso l'applicabilità del principio generale di cui all'art. 2043 c.c.».

Pertanto gli unici strumenti azionabili erano quelli risarcitori ex artt. 2043, 2059 c.c. e l'azione di risarcimento in forma specifica ex art. 2058 c.c., come sostenuto anche dalla giurisprudenza di legittimità: Sentenza, Cass. Sez. Un., n. 999, 9 aprile 1973: «A conclusione del dibattito, può ritenersi consolidata in giurisprudenza la distinzione tra l'azione ex art. 844 cod. civ. e quella di responsabilità aquiliana per la lesione del diritto alla salute e, allo stesso tempo - ciò che maggiormente rileva in questa sede - l'ammissibilità del concorso delle due azioni. L'azione esperita dal proprietario del fondo danneggiato per conseguire l'eliminazione delle cause di immissioni rientra tra le azioni negatorie, di natura reale a tutela della proprietà. Essa è volta a far accertare in via definitiva l'illegittimità delle immissioni e ad ottenere il compimento delle modifiche strutturali del bene indispensabili per farle cessare (Cass., Sez. II, 23 marzo 1996, n. 2598; Cass., Sez. II, 4 agosto 1995, n. 8602). Nondimeno l'azione inibitoria ex art. 844 cod. civ. può essere esperita dal soggetto leso per conseguire la cessazione delle esalazioni nocive alla

L'orientamento è mutato in virtù di una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 844 c.c. ai sensi degli artt. 2, 9, 32 e 41 Cost. Si comincia a disancorare il rimedio di cui all'art. 844 c.c. dalla tutela del diritto di proprietà ritenendo che lo stesso possa esser utilizzato anche per la tutela del diritto alla salute in quanto *"nel conflitto tra le esigenze della produzione, pur contemplate dall'art. 844 c.c., ed il diritto alla salute, un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma civilistica deve attribuire necessaria prevalenza al secondo, dovendo il limite della relativa tutela ritenersi intrinseco all'attività produttiva"*³¹.

Strumenti di tutela a difesa del diritto alla salubrità ambientale è inoltre l'azione risarcitoria ex art. 2043 c.c., purché il danneggiato provi di aver subito a seguito dell'attività dannosa, (quale un'esposizione prolungata a sostanze tossiche), una sofferenza psicologica anche provvisoria per non aver potuto godere serenamente del contesto ambientale in cui il medesimo vive e lavora³².

Accanto all'azione di risarcimento in forma specifica ex art. 2058 c.c., altresì, è prevista altresì una azione per il risarcimento del danno in forma specifica ai sensi dell'art. 311 d.lgs. 152/2006³³, che consiste nell'obbligo di adottare misure di tipo riparatorio da parte del soggetto danneggiante.

salute, salvo il cumulo con l'azione per la responsabilità aquiliana prevista dall'art. 2043 cod. civ., nonché la domanda di risarcimento del danno in forma specifica ex art. 2058 cod. civ.».

³¹ In tal senso: sentenza, Cass. Civ., Sez. II 17 gennaio 2011, n.939; sentenza, Cass. Civ., Sez. II, 8 febbraio 2010, n. 5564; sentenza, Cass. Civ., Sez. III, 11 aprile 2006, n. 8420; **sentenza, Cass. Civ., Sez. II, del 17 gennaio 2018, n. 1025**; Sentenza, Cass. Pen., Sez. III, 19 novembre 1996, n. 9837: «Il danno ambientale non consiste solo in una compromissione dell'ambiente ...(omissis)... ma anche, contestualmente, in una offesa della persona umana nella sua dimensione individuale e sociale».

³² Si richiama, al riguardo, il "caso Seveso", sentenza, Cass., Sez. Un., 21 febbraio 2002, n. 2515: massima «In caso di compromissione dell'ambiente a seguito di disastro colposo (art. 449 c.p.), il danno morale soggettivo lamentato dai soggetti che si trovano in una particolare situazione (in quanto abitano e/o lavorano in detto ambiente) e che provino in concreto di avere subito un turbamento psichico (sofferenza e patemi d'animo) di natura transitoria a causa dell'esposizione a sostanze inquinanti ed alle conseguenti limitazioni del normale svolgimento della loro vita, è risarcibile autonomamente anche in mancanza di una lesione all'integrità psico- fisica (danno biologico) o di altro evento produttivo di danno patrimoniale, trattandosi di reato plurioffensivo che comporta, oltre all'offesa dell'ambiente ed alla pubblica incolumità, anche l'offesa ai singoli, pregiudicati nella loro sfera individuale (il caso di specie riguardava la polluzione chimica causata dall'esplosione delle caldaie di uno stabilimento industriale che aveva investito la zona del comune di Seveso)».

³³ D. lgs. 152/2006 art. 311: «Il Ministro dell'Ambiente e della tutela del territorio e del mare agisce, anche esercitando l'azione civile in sede penale, per il risarcimento del danno ambientale in forma specifica e, se necessario, per l'equivalente patrimoniale, oppure procede ai sensi delle disposizioni di cui alla parte sesta del presente decreto».

4. Conclusioni.

Il presente articolo non tratta del diritto ambientale e delle fonti a sostegno di tale diritto.

L'obiettivo primario del presente lavoro è quello di attirare l'attenzione del lettore sulla non pacifica certezza che i diritti fondamentali dell'uomo che sono contenuti nelle Carte costituzionali dei singoli Paesi costituiscano tutti diritti fondamentali dell'uomo di pari livello e tutela.

Bisogna imparare che esistono diritti non ancora costituzionalizzati ed etichettati ma che costituiscono i diritti fundamentalissimi dell'uomo e che, una volta identificati nel tempo e nello spazio, sono riconosciuti pacificamente da tutti tali anche se non ancora appellati.

Il percorso della "scoperta" del diritto all'ambiente è stata una di queste; da sempre tutelato attraverso le sue molteplici manifestazioni, ma mai costituzionalizzato in molteplici carte fondamentali, quali ad esempio quella italiana che passa attraverso l'art. 9 Cost. nella parte in cui richiama la tutela al paesaggio, ma ben sapendo che oltrepassa questa delimitazione di gran lunga. lo stesso dicasi a livello europeo, prima ancora della sua previsione agli artt. 130 R, 130S 130 T dell'atto unico europeo del 1986.

Inoltre, occorre prendere atto che tra i diritti fondamentali dell'uomo vi sono delle gerarchie e che non possono essere sempre tutelati tutti nello stesso modo con la stessa primarietà.

La consapevolezza di questo passaggio e la positiva gerarchizzazione è di notevole aiuto a costituire la certezza del diritto e dello stato di diritto, in specie nelle aule giudiziarie ove i giudici sono chiamati proprio a rispettare le norme di legge evitando contemperamenti che si trasformano in sbilanciamenti e via via in giustizia ad casum.

Si comincia a parlare di diritti fondamentali nella loro più ampia e profonda entità, avocando da più parti nuove terminologie, allorquando essi sono minati, violati ripetutamente tali da ledere anche altri diritti che da essi promanano.

Così si comprende che per difendere qualcosa che è violato profondamente, occorre un nuovo modo di pensare e di appellare quel bene-valore immateriale e di pronta materializzazione (nelle sue manifestazioni lesive). Attraverso la iurisprudenzia, attraverso nuove movimentazioni del popolo mediante l'avvio di nuove campagne politiche, economiche, fiscali, solidali che propongono nuove etimologie.

In presenza dei nuovi "significanti" che fanno più presa per la loro precisione ed attrazione, iniziano poi quelle ricerche spasmodiche per individuare tutte quelle fonti normative e casistiche che nel passato hanno avocato direttamente o indirettamente le tutele, per poi, giungere alla faticosa espressione che quel diritto su quel di quel bene-valore, ancora da denominare, sia stato da sempre pensato e fatto oggetto di salvaguardia.

Il diritto alla salubrità ambientale di nuovo conio, non è un diritto nuovo, ma è stato da sempre preso a riferimento quale diritto primario, tiranno e

fondamentale dell'uomo, anche se non presente nelle carte costituzionali di molti paesi (e presente in altre carte di altri paesi).

Il diritto alla salubrità ambientale si pone nel livello più alto della scala gerarchica dei diritti fondamentali e sovrasta, per la sua espansione e profondità, anche il diritto ambientale.

G.D.P.R.: il nuovo Regolamento Privacy 2018.

di Angela PEDONE*

SOMMARIO: **1.** Introduzione. **2.** Evoluzione storica del diritto alla protezione dei dati personali. **3.** Il regolamento europeo 679/2016: prime criticità. **3.1.** Le novità apportate dal GDPR. **3.2.** Profili di continuità con il codice della privacy: abrogazione o no. **4.** Uno sguardo al contenuto. **4.1.** IL DPO. **5.** conclusioni.

1. Introduzione

Il presente lavoro cercherà nelle sue brevi e schematiche forme di fornire una riflessione approfondita sulla questione relativa alla protezione dei dati personali. Tale percorso si snoderà, in primo luogo, attraverso un *excursus storico* della nozione di *privacy* per poi procedere alla dettagliata analisi del nuovo regolamento europeo n. 679/2016, anche alla luce dei profili di criticità da questo apportate in Italia. Infine, ne verranno approfondite le novità, con particolare riferimento alla nuova figura del DPO: *Data Protector Officer*.

2. Evoluzione storica del diritto alla protezione dei dati personali.

«Noi pensiamo di discutere soltanto di protezione dei dati, ma in realtà ci occupiamo del destino delle nostre società, del loro presente e soprattutto del loro futuro». E' su tale assunto che l'illustre giurista Stefano Rodotà fonda il discorso conclusivo della Conferenza **internazionale sulla protezione dei dati**, affermando, inoltre, che *«emerge un legame profondo tra libertà, dignità e privacy, che ci impone di guardare a quest'ultima al di là della sua storica definizione come diritto ad essere lasciato solo.*

*Senza una forte tutela delle informazioni che le riguardano, le persone rischiano sempre di più d'essere discriminate per le loro opinioni, credenze religiose, condizioni di salute: la privacy si presenta così come un elemento fondamentale dalla **società dell'eguaglianza**. Senza una forte tutela dei dati riguardanti le convinzioni politiche o l'appartenenza a partiti, sindacati, associazioni, i cittadini rischiano d'essere esclusi dai processi democratici: così la privacy diventa una condizione essenziale per essere inclusi nella **società della partecipazione**. Senza una forte tutela del "corpo elettronico", dell'insieme delle informazioni raccolte sul nostro conto, la stessa libertà personale è in pericolo, diventa così*

* Tirocinante ex art. 73 D.L. 69/2013.

*evidente che: la privacy è uno strumento necessario per difendere la **società della libertà**, e per opporsi alle spinte verso la costruzione di una società della sorveglianza, della classificazione, della selezione sociale».¹*

Il diritto alla protezione dei dati personali è sancito dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, all'art. 8, ove è definito e individuato come diritto diverso dal diritto alla riservatezza, cardine nel sistema dei diritti e delle libertà fondamentali. Esso dunque fa parte, ormai da tempo, del patrimonio giuridico europeo e non soltanto italiano.²

Il diritto alla protezione dei dati personali è stato disciplinato in Europa dalla cosiddetta "*Data Protection Directive*" o anche "*Direttiva madre*", in materia di trattamento dei dati personali, ossia la dir. 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati.

L'art. 8 della Carta ha recepito i principi sanciti dalla normativa europea in materia di trattamento dei dati personali.

Con la direttiva 95/46/CE, il legislatore europeo ha, infatti, accolto e positivizzato il moderno profilo assunto dalla *privacy*, predisponendo una disciplina a tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione degli stessi³. L'obiettivo principale della direttiva era quello di trovare un equilibrio tra il rispetto del diritto alla vita privata e la libera circolazione dei dati tra gli Stati membri. La direttiva muoveva infatti, nei suoi considerando iniziali, dalla necessità che alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali non sia associata anche una circolazione intracomunitaria dei dati personali che sacrifichi i diritti fondamentali della persona (in particolare, il diritto alla *privacy*), dei quali il legislatore comunitario si fa garante. Emergeva, quindi, la necessità di far fronte a due contrapposte esigenze: da un lato, la necessità da parte dei mercati della libera circolazione

¹ Cfr. S. RODOTA', Discorso conclusivo della Conferenza Internazionale sulla protezione dei dati – Privacy, libertà, dignità, 2004.

² Cfr. G. FINOCCHIARO, *Gdpr, perché abrogare il Codice è la scelta migliore e cosa comporta*, 2018.

³ La disciplina introdotta dalla direttiva in commento è stata successivamente completata, per il settore delle comunicazioni elettroniche, dalle norme della direttiva 2002/58/CE cd. 'E-Privacy' (successivamente emendata dalle direttive 2009/136/CE e 2009/140/CE), e dalla direttiva 2006/24/CE. Cfr. A. DASSI, *La direttiva del 24 ottobre 1995 sulla protezione dei dati e la direttiva 96/9/CE dell'11 marzo 1996 sulle banche dati*, in Responsabilità civile e previdenza, 1997, pag. 600 ss.; si v., anche, R. DELFINO, *La direttiva comunitaria 46/95 "Sulla protezione dei dati personali e sulla libera circolazione di tali dati"*, in Contratto e Impresa/Europa, 1996, pag. 888.

delle merci, delle persone, dei servizi e di capitali; dall'altro, invece, l'esigenza, di natura non patrimoniale, di tutela dei diritti fondamentali della persona. La direttiva si proponeva, quindi, di contemperare queste due necessità tramite l'identificazione di un modello comune di protezione dei diritti fondamentali della persona, che gli Stati membri avevano il dovere di rispettare affinché la libera circolazione delle informazioni nel mercato interno non contrastasse con il rispetto dei suddetti diritti.⁴ La grande novità della direttiva, rispetto ai precedenti interventi in materia, consisteva, appunto, nel porre al centro dell'attività di raccolta e trasmissione dei dati la persona e la sua vita privata. Al trattamento dei dati personali si applicavano una serie di principi, regole e misure di sicurezza. La direttiva, inoltre, aveva istituito un'apposita autorità di controllo al fine di garantire la corretta applicazione della normativa sulla protezione dei dati personali⁵. In capo a quest'ultima erano riconosciuti poteri investigativi, poteri effettivi di intervento nonché il potere di promuovere azioni giudiziarie contro le violazioni delle varie disposizioni a tutela della privacy. Con la direttiva 46 del 1995 il legislatore europeo ha inteso, dunque, fissare un nucleo di regole e di criteri comuni al fine di garantire una omogenea protezione dei dati delle persone nel territorio dell'Unione⁶. Tuttavia quest'intento, non si è concretizzato a causa della diversa interpretazione e trasposizione delle norme comunitarie da parte degli Stati membri che non hanno reso possibile la realizzazione di un quadro regolamentare armonioso in materia di privacy.

E' da questa direttiva che storicamente proviene il "Codice per la protezione dei dati personali" italiano.

Nel mondo giuridico italiano, infatti, il dibattito relativo al tema della *privacy* cominciò ad emergere soltanto a partire dagli anni cinquanta quando, in prossimità della riforma del codice civile, alcuni giuristi italiani cominciarono ad interessarsi al tema della "riservatezza", inquadrandolo nel più generale contesto dei diritti della personalità⁷. Da quel momento sul c.d. diritto alla riservatezza si sviluppò un ricco dibattito dottrinale che vide coinvolti importanti giuristi⁸ e che

⁴ Cfr. L.MIGLIETTI, *Profili storico-comparativi del diritto alla privacy*, p. 7 e ss., 2014.

⁵ Cfr. U. PAGALLO, *La tutela della privacy negli Stati Uniti d'America e in Europa*, pag. 96 e ss.

⁶ Cfr. F. MACARIO, *La protezione dei dati personali nel diritto privato europeo*, in V. CUFFARO, V. RICCIUTO (a cura di), *La disciplina del trattamento dei dati personali*, Torino, pag. 49.

⁷ Cfr. A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, Milano, 1942.

⁸ DE CUPIS, *Teoria generale, diritto alla vita e all'integrità fisica, diritto sulle parti staccate dal corpo e sul cadavere, diritto alla libertà, diritto all'onore e alla riservatezza*, Milano, 1959; A. RAVA', *Istituzioni di diritto privato*, Padova, 1938; F. CARNELUTTI, *Il diritto alla vita privata*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1955; G. GIAMPICCOLO, *La tutela giuridica della persona umana e il c.d. diritto alla riservatezza nel quadro dei diritti della personalità*, in *Rivista di diritto civile*, 1963.

trovò causa, principalmente, nella mancanza di una norma esplicita e di portata generale che si ponesse a fondamento giuridico del predetto diritto. Nel quadro confusionario creato dall'elaborazione dottrinale e a causa della mancanza di un riferimento normativo, fu decisivo il ruolo ricoperto dalla giurisprudenza nell'affermazione del diritto alla riservatezza come situazione giuridica autonoma. Tra le sentenze più importanti si ricordano quella relativa al caso Caruso, al caso Petacci, ma, in particolar modo, quella avente ad oggetto la vicenda di Soraya⁹.

Con il 'caso Soraya', considerato il *leading case* in materia, il diritto alla riservatezza ottenne pieno riconoscimento dalla giurisprudenza italiana. I giudici della Corte Suprema individuarono, infatti, un duplice fondamento del diritto in esame, uno implicito e l'altro esplicito. Quello implicito venne individuato «*in quel complesso di norme ordinarie e costituzionali che, tutelando aspetti peculiari della persona, nel sistema dell'ordinamento sostanziale, non possono non riferirsi anche alla sfera privata di essa*». Quello esplicito, invece, venne fissato «*in tutte quelle norme, contenute in modo particolare in leggi speciali, nelle quali si richiama espressamente la vita privata del soggetto o addirittura la riservatezza*». Molteplici le disposizioni richiamate dal Supremo Collegio a supporto della sua rivoluzionaria decisione: gli artt. 2, 3, 14, 15, 27, 29 e 41 della Costituzione ed anche alcune normative internazionali (Dichiarazione dei diritti dell'ONU, risoluzione dell'ONU del 16 dicembre 1966 n. 220, Convenzione europea, risoluzione n. 428 del 1970 dell'Assemblea del Consiglio d'Europa). Con il caso Soraya, pertanto, la Corte Suprema dissipò i dubbi riguardo all'esistenza, nel nostro ordinamento giuridico, di un autonomo diritto alla riservatezza. La scelta della Corte si rivelò lungimirante in quanto di lì a breve gli sviluppi tecnologici imposero una ridefinizione del concetto di riservatezza¹⁰. Con l'avvento e con la diffusione degli elaboratori elettronici, la nozione di *privacy* assunse, infatti, una nuova e dimensione¹¹: il diritto ad essere lasciati soli ha lasciato il posto al diritto alla protezione dei dati personali, diritto che si presenta quale strumento idoneo a contrastare un nuova e più potente forma di controllo

⁹ Cass. sent. n. 2129 del 27 maggio 1975. Il caso riguardava una delle controversie instaurate dalla principessa Soraya Esfandiari contro alcuni giornali che avevano pubblicato delle fotografie realizzate con teleobiettivo che la ritraevano in atteggiamenti intimi con un uomo nelle mura della sua abitazione.

¹⁰ Cfr. L.MIGLIETTI, op. cit., 2014.

¹¹ S. RODOTA, *Privacy e Costituzione della sfera privata. Ipotesi e prospettive*, in *Politica del diritto*, 1991.

sociale: il potere informatico¹². Il diritto alla *privacy* inizia ad essere concepito come strumento attuativo della c.d. autodeterminazione informativa. Nel contesto giuridico internazionale già da tempo veniva utilizzata l'espressione *data protection*, «per sottolineare che non si tratta di stare chiusi nel proprio mondo privato, al riparo da sguardi indiscreti, ma anche di potersi proiettare liberamente nel mondo attraverso le proprie informazioni, mantenendo però sempre il controllo sul modo in cui queste circolano e vengono da altri utilizzate»¹³.

Si giunge quindi ad intendere la *privacy*, dunque, come diritto di sviluppare liberamente la propria personalità. Il riconoscimento del diritto alla *privacy* come diritto fondamentale della persona umana è avvenuto sul piano giurisprudenziale in assenza di un esplicito riferimento costituzionale, grazie ad una lettura "aperta" dell'art. 2 della Costituzione italiana¹⁴.

L'art. 2 Cost., infatti, sancendo che «*La Repubblica garantisce i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità*», si pone quale clausola generale di tutela (essenziale) della persona umana. Tra questi diritti era necessario annoverare il diritto alla *privacy*, che, facendosi interprete di preminenti ed emergenti esigenze, ha contribuito fortemente al processo di "costituzionalizzazione della persona"¹⁵. E così che, l'ordinamento italiano, seppur in forte ritardo rispetto agli altri ordinamenti giuridici europei, si è dotato di una specifica disciplina in materia di *privacy* – ossia in materia di protezione dei dati personali – con il D.Lgs. n. 196 del 30 giugno 2003, denominato Codice sulla protezione dei dati personali. Il Codice rappresenta il frutto di un lungo processo normativo che ha avuto inizio a partire dagli anni ottanta con una serie di progetti¹⁶, e che ha avuto come tappa fondamentale l'emanazione della legge 31 dicembre 1996 n. 675¹⁷. Il Codice si presenta come un'opera di sistemazione e di armonizzazione delle norme vigenti

¹² Cfr. R. PARDOLESI, (a cura di), *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, Milano, pag. 12, 2003.

¹³ S. RODOTA', *Intervista su Privacy e libertà*, pag. 19.

¹⁴ Per tutti, v. A. BARBERA, *Commento all'art. 2*; in G. BRANCA, *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1978. Sul punto, si v. anche P. PERLINGIERI, *Commento alla Costituzione italiana*, Napoli, 1997.

¹⁵ S. RODOTA', *Tra diritti fondamentali ed elasticità della normativa: il nuovo codice sulla privacy*, in *Europa e diritto privato*, 2004, pag. 3.

¹⁶ Si ricordano il "Progetto Accame", il "Progetto Picano" e il "Progetto Mirabelli".

¹⁷ C.M. BIANCA, F.D. BUSNELLI, (a cura di), *Tutela della privacy*, in *Nuove Leggi commentate*, 1999; E. GIANNANTONIO, M. LOSANO, V. ZENO ZENCOVICH, *La tutela dei dati personali: commentario alla L. 675/1996*, Padova, 1999; V. ZENO-ZENCOVICH, *I diritti della personalità dopo la legge sulla tutela dei dati personali*, in *Studium Juris*, 1997.

in materia di protezione dei dati personali. Esso, infatti, è andato sintetizzare la legge fondativa (31-12-1996, n. 675), con i decreti legislativi recanti "disposizioni integrative" o "correttive" della medesima legge e le molte altre norme sparse nel sistema.

Il Codice ha apportato non pochi elementi di novità sotto il profilo contenutistico. Senza dubbio il più importante fra questi è stata l'introduzione della figura del "diritto alla protezione dei dati personali", non menzionata nella legge n. 675/1996, ed invece espressamente disciplinata negli artt. 1 e 2 del Codice.

Con questa espressa formulazione, il legislatore, tenendo distinto il diritto alla protezione dei dati personali dal più generale diritto alla riservatezza, ha voluto confermare l'autonoma rilevanza del primo all'interno dei diritti fondamentali della persona. Il Codice ha privilegiato, inoltre, gli aspetti di garanzia della persona, «che rispetto ai dati che la riguardano appunto come persona ha la possibilità di effettuare un controllo immanente ed indefettibile. Sicché centrali, nell'economia generale del nuovo strumento legislativo diventano sia le situazioni giuridiche soggettive connesse al proposito o all'attuazione di un trattamento, sia gli strumenti di tutela utilizzabili in caso di lesione di tali situazioni soggettive».¹⁸

Sia tale Codice sia la predetta direttiva, tuttavia, recepiscono un dibattito culturale e un pensiero dottrinale non più in linea con le attuali tendenze, delineando un modello statico di trattamento dei dati personali, ormai superato.

Il segno evidente della necessità di rimediare alla obsolescenza della previgente Direttiva 95/46 si evince anche dal proliferarsi di una giurisprudenza della Corte di giustizia mai così proficua come negli ultimissimi anni. Un'obsolescenza dovuta al rapidissimo incedere della tecnologia negli scorsi decenni, che ha fatto emergere tutti i limiti di una normativa che era stata pensata quando ancora il digitale non era divenuto la dimensione prevalente di ogni relazione umana, sociale o professionale.¹⁹

Pertanto, preso atto di questo mutamento tecnologico e sociale il Regolamento europeo 679/2016 "relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione dei dati e che abroga la direttiva 1995/46/CE", detta una nuova disciplina segnando una

¹⁸ G.P. CIRILLO, Introduzione, in ID. (a cura di), *Il Codice sulla protezione dei dati personali*, Milano, 2004, pag. XXVII.

¹⁹ M. BASSINI, *Focus GDPR tra diretta applicabilità e inerzia del legislatore nazionale*, 2018.

significativa svolta in un percorso iniziato oltre venti anni fa. Abroga, infatti, la "direttiva-madre", fin dal titolo. Ma vediamo meglio come.

3. Il regolamento europeo 679/2016: prime criticità.

La filosofia del nuovo Regolamento europeo è diametralmente opposta rispetto a quella prevista dalla direttiva del 1995. Quest'ultima si basa su un approccio autorizzatorio, il Regolamento, invece, è fondato sul principio dell'*accountability*. Tale termine significa responsabilità e anche prova della responsabilità. Il titolare del trattamento deve essere in grado di dimostrare che ha adottato un processo complessivo di **misure giuridiche, organizzative, tecniche, per la protezione dei dati personali**, anche attraverso l'elaborazione di **specifici modelli organizzativi**.²⁰

Entra, quindi, pienamente in vigore il Regolamento Ue 2016/679, noto come Gdpr (*General Data Protection Regulation*), ovvero la disciplina sul trattamento e la circolazione dei dati personali relativi alle persone fisiche e a quelle giuridiche, cittadini e organizzazioni. Tuttavia, l'Italia arriva a questo appuntamento senza il decreto con cui armonizzare il regolamento europeo all'ordinamento interno. Al momento, infatti, il testo risulta essere in attesa del via definitivo dal Consiglio dei ministri, esercitando la delega del Parlamento. L'attuazione della delega per le modifiche del Codice privacy è stata, però, differita di tre mesi. Il nuovo Governo ha tempo, infatti, fino ad agosto 2018 per l'adeguamento. Fino ad allora potrebbero sorgere alcuni dubbi interpretativi sull'applicazione del GDPR, che però – essendo un regolamento europeo – entra in vigore immediatamente con tutte le sue misure. Più precisamente, infatti, il Regolamento è direttamente applicabile dal 25 maggio 2018. Ciò posto, e considerato lo strumento scelto dal legislatore europeo -cioè il regolamento e non la direttiva- sotto il profilo strettamente tecnico-giuridico, non sarebbe stato necessario un intervento del legislatore. Esso è stato, tuttavia, ritenuto utile in moltissimi Paesi europei, per raccordare al Regolamento la normativa nazionale. In Italia analoga scelta è stata operata l'anno scorso per raccordare il Regolamento E-Idas (910/2014) sull'identità digitale, le firme elettroniche e i *trust service*, con il Codice dell'amministrazione digitale.

Dunque, benché con grande ritardo, in Italia è stata nominata presso il **Ministero della giustizia la Commissione, incaricata di adeguare la**

²⁰ Cfr. G. FINOCCHIARO, op. cit., 2018.

normativa italiana in materia di dati personali al Regolamento Ue 679/2016.

Un primo fattore di criticità è stato però rappresentato dal fatto che il gruppo di lavoro ha potuto incominciare l'operazione solo in gennaio e ha dovuto concluderla a metà marzo. Pertanto, la Commissione incaricata dal Ministero della giustizia di redigere la bozza di questo documento ha visto la luce troppo tardi, lavorando in tempi strettissimi.

Della Commissione hanno fatto parte autorevoli esperti della materia, quali Giusella Finocchiaro, Franco Pizzetti, Oreste Pollicino, Giorgio Resta, Alessandro Mantelero, Giovanni Guerra e, per gli aspetti penali, Vittorio Manes e Francesco Caprioli. Ha partecipato costantemente ai lavori anche il Garante per la protezione dei dati personali, rappresentato dal Segretario generale e da alcuni funzionari.

L'adeguamento della normativa italiana a quella europea si rende necessario per coordinare la legislazione nazionale vigente con il Regolamento e ad anticipare quella verifica di compatibilità che sarebbe altrimenti rimessa all'interprete, al Garante per la protezione dei dati personali e al giudice.

Un secondo fattore critico potrebbe essere rappresentato dalla natura del Regolamento, che nasce per dettare una normativa identica in tutti gli Stati membri ma, tuttavia, affida agli stessi ampia discrezionalità applicativa, apparendo quasi come una direttiva mascherata da regolamento.

Questo dato potrebbe aggravare, nel caso italiano, le conseguenze dell'inerzia del legislatore.²¹

La Commissione, però, ha diligentemente fatto il possibile, licenziando un documento in tempi assai contingentati e approfondendo, nella fase successiva alla sua consegna, molti sforzi per illustrare le motivazioni sottostanti alle scelte compiute.

Ma ci troviamo di fronte ad una legislazione che soffre ancora della mancanza di un coordinamento con la normativa domestica da cui potrebbero derivare diversi profili di criticità per i titolari del trattamento.

Sia il Gruppo di lavoro Articolo 29 sia il Garante hanno, infatti, licenziato (scarne) linee guida nei mesi precedenti per provare a guidare le imprese e le pubbliche amministrazioni al cambiamento che è subentrato con il GDPR. Ma la persistenza di importanti zone grigie, unita alla previsione di sanzioni amministrative di rilevante entità, non sembra agevolare questi soggetti.

²¹ M. BASSINI, op. cit., 2018.

Anche la scelta della tecnica normativa appare discutibile. La proposta della Commissione deponessa in favore dell'abrogazione del Codice privacy, mentre la successiva discussione in sede parlamentare ha fatto prevalere un'altra opzione, ossia la modifica diretta di alcune disposizioni, ove la loro abrogazione non fosse necessaria.

Una scelta fondata sull'idea che l'abrogazione *tout court* del Codice potesse condurre a un eccesso di delega. Imprescindibile è, comunque, l'esigenza che il nuovo sistema entri al più presto a pieno regime, e che la normativa di coordinamento giunga ad approvazione celermente.

3.1. Le novità apportate dal GDPR.

All'interno del GDPR si ritrovano senz'altro novità di grande momento e di sicuro pregio nell'economia del rapporto tra enti/imprese, da un lato, e individui, dall'altro.²²

E' fondamentale rilevare che il principale cambiamento sembra ricoprire carattere "filosofico", in quanto, come è stato autorevolmente sostenuto²³, si assiste alla transizione da una direttiva focalizzata sui diritti degli interessati a un regolamento che fa perno invece sugli obblighi dei titolari che trattano dati. Non a caso, al centro del GDPR, vi è, come già anticipato, il principio di *accountability*, che intende informare a trasparenza e responsabilità l'operato dei titolari.

Un principio importante che implica la necessità che le imprese e le pubbliche amministrazioni, specialmente in relazione a big data o dati sensibili, siano tenute a valutare l'impatto sui diritti e libertà degli individui delle operazioni di trattamento che intendono porre in essere (il cosiddetto *impact assessment*).

Un'altra ricaduta pratica riguarda la facoltà e in alcuni casi (per esempio per le pubbliche amministrazioni e per i soggetti che effettuano trattamenti che implicano un monitoraggio sistematico e regolare) l'obbligo di nominare una figura *ad hoc*, il responsabile della protezione dati, noto anche come DPO, destinato a fungere sia da punto di contatto verso l'esterno sia da referente interno all'organizzazione del titolare.

Novità importanti si registrano anche sul piano dei diritti dei titolari: vengono introdotti il diritto alla portabilità dei dati, il diritto alla cancellazione (o diritto all'oblio) e il diritto di limitazione del trattamento.

²² M. BASSINI, op. cit., 2018

²³ G. FINOCCHIARIO, op. cit., 2018.

Sul piano dei fondamenti di liceità del trattamento, il consenso rimane una base giuridica cruciale, ma il GDPR sembra guardare oltre.

Il GDPR fa spazio a due importanti conquiste della giurisprudenza, e in particolare della sentenza *Google Spain*²⁴.

In primis, riconosce il diritto alla cancellazione, accogliendolo espressamente tra le posizioni giuridiche tutelate che fanno capo agli interessati. Sembra che il GDPR vada anche oltre il contenuto di quello che la Corte di giustizia aveva di fatto codificato come un diritto alla deindicizzazione dai motori di ricerca.

Un secondo elemento è rappresentato dall'applicazione del GDPR, e dunque della legislazione europea, nei confronti di soggetti che, pur non essendo stabiliti nel territorio dell'Unione, costituiscano un contatto con residenti europei, sia nella forma dell'offerta di beni e servizi loro indirizzata, sia nella forma del monitoraggio del loro comportamento.

È una svolta assolutamente dirimente, perché così la portata della disciplina europea viene estesa, nei fatti, ben oltre i soli confini europei.

Questa scelta ha suscitato anche alcune perplessità e preoccupazioni, specie da parte delle imprese d'Oltreoceano. In ogni caso, però, le garanzie per il trasferimento di dati al di fuori dall'UE risultano rafforzate dal GDPR.

3.2. Profili di continuità con il codice della privacy: abrogazione o no.

Sotto il profilo della tecnica normativa, **il Regolamento deve restare testo a sé stante e non può essere incorporato in un testo normativo nazionale. In questo senso, sono le chiare indicazioni della Commissione europea.**

Partendo dal Regolamento europeo è necessario, quindi, verificare quali norme dell'ordinamento vigente italiano siano compatibili con esso.²⁵

In primo luogo sono state individuate le disposizioni nazionali che di fatto sono sostituite direttamente dalle disposizioni del Regolamento europeo, poiché queste ultime prevalgono.

In particolare si possono individuare due tipologie di norme:

1) Le disposizioni del Regolamento che non modificano radicalmente i contenuti della direttiva o della legge italiana, ma innovano parzialmente oppure precisano. **In questi casi, non è possibile la coesistenza di questi due**

²⁴ Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 13 maggio 2014. Google Spain SL e Google Inc. contro Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González.

²⁵ Cfr. G. FINOCCHIARO, op. cit., 2018.

insiemi di norme (quelle italiane e quelle europee) e, pertanto, il Regolamento prevale.

A titolo esemplificativo, le disposizioni su informativa, consenso, diritti dell'interessato, trasferimento dei dati all'estero sono completamente sostituiti dal Regolamento.

In questo caso, non ci saranno grandi differenze sostanziali per gli operatori ma cambia il quadro di riferimento che sarà invece il Regolamento.

2)Le disposizioni del Regolamento completamente innovative sotto il profilo sostanziale. Ad esempio, nella materia della sicurezza ci sono radicali modificazioni introdotte dal GDPR e quindi ovviamente cambia la fonte e muta completamente anche la disciplina sostanziale. Lo stesso vale per le sanzioni amministrative introdotte dal Regolamento le quali innovano completamente rispetto alle disposizioni del Codice e le sostituiscono. Conseguentemente, all'esito della verifica di compatibilità, la parte generale del Codice risultava quasi interamente sostituita. Si sarebbe potuta mantenere la parte speciale, modificando numerose disposizioni, sostituite dal Regolamento. (Ad esempio, quelle in materia di sanità, dal momento che l'art. 9, comma 2, lett. h) del GDPR non prevede più il consenso come base giuridica del trattamento dei dati effettuato per finalità di diagnosi, assistenza o terapia sanitaria.)

Ma, se si fosse seguita questa strada, l'interprete avrebbe avuto tre testi normativi di riferimento: il Regolamento, il decreto di adeguamento, e ciò che rimaneva del Codice. Per ragioni di semplificazione e di chiarezza si è scelto di trasferire le disposizioni rimanenti del Codice nel decreto.

Tuttavia, per non creare incertezza fra gli operatori, si è scelto di mantenere la continuità, ove possibile. **Dunque, sono fatti salvi i provvedimenti del Garante** e le autorizzazioni, che saranno oggetto di successivo riesame.

Sono stati inoltre mantenuti anche i Codici deontologici vigenti (ad esempio, quello dei giornalisti) che resteranno fermi nei settori in cui il Regolamento lascia agli Stati competenza, mentre negli altri settori potranno essere avviate le procedure per i codici di settore.

In ogni caso, abrogare o non abrogare il Codice per la protezione dei dati personali non significa aumentare o diminuire la tutela giuridica poiché il diritto alla protezione dei dati personali è oggi patrimonio giuridico europeo.

Il Codice risulta quindi sostituito dal Regolamento europeo per la maggior parte dei suoi articoli. Mantenere ciò che resta sembra essere

al più una questione di tecnica normativa. La scelta più razionale sembra quella di avere due testi normativi e non tre per rendere il coordinamento più semplice per tutti gli interpreti e gli operatori.

4. Uno sguardo al contenuto²⁶

Analizzando le nuove norme in tema di privacy emerge, innanzitutto l'art. 5 del Regolamento, secondo cui i dati devono essere trattati in modo lecito, corretto e trasparente nei confronti dell'interessato e che le finalità devono essere determinate, esplicite e legittime.

Inoltre, anche i dati trattati devono essere adeguati, circoscritti e limitati tenendo conto della necessità e della finalità. Infine, è disposto che al trattamento venga garantita un'adeguata sicurezza. La trasparenza enunciata al primo comma implica che ai titolari dei dati deve essere garantita l'informazione, chiara, semplice e facilmente accessibile, delle modalità attraverso le quali avviene l'utilizzazione, la consultazione e il trattamento dei dati personali che li riguardano.²⁷ Ad essere responsabile del rispetto dei principi fissati dall'art. 5, della loro adeguatezza, aggiornamento e sicurezza è il titolare del trattamento. Il regolamento afferma, altresì, che ogni trattamento deve trovare fondamento in un'idonea base giuridica. I fondamenti di liceità del trattamento sono indicati all'art. 6 del Regolamento e coincidono, in linea di massima, con quelli previsti attualmente dal Codice privacy - d.lgs. n. 196/2003. A tal proposito, uno degli elementi fondamentali della liceità del trattamento è disciplinato dall'art. 7 del Regolamento ed è il consenso. Questo deve essere prestato in maniera chiara e semplice, in forma comprensibile e facilmente accessibile e non è prevista obbligatoriamente la forma scritta. Tuttavia, il titolare del trattamento, ai sensi dell'art. 7, par. 1, è onerato di «*dimostrare che l'interessato ha prestato il proprio consenso al trattamento dei propri dati personali*», pertanto, risulta essere alquanto necessario provvedere all'acquisizione del consenso in forma scritta. Deve essere chiaro anche il riconoscimento del diritto a revocare il proprio consenso in qualsiasi momento.

Il consenso raccolto precedentemente al 25 maggio 2018 resta valido se ha tutti i requisiti indicati nel Regolamento (UE) 2016/679. In caso contrario è

²⁶ Gazzetta ufficiale dell'Unione europea - L 119/1 - REGOLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati) <https://eur-lex.europa.eu/legal>

²⁷ P.STAROPOLI-S.CAGLIANO (Fondazione studi consulenti del lavoro), *Guida All'utilizzo Delle Nuove Regole in Materia Di Privacy*, p. 2-6, 2018.

opportuno, prima di tale data, raccogliere nuovamente il consenso degli interessati secondo quanto previsto dalla novella normativa. In sintesi, la prestazione del consenso deve essere tale da consentire la dimostrazione dell'effettività dei principi fissati dall'art. 7, rendendo perciò chiaro ed inequivocabile che l'interessato ha acconsentito al trattamento ed ha prestato il consenso nella piena consapevolezza della misura e delle modalità con le quali il trattamento avviene. Ancora, deve risultare con chiarezza l'indicazione dell'identità del titolare del trattamento dei dati e la finalità del trattamento cui sono destinati i dati personali nonché la specifica indicazione del diritto alla revoca del consenso. Ci sono dei casi in cui, però, il consenso non è necessario ed è sufficiente la consegna dell'informativa (con ricevuta che attesti la presa visione da parte dell'interessato) e cioè quando il trattamento è considerato lecito quando è necessario:

- nell'ambito di un contratto o ai fini della sua conclusione o esecuzione;
- per adempiere ad un obbligo legale;
- per la salvaguardia degli interessi vitali dell'interessato o di un'altra persona fisica;
- per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento.

Ai sensi dell'art. 9 del Regolamento, è vietato trattare dati personali c.d. "sensibili". Tale divieto però non si applica se «*l'interessato ha prestato il proprio consenso esplicito al trattamento di tali dati personali per una o più finalità specifiche*» e quando il trattamento è ritenuto "*necessario*" nei casi indicati analiticamente dal presente articolo.

Per espressa previsione dell'art. 12 il titolare del trattamento deve adottare misure appropriate per fornire all'interessato tutte le informazioni e le comunicazioni relative al trattamento in forma concisa, trasparente, intelligibile e facilmente accessibile, con un linguaggio semplice e chiaro.

Il Regolamento non prevede, però, una specifica forma di informativa, in quanto, dispone che le informazioni di cui agli artt. 12 e seguenti possono essere fornite per iscritto o "con altri mezzi, anche, se del caso, in forma elettronica". Non viene esclusa la forma orale, su richiesta dall'interessato, che però dovrà comprovare la propria identità.

Gli artt. 13 e 14 del Regolamento indicano le informazioni che devono essere fornite qualora i dati siano raccolti presso l'interessato (art. 13) o presso altri soggetti (art. 14).

L'informativa è un momento essenziale del trattamento dati che ne caratterizza la fase iniziale ed accompagna ogni sua fase poiché assolve in concreto al principio di trasparenza effettiva, garantendo all'interessato la possibilità di conoscere, ad esempio, il periodo di conservazione dei dati e le modalità tecniche attraverso le quali questa avviene²⁸. Il contenuto dell'informativa, deve rendere edotto il titolare circa tutti i diritti che gli sono riconosciuti dal Regolamento, tra i quali necessariamente:

- diritto di accesso ai dati (art. 15);
- diritto di rettifica (art. 16);
- diritto alla cancellazione (c.d. "diritto all'oblio", art. 17);
- diritto di limitazione del trattamento (art. 18);
- diritto alla portabilità dei dati (art. 20);
- diritto di opposizione (art. 21).

L'art. 30 del Regolamento è rubricato "Registri delle attività di trattamento". Questo è uno strumento fondamentale ai fini del monitoraggio degli adempimenti e della garanzia dei diritti previsti dal Regolamento n. 2016/679. La presenza di questo registro non è obbligatoria per il titolare del trattamento che occupi meno di 250 dipendenti.

Tuttavia, nel caso in cui i dati oggetto del trattamento presentino un rischio per i diritti e le libertà degli interessati, il trattamento non sia occasionale o includano dati sensibili, genetici, biometrici, giudiziari, così come individuati dagli artt. 9 e 10 del Regolamento, l'obbligo prescinde dal requisito dimensionale.

Il titolare del trattamento deve mettere in atto misure tecniche e organizzative adeguate per garantire, ed essere in grado di dimostrare, che il trattamento è effettuato conformemente al nuovo regolamento. Se necessario, dette misure verranno anche riesaminate e aggiornate.

Di conseguenza, sarà opportuna la verifica e l'eventuale adeguamento degli strumenti (*hardware/software*) attraverso i quali il trattamento viene effettuato. In virtù delle specifiche caratteristiche del trattamento e dei connessi profili di rischio per i diritti e le libertà delle persone fisiche, il titolare deve adottare misure tecniche e organizzative adeguate, in modo da attuare efficacemente i principi di protezione dei dati e garantire nel trattamento i requisiti del Regolamento e la tutela dei diritti degli interessati (c.d. "*privacy by design*"). Lo stesso deve avvenire, per impostazione predefinita, solo per i dati personali necessari per ciascuna finalità del trattamento. Tale obbligo, posto in capo al titolare, vale per

²⁸ P. STAROPOLI-S. CAGLIANO (Fondazione studi consulenti del lavoro), op. cit., 2018.

la quantità dei dati raccolti, la portata del trattamento, il periodo di conservazione e l'accessibilità ai dati stessi (c.d. "*privacy by default*").

Agli articoli 35 e 36 del Regolamento è, invece, disciplinata "la valutazione d'impatto sulla protezione dei dati" che è obbligatoria per i titolari che debbano iniziare un trattamento molto rischioso per i diritti e le libertà delle persone fisiche, per le caratteristiche del trattamento o degli strumenti adottati per esso (ad esempio novità tecnologiche, finalità, natura dei dati).

Se la valutazione di impatto indica che il trattamento presenta un rischio elevato, il titolare, prima di procedere al trattamento, deve consultare l'autorità di controllo.

L'art. 37 del Regolamento prevede l'ingresso di una nuova figura ossia quella del Responsabile della protezione dei dati personali (anche conosciuto con la dizione in lingua inglese "*Data Protection Officer*" – DPO). La normativa non prevede tassativi requisiti per rivestire il ruolo di DPO. Il responsabile della protezione dei dati è designato, infatti, in funzione delle qualità professionali, in particolare della conoscenza specialistica della normativa e delle prassi in materia di protezione dei dati e della capacità di assolvere i compiti di cui all'art. 39 del medesimo Regolamento (UE). Questa figura non è obbligatoria per lo studio del singolo professionista, in quanto le attività principali dello stesso non consistono in trattamenti che, per loro natura, ambito di applicazione e/o finalità, richiedono il monitoraggio regolare e sistematico degli interessati su larga scala.

Ai sensi dell'art. 35 del Regolamento è, inoltre, previsto che tutti i titolari del trattamento debbano notificare all'autorità di controllo le violazioni di dati personali senza ingiustificato ritardo e, dove possibile, entro 72 ore dal momento in cui ne sono venuti a conoscenza, a meno che sia improbabile che la violazione presenti un rischio per i diritti e le libertà delle persone fisiche. Qualora la notifica all'autorità di controllo non sia effettuata entro 72 ore, dovrà essere corredata dei motivi del ritardo (art.33).

Quando la violazione dei dati personali presenta un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone fisiche, il titolare del trattamento comunica, con un linguaggio semplice e chiaro, la violazione all'interessato senza ingiustificato ritardo (art.34).

Per quanto riguarda le sanzioni, il Regolamento precisa che l'imposizione di sanzioni penali non deve essere in contrasto con il principio del *ne bis in idem* quale interpretato dalla Corte di Giustizia che vieta un sistema a doppia sanzione

e a doppio processo. Il Regolamento europeo prevede gravi sanzioni amministrative e non fissa un importo specifico per ogni singola violazione ma solo un massimale (fino a 20 milioni di euro o fino al 4% del fatturato mondiale totale annuo dell'esercizio precedente, se superiore). Gli stati non possono modificare tale massimale e non è consentito introdurre un minimo. In ogni caso, l'art. 83 del Regolamento, par. 2, indica i criteri che le autorità di controllo devono utilizzare per valutare sia l'opportunità di irrogare una sanzione amministrativa sia l'importo della stessa. Tali sanzioni devono essere, comunque, effettive, proporzionate e dissuasive.

4.1. Il D.P.O.

Come riconosce il Gruppo art. 29 nel Parere n. 243 del 13 dicembre 2016/5 aprile 2017, questa figura non era prevista nella Direttiva 95/46 e tanto meno ne era disposto l'obbligo. Tuttavia, in molti Stati membri si era affermata nella prassi una figura alla quale assegnare il compito di vigilare in via generale sui trattamenti posti in essere dal titolare, spesso col consenso delle Autorità garanti nazionali.

Anche in Italia è avvenuto qualcosa di simile, per opera di lodevoli iniziative nell'ambito della Direttiva 95/46 ma non basate su alcuna disposizione specifica, che hanno lasciato un'interpretazione molto variabile del ruolo e dei compiti di questa figura.²⁹

La disciplina del DPO (Data Protection Officer) è prevista nel Capo IV, tutto dedicato alle norme relative ai compiti e alle responsabilità del titolare (e del responsabile) dei trattamenti. La normativa relativa al RPD (DPO secondo l'acronimo di matrice anglosassone) è contenuta nella Sezione quarta di questo Capo, dopo la seconda, dedicata alla sicurezza dei dati e la terza, relativa alla valutazione di impatto. La quinta sezione è infine dedicata ai codici di condotta e alle certificazioni.

Discende di qui la constatazione che il **Responsabile della protezione dei dati è una figura rilevante, ma non sembra essere il "centro" del sistema posto in essere dal GDPR**, che nel nuovo ordinamento è sempre il Titolare del trattamento.

Infatti, la designazione del RPD, compreso l'accertamento delle sue capacità professionali rispetto alle funzioni da svolgere **è sempre nella responsabilità**

²⁹ F. PIZZETTI, *Gdpr, ecco le vere funzioni del DPO*, p. 2 e ss.

del titolare, che a tal fine deve tener conto dei tipi di trattamento concretamente posti in essere.

Inoltre, il **Responsabile dei dati è una "funzione" non un "mestiere"**.

L'Autorità italiana ha sottolineato che il RPD deve avere una specifica competenza *«della normativa e delle prassi in materia di dati personali nonché delle norme e delle procedure amministrative che caratterizzano il settore»³⁰*. È non meno importante però che abbia anche *«qualità professionali adeguate alla complessità del compito da svolgere»* e possa dimostrare di avere anche competenze specifiche rispetto ai tipi di trattamento posti in essere al titolare.

Ai sensi dell'art. 37.5 e dell'art. 39 è chiaramente disposto che l'idoneità del RPD va verificata con esplicito e puntuale riferimento ai trattamenti posti in essere nonché alla organizzazione e alle tecnologie impiegate.

Per questo, come sottolinea la Autorità garante italiana, non può esserci una "abilitazione" allo svolgimento del ruolo di RPD basata su titoli acquisiti attraverso corsi di specializzazione a carattere generale.

Il GDPR individua casi specifici in cui la designazione del RPD è obbligatoria. Questo è previsto dall'art. 37 nei confronti della Pubblica Amministrazione senza eccezioni; nel caso di trattamenti che richiedono il monitoraggio regolare e sistematico di dati su larga scala; quando i trattamenti riguardano dati personali sensibili (art. 9) o dati relativi a condanne penali e a reati di cui all'art.10 trattati su larga scala.

La norma relativa all'obbligatorietà della nomina del RPD non risulta essere però esaustiva. E', infatti, il titolare che deve adottare tutte le misure organizzative e tecniche adeguate *«a garantire ed essere in grado di dimostrare, che il trattamento è effettuato conformemente al Regolamento»* (art. 24. primo paragrafo). **La designazione di un RPD, tenuto conto dei compiti che questo deve svolgere e sempre a condizione che sia ad esso garantita la indipendenza e i mezzi organizzativi e strumentali necessari, può costituire per il titolare del trattamento una misura molto importante ai fini di dimostrare la sua *compliance* con quanto previsto dal GDPR.**

È ovvio, però, che se il titolare, non avendone l'obbligo, ritiene comunque opportuno procedere alla nomina del RPD come ulteriore misura idonea a dimostrare la conformità dei trattamenti al regolamento questo deve avvenire nel rispetto della normativa relativa a questa figura.

Non risulta essere assolutamente possibile la designazione di un RPD "fai da te", attribuendo tale funzione a figure professionali inadeguate

³⁰ Cfr. Newsletter Garante Privacy N. 43 Del 15 Settembre 2017.

o senza garantire ad esse i poteri, la posizione di indipendenza e le risorse necessarie previste dalle norme.

Per questo il Gruppo art. 29 nel parere n. 243, non si limita a precisare che i titolari devono sempre poter dimostrare di aver compiuto all'interno dell'azienda le valutazioni necessarie per stabilire se nel caso specifico sussista o meno l'obbligo di nomina. Chiarisce anche che, ove si decida di procedere alla nomina di un RPD pur non sussistendone l'obbligo, devono essere integralmente applicate le norme di cui agli art. 37-39 del GDPR.

Infine, va sottolineato che il RPD svolge anche una importante funzione di interfaccia tra titolare e interessati, da un lato; tra titolare e Autorità garanti, dall'altro.

Ciò spiega le ragioni per cui deve essere garantita al RPD un posizione di *staff* presso il vertice dell'organizzazione titolare dei trattamenti (di norma per le imprese il CEO) da esercitare in piena indipendenza, sia perché rafforza il RPD conferendogli un ruolo che va oltre la mera consulenza e vigilanza.

Una conferma molto forte di questo aspetto è nel parere n. 243 del Gruppo art. 29 al punto 4.2., dove si afferma: *«qualora il titolare non concordi con le indicazioni fornite dal RPD, è necessario che la documentazione relativa alla DPIA (Valutazione di impatto) riporti specificamente e per iscritto le motivazioni per cui si è ritenuto di non conformarsi a tali indicazioni».*

Il GDPR assegna dunque al RPD un ruolo che assume anche un rilievo di tipo per così dire "pubblicistico". Esso opera non solo nell'interesse del titolare ma anche degli interessati e dell'intera comunità.

Ai sensi dell'art. 39 paragrafo 6, il RPD può svolgere anche altre funzioni e compiti diversi da quelli propri del suo ruolo, ma spetta al titolare accertarsi *«che tali compiti e funzioni non diano adito a conflitto di interessi».*

Nello specifico, quindi: a) il RPD è sostanzialmente una "funzione" il cui esercizio richiede competenze "specialistiche" di carattere giuridico e amministrativo, ma anche competenze "specifiche" relative ai trattamenti in concreto posti in essere dal titolare; b) spetta sempre al titolare, che è il solo a rispondere delle eventuali violazioni del GDPR, accertare che il designato possieda sia le competenze specialistiche che quelle specifiche necessarie alla svolgimento della funzione, tenendo conto dei trattamenti posti in essere e delle modalità organizzative e tecniche adottate; c) il titolare, nel compiere le valutazioni necessarie ai fini della designazione può tener conto di attestati e certificati di partecipazione a corsi e master, anche di livello universitario, ma la scelta non può mai basarsi solo sul possesso di titoli che comunque non hanno un valore giuridico di "abilitazione";

d) la designazione del RPD costituisce essa stessa una responsabilità giuridicamente rilevante a carico del titolare del trattamento, sia nel caso in cui la designazione sia fatta per adempiere a un obbligo del GDPR, sia nel caso in cui sia fatta volontariamente ai fini dell'art. 24, primo paragrafo.

6. Conclusioni.

Alla luce di tutto quanto fin ora esposto, emerge con netta evidenza che non si tratta solo di diritto. Non si parla solo di una questione giuridica perché la nostra libertà passa, *in primis*, proprio attraverso la protezione dei dati.³¹ Quest'ultimo è un tema culturale, politico ed economico. L'informazione, afferma la giurista Giusella Finocchiaro, è il nuovo petrolio, in quanto bene giuridico con un valore sempre crescente al centro del mercato digitale. Per questo la protezione dei dati personali assume un valore strategico nella costruzione del mercato unico digitale europeo e ciò si evince dalla forte affermazione contenuta nel regolamento europeo della libera circolazione dei dati, necessaria al mercato digitale europeo. Occorre, tuttavia, ridefinire il concetto di libertà alla luce della nuova veste assunta dal diritto alla protezione dei dati personali. E questa nuova libertà da conquistare è anche costituita dall'accesso alla conoscenza perché *«nell'epoca della disintermediazione e delle post verità le sfide dell'informazione complicano ulteriormente la tenuta e il senso della democrazia»*. La disinformazione *«passa anche per un'opacità da eccesso di trasparenza che ostacola, anziché favorire, la conoscenza diffusa della modalità di gestione della cosa pubblica»* puntando sulla mole sconfinata di informazioni da pubblicare piuttosto che alla qualità delle stesse.

E' pertanto necessario *«investire sulla sinergia tra protezione dei dati e cybersecurity quale presupposto di libertà e sicurezza, che tornerebbero a essere valori complementari e non antagonisti [...] nella consapevolezza di come la democrazia viva necessariamente di entrambi»*³².

Del resto, *«davanti a noi ci sono mutamenti che toccano l'antropologia stessa delle persone. Siamo di fronte a slittamenti progressivi: dalla persona "scrutata" attraverso la videosorveglianza e le tecniche biometriche si può passare ad una persona "modificata" da diversi strumenti elettronici, dall'inserimento di chip ed etichette "intelligenti", in un contesto che sempre più nettamente ci trasforma in "networked persons", persone perennemente in rete, via via configurate in modo da emettere e ricevere impulsi che consentono di rintracciare e ricostruire*

³¹ G. FINOCCHIARO, *Il diritto alla libertà passa per la protezione dei dati*, 2018

³² A. SORO, *Persone in rete. I dati tra poteri e diritti*, 2018.

movimenti, abitudini, contatti, modificando così senso e contenuti dell'autonomia delle persone, e quindi incidendo sulla loro dignità.

Quest'opera continua di erosione delle prerogative della persona, fino a trasformarne lo stesso corpo, convive in modo conflittuale non soltanto con la crescente attenzione per la dignità, ma con una vera e propria costituzionalizzazione della persona, particolarmente evidente nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e di cui il nuovo e autonomo diritto fondamentale alla protezione dei dati rappresenta un elemento essenziale.

"Non metteremo la mano su di te". Questa era la promessa della Magna Charta: rispettare il corpo nella sua integralità: "Habeas corpus". Questa promessa sopravvive ai mutamenti tecnologici. Ogni trattamento di singoli dati dev'essere considerato come se si riferisse al corpo nel suo insieme, ad una persona che deve essere rispettata nella sua integrità fisica e psichica. E' nata una nuova concezione integrale della persona, alla cui proiezione nel mondo corrisponde il diritto al pieno rispetto di un corpo che ormai è, al tempo stesso, "fisico" ed "elettronico". In questo nuovo mondo la data protection adempie alla funzione di assicurare quell' "habeas data" che i tempi mutati esigono, diventando così, com'è avvenuto con l'habeas corpus, un elemento inscindibile dalla civiltà.

L'analisi rigorosa delle minacce a privacy e dignità, dunque, non dev'essere conclusa con la rassegnazione o il pessimismo, né con un invito luddista a rompere strumenti tecnologici che sono peraltro vie straordinarie alla conoscenza ed alla partecipazione politica e sociale, fonti di benessere, mezzi per interventi appropriati e proporzionati per la sicurezza individuale e collettiva. Ma non dobbiamo mai dimenticare che la semplice disponibilità di una tecnologia non legittima qualsiasi sua utilizzazione, che deve essere valutata in base a valori diversi da quelli offerti della tecnologia stessa. La privacy non è un ostacolo, ma la via grazie alla quale le innovazioni scientifiche e tecnologiche possono legittimamente entrare nelle nostre società e nelle nostre vite»³³.

³³ Cfr. S. RODOTA', op. cit., 2004.

Il regolamento "contrattuale" di condominio con clausole limitatrici del diritto di proprietà: un contratto atipico costitutivo di diritti reali dal contenuto atipico soggetto al controllo di meritevolezza.

di Luigi LALLA*

SOMMARIO: **1.** *Vicinitas est mater discordiarum.* **2.** I regolamenti di condominio: poliformismo. **3.** Il regolamento "contrattuale" come contratto atipico. **4.** Le clausole limitative della proprietà al vaglio del principio di tipicità e del numero chiuso dei diritti reali: le servitù reciproche. **5.** La meritevolezza dell'interesse perseguito come argine giurisprudenziale. **6.** Le regole dell'interpretazione contrattuale quali ulteriori baluardi alla tenuta dei principi. **7.** Conclusioni.

1. *Vicinitas est mater discordiarum.*

I rapporti di vicinato nella storia del diritto sono sempre stati caratterizzati da intrinseca litigiosità, in particolar modo quelli derivanti dai complessi condominiali. Anche qui la predeterminazione delle regole è fondamentale per la pacifica coesistenza degli individui.

In questo lavoro si cercherà di evidenziare profili interessanti di una materia, quella condominiale, in apparenza non entusiasmante ma che si riconnette a tematiche di più ampia portata che vanno dal diritto di proprietà, alle servitù prediali, dai contratti atipici al principio di tipicità e numero chiuso dei diritti reali. In materia condominiale la legge predispone oggi un'articolata disciplina (soprattutto dopo la riforma del 2012). Oggetto della *proprietà condominiale* è una costellazione di beni (cd. parti comuni) ex art. 1117 c.c., legati alle parti di edificio di *proprietà esclusiva* dei singoli condomini da una "relazione di accessorietà" di tipo materiale o funzionale¹: fondazioni, muri maestri, pilastri, scale, tetti, impianti etc..

Dalla situazione giuridica soggettiva del "condomino" discende un coacervo di diritti ed obblighi commisurati al valore delle quote delle singole proprietà esclusive espresse in millesimi².

Gli articoli 1117 e seguenti del codice civile dispongono in maniera chirurgica.

* Avvocato del foro di Napoli; specializzato nelle professioni legali presso la S.S.P.L. - Università degli Studi di Napoli - "Federico II"; cultore della materia in diritto civile.

¹ A. TRABUCCHI, *"Istituzioni di diritto civile"*, 43 ed., Cedam, 2007, Padova, pp. 561 ss..

² F.GAZZONI, *"Manuale di diritto privato"*, XVII ed., Napoli, 2015, pp. 280 ss..

L'articolo 1138 c.c. conferisce potere di normazione all'assemblea dei condomini mediante la creazione di regole di convivenza più puntuali e calzanti: è lo strumento del *regolamento di condominio*.

Pur essendo fenomeno moderno, i riferimenti storici sono relativi agli anni '30, a quando cioè, prima ancora del riconoscimento legislativo³, sorsero nella prassi i primi regolamenti. Questo testimonia che l'esigenza di darsi regole è particolarmente forte quando si condividono degli spazi.

Il R.d.l. n. 56 del 15 gennaio 1934 ha introdotto una disciplina in materia di condominio, dedicando espressamente l'intero suo capo III al regolamento di condominio (artt. 27,28,29,30,31), precursore dell'attuale legislazione.

È interessante notare come il riconoscimento legale della fonte regolamentare condominiale e della sua obbligatorietà sia legata soprattutto alla consapevolezza del legislatore del tempo della *insufficienza al riguardo delle norme del codice civile (...) perché la legge, per quanto dettagliata, non può prevedere tutte le peculiari situazioni di ogni condominio, e d'altro canto hanno non poca efficacia al riguardo le consuetudini locali*⁴.

Oggi il codice civile dispone un reticolato di norme che, pur ricalcando i precedenti storici, è molto più preciso e stringente così da lasciare maglie molto strette all'intervento normativo del regolamento. Nonostante questo, l'art. 1138 c.c. continua a prevedere la sua obbligatorietà quando vi sono più di dieci condomini. Nell'idea del legislatore il regolamento è strumento per regolare la

³ Hanno conosciuto di regolamenti di condominio le sentenze della Corte di cassazione sin dagli anni '30. In particolare Cassazione del 14.5.1932, e del 14.12.1939.

⁴ G. TERZAGO, "IL CONDOMINIO, trattato teorico-pratico", 6 ed., Giuffrè, 2006, p. 421, l'A. riporta il contenuto degli articoli del Progetto della Commissione Reale: « Il tema è stato ripreso all'art. 354 del Progetto della Commissione Reale sul rilievo che << era già nella consuetudine della maggior parte dei condomini edilizi la formazione dei regolamenti di condominio, al fine di disciplinare il godimento delle cose comuni, i rapporti tra condomini, l'amministrazione e le assemblee, e tale bisogno si era maggiormente fatto sentire a causa dell'assoluta insufficienza al riguardo delle norme del codice civile. Il decreto del 1934 ha, perciò, reso obbligatoria la formazione di tale regolamento, disciplinandone l'approvazione, il contenuto e l'efficacia >>. Così la relazione (n. 532): La commissione ha ritenuto l'opportunità di tale regolamento, perché la legge, per quanto dettagliata, non può prevedere tutte le peculiari situazioni di ogni condominio, e d'altro canto hanno non poca efficacia al riguardo le consuetudini locali. Quando tuttavia si stabilisce che all'amministrazione e alla disciplina dei rapporti comuni provvede il regolamento di condominio, per ciò che concerne la formazione di esso si rimanda alla legge speciale, trattandosi di una materia in continua evoluzione, la cui regola non può essere cristallizzata nel codice, che si limita a stabilire per tutti i condomini e per i loro successori a titolo universale o particolare, l'obbligatorietà delle norme del regolamento, che sia stato compilato in conformità di quanto disponga la legge speciale. Circa i regolamenti di condominio. Ho creduto poi opportuno renderne obbligatoria la formazione quando il numero dei condomini è superiore a dieci (art. 326, comma 1) ».

convivenza relativamente (e limitatamente) ai beni comuni (non a caso è regolamento "di condominio"). Specifica il comma 3 dell'art. 1138 una regola già vigente nel 1934: il regolamento di condominio non può in alcun caso menomare i diritti dei singoli condomini!

Per come è scritta la disposizione sembra che la *proprietà esclusiva* di ciascun partecipante al condominio sia assolutamente incompressibile dal regolamento condominiale, invece vedremo che non è così.

Ex facto oritur ius. Le vicende della vita forgiarono gli ordinamenti giuridici, così l'incessante bisogno umano *di regolare* ha spinto oltre il dettato degli articoli 1117 c.c. e ss.. Lo strumento prediletto dell'evoluzione è l'art. 1322 c.c. che consente alle parti di stipulare contratti atipici nei limiti della meritevolezza degli interessi perseguiti. Andiamo adesso al punto nevralgico di questo scritto, battendo esattamente dove il dente duole: il diritto di proprietà. Il cuore del problema risiede nel *diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico*, di cui il singolo condomino gode rispetto alla sua *proprietà esclusiva*: questo suo diritto può essere inciso dal regolamento di condominio? È meritevole di tutela il regolamento "contratto atipico" che limita i diritti esclusivi dei condomini?

Quando la prassi e la giurisprudenza riconoscono la validità di regolamenti di condominio in grado di incidere sullo statuto proprietario, l'assemblea di condominio (non proprio il più degno consesso) diventa luogo dove si può conformare la proprietà con effetti *erga omnes*, e allora tale operazione deve fare i conti con il principio di tipicità e del numero chiuso dei diritti reali (o di quel che resta di tale principio). Nell'immaginario collettivo l'assemblea di condominio non fa pensare a giuristi in grado di dettare regole, ma se si ammette tale possibilità, si comprende quanti e quali possano essere i limiti e i pesi che astrattamente si ritroverebbe il diritto di proprietà: gli uomini hanno molta immaginazione (specialmente nei condomini).

2. I regolamenti di condominio: poliformismo.

Sarà opportuno procedere con ordine per delineare un quadro più chiaro del fenomeno. Si parta dall'articolo 1138 c.c., rubricato "regolamento di condominio", che dispone: «*Quando in un edificio il numero dei condomini è superiore a dieci, deve essere formato un regolamento, il quale contenga le norme circa l'uso delle cose comuni e la ripartizione delle spese, secondo i diritti e gli obblighi spettanti a ciascun condomino, nonché le norme per la tutela del*

decoro dell'edificio e quelle relative all'amministrazione. Ciascun condomino può prendere l'iniziativa per la formazione del regolamento di condominio o per la revisione di quello esistente.

Il regolamento deve essere approvato dall'assemblea con la maggioranza stabilita dal secondo comma dell'articolo 1136 ed allegato al registro indicato dal numero 7) dell'articolo 1130. Esso può essere impugnato a norma dell'articolo 1107.

Le norme del regolamento non possono in alcun modo menomare i diritti di ciascun condomino, quali risultano dagli atti di acquisto e dalle convenzioni, e in nessun caso possono derogare alle disposizioni degli articoli 1118, secondo comma, 1119, 1120, 1129, 1131, 1132, 1136 e 1137.

Le norme del regolamento non possono vietare di possedere o detenere animali domestici».

Il regolamento di condominio è dunque fonte di regole.

Si tratta di un fenomeno giuridico poliforme che rifugge dalle classificazioni a volte fuorvianti e poco indicative (si parla di regolamento assembleare o *proprio* per contrapporlo al regolamento contrattuale o *improprio*, ovvero di regolamento *interno* ed *esterno*)⁵, si cercherà di meglio chiarire di seguito.

Innanzitutto il regolamento è facoltativo quando i condomini non sono undici, solo quando si eguagli tale numero diviene obbligatorio.

Per chiarezza di significato occorre riferirsi al concetto di regolamento di condominio elaborato dall'articolo 1138 c.c. che è quello volto a regolare l'uso delle cose comuni, ripartire le spese comuni tra i vari condomini, tutelare il decoro dell'edificio e di curare l'amministrazione del condominio.

L'articolo 1138 dunque attribuisce all'assemblea dei condomini il potere di creare norme, mediante una decisione presa secondo il principio maggioritario, (con *quorum* deliberativo della maggioranza stabilita dal secondo comma dell'articolo 1136 c.c., ovvero un numero di voti che rappresenti la maggioranza degli intervenuti e almeno la metà del valore dell'edificio): le regole approvate saranno vincolanti per tutti i condomini (compreso assenti e dissenzienti) e se non impugate ai sensi dell'art. 1107 c.c., anche per i loro eredi ed aventi causa. Si tratta di un regolamento "assembleare" (o interno) dal punto di vista genetico, perché partorito all'interno dell'assemblea in base al principio maggioritario (a prescindere dalla possibile volontà di tutti i condomini con una decisione unanime). Il contenuto di questo tipo regolamentare è circoscritto: da un lato non può in alcun modo menomare i diritti di ciascun condomino, quali risultano

⁵ P. CENDON, "Commentario al codice civile", vol. III, artt. 810-1172, UTET, TORINO, p. 570.

dagli atti di acquisto e dalle convenzioni, nonché vietare di possedere o detenere animali domestici, e dall'altro in nessun caso ha facoltà di deroga agli articoli richiamati (1118, secondo comma, 1119, 1120, 1129, 1131, 1132, 1136 e 1137 codice civile).

Occorre dare subito atto di una prima importante deviazione dallo schema tipico sopra delineato: si tratta del regolamento che il costruttore, originario unico proprietario del fabbricato, redige ed inserisce come parte integrante della vendita degli appartamenti. Tale regolamento è frequente nella prassi quando il numero dei condomini è molto elevato e il costruttore (imprenditore) predispone la disciplina. La deviazione si avverte con chiarezza dal lato genetico e bisogna già anticipare che deviazione parimenti importante si verifica sul versante contenutistico. Tale fenomeno è correttamente detto regolamento "esterno"⁶ poiché esso viene concepito all'esterno dell'assemblea dei condomini e da questi accettato non mediante una deliberazione assembleare bensì attraverso l'atto stesso di acquisto: per questa ragione si dice anche si tratti di un regolamento "contrattuale" poiché ciascun condomino accettando sua sponte il regolamento, si impegna reciprocamente nei confronti degli altri. In tal caso dal punto di vista genetico il regolamento di condominio diventa tale proprio quando tutti i condomini lo abbiano accettato sottoscrivendo l'atto di acquisto del bene che vi si riferisce espressamente nella nota di trascrizione nei registri immobiliari. Non è ammissibile il funzionamento del principio maggioritario alla base del diverso regolamento assembleare: in questo caso tutti devono accettare (al di là poi del concreto potere di contrattazione di ciascun acquirente rispetto al venditore sull'accettazione del regolamento). Si noti come diverso è dunque l'impulso iniziale tra il regolamento "interno" e quello "esterno", laddove il primo nasce dall'iniziativa di uno o più condomini ex art. 1138 c.c., mentre il secondo ha una matrice che cala dall'alto (appunto dall'esterno) il regolamento ai condomini e può derivare da un negozio *mortis causa* (testamento) ovvero *inter vivos*.

Più precisamente per giustificare la vincolatività di tale regolamento si dice che esso prima di essere accettato dall'acquirente è mera proposta di contratto, che diviene vincolante quando è accettato. La predisposizione unilaterale (di colui il quale all'esito della vendita non sarà probabilmente neppure un condomino) esclude che vi sia discussione e approvazione collegiale da parte dell'assemblea condominiale. Così l'obbligatorietà per ogni condomino o suoi aventi causa si avrà in base al distinto negozio giuridico di ciascun acquirente il quale con l'acquisto si impegna anche al rispetto del regolamento. Una volta che il

⁶ G. TERZAGO, "IL CONDOMINIO, trattato teorico-pratico", 6 ed., Giuffrè, 2006, p. 424.

costruttore avrà alienato tutti i piani o le porzioni di piano, egli non sarà più parte del condominio divenendo una sorta di estraneo. A questo punto ci si trova di fronte a distinti contratti di vendita tra i vari condomini e l'originario venditore, ma in che modo ciascun condomino può pretendere il rispetto del regolamento da parte degli altri non avendo alcun contratto nei loro confronti? Si è fatta strada la ricostruzione secondo la quale *le clausole contenute nei distinti contratti di vendita costituiscono altrettante manifestazioni di adesione, in base alle quali ciascun acquirente assume l'obbligo di osservare il regolamento. Sempre che il primo atto di vendita costituisca un contratto aperto agli acquirenti successivi e che, nei susseguenti atti di vendita, i compratori dichiarino di aderire al regolamento richiamato nella prima compravendita*⁷.

Allora si dirà che questo regolamento contrattuale di condominio produce i suoi effetti nei confronti degli acquirenti *a mano a mano che gli appartamenti vengono venduti: diventa efficace nei confronti di tutti, perciò una volta che l'ultimo acquirente ha aderito. In seguito ciò, diventa regola del condominio*⁸.

Questo fenomeno fa sorgere i primi fraintendimenti creando la dicotomia tra regolamento assembleare (o interno) e contrattuale (o esterno).

Si tratta, invero, di un parallelismo imperfetto, perché non ci sono due binari paralleli, ma piuttosto si assiste ad una varietà di forme possibili. Per fare qualche esempio: il regolamento approvato dall'assemblea all'unanimità dei condomini ancorché "assembleare" in nulla può dirsi differente da un contratto tra tutti i condomini, quindi sarebbe un regolamento approvato in sede assembleare ma anche contrattuale (dal punto di vista genetico). Di conseguenza anche il suo contenuto può essere "contrattuale" nel senso che si dirà dopo. Infatti se si guarda dalla diversa prospettiva contenutistica, per regolamento "contrattuale" si intende quello che contiene disposizioni che esorbitano dalle attribuzioni che conferisce all'assemblea l'art. 1138 c.c.⁹ e che dunque può legittimamente

⁷ G. TERZAGO, op.cit., p. 433, l'autore specifica che «Per affermare la natura contrattuale del regolamento di condominio, predisposto dal venditore ed accettato dai singoli acquirenti negli atti di acquisto, invero bisogna tener presente la volontà manifestata in concreto nei singoli atti ed interpretarla in modo complessivo, secondo la effettiva intenzione dei contraenti. Sovente, infatti, le pattuizioni che vengono stipulate dopo la prima vendita si conformano in modo da essere considerate come i momenti susseguenti di un iniziale contratto aperto.

L'apertura del contratto tuttavia riguarda soltanto persone determinate: vale a dire le persone che acquisteranno un piano o una porzione di piano siti nell'edificio».

⁸ G. TERZAGO, op.cit., p. 433.

⁹ F.GAZZONI, "Manuale di diritto privato", XVII ed., Napoli, 2015, p. 282, nel paragrafo "il condominio negli edifici": «In difetto di originaria predisposizione, se il numero dei condomini è superiore a dieci deve essere formato, approvato con la maggioranza di cui all'art. 1136.2, e

travalicare i limiti di cui sopra¹⁰. Dunque la distinzione tra regolamento *assembleare* e regolamento *contrattuale* si rileva su almeno due piani: il primo è quello genetico, il secondo è quello contenutistico.

Ancora diversa forma presenta il regolamento predisposto dal venditore, originario unico proprietario, che si limita a disciplinare i rapporti condominiali entro i limiti contenutistici di cui all'art. 1138 c.c., così essendo contrattuale per genesi ma assembleare per contenuto.

Chiariamo subito che forme di limitazioni più o meno importanti ai diritti dei singoli condomini sono ammissibili soltanto in forza di un giusto contratto nei casi previsti dalla legge.

Allora il discorso è già più chiaro e sarebbe forse più corretto scindere totalmente i due livelli (genetico e contenutistico) facendovi discendere conseguenze ed effetti diversi, invece di creare parallelismi fuorvianti, proprio perché non vi è un sistema binario (regolamento *assembleare-contrattuale*) bensì un fenomeno *a geometrie variabili*, animato da intrinseco poliformismo.

Del resto la giurisprudenza successiva si è guardata bene dall'affermare che il regolamento "esterno" fosse sempre e soltanto "contrattuale" (per il sol fatto di essere tale dal punto di vista genetico e senza guardare al contenuto). Questa posizione si è resa necessaria al fine di evitare il cortocircuito quando rispetto a clausole dal contenuto assembleare (cioè rispettoso dei limiti di cui al 1138 c.c. e non incidente sui diritti dei singoli), pur presenti in un regolamento geneticamente contrattuale, i condomini avevano le mani legate in punto di modifica. Un regolamento dal punto di vista contenutistico identico a quello "assembleare" poteva essere modificato con il voto favorevole della maggioranza dei condomini e non con la totalità dei condomini-contrattanti?

La natura contrattuale che aveva consentito di giustificare il meccanismo "esterno", in questo modo recava l'inconveniente della modificabilità solo all'unanimità¹¹ (il tutto in contrasto al 1138 c.c.).

trascritto [C. 09/3749, GC 00, I, 163; G. Gabrielli RN 06, 1; Gazzoni, TGG, 1, I, 525] un regolamento ai sensi dell'art. 1138, se del caso con sentenza costitutiva [C. 93/1218; Corona, EDA, V, 984].

Il regolamento può prevedere, a carico delle singole proprietà, pesi o limitazioni del godimento oppure prestazioni, opponibili ai successivi acquirenti, se il regolamento è stato trascritto o accettato con l'atto di acquisto [C. 09/17886, GC 10, I, 2838]. Non è possibile vietare di possedere o detenere animali domestici (art. 1138.5)».

¹⁰ P. CENDON, op.cit., pp. 571, 572.

¹¹ P. CENDON, op.cit., p. 570. L'A. specifica la disciplina della "modifica" nei seguenti termini: «Ove il regolamento di condominio sia stato adottato dall'assemblea a maggioranza, per la sua modifica è necessaria la maggioranza indicata dal terzo comma dell'articolo in commento. In tal senso sembrano concordare dottrina (Salis 1964, 1408; Peretti Griva 1960, 512; Girino 1982, 396) e giurisprudenza (App. Napoli 28-2/11.6.64, DG, 1965, 400).

La soluzione è stata offerta dalle Sezioni Unite della Suprema Corte di cassazione (sentenza n. 943 del 30.11.1999): in ipotesi di regolamento esterno *hanno natura contrattuale soltanto le disposizioni che incidono nella sfera dei diritti soggettivi e degli obblighi di ciascun condomino, mentre hanno natura tipicamente regolamentare le norme riguardanti le modalità d'uso delle cose comuni e, in genere, l'organizzazione ed il funzionamento dei servizi condominiali. Dette norme regolamentari, a differenza di quelle contrattuali (che sono suscettibili di variazioni soltanto con il consenso di tutti i condomini manifestato in forma scritta), possono essere modificate, al fine di essere adattate alle mutevoli esigenze della collettività condominiale dall'assemblea con la maggioranza prescritta dall'art. 1136 c.c., non rilevando in contrario la circostanza che esse siano formalmente inserite in un regolamento di tipo contrattuale, in quanto la natura di una clausola regolamentare dipende unicamente dal suo contenuto, piuttosto che dalla sua collocazione*¹².

Dunque la distinzione sarebbe tra clausola "contrattuale" e clausola "regolamentare" del regolamento di condominio, a seconda del contenuto di essa ed indipendentemente dal momento genetico, così da consentire di sottoporre la modifica della clausola meramente regolamentare al principio maggioritario, e solo quella spiccatamente contrattuale nel suo contenuto esorbitante al 1138 c.c. alla regola della unanimità¹³. Una siffatta conclusione è assolutamente condivisibile per l'approdo cui perviene, meno per la strada che percorre. Infatti non si può negare che l'accettazione anche di quella stessa clausola "regolamentare" avvenga mediante accettazione contrattuale del regolamento predisposto dal venditore in sede di acquisto. Invece più corretto e logico sarebbe argomentare nel senso che sebbene la clausola venga contrattualmente accettata (geneticamente contrattuale), se rientra nel paradigma di cui all'articolo 1138 c.c. (dal punto di vista contenutistico) sarà da

I regolamenti contrattuali invece sono modificabili con un nuovo contratto, stipulato col consenso di tutti i condomini (Cass. 5793/83; Cass. 2160/73; Cass. 747/73). Tale principio generale, peraltro, vale soltanto per le clausole che abbiano costituito un diritto soggettivo a favore di tutti o di alcuni condomini e non anche per le clausole generali concernenti le modalità d'uso delle cose comuni e, in genere, l'organizzazione e il funzionamento dei servizi condominiali; clausole la cui modificabilità può essere adottata dall'assemblea a maggioranza (parla di <<disposizioni oggettivamente regolamentari>> contrapposte a quelle <<a contenuto negoziale>> Cass.208/85; Cass. 5769/78; Branca 1958, 73; Peretti Griva 1960,505; nel senso invece del consenso di tutti i condomini la modifica della clausola che stabiliva le parti comuni (Cass.1197/65) e quella che disciplina la ripartizione delle spese (Cass. 5769/78)».

¹² G. TERZAGO, op.cit., p. 442.

¹³ Corte di cassazione, sez. civ. 2, sentenza del 15.11.2016, n. 23255.

questo disciplinata in punto di modifica: basta la maggioranza prescritta dall'art. 1136, comma 2, c.c..

La giurisprudenza granitica da rilievo al contenuto per sancire la natura contrattuale del regolamento e specifica che deve guardarsi alle singole clausole. L'importante chiarimento offerto dalle S.S.U.U. del 1999 mostra come non solo esistono vari tipi di regolamenti astrattamente classificabili (e a fatica), ma nella pratica ciascun regolamento può contenere al suo interno articoli e clausole di diversa natura, alcune *regolamentari* altre *contrattuali*: vi è un poliformismo intrinseco.

3. Il regolamento "contrattuale" come contratto atipico.

Chiariti alcuni aspetti di tipo classificatorio e descritte per sommi capi le varie forme che il fenomeno può assumere, sarà più semplice delineare un quadro schematico di questo poliformismo:

- il regolamento di condominio può essere facoltativo oppure obbligatorio in base al numero dei condomini;
- in relazione al momento genetico può dirsi "interno" oppure "esterno" a seconda o meno che nasca dentro o fuori dall'assemblea dei condomini;
- e infine di fianco a quello che definirei (per evitare equivoci) "normale" ex art. 1138 c.c., troviamo quello "contrattuale".

Per regolamento contrattuale si deve intendere quel regolamento, o la singola clausola di esso, che presenta due caratteristiche:

- a) è accettato espressamente e sottoscritto da tutti i condomini o mediante approvazione assembleare all'unanimità (*interno*) o mediante accettazione nei singoli atti di acquisto (*esterno*);
- b) è esorbitante dalla potestà di gestione delle cose comuni attribuita all'assemblea¹⁴, contenendo disposizioni che incidano sui diritti del proprietario rispetto alla sua proprietà solitaria ovvero stabiliscano obblighi o limitazioni a carico del medesimo o ancora determinano criteri di ripartizione delle spese diversi da quelli legali¹⁵.

Sarebbe stato forse più semplice dividere a seconda del contenuto specifico le clausole dei regolamenti tra "normali" (nei limiti delle attribuzioni di cui all'art.1138 c.c.) e "speciali" (esorbitante dalle attribuzioni di cui al 1138 c.c. ed incidente sui diritti dei singoli condomini). Così "contrattuale" avrebbe indicato solo il particolare momento genetico, essendo tale il regolamento (sia interno

¹⁴ Corte di cassazione, sez. civ. 2, sentenza del 20.03.2015, n. 5657.

¹⁵ Corte di cassazione, sez. civ. 2, sentenza del 04.06.2010, n. 13632.

che esterno) accettato e sottoscritto da tutti i condomini come si fa per i contratti. Tuttavia prendiamo atto che dottrina e giurisprudenza non parlano di *regolamento normale* e *regolamento speciale*, ma si riferiscono al *regolamento contrattuale* per indicare quel tipo che, supportato dell'unanimità dei consensi, riesce ad incidere sui diritti dei singoli contro il disposto del comma 3 dell'art. 1138 c.c., ma in forza dell'articolo 1322 c.c.¹⁶.

Al di là della classificazione, infatti, ciò che conta è proprio questa sua capacità di incidere sullo statuto proprietario, conformando la proprietà.

Con maggiore sforzo esplicativo *i regolamenti condominiali* non possono incidere sulle proprietà esclusive¹⁷, possono dettare regole sulla proprietà comune, ma non su quella esclusiva¹⁸. Invece possono conformare il diritto di proprietà esclusiva del singolo proprietario dell'appartamento (del piano o della porzione di piano), determinandone i contenuti e i limiti, i cosiddetti *regolamenti condominiali contrattuali*¹⁹. Questi a ben vedere non sono regolamenti contrattuali, ma vere convenzioni²⁰ rientranti nello schema di contratti atipici ex art. 1322 c.c.²¹, perché approvati ed accettati d'accordo da tutti. Non la maggioranza, ma tutti d'accordo i condomini hanno prestato il consenso alla formazione di un contratto che li vincola reciprocamente a poter fare o non fare qualcosa nelle loro proprietà esclusive²², espressione non della regola della collegialità e del principio maggioritario, ma dell'autonomia negoziale²³.

Infatti il divieto di cui all'art. 1138 c.c. secondo cui i regolamenti condominiali non possono in alcun modo menomare i diritti dei condomini ha un ambito operativo limitato ai soli regolamenti approvati a maggioranza, e non si può riferire a quelli approvati da tutti i condomini. Si tratta di veri contratti che legittimamente hanno facoltà di limitare i poteri dei condomini ed i relativi diritti (tanto sui *beni comuni*, tanto sui *beni individuali*) se tale previsione è il frutto del loro stesso accordo volto a costituire, estinguere o modificare il loro rapporto giuridico-patrimoniale. La condizione è che vengano rispettate determinate forme a seconda del tipo di vincolo che si vuol costituire²⁴.

¹⁶ G. TERZAGO, op.cit., p. 437.

¹⁷ Corte di cassazione, sentenza n. 5065 del 1986.

¹⁸ P. CENDON, op.cit., pp. 571, 572.

¹⁹ Corte di cassazione, sentenze nn. 5078 del 1979; 1680 del 1975; 3265 del 1980.

²⁰ *Ex multis*, Corte di cassazione, sentenza del 25.10.2001, n. 13164.

²¹ *Ex multis*, Corte di cassazione, sez. II, sentenza n. 3749 del 1999.

²² P. CENDON, op.cit., pp. 571, 572.

²³ Corte di cassazione, sez. civ. 2, sentenza del 04.08.2016, n. 16321.

²⁴ G. TERZAGO, op.cit., p. 204.

Si cercherà di seguito di fornire alcuni esempi pratici e di rispondere alla controversa natura di questi vincoli: sono obbligatori o reali? Il successivo acquirente acquista la proprietà piena o il vincolo segue il bene? Quali sono le forme di pubblicità di tali vincoli?

4. Le clausole limitative della proprietà al vaglio del principio di tipicità e del numero chiuso dei diritti reali: le servitù reciproche.

La propensione giurisprudenziale è quella di sostenere il carattere reale di gran parte di questi vincoli, valorizzando criteri sostanzialistici, più che preoccupandosi della tipizzazione del rapporto: ci si accontenta di accertare la "meritevolezza" degli interessi in campo relativamente alla sicurezza, alla tranquillità e al decoro del condominio, alla conservazione delle peculiarità urbanistiche originarie, nonché all'efficienza dell'amministrazione²⁵.

«Con il regolamento condominiale possono esser costituiti pesi a carico di unità immobiliari di proprietà esclusiva e a vantaggio di altre unità abitative, cui corrisponde il restringimento e l'ampliamento dei poteri dei rispettivi proprietari, o possono imporsi prestazioni positive a carico dei medesimi e a favore di altri condomini o di soggetti diversi, ovvero possono limitarsi il godimento o l'esercizio dei diritti del proprietario dell'unità immobiliare. Nel primo caso è configurabile un diritto di servitù, trascrivibile nei registri immobiliari; nel secondo un onere reale e nel terzo un'obbligazione propter rem, non trascrivibili. Il divieto di adibire l'immobile ad una determinata destinazione, ovvero di esercitarvi determinate attività è inquadrabile in quest'ultimo istituto²⁶».

Questa massima ben sintetizza la posizione della giurisprudenza che in passato non è stata concorde nel definire la natura giuridica di tali vincoli. In alcune sentenze si parla di servitù prediali (Cass. 4781/83; Cass. 277/64), in altre di oneri reali (Cass. 1681/83; cass. 621/77), in altre ancora di obbligazioni propter rem (Cass. 154/68)²⁷.

Dunque tali vincoli sostanziano servitù prediali, oneri reali od obbligazioni propter rem²⁸.

²⁵ A. GAMBARO e U. MORELLO, "TRATTATO DEI DIRITTI REALI", vol. 1, Giuffrè, 2011, p.167.

²⁶ Corte di cassazione, massima della sentenza del 05.09.2000, n. 11684, in Codice Civile annotato, Giuffrè, ed. 2015, p. 998.

²⁷ P. CENDON, op.cit., pp. 571, 572.

²⁸ Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza del 30.12.1999, n. 943: « e clausole di un regolamento contrattuale che impongono limitazioni ai diritti immobiliari dei condomini, in quanto queste integrano per la giurisprudenza oneri reali o servitù prediali da trascrivere dei registri ...».

Senza voler entrare nel merito delle differenze tra questi istituti, la rilevanza pratica della questione si coglie sul versante del regime di pubblicità cui tali vincoli vanno assoggettati per essere opponibili ai terzi.

Nella lettura e il confronto delle sentenze si è potuto tracciare un elenco di casi in cui la giurisprudenza ha definito in un modo o nell'altro le varie clausole sottoposte al suo esame, qui si ripropone con l'avvertimento che non si può prescindere dalla peculiarità del caso concreto definendo un particolare vincolo avente sempre una data natura giuridica²⁹:

a) sono servitù reciproche le clausole regolamentari che riguardano -limiti alle modifiche interne ed esterne; -divieto di sosta nel cortile comune; -divieto di tenere animali; -restringimento o ampliamento di poteri dei rispettivi proprietari.

b) sono oneri reali le clausole che pongono -limitazione del diritto di godimento di un'area a favore delle manovre di accesso dei posti auto; -divieto di dare una o più destinazioni possibili; -prestazioni positive a carico di condomini e a danno di altri.

c) sono *obbligazioni propter rem* -i limiti di godimento o dell'esercizio dei diritti di un condomino; -l'obbligo di non sciorinare i panni dalle finestre o dai balconi. L'impossibilità di accettare quest'elenco come classificante è data proprio dal fatto che senza leggere la specificità dei singoli casi non si riesce a comprendere perché un tipo anziché un altro. Questo si spiega perché ciascuna clausola di ogni regolamento è redatta in modo diverso dall'altra secondo una varietà potenzialmente infinita e allora va osservato bene il suo contenuto, il suo tenore letterale, il contesto in cui è inserita, le intenzioni delle parti in ossequio ai canoni interpretativi dei contratti.

²⁹ G. TERZAGO, op.cit., p. 437, così elenca le pronunce giurisprudenziali: «*Invero la giurisprudenza parla di servitù reciproche (Cass. 16.10.1999 n. 11688: modifiche interne esterne; Cass. 18.4.2002 n. 5626: nullità della delibera assembleare con cui era stata modificata la clausola del regolamento di condominio relativa al divieto di sosta nel cortile comune; Trib. Piacenza 10.4.2001, in ALC, 2001, 689: divieto di tenere animali; Cass. 5.9.2000 n. 11684: restringimento o ampliamento di poteri dei rispettivi proprietari) o di oneri reali; (Cass. 21.5.1997 n. 4509: realizzazione di doppia finestra; Cass. 18.10.1991 n. 11019: limitazione del diritto di godimento di un'area a favore delle manovre di accesso dei posti auto; Cass. 28.7.1990 n. 7530: divieto di dare una o più destinazioni possibili; Cass. 5.9.2000 b. 11684: prestazioni positive a carico di condomini e a danno di altri) o di obbligazioni propter rem; (Cass. 5.9.2000 n. 11684: limiti di godimento o dell'esercizio dei diritti di un condomino; Cass. 16.10.1999 n. 11692: obbligo di non sciorinare i panni dalle finestre o dai balconi)».*

Del resto, quali veri contratti, anche i regolamenti contrattuali di condominio in forza dell'articolo 1322 c.c.³⁰ hanno capacità costitutiva di rapporti giuridici patrimoniali³¹ di ogni genere.

Allora si è al cospetto di un piccolo buco nero: la fonte regolamentare dall'apparente irrilevanza per i massimi sistemi giuridici, reca al suo interno una sterminata potenzialità limitatrice del diritto di proprietà, con pericolo grande per il principio di tipicità e del numero chiuso dei diritti reali (e delle obbligazioni *propter rem*).

Per ammettere che i regolamenti possano costituire diritti o obbligazioni, relativamente ai beni ed ai servizi di uso comune, e finanche rispetto agli immobili in proprietà solitaria, è necessario che si individui con esattezza il tipo dei rapporti di natura reale, che vengono costituiti. Come si è detto le soluzioni oscillano tra le obbligazioni *propter rem*, gli oneri reali o le servitù reciproche. I diversi approdi recano differente efficacia nei confronti degli aventi causa dei condomini "stipulanti". Per consentire l'efficacia *erga omnes* è necessaria la trascrizione nei registri immobiliari. Dunque definire i vincoli derivanti da siffatti regolamenti obbligazioni *propter rem* o oneri reali nulla toglie e nulla aggiunge al problema dell'opponibilità³² non potendosi questi trascrivere. Solo i regolamenti contrattuali che costituiscono servitù prediali sono trascrivibili ex art. 2643 n. 4 c.c.. Parlare di servitù è senz'altro più soddisfacente da questo punto di vista³³.

Secondo la tradizione giuridica i diritti reali rappresentano una categoria chiusa e tipica. Vi sarebbe un doppio limite all'autonomia negoziale: l'autonomia negoziale non deve sconfinare dal numero chiuso, e nel terreno del tipico non può introdurre *note di atipicità*. Invero negli ultimi anni è sempre più pressante l'esigenza di riconsiderare la portata di tale principio anche in virtù dell'assenza di una precisa previsione legislativa. Ricostruire l'attuale *ratio* del principio è necessario per chiarirne la concreta portata.

Storicamente il principio è di matrice rivoluzionaria, quando a seguito dei rivolgimenti sociali borghesi del 1789 si è scardinato il sistema feudale, nel quale vi era proprio l'atipicità dei diritti reali: la proprietà era gravata da pesi ed oneri, così i contadini che lavoravano la terra erano costretti a pagare rendite parassitarie. Vi fu così lo svuotamento della proprietà, divisa in proprietà formale

³⁰ M.BIANCA, "Diritto civile", vol. 3 "il contratto", ed. 2, 2000, Milano, Giuffrè, pp. 447 e ss..

³¹ G. TERZAGO, op.cit., p. 437.

³² M.BIANCA, op.cit., pp. 572 e ss..

³³ G. TERZAGO, op.cit., p. 437.

e proprietà sostanziale (fu ripreso lo schema romanistico del *duplex dominium*), proliferavano fenomeni immobilizzazione della ricchezza: la cd. *manomorta* dell'aristocrazia e del clero, cioè dei dominatori rovesciati dalla rivoluzione francese. I vincitori bandiscono per sempre i diritti reali atipici: la proprietà è piena ed esclusiva e deve circolare liberamente!

La *ratio* attuale del principio si rinviene nella tutela a spada tratta della produttività della proprietà privata secondo le logiche del libero mercato. Se l'autonomia privata potesse liberamente porre vincoli alla proprietà, creando diritti reali atipici o alterando il contenuto di quelli tipici, vi sarebbe un *deficit* di pienezza con ricadute sulla produttività.

La tipicità dei diritti reali ed il loro numero chiuso sono preposte ad un principio di ordine pubblico economico quale l'esigenza della libera circolazione della proprietà³⁴ perché diritti reali atipici e vincoli reali dal contenuto non chiaro creano ostacoli alla libera circolazione, aggravandone i costi.

Ammettendo il diritto reale atipico la trascrizione nei registri immobiliari potrebbe non essere più da sola sufficiente, perché vi è un'esigenza di standardizzazione, ovvero di far riferimento ad una categoria dagli elementi essenziali ricorrenti che consenta di individuare subito e facilmente la natura e la tipologia dei vincoli reali. Se io che intendo comprare leggo *usufrutto* oppure *servitù*³⁵, immediatamente comprendo di cosa è gravato il bene (vi è chiara definizione legislativa), ma se invece leggo *regolamento di condominio* non sarò in grado di comprendere l'esatta portata dei limiti, quand'anche esso sia totalmente trascritto. Sarà necessario che l'eventuale acquirente si informi di più, con maggiori costi, essendo un'informazione di carattere giuridico-tecnica, e questo aggravio mina la libera circolazione.

Allora per contemperare le opposte spinte si consente che il diritto reale (tipico), possa allargare il proprio ambito applicativo all'interno del modello legale, riconoscendo la facoltà di introdurre, nel rispetto degli elementi tipici essenziali, note di atipicità³⁶ che da sole non stravolgono il diritto reale e la sua riconoscibilità, ma lo confezionano a misura adeguandolo al singolo caso.

Il limite è il rispetto delle caratteristiche standard che ogni diritto reale possiede. Questa ricostruzione si ispira proprio al modello delle servitù. Come chiarito dalla giurisprudenza della Cassazione: «*Quanto al tipo delle servitù, nel diritto vigente, la questione della tipicità non si pone più di fronte alla definizione dell'art. 1027*

³⁴ G. ALPA e R. GAROFOLI, "Manuale di diritto civile", ed. 5, 2014, Roma, p. 572.

³⁵ A. TRABUCCHI, "Istituzioni di diritto civile", 43 ed., Cedam, 2007, Padova, pp. 599 ss..

³⁶ G. ALPA e R. GAROFOLI, "Manuale di diritto civile", ed. 5, 2014, Roma, p. 629.

cod. civ., che disciplina non i singoli tipi, ma la categoria generale delle servitù. Nel sistema della legge conta non il nome, ma il carattere del rapporto, consistente nel peso imposto sopra un fondo per l'utilità di un altro fondo appartenente a diverso proprietario: in che consiste il concetto di servitù. Non sono, dunque, tipiche le servitù, ma è tipica la categoria delle servitù. Nell'ambito dei rapporti reali, si riscontra una serie aperta di servitù, le quali rientrano tutte nella definizione generale dell'art. 1027 cod. civ. e che sono soggette alla disciplina del titolo VI del libro terzo del codice civile. Allo stesso modo in cui è tipica la proprietà, il cui contenuto differisce concretamente in ordine all'oggetto (una cosa è la proprietà di un fondo rustico, altra quella di un edificio, di un autoveicolo, di una nave, di un gioiello, di un bene di consumo etc.), così nella categoria generale delle servitù, certamente tipica, si distinguono molteplici figure, dotate del diverso contenuto stabilito in concreto; ma tutte contrassegnate dal carattere peculiare del peso imposto sopra un fondo per l'utilità di altro fondo appartenente a diverso proprietario³⁷».

Due precisazioni necessarie.

Da un lato il carattere della reciprocità che non contrasta affatto lo schema generale della servitù: infatti *tra i piani e le porzioni di piano appartenenti a proprietari diversi, in relazione al tipo di peso imposto, ciascun piano o porzione di piano risulta essere dominante e servente rispetto agli altri immobili e legato ad essi da un rapporto che si configura come servitù e che non cessa di essere distinto ancorché sia del medesimo tipo (Cass. 17.3.1994 n. 2546: id. 11.4.1996 n. 4439; id. 7.1.1992 n. 49: id. 13.7.1983 n. 4781)³⁸.*

Dall'altro la costituzione di servitù sui beni comuni dell'edificio non contrasta il principio *nemini res sua servit*. Infatti il proprietario di un piano o porzione di piano non è proprietario ma comproprietario del bene comune ed *n tal caso l'intersoggettività del rapporto è data dal concorso di altri titolari del bene comune (vedi Cass. 23 novembre 1962, n. 3174; id 22 novembre 1985 n. 5770; id 6 febbraio 1986 n. 734). E' quindi possibile e legittima la costituzione di una servitù, ad es. di passaggio sui beni comuni a favore dell'unità immobiliare di un singolo condomino³⁹.*

In conclusione deve riconoscersi la bontà di quella dottrina, seguita da rilevante parte della giurisprudenza, secondo la quale simili vincoli alla proprietà privata

³⁷ Corte di cassazione, sentenza n. 3749 del 1999.

³⁸ G. TERZAGO, op.cit., p. 437.

³⁹ G. TERZAGO, op.cit., p. 437.

sono legittimi solo se ricondotti nella categoria di diritti reali ed inquadrati nella categoria delle servitù⁴⁰.

Non osta la reciprocità, come già sopra si è evidenziato, le servitù reciproche sostanziano pesi imposti a carico dell'unità immobiliare (che sia un fondo commerciale, un'abitazione o altro) a vantaggio delle altre unità facenti parte del condominio e reciprocamente a vantaggio del proprietario stesso a cui si impone il vincolo, il quale è soggetto passivo della servitù degli altri, ma gode anche di una servitù attiva nei riguardi degli altri fondi.

Per quanto riguarda la difficoltà nell'ammettere l'esistenza di eventuali obblighi di "fare", che mal si concilia con il contenuto delle servitù, essa si supera con la corretta osservazione che altro non rappresentano che obblighi volti al miglior esercizio delle servitù medesime⁴¹.

In larga parte la giurisprudenza della Cassazione è ormai assestata sulla posizione: con regolamenti condominiali contrattuali (cioè accettati da tutti i condomini e trascritti) possono anche essere disposti limiti e divieti in relazioni alle unità immobiliari di proprietà esclusiva e che questi limiti debbano essere qualificati come servitù prediali reciproche (a carico dei singoli appartamenti e reciprocamente a loro vantaggio)⁴².

Questa soluzione è la più convincente, nonostante si avverta una certa forzatura nell'inquadramento tra le servitù prediali, questa classificazione assicura il rispetto delle esigenze di chiarezza e di esatta definizione del vincolo. Infatti si è sempre sostenuto che il "peso" su di un fondo (a vantaggio di altro fondo) abbia natura eccezionale e vada definito con molto rigore. In tale prospettiva, pur verificandosi l'estensione dalla categoria "fondiaria" a quella "urbana", e nonostante l'amplificazione delle *utilità* alle quali le servitù sono preposte, siffatta impostazione consente una definizione molto più precisa ed in linea con le esigenze di standardizzazione dei diritti reali⁴³.

⁴⁰ A. GAMBARO e U. MORELLO, op.cit., pp. 167 ss..

⁴¹ A. GAMBARO e U. MORELLO, op.cit., pp. 167 ss..

⁴² Cfr. ad esempio Cass. 15.4.1999 n. 3749 (divieto di modificazioni o innovazioni che riguardino l'aspetto esterno del fabbricato – nella specie apertura di lucernai per meglio utilizzare soffitte di proprietà esclusiva di un condomino); Cass. 7.1.1992 n. 49 (divieto di destinazione a ristorante di un fondo di proprietà esclusiva nell'ambito di un condominio); meno chiaramente Cass. 18.4.2002 n. 5626 e Cass. SS.UU. 30.12.1999 n. 434; Cfr. anche Cass. 16.10.1999 n. 11688 (divieto di ricostruzione o modifica dei villini facenti parte di un comparto retto da un regolamento contrattuale trascritto) e cfr. Cass.3.6.2003 n. 8830.

⁴³A. GAMBARO e U. MORELLO, op.cit., pp. 167 ss.: «*Non ci sembra dubbio peraltro che solo la prima impostazione debba ritenersi corretta. La servitù reciproca ha in effetti carattere atipico e infatti il "peso" imposto su un fondo – servente – è imposto reciprocamente anche sulle altre unità che formano il condominio qualificabili, tutte, come fondi dominanti. Ora, anche se ciò comporta*

In questa prospettiva il medesimo rigore sarà necessario per le prestazioni di "fare" accessorie all'esercizio della servitù ex art. 1030 c.c., dotate di carattere reale laddove strettamente necessarie all'esercizio della servitù, rientranti (questi sì) nel paradigma delle obbligazioni *propter rem*, tipizzate dall'art. 1030 c.c. e correlate al miglior esercizio della servitù.

Così sono rispettate le esigenze di standardizzazione dei diritti reali, perché gli elementi essenziali della servitù prediale sono tutti esistenti. La "reciprocità" delle servitù ed il carattere essenzialmente "urbano" ne determinano un contenuto per più versi "atipico" nel suo contenuto, ma viene rispettata la tipicità del diritto nei suoi elementi essenziali.

Tale ricostruzione è coerente con la tutela dei terzi acquirenti, i quali saranno resi edotti dei pesi gravanti sul bene che intendono acquistare grazie al peculiare sistema di pubblicità cui soggiace la servitù prediale⁴⁴.

Il sistema della trascrizione nei registri immobiliari funziona se ivi sia indicata in modo chiaro e preciso la natura dei vincoli e degli obblighi di fare, per poter accertare se esiste *utilitas* e se gli obblighi sono da considerarsi accessori alla servitù come obbligazioni *propter rem* (nel senso sopra indicato).

In questo modo il sistema è coerente e vi è armonia tra la standardizzazione necessaria ai diritti reali, trascrizione ed opponibilità ai terzi, efficiente circolazione dei beni⁴⁵.

Quello che non è dunque ammissibile è il peso generico imposto sopra le proprietà singole dal regolamento di condominio. Questo impedisce la possibilità di verifica dei terzi interessati sul contenuto della proprietà (e la

una chiara connotazione "regolamentare" dei vincoli e di conseguenza una certa forzatura nell'inquadramento tra le servitù prediali, la qualificazione come servitù sembra corretta. Qualificando come servitù i vincoli indicati, ne consegue la necessità di una chiara definizione dei limiti. Infatti, il "peso" su un fondo è sempre stato interpretato come un limite eccezionale da definire con rigore, sia pure nell'ambito di funzioni – utilitates – più ampie di quelle tradizionalmente ritenute fondiarie (come indica chiaramente l'art. 1032 c.c.)».

⁴⁴ F.GAZZONI, in "Manuale di diritto privato", XVII ed., Napoli, 2015, p. 272, nel paragrafo "obbligazioni reali e oneri reali", così si esprime: «I privati possono dar vita ad obbligazioni reali solo se la legge lo prevede, rinviando al titolo (ad. Es. art 1030). Così, ad esempio, la parte dell'edificio condominiale destinato ad alloggio del portiere si presume comune (art. 1117 n. 2), ma l'originario unico proprietario può riservarne a sé la proprietà con il titolo, che però può mantenere la destinazione sul piano della obbligazione, che è reale, perché conforme alla previsione di legge e alla effettiva destinazione, tant'è che la trascrizione in tal caso non è necessaria [C. 05/6474, GI 06, 35], come viceversa essa è, quando il titolo, cui la legge rinvia, deroghi alla disciplina legale o imponga vincoli alla proprietà, come è possibile per il regolamento condominiale [Bigliuzzi-Geri, Oneri reali e obbligazioni propter rem, TCM, 96; C. 99/3749, GC 00, I, 163; C. 94/2546, VN 94, 1302]».

⁴⁵ A. GAMBARO e U. MORELLO, op.cit., pp. 167 ss..

standardizzazione dei contenuti con riferimento ai suoi elementi essenziali). La genericità dei vincoli accresce le incertezze e fa aumentare i costi, in tal modo ostacolando la circolazione del bene⁴⁶.

A questo punto allora il cerchio si chiude e si verifica come solo il rispetto delle condizioni sopra esposte fa salvo il regolamento contrattuale di condominio e le sue previsioni limitative della proprietà dalle accuse di violare il principio di tassatività e del numero chiuso dei diritti reali.

5. La meritevolezza dell'interesse perseguito come argine giurisprudenziale.

Una volta ammessa la possibilità che i regolamenti di condominio contengano clausole limitatrici dei diritti dei singoli condomini (contro l'art. 1138, comma 3, c.c.), costitutive di servitù reciproche, per il mezzo di contratti atipici ex art. 1322 c.c., consegue il necessario controllo di meritevolezza dell'interesse perseguito. Il giudizio di meritevolezza condotto dalla giurisprudenza ha spesso consentito di arginare fenomeni limitativi della proprietà in maniera eccessiva, controbilanciando degnamente (insieme con la configurazione in termini di servitù di cui si è già detto) quella potenzialità astrattamente sterminata di produrre vincoli e pesi sul diritto di proprietà. La Suprema Corte di cassazione ha utilizzato tale strumento in alcune pronunce anche molto recenti che di seguito si analizzeranno: in tali casi è stata appunto esclusa la meritevolezza con la conseguente nullità delle relative clausole.

In questo capitolo si vuole mostrare proprio come la giurisprudenza ha arginato l'operatività di clausole limitatrici della proprietà di fonte regolamentare a tutela dei principi che sono stati esposti in precedenza.

L'ordinanza n. 11970 del 12.05.2017 della seconda sezione civile della Corte di Cassazione ha riguardato il caso della impugnazione della delibera di condominio che rigettava la richiesta di distacco dall'impianto centralizzato dell'attore. Il condominio invocava la previsione dell'art. 16 del regolamento di condominio. In primo grado veniva ritenuto legittimo il distacco pur dovendo l'attore continuare a partecipare delle spese relative alla conservazione ed uso dell'impianto centralizzato, essendo applicabili le disposizioni del regolamento condominiale contrattuale. La Corte d'appello riteneva che la natura contrattuale

⁴⁶ AMBROSOLI, "I diritti reali e l'analisi economica del diritto", alle note 38 e ss. l'Autore evidenzia come «vincoli eccessivi e regolamenti invasivi e preclusivi di possibilità future di sviluppo hanno sovente come unico effetto quello di far crescere i costi transattivi in maniera abnorme, favorendo il sorgere di atteggiamenti anticoperativi in capo ai singoli». Citato in A. GAMBARO e U. MORELLO, op.cit., pp. 167 ss..

del regolamento condominiale, le cui previsioni erano state invocate da parte del condominio, era da ritenersi pacifica: l'art. 16 escludeva che il condomino potesse sottrarsi alle spese di manutenzione, riparazione, consumo ed esercizio del riscaldamento, e mediante rinuncia al servizio. Così anche quand'anche il singolo si fosse distaccato, sarebbe comunque rimasto obbligato a contribuire alle spese d'uso. L'occasione è stata colta dalla Corte per ribadire il principio costantemente espresso: *il condomino che decida di distaccarsi dall'impianto di riscaldamento centralizzato non può trovare ostacoli nelle previsioni del regolamento condominiale, sebbene di natura contrattuale, il quale non può menomare i diritti incompressibili del condomino, e ciò sia alla luce di finalità di interesse generale sottese al risparmio energetico, sia in considerazione della immeritevolezza dell'interesse alla prevaricazione egoistica della minoranza laddove questa impedisca il distacco.* Dunque è legittima, (secondo l'insegnamento di Cass. n. 19893 del 2011) la rinuncia di un condomino all'uso dell'impianto centralizzato di riscaldamento, con conseguente esonero dalle spese d'uso, senza che possa rilevare in senso impediente la disposizione eventualmente contraria contenuta nel regolamento di condominio, anche se contrattuale, *essendo quest'ultimo un contratto atipico meritevole di tutela solo in presenza di un interesse generale dell'ordinamento.*

Ancora l'ordinanza n. 19229 del 11.09.2014 della sesta sezione civile della Cassazione ha riguardato il caso di un locale sito in fabbricato condominiale che era stato destinato a studio dentistico in violazione del regolamento condominiale, che vietava destinazioni diverse da quella abitativa. La Corte ha ribadito la sua posizione nel senso che i divieti e i limiti di destinazione delle cose di proprietà individuale nel regime condominiale possono essere formulati nei regolamenti sia mediante elencazione delle attività vietate, sia con riferimento ai pregiudizi che si intendono evitare. E in quest'ultimo caso, tali limiti e divieti, al fine di evitare ogni possibilità di equivoco in una materia che attiene alla compressione di facoltà normalmente inerenti alle proprietà dei singoli condomini, devono risultare da espressioni incontrovertibilmente rivelatrici di un intento chiaro, non suscettibile di dar luogo a incertezze (cfr. Cass. 20237/09; 16832/09; 1560/95 etc.). Nel caso di specie la Corte chiarisce che, *essendo il requisito della chiarezza riferito non alla clausola in sé e al divieto che contiene, ma alle attività e ai correlati pregiudizi che la previsione regolamentare intende impedire, una clausola chiara nell'imporre un divieto di ampia latitudine, ma non altrettanto nel connettersi alle ragioni che lo giustificano, non soddisfa i requisiti*

di validità, poiché non consente di apprezzare se la compromissione delle facoltà inerenti allo statuto proprietario corrisponda ad un interesse meritevole di tutela.

6. Le regole dell'interpretazione contrattuale quali ulteriori baluardi alla tenuta dei principi.

Ancora sarà utile soffermarsi sul caso pratico per riconnettervi le implicazioni teoriche. L'ultima pronuncia in evidenza è la sentenza della Corte di cassazione n. 21307 del 2016, della seconda sezione civile, ad oggetto l'interpretazione di una clausola del regolamento contrattuale limitatrice della facoltà proprietaria di destinare immobili di proprietà solitaria a particolari attività. Si verificherà come la giurisprudenza argina in via interpretativa il fenomeno, riducendo i pericoli e le paure legate al sorgere di vincoli e pesi eccessivi di matrice assembleare-condominiale.

Il caso riguarda una pizzeria sita al pian terreno di un fabbricato condominiale. La controversa sorge quando il piano soprastante all'attività commerciale, prima destinato ad uso abitativo, era stato adibito a sala della pizzeria sottostante attraverso una scala di collegamento interna.

Chi ha agito per il ripristino dello *status quo ante* ha lamentato la violazione del regolamento contrattuale di condominio approvato da tutti i condomini, il cui art. 5 disponeva: «*i locali cantinati e i terranei potranno essere destinati ad autorimesse, a deposito, ad officina tecnicamente organizzata con rumorosità però da non superare i limiti consentiti dalle disposizioni di P.S. e comunale ed all'esercizio di qualsiasi attività commerciale, industriale, artistica e professionale, nonché ad uffici, senza alcuna limitazione*».

L'attore ha interpretato la clausola nel senso che essa fa divieto di utilizzo delle unità immobiliari poste a partire dal primo piano del fabbricato ad uso diverso da quello abitativo e pertanto invocava il ripristino dello *status quo ante* dell'appartamento posto al primo piano.

Il pizzaiolo, dal canto suo, resisteva in giudizio sostenendo che lo stesso regolamento, laddove aveva inteso disporre limiti alle facoltà di utilizzo di tutti i locali, ivi inclusi gli appartamenti posti a partire dal primo piano, lo aveva chiaramente esplicitato: come nelle previsioni di cui agli artt. 2 e 4 del regolamento, quanto alla possibilità di ospitare solo animali quali cani, gatti e uccelli, o al divieto di apporre cartelli o bandiere in corrispondenza della facciata dell'edificio.

Il giudice di primo grado decide che le limitazioni di cui all'art. 5 valessero solo per i locali cantinati e terranei, non sussistendo analoghi vincoli per l'utilizzo degli immobili posti ai piani superiori.

In appello vi è, però, la riforma della sentenza: quell'ampliamento della pizzeria non si poteva fare! La previsione di una specifica possibilità di utilizzo solo per i locali al di sotto del primo piano impone, secondo la Corte d'appello, di ritenere che *ab implicito* per altri locali, quali appunto l'appartamento dell'appellato, fosse vietata una destinazione diversa da quella abitativa.

L'esempio concreto ci fa assaporare l'amaro gusto della clausola regolamentare limitatrice del diritto di proprietà, soprattutto quando ampia e non chiara. Si avverte il soffocamento della libera iniziativa economica privata con tutte le sue implicazioni. Si respira il panico del proprietario che, come chi è bloccato in ascensore, vede restringersi lo spazio intorno a sé, compresso dal peso schiacciante delle pareti metalliche che pian piano gli si avvicinano, opprimenti, consumandogli aria e luce. Ecco che la soluzione giurisprudenziale allora squarcia il velo metallico lasciando che ossigeno fresco entri nei polmoni a pieno respiro.

Questa volta sono i principi ermeneutici enunciati nelle regole sull'interpretazione dei contratti a determinare la corretta estensione delle facoltà proprietarie.

La Cassazione chiarisce nella sentenza in commento che in relazione all'interpretazione del regolamento condominiale di origine contrattuale, ai fini della ricerca della comune intenzione dei contraenti, il principale strumento è rappresentato dal senso letterale delle parole e delle espressioni utilizzate nel contratto, il cui rilievo deve essere verificato alla luce dell'intero contesto contrattuale, sicché le singole clausole vanno considerate in correlazione tra loro, dovendo procedersi al loro coordinamento a norma dell'art. 1363 c.c. e dovendosi intendere per "senso letterale delle parole" tutta la formulazione letterale della dichiarazione negoziale, in ogni sua parte ed in ogni parola che la compone, e non già in una parte soltanto, quale una singola clausola di un contratto composto da più clausole, dovendo il giudice collegare e raffrontare tra loro frasi e parole al fine di chiarirne il significato.

L'interpretazione del regolamento operata dalla Corte d'appello ha violato i canoni interpretativi di cui agli artt. 1362 e ss.. Li ha violati andando contro i consolidati principi espressi dalla Cassazione in tema di limitazioni convenzionali al diritto di proprietà scaturenti per l'appunto da un regolamento condominiale di natura contrattuale. Ed infatti anche di recente è stato chiarito che⁴⁷ il

⁴⁷ cfr. Cass. n. 19229/2014.

regolamento condominiale di origine contrattuale può imporre divieti e limiti di destinazione alle facoltà di godimento dei condomini sulle unità immobiliari in esclusiva proprietà sia mediante elencazione di attività vietate, sia con riferimento ai pregiudizi che si intende evitare. In quest'ultimo caso, peraltro, per evitare ogni equivoco in una materia atta a incidere sulla proprietà dei singoli condomini, i divieti ed i limiti devono risultare da espressioni chiare, avuto riguardo, più che alla clausola in sé, alle attività e ai correlati pregiudizi che la previsione regolamentare intende impedire, *così consentendo di apprezzare se la compromissione delle facoltà inerenti allo statuto proprietario corrisponda ad un interesse meritevole di tutela*. Si è infatti ribadito che la compressione di facoltà normalmente inerenti alle proprietà esclusive dei singoli condomini, deve risultare da espressioni incontrovertibilmente rivelatrici di un intento chiaro, non suscettibile di dar luogo a incertezze⁴⁸.

Ciò implica che nella ricerca della comune intenzione, o come nella fattispecie, nell'individuazione della regola dettata dal regolamento contrattuale, non possa prescindersi dall'univocità delle espressioni letterali utilizzate. Si deve rifuggire da interpretazioni di carattere estensivo, sia per quanto attiene all'ambito delle limitazioni imposte alla proprietà individuale, ma ancor più per quanto concerne la corretta individuazione dei beni effettivamente assoggettati alla limitazione circa le facoltà di destinazione di norma spettanti al proprietario. Il divieto di utilizzo ad un uso diverso da quello abitativo delle unità immobiliari poste a partire dal primo piano del fabbricato è stato tratto da una previsione che (l'art. 5 del regolamento) si occupa specificamente solo dei limiti alla facoltà di utilizzo dei locali terranei e dei cantinati. Previsione che a ben guardare pur lascia ampie facoltà di utilizzo di quei locali sottoposti al divieto. Invece l'interpretazione estensiva produce, in assenza di una chiara ed univoca volontà esplicitata, l'inammissibile creazione di un limite estremamente rigoroso quanto alle possibilità di utilizzo degli immobili posti ai piani superiori. Non si può trascurare la circostanza che il regolamento quando ha inteso disporre dei limiti alle facoltà di utilizzo di tutti i locali (ivi inclusi anche gli appartamenti posti a partire dal primo piano) lo ha chiaramente esplicitato, come appunto nelle previsioni di cui agli artt. 2 e 4 del regolamento (quanto alla possibilità per la società costruttrice di apporre cartelli o bandiere luminose anche in corrispondenza della facciata dell'edificio, ovvero quanto alla possibilità di ospitare solo animali quali cani, gatti ed uccelli).

⁴⁸ cfr. Cass. n. 20237/09; Cass. n. 16832/09; Cass. 9564/97; Cass. 1560/95; Cass. n. 11126/94; Cass. 10523/03.

Allora la corretta interpretazione deve rispondere all'esigenza di limitare al massimo la compressione delle proprietà individuali. Proprio la storica configurazione del diritto di proprietà impone quindi un'interpretazione del regolamento fondata sulla chiarezza ed univocità del tenore delle espressioni letterali. Risulta inammissibile l'esegesi invece ancorata alla ricostruzione di una volontà implicita. Il canone interpretativo di cui all'art. 1363 c.c. impone una lettura della clausola alla luce di tutto il regolamento ed allora la presenza di altre previsioni limitatrici della proprietà individuale (quelle sì chiare e specifiche) obbliga ad interpretare secondo un principio di tendenziale e rigida tassatività delle limitazioni medesime.

Tradisce evidentemente l'elaborazione giurisprudenziale circa la portata ed i limiti suscettibili di essere dettati dal regolamento condominiale, la premessa alla quale il giudice di appello dichiara volersi rifare nell'interpretazione dell'art. 5, laddove afferma che il regolamento condominiale sarebbe costruito sul principio, non già dell'espressa individuazione delle limitazioni imposte, come suggerito dai precedenti sopra citati, ma dell'espressa elencazione delle destinazioni consentite. Alla luce dei suesposti principi, proprio il brocardo "*ubi voluit dixit, ubi noluit tacuit*" richiamato nella motivazione del giudice adito, avrebbe dovuto condurre ad una conclusione affatto diversa da quella raggiunta, dovendosi appunto reputare operative, essendo il silenzio sintomatico, più che di una volontà di porre limiti, piuttosto della necessità di preservare integre le facoltà tipiche del diritto di proprietà.

7. Conclusioni.

Venendo ora ad una rapida e schematica chiosa si può tracciare un percorso.

Il regolamento di condominio può contenere delle convenzioni di carattere contrattuale frutto dell'accordo di tutte le parti-condomini.

Per mezzo di questo "contratto" (atipico nella forma e nella sostanza) si possono riprodurre clausole in grado di incidere sullo statuto proprietario nei modi più svariati, conformando il diritto di proprietà a seconda delle esigenze contingenti. Si tratta di una compromissione delle facoltà che si pone in maniera "reciproca" tra i contraenti-condomini, i quali subiranno condizionamenti limitanti godendo però dell'uguale e reciproco condizionamento posto agli altri.

Circa la questione su quale sia la natura giuridica di tali vincoli si lascia preferire la tesi secondo cui si tratta di "servitù reciproche" perché questa impostazione consente di riferire il fenomeno ad un "tipo" ben definito nella sua categoria ma

al tempo stesso aperto nelle possibili manifestazioni pratiche senza pregiudizi per la *ratio* dei principi di tipicità e del numero chiuso dei diritti reali.

La garanzia principale per il diritto di proprietà è il rispetto delle forme che la legge dispone sia in punto di costituzione, sia in punto di pubblicità.

Un ruolo fondamentale assume poi il controllo di meritevolezza che consente di valutare la clausola limitatrice del diritto di proprietà guardando al merito, ossia in relazione all'interesse perseguito. Ella troverà tutela ed albergo nel nostro ordinamento soltanto se rispondente a interessi meritevoli di tutela.

Nel rapido *excursus* si è mostrato lo spazio conquistato dall'autonomia privata e al contempo sono emersi i limiti sapientemente eretti da dottrina e giurisprudenza quali argini alla caduta dei principi. Si è liberi di agire, liberi di contrarre, liberi di darsi regole, liberi di determinare l'ambito esatto del diritto di proprietà, ma vi sono spazi di libertà incompressibili, che resistono grazie a fortezze di regole e principi. Quando ci si appresta a riconsiderare le fondamenta alla luce dei tempi che corrono, bisogna fare molta attenzione, perché è quando l'aria manca che se ne avverte il bisogno. Dunque che sempre si trovi il modo di scardinare quelle porte metalliche bloccate per sbaglio (e sempre ci sia sindacato sulla regola opprimente decisa dai "giuristi" dell'assemblea condominiale).

Ultima nota critica va mossa alla fitta trama giuridica sopra esposta per il sol fatto di essere tutta di pura creazione giurisprudenziale e dottrinarina, senza un riferimento legislativo chiaro (anzi in deroga all'art. 1138, comma 3, c.c.): così può accadere che il condomino meno accorto rispetti una clausola limitatrice della proprietà per il sol fatto della sua presenza nel regolamento di condominio (magari approvato a semplice maggioranza), con limitazione inconsapevolmente ingiusta del suo diritto.

La posizione contributiva dei professionisti e l'operazione PoseidOne. La normativa, le interpretazioni giurisprudenziali e l'auspicio di un intervento delle Sezioni Unite, degli Ordini professionali e del legislatore.

*di Valentina CLEMENTE**

SOMMARIO: **1.** L'operazione PoseidOne e i professionisti coinvolti; **2.** La normativa in tema di Gestione separata e di obblighi contributivi in capo ai professionisti. Focus sulla posizione di Ingegneri e Architetti; **3.** L'interpretazione giurisprudenziale della normativa; **3.1.** La giurisprudenza di merito in favore dei professionisti; **3.2.** L'intervento della Corte di Cassazione con le sentenze gemelle nn. 30344 e 30345 del dicembre 2017: profili critici e spunti di riflessione. **4.** La posizione degli Avvocati; **5.** L'auspicio di un intervento delle Sezioni Unite, degli Ordini professionali e del legislatore.

1. L'operazione PoseidOne e i professionisti coinvolti.

Negli ultimi anni migliaia di professionisti hanno ricevuto dall'INPS l'invito a regolarizzare la propria posizione per il mancato versamento di contributi alla Gestione separata di cui all'art. 2, comma 26, L n. 335 del 1995.

Più precisamente, nel mese di giugno 2011 l'Istituto ha iniziato un'operazione di verifica delle posizioni contributive, denominata PoseidOne, inviando lettere di invito al pagamento dei contributi dovuti alla Gestione separata, relative ai soggetti che hanno dichiarato redditi da arti e professioni nel quadro RE del modello Unico PF dall'anno 2006, periodo di imposta 2005.

I redditi interessati dall'operazione sono stati quelli provenienti da attività denunciate con codici ateco 47111 (studi legali), 7420E –74.20F74.20.2 (studi di architettura, ingegneria e ingegneria integrata), 74.12.A (commercialisti), 74.12.B (Ragionieri), 85.14.2 (attività professionali paramediche).

L'INPS con Messaggio n. 709 del 12.01.2012 così giustificava la propria attività di recupero crediti: «Il comma 12 dell'art. 18 del decreto 98/2011, nell'introdurre una norma di interpretazione autentica dell'art. 2 comma 26 della Legge 335/95, ha delimitato gli ambiti di competenza della Gestione separata e delle altre forme assicurative private e privatizzate, di cui ai decreti legislativi 509/1994 e 103/96, confermando la possibilità che la separazione di competenza possa venire meno nei casi in cui le singole casse professionali abbiano, all'interno delle proprie norme istitutive, ipotesi di esclusione dall'obbligo assicurativo o di opzione di iscrizione. Qualora dunque le disposizioni statutarie delle singole Casse prevedano l'iscrizione facoltativa, la mancata iscrizione del soggetto interessato

* Avvocato del foro di Cassino, Specializzata in professioni legali.

non è, da sola, elemento sufficiente ad incardinare obbligo contributivo alla gestione separata; poiché infatti l'obbligo è strettamente legato alla volontà del contribuente stesso e alle disposizioni che regolamentano le modalità di iscrizione delle casse stesse, il contribuente potrà esplicitare anche ora per allora la sua scelta, chiedendo alla Cassa di categoria di poter versare la contribuzione omessa. In presenza però di regimi previdenziali che escludano la possibilità di iscrizione alla cassa per alcune tipologie di professionisti, rimane confermato l'obbligo contributivo alla gestione Separata».

Gli ingegneri e gli architetti sono stati i primi ad essere destinatari degli inviti bonari dell'INPS e i primi a rivolgersi alla magistratura per tutelare la propria posizione, per questo la giurisprudenza più rilevante e copiosa in materia riguarda proprio queste posizioni. Inoltre, nell'unica nota del Messaggio dell'INPS appena citato, lo stesso Istituto faceva riferimento a ingegneri e architetti come esempio di destinatari dell'obbligo di contribuzione *de quo*.¹

Pertanto, nella nostra analisi si farà riferimento alla posizione di tali professionisti, senza tralasciare un paragone con gli obblighi degli avvocati².

I destinatari dell'operazione, per cui sono sorti i dubbi più significativi di legittimità del recupero crediti, sono i professionisti che svolgono, in via principale, attività lavorativa alle dipendenze della pubblica amministrazione o di imprese private e, in via residuale, l'attività di libero professionista.

Nella maggior parte dei casi, i professionisti destinatari della richiesta di regolarizzazione hanno versato i contributi all'INPS per l'attività prevalente svolta quali dipendenti, tramite il datore di lavoro, pubblico o privato che sia, ma hanno anche versato i contributi richiesti dall'Ente o Cassa professionale di appartenenza, per la residuale attività professionale svolta.

Per comprendere la gravità della portata dell'intervento dell'INPS è bene chiarire che le sanzioni applicate per il mancato versamento sono quelle relative all'evasione³, mentre solo a seguito dell'emersione di problematiche

¹ «Ad esempio INARCASSA (art. 7, co 5 dello Statuto), che esclude dall'obbligo d'iscrizione e di pagamento del contributo soggettivo gli ingegneri e gli architetti iscritti a forme di previdenza obbligatorie in dipendenza di un rapporto di lavoro subordinato o, comunque, di altra attività esercitata, anche se iscritti all'Albo ed in possesso di partita IVA»

² Nel 2015, infatti, a seguito di un ampliamento dell'operazione PoseidOne, gli inviti sono stati inoltrati prevalentemente agli avvocati, in un primo momento esclusi dal recupero crediti.

³ Nel Messaggio n. 281 del 15.01.2014, l'Istituto afferma che: «In presenza di denuncia ai fini fiscali l'Agenzia delle Entrate, oltre agli adempimenti suoi propri, provvede alla liquidazione e riscossione anche dei contributi previdenziali assicurativi ai sensi dell'art. 36 bis e 36 ter del D.P.R. 600/73. Se la denuncia è mancante del quadro RR sez. 2 l'Agenzia delle Entrate considera comunque corretto ai fini fiscali l'adempimento. L'Istituto, in questo caso, controlla i dati reddituali –denunciati nelle dichiarazioni fiscali – trasmessi dagli uffici finanziari in applicazione dell'art. 83, comma 1, del D.L. 112/2008, per verificarne l'eventuale omissione contributiva. Ne consegue, che il regime sanzionatorio da applicare, nel caso in cui il professionista, titolare del reddito fiscale, volutamente ometta l'iscrizione e/o la determinazione della contribuzione nella dichiarazione fiscale, sia l'art. 116 comma 8 lettera b) della legge n. 388/2000. Tale orientamento risulta confermato dalla più recente giurisprudenza (cfr. Cassazione, SSUU, n. 4808/05, Sezione Lavoro, n. 28966/11),

nell'applicazione tra quanto disciplinato nei regolamenti delle casse previdenziali autonome degli Enti di cui ai decreti legislativi n. 509/94 e 103/96 e la normativa generale della legge 335/1995, l'INPS ha previsto la possibilità di proporre istanza di riduzione delle sanzioni, che però comporta il riconoscimento totale e incondizionato del debito contributivo.

Le perplessità sollevate dai professionisti sono relative sia all'iniquità di imporre un ulteriore obbligo contributivo sia all'impossibilità in capo all'INPS di considerare la Gestione separata applicabile in modo assoluto e trasversale.

La Gestione separata, infatti, costituisce una forma **gestione residuale**, introdotta con la riforma pensionistica, nota come riforma Dini, il cui scopo era quello di assicurare la tutela previdenziale a categorie di lavoratori fino ad allora escluse.

2. La normativa in tema di Gestione separata e di obblighi contributivi in capo ai professionisti. Focus sulla posizione di Ingegneri e Architetti.

L'INPS negli avvisi bonari motiva l'operazione di recupero crediti, affermando che il professionista sia tenuto ad un ulteriore versamento alla Gestione separata, poiché il reddito che produce l'attività professionale svolta non è stato assoggettato a contribuzione previdenziale obbligatoria.

Nella Circolare n. 99 del 22.07.2011, l'Istituto ha chiarito le motivazioni giuridiche alla base dell'operazione PoseiOne.

«Il comma 12 dell'articolo 18 del decreto legge 98 introduce una norma di interpretazione autentica della legge n. 335/95, art. 2, comma 26, in ordine al novero dei soggetti destinatari dell'obbligo contributivo presso la gestione separata. Tale disposizione conferma l'orientamento costantemente seguito dall'Istituto sin dall'istituzione della citata gestione e ribadisce che rientrano nell'ambito della gestione separata tutti i soggetti che esercitano per professione abituale, ancorché non esclusiva, attività di lavoro autonomo, il cui esercizio non sia subordinato all'iscrizione ad appositi albi professionali. Vi rientrano, inoltre, tutti coloro che, pur svolgendo attività iscrivibili ad appositi albi professionali, non siano tenuti al versamento del contributo soggettivo presso le Casse di appartenenza, ovvero abbiano esercitato eventuali facoltà di non versamento/iscrizione, in base alle previsioni dei rispettivi Statuti o regolamenti. A titolo esemplificativo, si possono verificare le seguenti ipotesi, che comportano l'assenza di iscrizione/versamento alla Cassa di appartenenza: a) mancato raggiungimento di un livello minimo di reddito; b) esercizio di attività di tirocinio o praticantato; c) esistenza di altra copertura contributiva contestuale allo

che ha precisato come la mancata osservanza anche di uno solo degli obblighi di denuncia configuri la fattispecie dell'evasione, in quanto fa presumere l'esistenza di una specifica volontà di sottrarsi al versamento dei contributi dovuti, a nulla rilevando la regolare presentazione della mera denuncia fiscale. L'Istituto, seguendo tali disposizioni, con l'operazione Poseidone ha quantificato e notificato al professionista la contribuzione omessa e le conseguenti sanzioni civili calcolate secondo il regime dell'evasione.»

svolgimento della professione, a causa della quale la Cassa di appartenenza esclude l'obbligo di versamento del contributo soggettivo, relativo all'attività professionale. Tali soggetti continueranno ad essere destinatari dell'obbligo contributivo alla Gestione separata Inps, in considerazione del fatto che i redditi percepiti non risultano assoggettati ad altro titolo a contribuzione previdenziale obbligatoria. Infatti il principio contenuto nell'art. 2, co. 26 della l. 335/95, che aveva previsto, tra l'altro, l'obbligo contributivo alla gestione separata da parte dei "soggetti che esercitano per professione abituale, ancorché non esclusiva, attività di lavoro autonomo, di cui al comma 1 dell'articolo 49 del testo unico delle imposte sui redditi", deve essere letto in coordinato disposto con il precedente art. 2, co. 25, che prevede testualmente "la tutela previdenziale in favore dei soggetti che svolgono attività autonoma di libera professione, senza vincolo di subordinazione, il cui esercizio è subordinato all'iscrizione ad appositi albi o elenchi". In tale senso il D.M. 281/96, recante modalità e termini per il versamento contributivo alla gestione separata, all'art. 6 ha esplicitato che "**Non sono soggetti alla contribuzione di cui al presente decreto i redditi già assoggettati ad altro titolo a contribuzione previdenziale obbligatoria**", chiarendo che i liberi professionisti sono tenuti al pagamento del contributo alla gestione separata relativamente ai redditi professionali non assoggettati a contribuzione previdenziale obbligatoria presso la cassa di categoria. Si rammenta che l'eventuale pagamento del solo contributo integrativo o di solidarietà, ossia un contributo non correlato all'erogazione di un trattamento pensionistico, non comporta esclusione dal versamento alla gestione separata (cfr. circolare n. 124/96).»

L'interpretazione che l'INPS dà della normativa applicabile al caso in analisi è chiaramente mirata al recupero di più fondi possibili, appare quindi necessario svolgere un'analisi delle leggi citate nella circolare più equilibrata e indipendente, al fine di comprendere se tale richiesta sia fondata o meno.

Il comma 26 dell'art. 2 della L. n. 335 del 1995 afferma: «A decorrere dal 1° gennaio 1996, sono tenuti all'iscrizione presso una apposita Gestione separata, presso l'INPS, e finalizzata all'estensione dell'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti, i soggetti che esercitano per professione abituale, ancorché non esclusiva, attività di lavoro autonomo, di cui al comma 1 dell'art. 49 del TUIR e successive modificazioni ed integrazioni, nonché i titolari di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, di cui al comma 2, lettera a), dell'art. 49 del medesimo testo unico e gli incaricati alla vendita a domicilio di cui all'art. 36 della L. n. 426 del 1971. Sono esclusi dall'obbligo i soggetti assegnatari di borse di studio, limitatamente alla relativa attività.»

La norma istituisce la Gestione separata e ne delinea i destinatari, ma non precisa se tra questi rientrano o meno i lavoratori autonomi che svolgono prevalentemente un lavoro subordinato, oltre alla professione.

L'interpretazione prevalente che ha seguito la riforma è sintetizzabile nelle

conclusioni cui giunge la Corte di Cassazione nella sentenza n. 13218/2008: **«per i professionisti iscritti all'albo ... il soggetto deputato alla gestione della tutela previdenziale obbligatoria viene scelto dall'organo professionale competente e non è certo la gestione separata presso l'INPS; ... con la legge n. 335 del 1995, art. 2, comma 26, tale gestione separata è stata invece prevista per quei lavoratori autonomi che svolgono attività professionale per la quale non è prevista l'iscrizione in albi o in elenchi e che quindi non hanno alcun ente deputato alla relativa tenuta che possa decidere sulla forma di gestione della tutela previdenziale. Ne consegue ... che i professionisti iscritti negli albi sono esclusi dalla Gestione separata presso l'INPS di cui alla legge n. 335 del 1995, art. 2 comma 26.»**

Anche alla luce di tale orientamento, sino all'emanazione nel 2011 di una norma di interpretazione autentica di tale comma, nessuna iscrizione d'ufficio era mai stata posta in essere nei confronti di tali professionisti.

Il comma 12 dell'art. 18 del D.L. n. 98 del 2011, conv. con la L. n. 111 del 2011, chiarisce che: «L'art. 2, comma 26, della L. n. 335 del 1995, si interpreta nel senso che i soggetti che esercitano per professione abituale, ancorché non esclusiva, attività di lavoro autonomo tenuti all'iscrizione presso l'apposita gestione separata INPS sono esclusivamente i soggetti che svolgono attività il cui esercizio non sia subordinato all'iscrizione ad appositi albi professionali, ovvero attività non soggette al versamento contributivo agli enti di cui al comma 11, in base ai rispettivi statuti e ordinamenti, con esclusione dei soggetti di cui al comma 11. Resta ferma la disposizione di cui all'art. 3, co. 1, lett. d) del D.lgs. n. 103 del 1996. Sono fatti salvi i versamenti già effettuati ai sensi del citato art. 2, comma 26, della L. n. 335 del 1995.»

La norma di interpretazione autentica ha una *ratio* chiaramente restrittiva ed è finalizzata ad escludere alcune categorie di liberi professionisti dall'obbligo contributivo alla Gestione separata⁴.

La norma, infatti, non prevede l'obbligo contributivo alla Gestione separata per tutti i professionisti che svolgono un'attività il cui esercizio non sia subordinato all'iscrizione ad appositi albi professionali, ovvero attività non soggette al versamento contributivo agli enti di cui al co. 11, riferendosi agli Enti previdenziali di diritto privato di cui ai D. Lgs. n. 509/1994 e n. 103/1996.

⁴ La *ratio* della norma emerge anche dalla Relazione Parlamentare al Disegno di Legge 2814 del 2011, in cui si afferma: «la norma in esame intende quindi offrire una soluzione alla questione, da una parte, imponendo per il futuro l'obbligo per i citati Enti previdenziali di diritto privato di prevedere negli statuti e nei regolamenti l'obbligatorietà dell'iscrizione e della contribuzione in tutti i casi di svolgimento dell'attività professionale (ossia anche una volta maturato il diritto al trattamento pensionistico) e, dall'altra, **precisando che sono soggetti all'iscrizione presso la Gestione Separata Inps coloro che svolgono attività il cui esercizio non è subordinato alla iscrizione ad appositi albi o elenchi, salvo diversa previsione legislativa**».

Qualora si voglia ritenere la congiunzione "ovvero" alternativa, la sola iscrizione ad un albo professionale escluderebbe l'applicabilità dell'obbligo contributivo.

Anche un'interpretazione meno favorevole ai professionisti che ritenga la congiunzione cumulativa però non giustifica di per sé l'operazione dell'INPS.

La norma fa riferimento esclusivamente ai soggetti che esercitano per professione abituale, ancorché non esclusiva, attività di lavoro autonomo, e che non siano già iscritti ad altro Ente o Cassa previdenziale.

Pur ritenendo che la stessa richieda la presenza di entrambi i requisiti dell'iscrizione all'albo e del mancato versamento contributivo agli Enti previdenziali di diritto privato, l'operazione PoseidOne appare infondata alla luce del dettato normativo.

Per chiarire questo assunto, anche al fine di seguire l'impostazione data dall'Istituto, si procederà con l'analisi del caso di un ingegnere o architetto, che svolge prevalentemente l'attività di insegnante e in via residuale la libera professione⁵.

Gli insegnanti che svolgono un'attività residuale di libero professionista con l'obbligo di iscrizione in Albi specifici sono iscritti all'INPS (poiché dal dicembre 2011 l'INPDAP è stato soppresso, con attribuzione delle funzioni all'INPS) e contemporaneamente fanno riferimento alla Cassa di appartenenza, che per gli ingegneri e gli architetti è l'Inarcassa. Entrambe le Casse previdenziali, sia le pubbliche, INPDAP o INPS, che la privata Inarcassa, sono di tipo obbligatorio.

Dall'iscrizione all'INPS deriva l'obbligo per il datore di lavoro del versamento dei contributi nella misura fissata dalla legge, mentre all'Inarcassa vanno versati da parte del professionista i contributi integrativi pari al 4% (**2% fino al 2010**) su tutti i corrispettivi rientranti nel volume annuale d'affari ai fini dell'IVA.

La normativa che disciplina la Cassa Nazionale di Previdenza ed Assistenza per gli Ingegneri ed Architetti Liberi Professionisti (art. 21, comma 5, L. n. 6/1981 e art. 7 Statuto INARCASSA) dispone che sono esclusi dall'obbligo di iscrizione all'Inarcassa e di pagamento del relativo contributo soggettivo gli ingegneri e gli architetti iscritti a forme di previdenza obbligatorie in dipendenza di un rapporto di lavoro subordinato o, comunque, di altra attività esercitata, anche se iscritti all'Albo professionale e in possesso di partita IVA, stante l'assenza dell'essenziale requisito della continuità nell'esercizio della professione.

Sussiste, invece, indipendentemente dall'iscrizione, l'obbligo del versamento del contributo integrativo di cui agli artt. 10 L. n. 6/1981 e 7 Statuto Inarcassa, che

⁵ Per semplicità espositiva si fa riferimento al caso che più ha interessato l'evoluzione giurisprudenziale, anche in base alla scelta dell'INPS di rivolgersi prevalentemente ai professionisti che, avendo un'altra copertura contributiva contestuale allo svolgimento della professione, sono esclusi dalla Cassa di appartenenza dall'obbligo di versamento del contributo soggettivo. Le conclusioni cui si giungerà quindi non sono sempre valide anche per le altre due fattispecie, cui fa riferimento l'INPS, del mancato raggiungimento di un livello minimo di reddito e dell'esercizio di attività di tirocinio o praticantato.

è pari ad una maggiorazione percentuale dei corrispettivi rientranti nel volume di affari ai fini dell'IVA da addebitarsi al cliente.

La stessa INPS, nell'invito a regolarizzare la posizione inviato ai professionisti, afferma che il contributo alla gestione separata è dovuto per i professionisti non assoggettati a contribuzione obbligatoria in favore di altri Enti o Casse.

Nessuna distinzione viene fatta né dal legislatore né dall'Istituto nella comunicazione tra contributo integrativo e soggettivo, facendo riferimento in entrambi i casi a contributi obbligatori.

Con l'iscrizione all'INPS e il pagamento del contributo integrativo all'Inarcassa, quindi, i professionisti assolvono a tutti gli obblighi contributivi previsti dalla legge. Anche perché è lo stesso Ente previdenziale di diritto privato ad escludere altre forme di contribuzione.

Già nel 1996 con la risoluzione n. 109, il Ministero delle Finanze aveva chiarito che versare il contributo integrativo sia all'INPS che alla propria Cassa di appartenenza equivale a pagare due volte la contribuzione di solidarietà ed è pertanto illegittimo; di conseguenza, le Casse previdenziali istituirono il pagamento della sola contribuzione integrativa peraltro proporzionata al reddito dichiarato, considerato anch'essa dal Ministero un contributo previdenziale a tutti gli effetti⁶.

Un dipendente pubblico o privato, che svolga l'attività di libero professionista in modo residuale, non può rientrare nella categoria dei soggetti obbligati al versamento dei contributi alla Gestione separata, perché l'iscrizione all'Albo professionale e l'esercizio in modo continuativo della professione comportano anche il relativo obbligo contributivo alla Inarcassa. Di conseguenza, non può moltiplicarsi l'obbligo contributivo con l'iscrizione anche alla gestione separata INPS.

Se è vero che è ormai pacifica e culturalmente accettata l'iscrizione contestuale alla Gestione separata e presso altra forma assicurativa obbligatoria, è altrettanto vero che per chi ha già assolto i propri obblighi contributivi presso due forme assicurative, il pagamento dei contributi alla Gestione separata costituirebbe un terzo obbligo contributivo, peraltro non espressamente previsto da alcuna fonte normativa.

Nessuna "zona d'ombra" relativa alla contribuzione e assicurazione sussiste poi per i professionisti, poiché questi hanno dichiarato il reddito acquisito per la propria attività residuale e hanno pagato il relativo contributo alla Cassa di riferimento, come previsto dalla legge.

Infatti, dalla mancata iscrizione alla Gestione separata non deriva la totale sottrazione da ogni forma contributiva e assicurativa dell'attività svolta come

⁶ Anche la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 108 del 1989, ritenne l'obbligo di versamento del solo contributo integrativo legittimo, poiché il cumulo delle posizioni assicurative può essere sottoposto a limiti senza ledere il principio di solidarietà di cui all'art. 38 della Costituzione.

lavoratore autonomo, poiché per tale attività è stato pagato il relativo contributo all'Inarcassa.

Il punto focale della questione giuridica, su cui si basa peraltro l'intera operazione dell'INPS, riguarda la distinzione tra contributi soggettivi e contributi integrativi, dato che l'Inarcassa esonera dal pagamento dei primi gli iscritti ad altro Ente previdenziale.

Quanto precisato dall'INPS nella circolare n 99 del 2011, non trova espresso fondamento nella norma ma è frutto di una ulteriore interpretazione basata sulla circostanza che versare all'Ente di previdenza di categoria contributi integrativi o contributi di solidarietà, non correlati alla futura percezione di un trattamento pensionistico, non possa escludere l'obbligo di versare la contribuzione alla Gestione separata.

È bene chiarire a conclusione dell'esegesi normativa che la mancata distinzione tra contributo soggettivo e integrativo nel testo della norma non può essere considerato, come troppo spesso accade, una dimenticanza del legislatore.

Questo perché nel medesimo corpus normativo, al comma 11 dello stesso articolo 18⁷, se pur a diversi fini, il legislatore ha espressamente qualificato in termini di contributo soggettivo la contribuzione dovuta dai professionisti, mostrando, quindi, di riconoscere e di tenere presente la distinzione tra il contributo soggettivo ed il contributo integrativo e di avere, dunque, consapevolmente omissivo qualsiasi distinzione nel comma 12.

Ciò sembrerebbe eliminare ogni dubbio interpretativo sul dettato normativo.

3. L'interpretazione giurisprudenziale della normativa analizzata.

La maggior parte dei professionisti destinatari dell'operazione PoseidOne, come detto, aveva già assolto ad un duplice obbligo contributivo e si è quindi rivolta alla magistratura, impugnando le cartelle di pagamento emanate dall'Agenzia delle Entrate Riscossione, che hanno seguito gli avvisi bonari dell'INPS.

I motivi di ricorso riguardano prevalentemente due aspetti: l'infondatezza della pretesa creditoria e l'illegittimità delle sanzioni applicate⁸.

⁷ «Per i soggetti già pensionati, gli enti previdenziali di diritto privato di cui ai D. Lgs. n. 509 del 1994 e n. 103 del 1996, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto adeguano i propri statuti e regolamenti, prevedendo l'obbligatorietà dell'iscrizione e della contribuzione a carico di tutti coloro che risultino aver percepito un reddito, derivante dallo svolgimento della relativa attività professionale. Per tali soggetti è previsto un contributo soggettivo minimo con aliquota non inferiore al cinquanta per cento di quella prevista in via ordinaria per gli iscritti a ciascun ente. Qualora entro il predetto termine gli enti non abbiano provveduto ad adeguare i propri statuti e regolamenti, si applica in ogni caso quanto previsto al secondo periodo.»

⁸ Il tema delle sanzioni comminate, in alcuni casi pari addirittura al 100% del presunto obbligo, non è stato in realtà affrontato dalla giurisprudenza, proprio perché nella maggior parte dei casi la pretesa creditoria è stata ritenuta infondata e la questione inerente le sanzioni conseguentemente assorbita.

Il fulcro del dibattito interpretativo si è concentrato sulla norma di interpretazione autentica, il comma 12 dell'art. 18 del D.L. n. 98 del 2011, e, in particolare sulla mancata distinzione da parte del legislatore tra contributi soggettivi e integrativi.

Proprio su tale tema si fondano le varie e numerose sentenze che sono state emanate sul punto e che fino alle recenti pronunce della Corte di Cassazione, sono state sempre favorevoli ai professionisti e ad un'interpretazione più sistematica e restrittiva della norma.

3.1. La giurisprudenza di merito in favore dei professionisti.

L'interpretazione normativa sin qui svolta è stata seguita da molteplici Tribunali e Corti d'Appello⁹ in tutto il territorio nazionale, che hanno ritenuto opportuno, in materia di contribuzione e di interpretazione autentica, dare un'applicazione il più possibile letterale della norma in questione.

La prima obiezione mossa dai giudici di merito all'operazione PoseidOne riguarda la natura residuale della Gestione separata e muove dall'interpretazione granitica che si era consolidata sul punto fino al 2011.

Il legislatore ha previsto quale condizione perché sorga in capo al lavoratore autonomo l'obbligo di iscrizione alla Gestione separata l'assenza di altro Ente di previdenza di categoria, al quale lo stesso sia obbligato ad iscriversi. La *ratio* della normativa che introduce la Gestione separata è dunque quella di delimitare il campo di applicazione della stessa e di differenziarla dalle coperture assicurative delle attività il cui esercizio richiede l'iscrizione in un albo professionale.

Appare quindi pacifica la natura residuale di tale forma di gestione contributiva¹⁰. La residualità della Gestione separata era peraltro già stata confermata dall'art. 6 del D.M. n. 281/1996 ("Regolamento recante modalità e termini per il versamento del contributo previsto dall'art. 2, comma 30, della L. 8 agosto 1995, n. 335"), ai sensi del quale «Non sono soggetti alla contribuzione di cui al presente decreto i redditi già assoggettati ad altro titolo a contribuzione previdenziale obbligatoria.»

Anche l'INPS, nel pieno rispetto della giurisprudenza di legittimità sul punto, ha sempre descritto la Gestione separata come la gestione "per i parasubordinati e i professionisti senza cassa di categoria" e il contributo dovuto alla Gestione separata come "il contributo dovuto all'Inps, previsto dalla legge di riforma del

⁹ Trib. Aosta, sez. lav., sent. del 23 febbraio 2011; Trib. Nicosia, sez. lav., sent. del 16 aprile 2013; Trib. Rieti, sez. lav., sent. del 9 maggio 2013; Trib. Reggio Calabria, sez. lav., sent. del 1 ottobre 2013; Trib. Napoli, sez. lav., sent. del 7 novembre 2013; Trib. Milano, sez. lav., sent. del 19 febbraio 2014; Trib. Genova, sez. lav., sent. del 11 dicembre 2014; Trib. Roma, sez. lav., sent. del 12 gennaio 2015; Trib. Lodi, sez. lav., sent. del 16 gennaio 2015; Trib. Ancona, sez. lav., sent. del 18 maggio 2015; Trib. Genova, sez. lav., sent. del 9 febbraio 2015; Trib. Foggia, sez. lav., sent. del 21 maggio 2015; Trib. Lanciano, sez. lav., sent. del 7 maggio 2015.

¹⁰ Trib. Napoli, sez. lav., sent. del 08 giugno 2016, in Lavoro nella Giur., 2016, 11, 1029.

sistema pensionistico, dai lavoratori autonomi che esercitano un'attività professionale o di collaborazione, per la quale non era prevista una forma assicurativa pensionistica”.

Solo con l'emanazione della norma di interpretazione autentica, l'INPS ha cambiato il proprio orientamento estendendo l'obbligo di iscrizione alla Gestione separata a professionisti iscritti agli albi che fino ad allora ne erano esclusi e iniziando con le iscrizioni d'ufficio a partire dai cinque anni precedenti.

Contrariamente a quanto dedotto dall'Istituto, l'intervento del legislatore del 2011 si basa sulla scia interpretativa della residualità, pertanto l'art. 18, comma 12 analizzato deve essere considerato come una conferma dell'esclusione dei professionisti già obbligati verso la Cassa previdenziale di appartenenza dall'obbligo contributivo nei confronti della Gestione separata¹¹.

Un secondo motivo di illegittimità della pretesa contributiva dell'INPS viene riscontrato nella alternatività che la congiunzione “ovvero” pone tra i due requisiti richiesti dalla legge, l'iscrizione ad un albo professionale e l'obbligo di versamento contributivo agli Enti previdenziali di diritto privato. Per alcuni giudici di merito, quindi, è la sola iscrizione all'albo ad escludere l'obbligo contributivo *de quo*¹².

Altra obiezione sollevata dai Tribunali e dalle Corti d'Appello è stata quella di una eccessiva ingerenza dell'INPS nel sistema di gestione degli Enti previdenziali privati.

«È illegittima l'iscrizione, da parte dell'INPS, del contribuente libero professionista, già iscritto alla Cassa di categoria, al sistema di gestione separata operata sul presupposto che tutti i redditi debbano essere soggetti a contribuzione e, quindi, se la Cassa di categoria non richieda i contributi per i redditi comunque percepiti, il contribuente deve comunque versarli tramite iscrizione alla gestione separata. Le casse autonome, invero, caratterizzate da una sostanziale autonomia ed equilibrio di gestione che permette loro di decidere non solo il quantum della contribuzione ma anche, in determinate ipotesi, l'assenza che l'INPS abbia titolo per intromettersi in tali scelte pretendendo

¹¹ «In merito ai dubbi interpretativi sull'individuazione dei soggetti tenuti all'iscrizione alla Gestione separata, il legislatore è intervenuto con l'art. 18, comma 12 del D.L. n. 98 del 2011, prevedendo che i soggetti che esercitano per professione abituale, ancorché non esclusiva, attività di lavoro autonomo, tenuti all'iscrizione presso l'apposita Gestione separata, sono esclusivamente i soggetti che svolgono attività il cui esercizio non sia subordinato all'iscrizione ad appositi albi professionali, ovvero attività non soggette al versamento contributivo agli enti di cui al comma 11, in base ai rispettivi statuti e ordinamenti, con esclusione dei soggetti di cui al comma 11. Con tale disposizione il legislatore ha quindi chiarito che l'iscrizione alla Gestione separata ha carattere residuale essendo obbligatoria solo per i lavoratori autonomi che esercitano una professione per la quale non sia obbligatoria l'iscrizione ad appositi albi, ovvero per coloro che, pur iscritti, svolgano un'attività non soggetta a versamento contributivo agli enti di previdenza per i liberi professionisti.» In tal senso vedi Trib. Larino, sez. lav., sent. Del 13 gennaio 2016.

¹² Trib. Cassino, sez. lav., sent. n. 227 del 08 marzo 2017.

comunque il versamento di contributi che la Cassa autonoma ha deciso di non esigere al proprio iscritto.»¹³

Avendo, infine, **il legislatore imposto l'obbligo di iscrizione alla Gestione separata** solamente per quanti svolgono attività che non sono soggette al versamento del contributo senza ulteriori specificazioni, niente autorizza ad operare una distinzione tra le varie tipologie di versamenti contributivi per sostenere che essendo l'attività degli ingegneri dipendenti pubblici non soggetta al contributo soggettivo, sia data la condizione di legge per l'obbligo di iscrizione alla Gestione separata.

«La legge non pone alcuna distinzione in merito alla tipologia di contribuzione cui il reddito frutto della libera professione è assoggettato, essenziale essendo che il reddito prodotto dal contribuente non rimanga estraneo ad una delle diverse forme di contribuzione esistenti. Pertanto, non rileva che il reddito percepito dal ricorrente negli anni oggetto di iscrizione d'ufficio sia assoggettato, in base all'ordinamento della Cassa di categoria, al solo c.d. contributo integrativo, commisurato al volume di affari soggetto ad IVA, ai sensi degli artt. 10 L. n. 6 del 1981 e 23 dello Statuto della Cassa, e non anche al contributo soggettivo di cui agli artt. 9 della stessa legge e 23 dello Statuto.»¹⁴

Per tutti i motivi esposti, la maggioranza delle sentenze emanate dai Tribunali e dalla Corti d'Appello fino al dicembre del 2017 consideravano fondate le rimostranze dei professionisti e hanno bloccato l'operazione di recupero crediti dell'INPS.

3.2. L'intervento della Corte di Cassazione con le sentenze gemelle nn. 30344 e 30345 del dicembre 2017: profili critici e spunti di riflessione.

Di recente la questione è stata sottoposta al vaglio della Corte di Cassazione che, con due sentenze gemelle, la n. 30344 e 30345 del 18 dicembre 2017, ha accolto l'interpretazione normativa dell'INPS e mutato l'orientamento giurisprudenziale che fino ad allora era stato prevalente.

Le due sentenze, redatte dallo stesso Relatore e dalle identiche motivazioni di diritto, analizzano due fattispecie simili - che vedono protagonisti un architetto e un ingegnere i quali, oltre a svolgere attività di lavoro dipendente, esercitano la libera professione - da due lati opposti, poichè nel primo caso la Corte d'Appello di Torino aveva accolto le istanze del professionista, nel secondo la Corte d'Appello de L'Aquila le aveva rigettate.

Pur partendo da un'analisi del dettato normativo simile a quella qui svolta, la Corte di Cassazione giunge a conclusioni opposte.

In primo luogo la Corte afferma il ruolo universalistico della Gestione separata¹⁵,

¹³ Trib. Aosta, sez. lav., sent. del 23 febbraio 2011.

¹⁴ Sul punto vedi tra le altre: Trib. Cassino, sez. lav., sent. n. 361 del 29 giugno 2016; Trib. Napoli, sez. lav., sent. n. 4991 del 2016.

¹⁵ «... più che di universalizzazione della tutela, dovrebbe parlarsi, in realtà, di generalizzazione dell'obbligo contributivo, cioè di estensione dello stesso a qualunque tipologia di reddito correlato allo svolgimento di un'attività lavorativa, con conseguente proliferazione delle obbligazioni

distaccandosi dalle proprie precedenti decisioni in cui ne affermava la residualità. «Orbene, tenuto conto del rinvio operato dal D.L. n. 98 del 2011, cit., art. 18, comma 12, agli enti previdenziali di cui al precedente comma 11, vale a dire agli enti previdenziali gestori delle forme di previdenza dei lavoratori autonomi e professionisti di cui ai D.Lgs. n. 509 del 1994 e D.Lgs. n. 103 del 1996, tale precetto unitario, per quanto qui rileva, può essere agevolmente ricostruito nel senso che l'iscrizione alla gestione separata è obbligatoria per i soggetti che esercitano per professione abituale, ancorchè non esclusiva, attività di lavoro autonomo di cui al D.P.R. n. 917 del 1986, art. 49 (ora 53), comma 1, l'esercizio della quale non sia subordinato all'iscrizione ad appositi albi professionali ovvero, se subordinato all'iscrizione ad un albo, non sia soggetto ad un versamento contributivo agli enti previdenziali di riferimento che sia suscettibile di costituire in capo al lavoratore autonomo una correlata posizione previdenziale. Una diversa interpretazione, infatti, finirebbe per tradire la finalità universalistica dell'istituzione della gestione separata e si porrebbe in contrasto con la sua tipica modalità di funzionamento, che come si è detto - collega l'obbligazione contributiva alla mera percezione di un reddito e mette capo ad una posizione previdenziale che può essere unica oppure complementare a seconda l'iscritto svolga o meno un'ulteriore attività lavorativa.»

In secondo luogo, la Corte pone una netta distinzione tra contributo soggettivo e integrativo «...giova ricordare, con riguardo al caso di specie, che l'iscrizione all'INARCASSA è preclusa agli ingegneri e agli architetti che siano iscritti ad altre forme di previdenza obbligatorie in dipendenza di un rapporto di lavoro subordinato o comunque di altra attività esercitata (L. n. 1046 del 1971, art. 2 la cui disposizione è stata reiterata dalla L. n. 6 del 1981, art. 21, comma 5, e, da ultimo, dall'art. 7, comma 5, dello Statuto INARCASSA, approvato giusta le disposizioni del D.Lgs. n. 509 del 1994). Costoro, conseguentemente, non sono tenuti al versamento del contributo soggettivo, bensì unicamente al versamento del contributo integrativo, dovuto da tutti gli iscritti agli albi di ingegnere e architetto, indipendentemente dall'iscrizione all'INARCASSA, nella forma di una maggiorazione percentuale che dev'essere applicata dal professionista su tutti i compensi rientranti nel volume di affari e versata alla Cassa indipendentemente dall'effettivo pagamento che ne abbia eseguito il debitore, salva ripetizione nei confronti di quest'ultimo (L. n. 6 del 1981, art. 10 riprodotto negli stessi termini dall'art. 5 del Regolamento di previdenza INARCASSA). Ora, non è revocabile in dubbio che il versamento di tale contributo, in difetto di iscrizione all'INARCASSA, non possa mettere capo alla costituzione di alcuna posizione previdenziale a beneficio del professionista che è tenuto a corrisponderlo: la cassa di previdenza eroga le prestazioni previdenziali esclusivamente agli iscritti (art. 3, Statuto

contributive ogniqualvolta un soggetto risulti percettore di più redditi derivanti da diverse attività assoggettate a regimi previdenziali differenti ...» Sempre in senso critico nei confronti della posizione della Corte di Cassazione, vedi la Nota alla sentenza di **RICCARDO VIANELLO**, **pubblicata sul n. 2/2018 della** Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale.

INARCASSA) e chi è iscritto ad altra forma di previdenza obbligatoria non può esserlo (cfr. da ult. Cass. n. 23687 del 2015). Ma se così è, è inevitabile concludere che il suo versamento non può esonerare il professionista dall'iscrizione alla gestione separata INPS ...»

La Corte di Cassazione nella motivazione richiama più volte la sentenza delle S.U. n. 3240 del 2010, seppur relativa a una fattispecie diversa¹⁶, poiché, nel definire la Gestione separata, precisa che «si tratta quindi di una nuova tutela previdenziale che può essere o "unica", in quanto corrispondente all'unica attività svolta, oppure "complementare" a quella apprestata dalla gestione a cui il soggetto è iscritto in relazione all'altra attività lavorativa espletata», sancendo la possibilità che ciascuna gestione riceva esclusivamente i contributi di sua competenza.

Come accennato però, tale assunto è ormai pacifico e i professionisti cui le sentenze in commento sono destinate versano già un duplice contributo.

Infatti, anche con la sentenza delle Sezioni Unite n. 3240 del 2010, la Corte di Cassazione aveva ribadito i principi del divieto di duplicazione dell'obbligo contributivo e della esclusività della contribuzione per l'attività prevalente.

Tale sentenza, come del resto la norma di interpretazione autentica non distingue tra contributi soggettivi e integrativi, essendo sufficiente che ciascuna delle obbligazioni contributive venga parametrata sulla base dei compensi rispettivamente percepiti, che non si cumulano, ma restano distinti e sottoposti alla rispettiva aliquota di prelievo.

Gli ingegneri e gli architetti, sulla base di tali conclusioni, già sono soggetti al duplice obbligo contributivo presso l'INPS e presso Inarcassa, proporzionati entrambi al reddito prodotto con ciascuna attività.

Non si condividono pertanto le conclusioni cui giunge la Corte di Cassazione.

L'intera ricostruzione normativa sin qui svolta si basa su un punto inamovibile: l'art. 18, comma 12, del D.L. n. 98 del 2011 è una norma di interpretazione autentica, per di più emanata in materia di obblighi contributivi, e di conseguenza deve essere applicata in modo letterale, sistematico e restrittivo.

Con una motivazione non lineare, la Corte precisa ulteriormente il dettato di una norma già interpretativa, affermando che esonera dall'iscrizione alla Gestione separata solo il versamento contributivo cui si riconosca natura **previdenziale**, non **la mera natura fiscale**.

In realtà, il versamento contributivo posto in essere dai professionisti alla Cassa di appartenenza non può considerarsi esclusivamente in termini fiscali e senza alcuna conseguenza in ottica previdenziale, relativamente all'attività di lavoro autonomo. Per questo, non si rinvia la scoperta assicurativa e previdenziale che la Corte sembrerebbe voler eliminare con le sentenze in analisi.

¹⁶ Nel caso analizzato dalle Sezioni Unite il doppio obbligo contributivo era finalizzato ad evitare che, grazie allo schermo della struttura societaria, la prestazione di lavoro del socio, resa nella compagine, venga sottratta alla contribuzione previdenziale, ancorché non si discosti da quella prestata dall'unico titolare della ditta commerciale.

Non riuscendo a cogliere un chiaro fondamento giuridico e sociale nelle conclusioni della Corte di Cassazione, non resta che cercare una *ratio* più squisitamente politica.

Le ragioni che possono aver spinto la Corte ad allontanarsi dal dettato normativo possono essere essenzialmente due: da un lato, istituire l'obbligo in capo ai professionisti al fine di tutelare l'INPS in un periodo di particolare difficoltà, dall'altro, eliminare la distinzione tra professionisti che svolgono esclusivamente attività di lavoro autonomo e professionisti che svolgono anche attività quali dipendenti.

Ciò al fine di evitare che, gli iscritti all'albo professionale, possano esercitare la professione senza pagare i contributi soggettivi, determinando una sorta di concorrenza sleale nei confronti di tutti gli altri iscritti che invece versano regolarmente i contributi sia soggettivo che integrativo alla loro Cassa di appartenenza.

Resta la certezza che le sentenze, seppur del giudice di legittimità, non possono avere un mero fine politico e che ogni intervento in tal senso debba essere realizzato esclusivamente dal legislatore.

Essendo il legislatore già intervenuto in materia con una legge di interpretazione autentica, però, un nuovo intervento appare quantomeno irrituale, se non addirittura improbabile.

Per questo, come si dirà, la questione resta principalmente in mano alla giurisprudenza e agli Ordini professionali.

Infatti, alcune corti di merito da dicembre hanno iniziato a mutare il loro orientamento, uniformandosi alle decisioni della Corte di Cassazione, semplicemente riportandone pedissequamente le motivazioni sin qui analizzate, e sull'argomento si è aperto così un dibattito giurisprudenziale¹⁷.

4. La posizione degli Avvocati.

Le sentenze di merito che hanno analizzato la posizione degli avvocati hanno il medesimo contenuto di quelle sin qui descritte relativamente alla posizione di ingegneri e architetti¹⁸.

Come sin qui più volte affermato, la giurisprudenza prevalente ha ritenuto che la natura di interpretazione autentica di una disposizione emanata proprio per dirimere i contrasti interpretativi sorti in relazione all'art. 2, comma 26 della legge 335 impone una **interpretazione quanto più aderente al tenore letterale** della disposizione e la norma in questione si riferisce esclusivamente ai "**contributi**", senza **alcuna distinzione fra contributi integrativi e contributi soggettivi**.

La Cassa previdenziale di categoria, inoltre, è legittimata ad esercitare la propria potestà impositiva sugli iscritti all'albo, rappresentando la Gestione separata una

¹⁷ In tal senso vedi tra tutte: Trib. Roma, sez. lav., sent. del 13 marzo 2018.

¹⁸ Tra tutte vedi Corte d'Appello Palermo, sez. Lav. Sent. nn. 630, 614 e 622 del 31 maggio 2018 e Corte d'Appello di Genova, sez. Lav., sent., n. 190 del 23 maggio 2018.

forma previdenziale residuale per le sole attività prive di qualsiasi collegamento con alcun ente previdenziale.

Tale indirizzo, seppur consolidato, potrebbe mutare alla luce delle sentenze gemelle delle Corte di Cassazione¹⁹.

L'incompatibilità con l'iscrizione alla Cassa di appartenenza in presenza di attività di lavoro subordinato, privato o pubblico, sono previste dai Regolamenti di quasi tutti gli Enti di previdenza privati, compreso quello forense (art. 3 R.D. n. 1578/1933, nonché art. 22 Legge n. 576/80), a tutela della dignità e dell'autonomia degli iscritti che in tal caso hanno il divieto espresso di iscriversi alla Cassa, pur avendo l'obbligo di versare il contributo integrativo nel caso di esercizio professionale.

Pertanto il disposto della suddetta sentenza sarebbe applicabile direttamente al caso di un avvocato che parallelamente all'attività legale svolgesse anche un'attività di lavoro subordinato o svolgesse la sua professione nell'ambito di un rapporto di impiego.

La posizione degli avvocati però è mutata radicalmente dal febbraio 2013, poiché il legislatore, nell'emanare la legge n. 247/12, riguardante la disciplina del nuovo ordinamento della professione forense, ha previsto per gli avvocati iscritti agli albi professionali, per il solo fatto oggettivo dell'iscrizione, l'obbligatorietà dell'iscrizione anche alla Cassa Forense e l'automatica costituzione di un rapporto previdenziale, circostanza che esclude qualsiasi operatività, in questi casi, della Gestione separata.

La novella del 2012 ha escluso a livello normativo la possibilità del verificarsi di situazioni analoghe a quella decisa dalla Corte con la sentenza n. 30345/2017, poiché l'art. 18, in vigore dal 2 febbraio 2013, prevede l'incompatibilità della professione di avvocato con qualsiasi attività di lavoro subordinato anche se con orario di lavoro limitato.

Il successivo art. 19, sempre in vigore dal 2 febbraio 2013, sancisce le eccezioni alle norme sulla incompatibilità, precisando che «1. In deroga a quanto stabilito nell'*articolo 18*, l'esercizio della professione di avvocato è compatibile con l'insegnamento o la ricerca in materie giuridiche nell'università, nelle scuole secondarie pubbliche o private parificate e nelle istituzioni ed enti di ricerca e sperimentazione pubblici. 2. I docenti e i ricercatori universitari a tempo pieno possono esercitare l'attività professionale nei limiti consentiti dall'ordinamento universitario. Per questo limitato esercizio professionale essi devono essere iscritti nell'elenco speciale, annesso all'albo ordinario. 3. È fatta salva l'iscrizione nell'elenco speciale per gli avvocati che esercitano attività legale per conto degli enti pubblici con le limitate facoltà disciplinate dall'art. 23».

¹⁹ Anche per gli avvocati si assiste ad un mutamento della giurisprudenza delle corti di merito a seguito delle sentenze gemelle della Corte di Cassazione. In tal senso vedi Trib. Napoli, sez. lav., sent. del 18 gennaio 2018.

È bene precisare che l'avvocato che voglia fare l'insegnante e, nello stesso tempo, rimanere iscritto all'albo professionale, deve occuparsi esclusivamente di materie giuridiche.

Restare iscritti all'albo però comporta automaticamente l'iscrizione alla Cassa forense e l'obbligo di pagamento del contributo soggettivo, al più minimo.

Di conseguenza, il problema resta aperto solo per le posizioni antecedenti al febbraio 2013²⁰; si tratta di posizioni di numero di gran lunga inferiore al quello di ingegneri e architetti e che sono in molti casi interessate dalla prescrizione.

Le considerazioni sin qui svolte e le note critiche alle conclusioni cui è giunta la Corte di Cassazione si applicano anche agli avvocati che prima del mutamento della normativa svolgevano un lavoro subordinato ed erano esonerati dall'iscrizione alla Cassa forense.

Se da un lato si tratta di una fattispecie ad esaurimento, dall'altro coinvolge comunque un notevole numero di professionisti e, data anche l'applicazione delle sanzioni previste per l'evasione, ha un impatto consistente sugli avvocati, spesso giovani e già in difficoltà economiche, pari a quello che ha su tutti gli altri professionisti interessati.

5. L'auspicio di un intervento delle Sezioni Unite, degli Ordini professionali e del legislatore.

Indipendentemente dall'attività svolta dal professionista destinatario dell'iscrizione d'ufficio alla Gestione separata da parte dell'INPS, qualora l'indirizzo della Corte di Cassazione vada a consolidarsi, le corti di merito finiranno per conformarsi a tale interpretazione in danno dei professionisti. Per adesso tale prospettiva è ancora lontana.

Come accennato, non tutte le corti di merito si sono adeguate al contenuto delle sentenze gemelle e, essendo le conclusioni del Sostituto Procuratore Generale a favore dei professionisti, non è escluso che future sentenze della Corte di Cassazione possano avere contenuto diverso²¹.

Qualora dovessero formarsi due orientamenti contrapposti, alla luce dell'importanza della questione, sia a livello giuridico che sociale, verrà sicuramente rimessa la questione alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

Solo allora l'interpretazione giurisprudenziale sul punto potrà dirsi consolidata.

Nel periodo di evoluzione e sviluppo dell'interpretazione giurisprudenziale, gli Ordini professionali dovrebbero agire al fine di tutelare i propri iscritti.

²⁰ Nel vigore della L. n. 576/80, era ammessa anche per gli avvocati la possibilità dell'iscrizione al solo Albo professionale sia qualora, stante il mancato superamento di determinati limiti reddituali, non sussisteva l'obbligo di iscrizione alla Cassa Forense, sia a causa della sussistenza di situazioni di incompatibilità rilevate dalla Cassa Forense e non dal Consiglio dell'Ordine, che escludevano l'iscrizione all'Ente e, pertanto, la costituzione di un valido rapporto previdenziale. Restano fermi ovviamente i limiti relativi alla prescrizione.

²¹ Tra le sentenze che non si sono uniformate alla decisione della Corte di Cassazione vedi: *Trib. Roma, sez. lav., sent. n. 104 del 11.01.2018*.

Da un lato è possibile intervenire modificando i propri Regolamenti e Statuti in modo da dirimere la questione in modo definitivo, quantomeno per il futuro, dall'altro è possibile sollecitare un ulteriore intervento del legislatore, volto a bloccare l'operazione PoseidOne.

Mentre i sindacati dei professionisti si sono mossi immediatamente, gli Ordini professionali a livello nazionale non hanno ancora preso posizione espressamente²².

Le conseguenze dell'attività di recupero crediti dell'INPS possono essere devastanti su professionisti affermati, e ancor di più su giovani liberi professionisti a volte costretti a svolgere un doppio lavoro dalla crisi economica in corso.

Come accennato, la sentenza della Corte di Cassazione pare avere una finalità più politica che giuridica, pertanto sarà il legislatore a dover valutare le esigenze socio-politiche sottese, nonché tutti gli interessi in gioco e decidere quali tutelare.

Ciò soprattutto in mancanza di un intervento in tal senso dei singoli Enti previdenziali di diritto privato.

Che sia al fine di tutelare l'INPS, la libera concorrenza con i professionisti che svolgono esclusivamente la libera professione o per imporre un'ulteriore tutela previdenziale a chi svolge la duplice attività, è il legislatore a dover prendere una decisione sulla questione.

Alla luce di tutto quanto detto, il legislatore potrà intervenire sul comma 12 dell'art. 18 del D.L. n. 98 del 2011, distinguendo espressamente tra contributo soggettivo e integrativo, così come ha fatto al precedente comma 11.

Oppure, come è avvenuto per gli avvocati, un intervento legislativo potrebbe dirimere a monte la questione rendendo obbligatoria l'iscrizione all'Ente previdenziale di diritto privato in ogni caso di iscrizione al relativo albo professionale, aumentando le ipotesi di incompatibilità.

De iure condendo, si auspica che l'interpretazione della norma da parte della Corte di Cassazione sia modificata in senso letterale e restrittivo, come impone un caso di norma di interpretazione autentica.

²² Diversa è la situazione a livello locale. Un sollecito al Consiglio Nazionale Forense e alla Cassa di Previdenza e Assistenza Forense, ad esempio, è stato mosso di recente dal Consiglio dell'Ordine di Frosinone. Vedi Estratto dell'Adunanza del 21 febbraio 2018 al punto VI dell'ordine del giorno.

La pratica eutanastica e il terzo. Riflessioni sulla responsabilità dell'esecutore (esclusione dell'attenuante etica nella sentenza Cass. Penale, sez. I, n. 7379 del 15/02/2018).

di Carlo GIORDANO*

SOMMARIO: **1.** La "buona morte" nell'evoluzione storica **2.** L'autodeterminazione come zona grigia, comparazioni tra la punibilità del sanitario nella proposta di legge italiana ed in quella tedesca **3.** Riflessioni sulla giurisprudenza nomofilattica. Esclusa l'attenuante "etica" per omicidio della moglie consenziente.

1. La "buona morte" nell'evoluzione storica

L'interesse verso la buona morte è da sempre vivo nella dimensione umana. Si pensi, *prima face*, alla scuola ippocratica, al *topos* della medicina come scienza protesa alla guarigione.¹

La pienezza e la purezza della propria arte, un tempo chieste agli esercenti della professione medica sono prospettate nell'iconoclastico testo del giuramento.

Se, però, l'antichità ignora la necessità cooperatrice dell'assistente sanitario, il suicidio è tutt'altro che un'onta o un peccato.²

Il *taedium vitae* e l'*impatientia doloris* considerati giusti motivi di morte sono pienamente ancorati ad una cultura che, non solo si impietosisce dinanzi al *difficilis obitus*,³ ma che vanta la sua struttura mesenchimale nell'archetipo dell'ἄρετή.

Nell'epoca della *Lex Cornelia de sicariis et veneficiis*⁴, si diffondono pratiche eugenetiche ante litteram. L'avvento del cristianesimo modifica profondamente le coscienze: la morte improvvisa, nel passaggio da una religione politeista ad

* Avvocato e specializzato in professioni legali.

¹ Per approfondimenti, si veda A. D'ALESSANDRIO, *La morte nella medicina greco romana*, in E.P. de Ceglia, 2014

² M. CAVINA, *Andarsene al momento giusto. Culture dell'eutanasia nella storia europea*, Saggi Il Mulino 2015.

³ Si pensi al valore pietoso attribuito alla morte di Didone, narrata da Virgilio nel IV Libro dell'*Eneide*

⁴ M. CAVINA, *Andarsene al momento giusto. Culture dell'eutanasia nella storia europea*, Saggi Il Mulino 2015.

una monoteista, destinata a divenire il sinonimo di "malamorte" e ciò perché depaupera l'anima della possibilità salvifica del pentimento.⁵

La deità umana diviene per i teologi cristiani, differentemente da quanto fosse avvenuto per la cultura greca e quella romana, non più padronanza del proprio destino e con esso del proprio corpo ma costante protesta verso l'Alto.

L'assenza di questa potestas che viene tradotta nella forma meno tirannica della *facultas* diviene regola iuris: «al consenziente non si fa torto!». E qui una delle contraddizioni più rilevanti, il suicidio resta severamente vietato con le sole eccezioni costituite dalla perdita di fede e dall'esposizione della propria vita a ludibrio in disprezzo di Dio.

L' *ars bene moriendi* si coniuga con l'eutanasia spirituale, giungendo sino alla parossistica negazione del martirio, poiché eroica attestazione della Ecclesia martyrum.

L'eutanasia diviene, allora, catartico distacco dalle pene terrene da perseguirsi anche a scapito di vittime innocenti, come narrato da Pierre Daniel Huet, aspiranti suicidi divenuti omicidiari per morire meritatamente in pace con Dio. E' il ricordo delle vicende narrate nell'*Accabadora*⁶. Nel rievocare pratiche popolari di atavica ritualità eutanasiaca " *ut liberius expirent*" sembra, difatti di ripercorrere le vie assolate nel meriggio sardo, rivivendo per se stessi lo stesso drammatico sconforto di Maria Listru fill de anima di Bonaria Urrai cui si nega la possibilità di amorevole caronte, caricandone la figura di accenni mistici e spettrali. Un velo nero in una terra atavica e dai tanti patti condivisi, non meno di quanto avvenga nel testo della Murgia, è la rievocazione delle prassi non certo anomale gestite dalle *milierculae* e dalle *vetulae*, pratiche aventi il valore dell'eliminazione bonaria dei patimenti. Un'evizione dal male.

Nel racconto della despenadora ci sono tutte le atmosfere delle *Nuvole* di Aristofane, un capovolgimento assoluto di valori, in cui i padri, bastonati dai figli, conoscono l'epilogo più tragico.

Eutanasia diviene, poi preparazione o realizzazione della morte naturale svoltasi in modo semplice, lieve, rapido e tranquillo, in chiaro contrasto con la distanasia, morte penosa.

L'omicida diviene figura pietosa. La sacralità della vita viene disseminata nei codici penali, è la necessità dell'omicidio filantropico. Eppure questo atto estremo di pietas si carica dei connotati di un sentimento di esaltata commiserazione.

⁵ T. BRUDIESI, *La pastorale dei malati e dei morenti nel XII e XIII secolo*, CLUEB, Bologna, 2013

⁶ M. MURGIA, *Accabadora*, edizioni Einaudi.

Il principio del *volenti non fit iniuria* (al consensiente non si fa torto) trova alla sua applicabilità il limen della distinzione tra diritti alienabili e inalienabili. Tale excursus offre un substrato di riflessione sulla genesi dell'eutanasia, portando con sé, inevitabilmente, una riflessione sulle modifiche apportate da secoli di marasma culturale, scervi della chiarificazione del diritto.

Si è costretti così ad assistere ad un passaggio costante tra utopico e distopico e ad intendere il medico o l'assistente al suicidio (si veda la pratica delle mulierculae) prima amorevoli caronte e, di poi, assassini perseguibili secondo i canoni delle norme penalistiche.⁷

2. L'autodeterminazione come zona grigia, comparazioni tra la punibilità del sanitario nella proposta di legge italiana ed in quella tedesca

Sono da considerarsi zone grigie «tutte quelle situazioni e luoghi dove si trovano a convivere centinaia o migliaia di persone dalle caserme agli uffici, dagli ospedali alle fabbriche, là dove si produce quella dialettica di potere tra un vertice che comanda e una base che subisce. In mezzo c'è appunto la zona grigia, quella di coloro che in vario modo e vario titolo e responsabilità collaborano al funzionamento della macchina del potere».⁸

Una zona, quella grigia, che possiede una struttura incredibilmente complicata e «alberga in sé quanto basta per confondere la nostra capacità di giudizio».⁹

Occorre rifuggere la tendenza manichea alle mere tinte, secondo cui non esisterebbero realtà intermedie tra vittime e persecutori, eppure valutare il concorso di colpa tra i singoli collaboratori è sempre opera complessa.

Spesso nei meccanismi regolatori di società, produzione normativa economia etc. Si insinua una gerarchia di pochi a svantaggio di molti. Un arbitrio intollerabile. E, di qui, il grigio.

Un colore tornato tristemente di moda. Il grigio di una zona impenetrabile, oscura, dove si cospira. Uno spazio in cui si decide l'altrui destino o si resta nel limbo dell'invalidità. In questa accezione viene considerata, ora, tale zona grigia per spiegare i giochi di potere che eliminando il sinallagma ideologico che, secondo l'economia odierna, dovrebbe portare con sé il rapporto tra votato e votante, diviene potere silenzioso e arbitrario.

⁷ G. DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità del reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, 2012

⁸ Cfr citazione relativa a P. LEVI tratta da N. AMADORE, *Professionisti al servizio della mafia*, Ed. La Zisa, 2007

⁹ P. LEVI, *I sommersi e i salvati*, Ed. Einaudi

Annuncia Tempi «Germania, 70 anni dopo la fine del nazismo, il Bundestag propone di legalizzare l'eutanasia». ¹⁰ La Germania ha tristemente note esperienze di sterminio di massa. Con la dicitura "eugenetica nazista" si indicano, difatti, le politiche sociali attuate dalla Germania nazista avente come fine il miglioramento della razza, tramite l'eugenetica. Essa era mirata all'evizione delle vite "senza valore". Tale assenza di valore, identificata con il vocabolo *lebensunwertes Leben* era l'identificativo di devianti, degenerati, dissoluti, ritardati e persone con difficoltà di apprendimento, persone omosessuali, pigre, malati mentali, ebrei, deboli, zingari e quanti non fossero riconosciuti inscrivibili nella perfezione dei crismi della razza ariana. E' il folle progetto, ufficialmente noto come Aktion T4, un rigido programma eugenetico causazione del potere esecutivo di oltre 200 Corti per la salute ereditaria. Memore di un passato sì doloroso, viene per decenni negata la discussione sulla legittimazione di ogni forma di eutanasia. ¹¹

La Corte di giustizia tedesca, nel giugno 2010 segnala una prima apertura verso i temi dell'eutanasia, pronunciandosi su quella passiva. Pur in assenza di una norma chiara, nel 2010, veniva così legittimata una forma di "sostegno passivo" al suicidio dell'assistito. La presenza del consenso annullerebbe la natura criminosa dello "staccare la spina".

Il Ministero della Giustizia tedesco ha, di poi, elaborato un disegno di legge depenalizzante l'eutanasia, prevedendo la non punibilità di chi aiuta e assiste il suicidio.

Inoltre, in conformità al disegno di legge non saranno più perseguiti i medici e gli infermieri se tra loro e i pazienti si siano istituiti rapporti personali, quasi a voler significare che l'eutanasia possa essere legalizzata se non prevede compenso. Il Bundestag nell'autunno 2014 ricomincia a discutere della legalizzazione dell'eutanasia. Il dibattito resta in stato embrionale nonostante il monito di gran parte dei politici.

La tesi che regola l'operato del parlamento tedesco è semplice: se la legge che tutela la vita umana causa sofferenza, quella stessa legge viola la dignità dell'uomo. Il paziente cui il disegno di legge vaticina possa essere demandata la libera scelta, deve essere adulto, in grado di decidere, affetto da malattia terminale e con dolori insopportabili.

¹⁰ Da Tempi.it del 15 novembre 2014

¹¹ ZAVORRE, *Storia dell'Aktion T4: storia dell'autanasia nella Germania nazista 1939-1945*, traduttore D.Idra, edizioni Einaudi, 2017

Ciò che desta meraviglia e che caratterizza il distinguo con l'Italia è che sia proprio il partito di radicata esperienza conservatrice il CDU, a offrire uno slancio alla riflessione liberale.

Il documento tedesco, promosso dal partito il cui principio cardine è la concezione cristiana dell'essere umano e della sua responsabilità davanti a Dio, sottopone la depenalizzazione del suicidio assistito a sette condizioni:

- maggiore età e capacità di intendere del paziente
- incurabilità del male
- stadio terminale
- diagnosi confermata di due medici
- sofferenza evidente
- consenso informato e terapie alternative
- farmaco letale assunto dal paziente;

Il vacillamento delle coscienze e orientamenti disocratici hanno reso impossibile l'approvazione della norma, eppure nelle chiese cattoliche e protestanti tedesche, da anni circola un modulo attraverso il quale è possibile esprimere cristianamente le proprie volontà.¹² Il diritto ad una morte dignitosa viene consacrato nella Conferenza episcopale tedesca, consentendo l'affermarsi di teorie pacate e competenti.

La zona grigia in Germania sembrerebbe, allora, risolta nelle premesse di un'interpretazione diversa del magistero cattolico portato sino alla futurazione delle loro conseguenze pratiche.

L'evoluzione parte dalla considerazione negativa della completa disumanizzazione di cui è capace la medicina. Eppure, rispetto agli auspici, il divieto formale all'assistenza suicidale approvato in terza lettura dal Bundestag, delude.

La libertà di autodeterminazione resta, apparentemente, imbrigliata nel divieto di realizzazione del profitto senza far prevalere l'intenzione di alleviare la sofferenza. In realtà, l'assenza di una norma atta a punire i medici esecutori delle intenzioni degli aspiranti suicidi, lascia presagire un'apertura sul suolo germanico, simile a quanto avvenuto in Olanda.

In Italia, questa strada più volte tracciata, resta inutilizzata.

¹² Per approfondimenti si veda M. FAGGIONI, *Eutanasia, la chiesa contraria alla vita ad ogni costo* consultabile su uccr.it

L'interesse del giurista per le questioni concernenti il fine vita è un interesse marginale, episodico, spesso elusivo.¹³

E' la ierofania della distanza tra diritto e vita materiale e la necessità, mai rispettata di spingersi verso i bisogni più elementari dell'uomo. La solidarietà familiare, il bisogno di assistenza per quanto possano costruire una spinta causativa rilevante non attecchiscono in Italia dove l'individualismo possessivo che regola i rapporti liberali, impedisce la valetudo dell'atto volontaristico.

La nuova antropologia della persona del diritto si determina così in una sorta di *novum* categoriale poichè ad essa si vuole riconoscere non mera soggettività, ma struttura di valore.

La riflessione sulla libertà di scelta in termini di eutanasia si connatura sempre più come detenente un poter simbolico, rappresentativo.

3. Riflessioni sulla giurisprudenza nomofilattica. Esclusa l'attenuante "etica" per omicidio della moglie.

La norma sia essa giuridica che morale non pone un principio da cui possano essere derivate conseguenze meramente deduttive. L'exkursus storico e il rifacimento alla vicenda tedesca relativamente alla non punibilità del medico cooperatore non esauriscono la gamma delle possibilità. La conoscenza del sofferente e il grado di intollerabilità delle sofferenze non può valere, ipso facto, come giustificazione della pratica eutanاسica.

La "pratica della sottrazione del cuscino" o del soffocamento in uso sin dal tardo ottocento, ha ben altro declinazione nel terzo millennio.

Un anziano signore viene, difatti, condannato in entrambi i gradi di giudizio per l'omicidio volontario della moglie, anch'essa anziana e gravemente malata: omicidio posto in essere mediante soffocamento nel sonno con l'intento di porre fine alle sofferenze della medesima che, a dire dell'imputato, avrebbe preferito, rispetto ad una lunga malattia, essere trovata una mattina morta nel suo letto. Disconosciuta l'attenuante di cui all'articolo 62¹⁴, che spetta a chi abbia commesso il reato pe particolare ragioni di valore morale e sociale, l'imputato

¹³ Cfr. P. RESCIGNO da *La fine della vita umana*, relazione nell'ambito del ciclo di conferenze aventi ad oggetto *Il diritto e la vita materiale* presso l'Accademia dei Lincei

¹⁴ Art. 62. Circostanze attenuanti comuni. Attenuano il reato, quando non ne sono elementi costitutivi o circostanze attenuanti speciali, le circostanze seguenti: 1) l'aver agito per motivi di particolare valore morale o sociale; 2) l'aver agito in stato di ira, determinato da un fatto ingiusto altrui; 3) l'aver agito per suggestione di una folla in tumulto, quando non si tratta di riunioni o assembramenti vietati dalla legge o dall'Autorità, e il colpevole non è delinquente o contravventore abituale o professionale, o delinquente per tendenza; 4) l'aver, nei delitti contro il patrimonio, o che comunque offendono il patrimonio, cagionato alla persona offesa dal reato un

ricorreva per cassazione sostenendo che i precedenti richiamati dai giudici di merito non fossero pertinenti avendo escluso l'attenuante in parola ora in ragione della particolare crudeltà dell'azione omicidiaria ora in ragione del fine egoistico connotante la stessa, che nel caso di specie erano da escludere essendo l'azione stata posta in essere nel sonno e il movente costituito dal desiderio di far cessare le sofferenze di un soggetto amato nella convinzione di esaudire la volontà dello stesso.¹⁵

Un necessario riferimento al regime giuridico delle attenuanti:

Si tratta di circostanze, non indispensabili per la sussistenza del reato e la cui presenza determina una modificazione della pena generandone un aggravamento e/o una riduzione.

Tali circostanze hanno la funzione di ridurre il divario tra l'astrattezza della norma di reato e la varietà delle situazioni in cui la condotta incriminata viene posta in essere.

A seconda della presenza o meno di tali circostanze, il reato può essere **semplice** o **circostanziato**.

Le circostanze si dividono in:

- **attenuanti** (determinano una minore gravità del reato comportando una diminuzione della pena), e **aggravanti** (determinano una maggiore gravità del reato e, conseguentemente, un aumento della pena);
- **comuni** (si trovano nella parte generale del Codice Penale e sono applicabili a tutti i tipi di reato) e **speciali** (sono applicabili solo a determinate fattispecie di reato es. 576 e 625 c.p.);
- **intrinseche** (riguardano la condotta illecita) ed **estrinseche** (sono estranee all'esecuzione e/o consumazione del reato e riguardano i cd. fatti successivi);
- ad effetto **comune** (determinano un aumento o una diminuzione della pena fino a 1/3) e ad effetto **speciale** (possono comportare a seconda dei casi, a)

danno patrimoniale di speciale tenuità, ovvero, nei delitti determinati da motivi di lucro, l'aver agito per conseguire o l'aver comunque conseguito un lucro di speciale tenuità, quando anche l'evento dannoso o pericoloso sia di speciale tenuità; 5) l'essere concorso a determinare l'evento, insieme con l'azione o l'omissione del colpevole, il fatto doloso della persona offesa; 6) l'aver, prima del giudizio, riparato interamente il danno, mediante risarcimento di esso, e, quando sia possibile, mediante le restituzioni; o l'essersi, prima del giudizio e fuori del caso preveduto nell'ultimo capoverso dell'articolo 56, adoperato spontaneamente ed efficacemente per elidere o attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato.

¹⁵ Avv. A. LARUSSA *Uccide la moglie in stato vegetativo: esclusa l'attenuante "etica"* Cassazione penale, sez. I, sentenza 15/02/2018 n° 7390 da Altalex

l'applicazione di una pena diversa da quella prevista dal Codice penale per il reato non circostanziato; b) la determinazione di una pena in maniera indipendente da quella ordinaria del reato; c) l'applicazione di un aumento e/o diminuzione della pena superiore a 1/3 della pena base);

- **oggettive** (riguardano la natura, l'oggetto, il tempo, il luogo dell'azione, nonché la gravità del danno o del pericolo e le condizioni e qualità personali della persona dell'offeso) e **soggettive** (riguardano le condizioni o qualità personali del colpevole, l'intensità del dolo o il grado della colpa e i rapporti tra agente e soggetto passivo del reato).

La legge 288/1944 ha introdotto l'art. 62 *bis* c.p. che, nel 2005 è stato sostituito dalla L. 251 (meglio conosciuta come Legge Cirielli) con la attuale disposizione. Il primo comma di detto articolo, stabilisce che «*il giudice, indipendentemente dalle circostanze previste nell'articolo 62, può prendere in considerazione altre circostanze diverse, qualora le ritenga tali da giustificare una diminuzione della pena. Esse sono considerate in ogni caso, ai fini dell'applicazione di questo capo, come una sola circostanza, la quale può anche concorrere con una o più delle circostanze indicate nel predetto articolo 62*».

La legge Cirielli ha quindi previsto l'applicabilità delle attenuanti generiche (ovvero delle circostanze diverse da quelle previste dall'art. 62 del c.p.) nel caso in cui il Giudice le ritenga tali da giustificare una diminuzione della pena. Tra gli elementi a disposizione del Giudice ai fini della valutazione vi è la gravità del reato, la capacità di delinquere del reo ecc.

Orbene, nel caso di specie, «ai fini dell'integrazione della circostanza attenuante dei motivi di particolare valore morale e sociale, non basta l'intima convinzione dell'agente di perseguire un fine moralmente apprezzabile, ma è necessaria anche l'obiettiva rispondenza del motivo perseguito a valori etici o sociali effettivamente apprezzabili e, come tali, riconosciuti preminenti dalla collettività, sicché tale attenuante non può trovare applicazione se il fatto di particolare valore morale o sociale esiste soltanto nell'opinione del soggetto attivo del reato»¹⁶.

La Suprema Corte valuta, nell'azione dell'omicida, una finalità prettamente egoistica. La morte del coniuge, a detta del Tribunale di legittimità, avrebbe seco il sollevamento di ogni responsabilità e onere relativo all'assistenza del prossimo congiunto, gravemente ammalato.

¹⁶ Cfr sentenza Corte di Cassazione, sez. I penale del 15 febbraio 2018 n. 7390

E' il ritorno del terrore di scelte paternalistiche che aveva già infiammato l'opinione pubblica nel caso Englaro¹⁷ e, prima ancora, nel complesso caso Schiavo.

¹⁷ Per approfondimento F. VIOLA, *La disponibilità della vita umana. Linee generali da Diritto di morire decisioni senza legge, leggi sulla decisione* a cura di S. BOCCAGNA, Dike, Roma, 2014

Il sistema delle misure di prevenzione personali alla luce del d.l. 14/2017.

di Ferdinando ANGELETTI*

SOMMARIO: Premessa. **1.** L'allontanamento dal posto. **2.** Rapporto tra allontanamento e tutela penale delle infrastrutture. **3.** Il divieto di accesso a luoghi pubblici. **4.** Il divieto di accesso a luoghi pubblici per tossicodipendenti. **5.** I problemi di costituzionalità delle misure di prevenzione introdotte. **6.** Le modifiche al codice antimafia e la creazione di un sistema gerarchico delle misure di prevenzione.

Premessa.

La branca delle misure di prevenzione, personali e patrimoniali, vede negli ultimi anni un florido e continuo sviluppo normativo, frutto della grande attenzione che il mondo giuridico gli sta concedendo e delle numerose possibilità di incidere preventivamente, piuttosto che repressivamente, sulla criminalità.

Questo sviluppo normativo, iniziato con il d.lgs. 159/2011 (cd. Codice antimafia) ha posto tutte le varie normative in materia in un'unica cornice normativa¹ che permettesse di far pensare al sistema delle misure di prevenzione personali come ad un unico sistema.

Il decreto legge 14/2017 convertito con modificazioni, si pone quale ulteriore, e certamente non ultima, modifica normativa in materia di misure di prevenzione, inserendo tre ulteriori misure di prevenzione (l'allontanamento dal posto, il divieto di accesso a specifiche aree ed il divieto di frequentazione per soggetti condannati per reati inerenti gli stupefacenti) ma, soprattutto, completando il castello delle misure di prevenzione personali creando quella gerarchia tra le misure che già si intravedeva precedentemente ma che, di fatto, non era completa né esplicita.

L'azione del legislatore, infatti, è stata duplice: da una parte, in modo consistente, si è andati ad operare con misure di prevenzione personali aventi una portata certamente inferiore ad avvisi orali e fogli di via obbligatorio e dall'altra, mediante la possibilità che da una misura si potesse passare a quella

* Capitano, Comandante della Compagnia Carabinieri di Aq. Terme (AL).

¹ Con l'eccezione, piuttosto importante per la verità, del Divieto di accesso alle manifestazioni sportive (cd. DASPO), inserito invece nella L. 401/1989, norma concernente le manifestazioni sportive.

immediatamente superiore all'avvenire di una violazione, si è creata implicitamente una gerarchia tra le stesse.

1. L'allontanamento dal posto.

La prima misura di prevenzione introdotta dal nuovo decreto è quella prevista dagli art. 9² e 10 comma 1³ e riguarda il cosiddetto "ordine di allontanamento". Destinatari del provvedimento sono coloro i quali «pongano in essere condotte che impediscono l'accessibilità e la fruizione delle predette infrastrutture⁴, in violazione dei divieti di stazionamento ed occupazione di spazi ivi previsti» nonché i contravventori degli art. 688 e 726 C.P. (Ubriachezza molesta e atti contrari alla pubblica decenza), art. 29 d.lgs. 114/1998 (Violazione in materia di

² Art. 9. : «Fatto salvo quanto previsto dalla vigente normativa a tutela delle aree interne delle infrastrutture, fisse e mobili, ferroviarie, aeroportuali, marittime e di trasporto pubblico locale, urbano ed extraurbano, e delle relative pertinenze, chiunque ponga in essere condotte che impediscono la libera accessibilità e fruizione delle predette infrastrutture, in violazione dei divieti di stazionamento o di occupazione di spazi ivi previsti, è soggetto alla sanzione amministrativa pecuniaria del pagamento di una somma da euro 100 a euro 300. Contestualmente all'accertamento della condotta illecita, al trasgressore viene ordinato, nelle forme e con le modalità di cui all'articolo 10, l'allontanamento dal luogo in cui è stato commesso il fatto.

Ferma restando l'applicazione delle sanzioni amministrative previste dagli articoli 688 e 726 del Codice penale e dall'articolo 29 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 114, nonché dall'articolo 7, comma 15-bis del codice della strada, di cui al decreto legislativo 30 aprile 1992 n. 285 il provvedimento di allontanamento di cui al comma 1 del presente articolo è disposto altresì nei confronti di chi commette le violazioni previste dalle predette disposizioni nelle aree di cui al medesimo comma.

Fermo il disposto dell'articolo 52, comma 1-ter, del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, e dell'articolo 1, comma 4, del decreto legislativo 25 novembre 2016, n. 222, i regolamenti di polizia urbana possono individuare aree urbane su cui insistono scuole, plessi scolastici e siti universitari, musei, aree e parchi archeologici, complessi monumentali o altri istituti e luoghi della cultura o comunque interessati da consistenti flussi turistici, ovvero adibite a verde pubblico, alle quali si applicano le disposizioni di cui ai commi 1 e 2 del presente articolo.

Per le violazioni di cui al comma 1, fatti salvi i poteri delle autorità di settore aventi competenze a tutela di specifiche aree del territorio, l'autorità competente è il sindaco del comune nel cui territorio le medesime sono state accertate, che provvede ai sensi degli articoli 17 e seguenti della legge 24 novembre 1981, n. 689. I proventi derivanti dal pagamento delle sanzioni amministrative irrogate sono devoluti al comune competente, che li destina all'attuazione di iniziative di miglioramento del decoro urbano».

³ Art. 10 comma 1. : «L'ordine di allontanamento di cui all'articolo 9, comma 1, secondo periodo e comma 2, è rivolto per iscritto dall'organo accertatore, individuato ai sensi dell'articolo 13 della legge 24 novembre 1981, n. 689. In esso sono riportate le motivazioni sulla base delle quali è stato adottato ed è specificato che ne cessa l'efficacia trascorse quarantotto ore dall'accertamento del fatto e che la sua violazione è soggetta alla sanzione amministrativa pecuniaria applicata ai sensi dell'articolo 9, comma 1, aumentata del doppio. Copia del provvedimento è trasmessa con immediatezza al questore competente per territorio con contestuale segnalazione ai competenti servizi socio-sanitari, ove ne ricorrano le condizioni».

⁴ Intese come «infrastrutture fisse e mobili, ferroviarie, aeroportuali, marittime e di trasporto pubblico locale, urbano ed extraurbano, e delle relative pertinenze».

commercio su aree pubbliche) e art. 7 comma 15 bis del Codice della Strada (Parcheggiatori abusivi) nonché coloro i quali pongano in essere le condotte di impedimento di accessibilità e fruizione in violazione dei divieti di stazionamento ed occupazione nelle aree:

1. che sono già state inibite ad usi non consoni con il decoro dei complessi monumentali;⁵
2. che, con ordinanza comunale, sono state inibite al commercio, anche per particolari categorie merceologiche, per il loro alto valore archeologico, storico, artistico e paesaggistico;⁶
3. appositamente inserite nei regolamenti di polizia urbana in quanto vi insistono aree di verde pubblico, scuole, plessi scolastici ed universitari, musei, aree e parchi archeologici, complessi monumentali, altri istituti e luoghi di cultura o aree interessate da flussi turistici consistenti.

Per quanto concerne la sua natura, a prima vista, l'ordine di allontanamento si porrebbe unicamente quale misura accessoria alla sanzione amministrativa prevista per certe violazioni ma il contenuto dell'atto, e lo si evince dall'art. 10 comma 1 del decreto, risulta invece duplice. Da una parte si ordina al soggetto di allontanarsi dal luogo in cui si trova ma dall'altro si pone a suo carico anche un obbligo a non ritornarvi per le successive 48 ore ponendo l'ordine di allontanamento in perfetta analogia con il foglio di via obbligatorio di cui all'art. 2 del d.lgs. 159/2011 e quindi anche come misura di prevenzione vera e propria. L'interpretazione letterale e sistemica della norma, infatti, non lascia adito a dubbi. L'ordine di allontanamento, infatti, «cessa l'efficacia trascorse quarantotto ore» e la sua violazione comporta a sua volta un'ulteriore sanzione amministrativa.

Semplificando si potrebbe dire che l'ordine di allontanamento altro non è se non un foglio di via limitato nel tempo (massimo 48 ore) e nello spazio (il luogo di violazione) ma non è possibile fare di una norma del genere solo un *minus quam*. Non può sfuggire infatti all'operatore di polizia su strada quanto questa norma vada a coprire un *vulnus* dell'ordinamento giuridico che sanzionava già amministrativamente chi commetteva una serie di mancanze, ma non permetteva l'interruzione delle stesse (sulla falsariga del disposto dell'art 55 C.P.P. per quanto concerne i reati) né tantomeno permetteva all'operatore di allontanare dal luogo l'autore della violazione.

⁵ Ex art. 52 comma 1 ter del Codice dei beni culturali e del paesaggio (D. Lgs. 42/2004).

⁶ Ex art. 1 comma 4 D. Lgs. 222/2016.

Peraltro, con riguardo al suo carattere di misura di prevenzione, ci troviamo di fronte ad un provvedimento di portata assolutamente rivoluzionaria del nostro sistema. Infatti, per la prima volta, una misura di prevenzione viene ad essere emanata (si badi bene, non proposta) non da una specifica autorità di P.S. o dall'autorità giudiziaria (come avviene, a tutt'oggi, per avvisi orali di P.S., Sorveglianze Speciali e fogli di via obbligatori/divieti di ritorno), ma dall'autorità accertatrice della mancanza secondo i criteri previsti dall'art. 13 della L. 689/1981. L'invio tempestivo del provvedimento al Questore, secondo quanto previsto, non sembra far risalire la responsabilità del provvedimento a quest'ultimo, ma parrebbe voler adempiere alle funzioni del questore quale autorità provinciale tecnico – operativa di pubblica sicurezza, con il generale obbligo per le altre forze di polizia di informarlo «su quanto comunque abbia attinenza con l'ordine e la sicurezza pubblica»,⁷ oltre ovviamente alle specifiche funzioni di sua pertinenza che verranno analizzate successivamente con riguardo al divieto di accesso.

Questa estensione dei soggetti abilitati all'accertamento ed all'emissione dell'ordine, peraltro, pone un serio quesito in ordine alla possibilità, o quantomeno alla opportunità, da parte di certuni organi, certamente accertatori ai sensi dell'art. 13 L. 689/1981, ma non agenti e/o ufficiali di P.S ai sensi della normativa vigente (si pensi alla maggior parte degli agenti delle polizie locali) di poter procedere. Può un agente di polizia locale emettere un provvedimento tipico della funzione di pubblica sicurezza, come è (e non può non essere altrimenti) un allontanamento dal posto? Si tratta in realtà di una domanda cui il legislatore pare aver risposto pensando nel concreto alla diffusione della qualifica di agente di P.S. a moltissimi agenti di polizia locale⁸ oppure semplicemente non prendendo in considerazione il problema. Si tratterà certamente di una questione su cui le giurisdizioni amministrative si troveranno a dover discutere. Una soluzione percorribile vedrebbe la scissione tra la violazione amministrativa e l'ordine di allontanamento. Quest'ultimo, evidentemente provvedimento autoritativo a tutto tondo, dovrebbe essere emanato unicamente da personale dotato di qualifiche di pubblica sicurezza o, quantomeno, connotato da sanzionamento successivo (evidentemente in termini più brevi delle 48 ore) da parte di un soggetto che di quelle qualifiche sia dotato.

⁷ Art 14 Legge 121/1981.

⁸ Ma si tratta di un qualcosa che, sebbene de facto sia sempre più diffuso, ciononostante non rende automatica l'attribuzione della qualifica di Agente di P.S. all'Agente di Polizia Locale lasciando sempre tale decisione al Prefetto e, quindi, lasciando a quest'ultimo la possibilità anche di lasciare Agenti di polizia locale privi di qualifica.

L'ordine di allontanamento si rivela essere sicuramente un vero e proprio provvedimento amministrativo di per sé, tanto da essere necessaria la sua motivazione (che va inserita nell'atto ma di cui si veda infra) e non può negarsi la possibilità della ricorribilità al giudice amministrativo per la verifica della legittimità del provvedimento stesso.

Ovviamente, stanti i ristrettissimi limiti temporali, appare difficile che un Tribunale amministrativo regionale possa intervenire prima delle 48 ore di scadenza del provvedimento, ma certamente potrà farlo in seguito per annullarlo ed evitare, eventualmente la reiterazione.

Per quanto concerne il contenuto dell'atto esso deve necessariamente prevedere, oltre agli estremi degli accertatori, il luogo e la data dell'accertamento. Quest'ultima peraltro, viene a divenire elemento essenziale del provvedimento dovendo contenere (evidentemente a pena di nullità) anche l'ora dell'accertamento dalla quale scattano le 48 ore di validità dell'ordine di allontanamento.

Appare evidente che un atto amministrativo come un ordine di allontanamento sia da considerarsi un atto cd. "vincolato" o, per ragionare fuori dagli schemi, a "discrezionalità conseguente" stante il fatto che la discrezionalità, eventualmente presente, è nella contestazione della violazione amministrativa ex art. 9, comma 1 d.l. 14/2017 cui segue, *ope legis* («contestualmente all'accertamento della condotta illecita [...]», dice la norma) l'ordine di allontanamento.

A questo punto, appare palese l'applicabilità dell'art. 21 *octies* della L. 241/90 e occorre quindi chiedersi se, trattandosi di atto vincolato, sia realmente necessaria una motivazione che esuli dalla mera indicazione delle norme applicate e dai fatti che ne hanno costituito il presupposto. La risposta non può che essere che motivazioni più approfondite non sembrano richieste.

2. Rapporto tra allontanamento e tutela penale delle infrastrutture.

L'art. 9 d.l. 14/2017, nel disciplinare la violazione amministrativa di cui sopra, fa comunque salva la vigente normativa a tutela delle aree adibite al pubblico trasporto e relative pertinenze.

Si pone quindi una problematica, piuttosto sottile, sull'applicabilità della misura di prevenzione dell'ordine di allontanamento in sede di contestazione di queste altre normative.

Senza voler addentrarsi nel ginepraio di norme a tutela delle infrastrutture di pubblico trasporto, che si concludono financo con le norme del d.lgs. 66/1948 (il cd. blocco stradale nella sua parte penalmente e amministrativamente

rilevante) e nell'aspetto più squisitamente penalistico con le violazioni di cui all'art. 340 C.P. (interruzione di pubblico servizio) occorre chiedersi se in costanza di quelle violazioni sia comunque possibile applicare l'ordine di allontanamento.

Prioritariamente va escluso da questo discorso il dettato penalistico. Infatti, per il 340 C.P. (o nei casi gravissimi, l'art. 1 del d.lgs. 66/1948) l'ordine di allontanamento non ha necessità di essere applicato, stante il dettato dell'art. 55 C.P.P. e quindi la necessità di impedire che il reato venga portato ad ulteriori conseguenze.

Il problema si pone con riguardo a tutte quelle violazioni amministrative (spesso inserite in norme regionali o comunali) che riguardano il decoro e la sicurezza delle aree anche di pubblico trasporto. Si tratta in realtà di una lacuna normativa piuttosto evidente.

In prima istanza non si può non denotare come il legislatore abbia voluto esplicitamente citare, al comma 2 dell'art. 9, alcune altre fattispecie che evidentemente sono state ritenute rilevanti e che comportino quindi l'applicazione dell'ordine di allontanamento.

Pertanto se ne dovrebbe dedurre che altre violazioni, ancorchè nella medesima materia e per fatti attinenti, non dovrebbero comportare l'automatismo previsto tra violazione ed ordine di allontanamento.

Una soluzione del genere, tuttavia, appare quantomeno parzialmente irragionevole, specialmente guardando a quello che è o avrebbe voluto essere lo spirito della norma. Anche in questo caso un intervento, quantomeno ermeneutico, del legislatore, apparirebbe opportuno.

3. Il divieto di accesso a luoghi pubblici.

L'articolo 10, ai commi 2 e seguenti,⁹ prevede la seconda tipologia di misura di prevenzione introdotta dal d.l. 14/2017: il divieto di accesso.

⁹ Art. 10 c. 2-3-4: «Nei casi di reiterazione delle condotte di cui all'articolo 9, commi 1 e 2, il questore, qualora dalla condotta tenuta possa derivare pericolo per la sicurezza, può disporre, con provvedimento motivato, per un periodo non superiore a sei mesi, il divieto di accesso ad una o più delle aree di cui all'articolo 9, espressamente specificate nel provvedimento, individuando, altresì, modalità applicative del divieto compatibili con le esigenze di mobilità, salute e lavoro del destinatario dell'atto.

La durata del divieto di cui al comma 2 non può comunque essere inferiore a sei mesi, né superiore a due anni, qualora le condotte di cui all'articolo 9, commi 1 e 2, risultino commesse da soggetto condannato, con sentenza definitiva o confermata in grado di appello, nel corso degli ultimi cinque anni per reati contro la persona o il patrimonio. Qualora il responsabile sia soggetto minorenni, il questore ne dà notizia al procuratore della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni.

Esso si pone quale naturale sviluppo dell'ordine di allontanamento e misura di prevenzione a tutto tondo.

Il questore (ed ecco quindi che si vengono a sanare i dubbi sull'autorità emanante di un provvedimento in materia di sicurezza pubblica), vista la reiterazione nelle condotte di cui all'articolo 9 (ossia le reiterazioni nelle violazioni amministrative e nell'ordine di allontanamento) che abbiano comportato un pericolo per la sicurezza, può disporre un generico divieto di accesso alle stesse. Si tratta, come si è detto anche in passato di un succedaneo del DASPO per alcune aree urbane.

Elemento costitutivo del provvedimento non è però la sola reiterazione delle condotte in materia di sicurezza urbana di cui sopra. Occorre (ed evidentemente nella motivazione del provvedimento deve essere ben citato) che le violazioni abbiano comportato un pericolo per la sicurezza.

Si pone qui un altro interrogativo: di quale sicurezza si sta parlando qui? Si tratta della sicurezza pubblica di cui il questore è autorità provinciale tecnico/operativa oppure della sicurezza urbana di cui all'articolo 2 del decreto legge 14/2017?

Nonostante l'investitura del questore ad organo deputato ad emettere la misura lascerebbe pendere la bilancia per il concetto di sicurezza pubblica, un'interpretazione sistemica della norma – inserita in un decreto legge in materia di sicurezza urbana contenente peraltro la sua prima definizione – fa propendere per quest'ultima.

Il divieto di accesso è quindi una misura di prevenzione di durata non superiore a sei mesi e per la quale il questore può prevedere modalità di applicazione compatibili con le esigenze di mobilità, salute e lavoro del destinatario dell'atto. Esattamente il problema che si vedrà *infra* per l'ordine di allontanamento viene qui perfettamente risolto.

Per quanto concerne il concetto di reiterazione, appare qualche dubbio interpretativo se la stessa debba ritenersi, trattandosi di violazioni amministrative, quella definita dall'art. 8 bis della legge 689/1981 e, pertanto, racchiusa nei cinque anni dalla prima violazione. Evidentemente una violazione successiva ai cinque anni non potrebbe essere presa in considerazione per la proposta o l'emissione di un divieto di accesso.

Tuttavia, se di reiterazione ex art. 8 bis si dovesse trattare, andrebbe a quel punto applicato anche il disposto dall'art 8 bis comma 5 sulla non applicabilità della stessa in caso di pagamento in misura ridotta della sanzione, rendendo

In relazione al provvedimento di cui al comma 3 si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui all'articolo 6, commi 2-bis, 3 e 4, della legge 13 dicembre 1989, n. 401».

impossibile ai Questori l'emissione dei divieti di accesso in caso di pagamento in misura ridotta delle sanzioni amministrative previste per la violazione di cui all'art. 9 comma 1 e 2 (e quindi, lo si ricorda, anche le violazioni ex artt. 688 e 726 C.P. e le altre norme speciali richiamate). In concreto, il divieto di accesso andrebbe ad essere una misura particolarmente depotenziata visto l'altissimo numero di violazioni oblate in misura ridotta.

A questo punto, per sanare tale assurdo, andrebbe ritenuto che il divieto di accesso del questore, ponendosi quale misura di prevenzione personale, non derivi dalla reiterazione delle violazioni amministrative conseguenti le condotte, quanto dalla reiterazione degli ordini di allontanamento (si badi bene, non dalla reiterazione della violazione degli ordini di allontanamento, che è ben altra cosa), ma ci si rende ben conto che un'interpretazione simile significherebbe unicamente non voler prendere in considerazione il problema.

Una diversa interpretazione più letterale, invece, vedrebbe l'inapplicabilità del concetto di reiterazione di cui all'art. 8 bis L. 689/1981 vedendo nell'elemento fondante del divieto di accesso non la reiterazione delle violazioni, ma la reiterazione delle condotte. Questa scelta interpretativa, tuttavia, lascerebbe a questo punto la lacuna sulla durata del periodo di applicazione della reiterazione. Cinque anni per analogia o altro termine?

Un divieto di accesso aggravato (da sei mesi a due anni) è poi previsto per i soggetti che abbiano compiuto reiteratamente le condotte di cui agli articoli 9 commi 1 e 2 e che siano contestualmente già condannati nei cinque anni precedenti con sentenza passata in giudicato o confermata in appello per reati contro la persona o il patrimonio. Si tratta di un divieto aggravato (che peraltro, ai sensi del comma 5 dell'articolo 10 può anche essere disposto dal giudice in occasione di condanne per quelle tipologie di reati ai soli fini dell'applicazione della sospensione condizionale della pena) per il quale il legislatore ha previsto l'applicazione, in quanto compatibili, di alcune prescrizioni del più noto DASPO.¹⁰

¹⁰ Art. 6 commi 2 bis e ss. L. 401/1989: «La notifica di cui al comma 2 deve contenere l'avviso che l'interessato ha facoltà di presentare, personalmente o a mezzo di difensore, memorie o deduzioni al giudice competente per la convalida del provvedimento.

La prescrizione di cui al comma 2 ha effetto a decorrere dalla prima manifestazione successiva alla notifica all'interessato ed è immediatamente comunicata al procuratore della Repubblica presso il tribunale o al procuratore della Repubblica presso il tribunale per i minorenni, se l'interessato è persona minore di età, competenti con riferimento al luogo in cui ha sede l'ufficio di questura. Il pubblico ministero, se ritiene che sussistano i presupposti di cui al comma 1, entro quarantotto ore dalla notifica del provvedimento ne chiede la convalida al giudice per le indagini preliminari. Le prescrizioni imposte cessano di avere efficacia se il pubblico ministero con decreto motivato non avanza la richiesta di convalida entro il termine predetto e se il giudice non dispone la convalida nelle quarantotto ore successive.

4. Il divieto di accesso a luoghi pubblici per tossicodipendenti.

L'articolo 13¹¹ del d.l. 14/2017 introduce infine un'ulteriore misura di prevenzione, specifica nell'ambito degli stupefacenti.

Si prevede infatti la possibilità, per il questore, di emettere apposito divieto di frequentazione di alcuni determinati luoghi, a carico di soggetti, anche minorenni (con più di quattordici anni, evidentemente) già condannati (con sentenza passata in giudicato o quantomeno confermata in Appello) per reati inerenti gli stupefacenti negli ultimi tre anni.

Innanzitutto va chiarito immediatamente che la norma in questione non si riferisce alle condanne per reati in materia di stupefacenti *generaliter dictum*. La

Contro l'ordinanza di convalida è proponibile il ricorso per Cassazione. Il ricorso non sospende l'esecuzione dell'ordinanza».

¹¹ Art. 13 : «Nei confronti delle persone condannate con sentenza definitiva o confermata in grado di appello nel corso degli ultimi tre anni per la vendita o la cessione di sostanze stupefacenti o psicotrope, di cui all'articolo 73 del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, per fatti commessi all'interno o nelle immediate vicinanze di locali pubblici, aperti al pubblico, ovvero in uno dei pubblici esercizi di cui all'articolo 5 della legge 25 agosto 1991, n. 287, il questore può disporre, per ragioni di sicurezza, il divieto di accesso agli stessi locali o a esercizi analoghi, specificamente indicati, ovvero di stazionamento nelle immediate vicinanze degli stessi.

Il divieto di cui al comma 1 non può avere durata inferiore ad un anno, nè superiore a cinque.

Nei casi di cui al comma 1, il questore, nei confronti dei soggetti già condannati negli ultimi tre anni con sentenza definitiva, può altresì disporre, per la durata massima di due anni, una o più delle seguenti misure:

- a) obbligo di presentarsi almeno due volte a settimana presso il locale ufficio della Polizia di Stato o presso il comando dell'Arma dei carabinieri territorialmente competente; obbligo di rientrare nella propria abitazione, o in altro luogo di privata dimora, entro una determinata ora e di non uscirne prima di altra ora prefissata;
- b) divieto di allontanarsi dal comune di residenza;
- c) obbligo di comparire in un ufficio o comando di polizia specificamente indicato, negli orari di entrata ed uscita dagli istituti scolastici.

In relazione al provvedimento di cui al comma 3 si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui all'articolo 6, commi 2-bis, 3 e 4, della legge 13 dicembre 1989, n. 401.

I divieti di cui al comma 1 possono essere disposti anche nei confronti di soggetti minori di diciotto anni che hanno compiuto il quattordicesimo anno di età. Il provvedimento è notificato a coloro che esercitano la responsabilità genitoriale.

Salvo che il fatto costituisca reato, per la violazione dei divieti di cui ai commi 1 e 3 si applica, con provvedimento del prefetto, ai sensi della legge 24 novembre 1981, n. 689, la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 10.000 a euro 40.000 e la sospensione della patente di guida da sei mesi a un anno.

In sede di condanna per i reati di cui al comma 1 commessi all'interno o nelle immediate vicinanze di locali pubblici, aperti al pubblico, ovvero in uno dei pubblici esercizi di cui all'articolo 5 della legge 25 agosto 1991, n. 287, la concessione della sospensione condizionale della pena può essere subordinata all'imposizione del divieto di accedere in locali pubblici o pubblici esercizi specificamente individuati.»

dizione utilizzata, infatti, tende a voler limitare l'impatto di una misura di prevenzione, peraltro piuttosto incisiva di suo.

Innanzitutto a venire in esame risultano solamente le condanne ex art. 73 d.P.R. 309/1990 e non quelle riguardanti altri reati in materia di stupefacenti (si pensi al dettato normativo dell'art. 187 comma 7 del Codice della strada in materia di guida sotto effetto di stupefacenti o sostanze psicotrope). Tuttavia il dettato normativo è ancora più limitativo. Le condotte di cui all'art. 73 d.P.R. 309/1990 (evidentemente a nulla rileva se di fattispecie "piena" o attenuata – ex comma 5 o aggravata) che possono comportare, a seguito di condanna, l'emissione del provvedimento di divieto di frequentazione (e stazionamento) risultano perfettamente specificate e limitate anche temporalmente (solo nei tre anni precedenti) e spazialmente. Si tratta infatti delle sole condotte di "cessione" (evidentemente a qualsiasi titolo) e "vendita" avvenute all'interno o nei pressi di esercizi pubblici, aperti al pubblico, ovvero in uno dei pubblici esercizi di cui all'articolo 5 della legge 25 agosto 1991, n. 287 che comprendono quindi, tutti gli esercizi di ristorazione e somministrazione bevande, gli esercizi di somministrazione di dolci, latte e gelati, le sale da ballo, sale da gioco, locali notturni e stabilimenti balneari.

Appare chiaro l'intento del legislatore. Si vuole andare a colpire non qualunque reato in materia di stupefacenti, ma solo le fattispecie di spaccio che avvengano in determinati luoghi di aggregazione. È la volontà di "ripulire" gli esercizi pubblici dagli spacciatori.

Tra le condotte previste dall'art. 73, pertanto, non deve stupire che quelle di produzione, coltivazione, fabbricazione, estrazione, raffinazione, trasporto, di sostanze stupefacenti non siano contemplate; sicuramente invece lo sono quelle di vendita, offerta in vendita, cessione, distribuzione, procura, passaggio in transito, commercio e consegna per qualunque scopo. Di difficile interpretazione le condotte di invio o spedizione. Infatti ci si troverebbe ad avere la condizione che vede l'esercizio pubblico base di partenza o di arrivo di sostanze stupefacenti. A quel punto occorre far scattare la misura di prevenzione personale (a carico, oltre che di soggetti eventualmente coinvolti, anche del titolare stesso) o la misura di sospensione/revoca licenza ex art. 100 T.U.L.P.S.? O vi è la possibilità di un'applicazione congiunta?

Altra problematica sussiste qualora il soggetto condannato sia un dipendente o addirittura un titolare di un esercizio pubblico di quelli previsti. Nel caso del dipendente, di fatto, lo si priverebbe dell'attività lavorativa, mentre nel caso del titolare gli si impedirebbe la continuazione della stessa. Certo, apparirebbe

piuttosto irragionevole una misura di prevenzione personale come il divieto di accesso senza la contestuale revoca ex art. 100 T.U.L.P.S. della licenza. Tuttavia non vi è allo stato né un automatismo a riguardo né quantomeno una norma di coordinamento che invece apparirebbero opportune. Il d.l. 14/2017 tange effettivamente anche il dettato normativo dell'art. 100 T.U.L.P.S., ma per altre situazioni.

Il questore, quindi, in presenza dei presupposti, può imporre al soggetto, per un periodo compreso tra uno e cinque anni, di non frequentare o stazionare nei pressi degli «stessi locali o a esercizi analoghi, specificamente indicati». Pertanto nell'ordinanza applicativa devono essere elencati gli esercizi pubblici "vietati". Più di un dubbio lascia supporre la dizione sugli esercizi analoghi specificatamente indicati. Si tratta di un'indicazione esercizio per esercizio? Oppure, per tipologia?

Se, infatti, il divieto ad accedere all'interno proprio di quel locale dove è avvenuta la condotta di spaccio, appare piuttosto ragionevole e comprensibile (anche per motivi di carattere "mediatico", laddove si cerca di impedire che lo spacciatore possa tornare ad "operare" esattamente dove era stato individuato), meno comprensibile sarebbe una scelta "locale per locale" in quanto troppo facilmente ci si troverebbe di fronte a potenziali discriminazioni (perché quel bar lì sì e quell'altro no?), ad esclusioni determinate anche solo fortuitamente o addirittura al mero spostamento del locale/licenza che renderebbe inefficace il provvedimento.

Ecco a questo punto che apparirebbe più opportuna una limitazione che sia dettata dalla tipologia dell'esercizio pubblico e, da un punto di vista spaziale, a determinati comuni o aree ben definite. Non si può infatti ritenere ragionevole un provvedimento che preveda genericamente, per un periodo piuttosto lungo, l'esclusione dall'accesso a tutti gli esercizi pubblici di una provincia. L'impatto apparirebbe piuttosto sproporzionato.

Pertanto, qualora il soggetto sia condannato definitivamente, il questore al mero divieto può anche aggiungere (per un massimo di due anni) tutta una serie di divieti e/obblighi specifici quali la presentazione alla Polizia Giudiziaria a determinate ore/momenti della giornata, divieto di dimora in un determinato comune, obbligo di permanere in abitazione in determinati orari.

Appare poi interessante la scelta del legislatore di prevedere, nella violazione del divieto di accesso o degli obblighi accessori, una violazione amministrativa (emessa dal prefetto) con sanzione principale pecuniaria molto pesante (da

10.000 a 40.000 euro) e sanzione accessoria della sospensione della patente di guida da sei mesi ad un anno.

Questa scelta legislativa appare in assoluta controtendenza con le scelte effettuate in caso di violazione di divieti similari per contenuto (DASPO) o per fonte (foglio di via) che invece prevedono la sanzione penale. Non può non denotarsi che la scelta di non ricorrere allo strumento penalistico penalizza particolarmente l'applicazione della norma. Difficile infatti ritenere che uno spacciatore al minuto abbia infatti i mezzi economici necessari per soddisfare e pagare tale sanzione. L'unico vero effetto risulta nella sospensione patente che incide profondamente sulla mobilità.

In realtà non è la prima volta che il legislatore interviene nel senso di una misura di prevenzione che incida sugli spacciatori. Nel 2005 era stato introdotto l'art. 75 bis del d.P.R. 309/1990¹² che, seppur in modo più generalizzato e con alcune

¹² Art. 75 bis d.P.R. 309/1990: «Qualora in relazione alle modalità od alle circostanze dell'uso, dalla condotta di cui al comma 1 dell'articolo 75 possa derivare pericolo per la sicurezza pubblica, l'interessato che risulti già condannato, anche non definitivamente, per reati contro la persona, contro il patrimonio o per quelli previsti dalle disposizioni del presente testo unico o dalle norme sulla circolazione stradale, oppure sanzionato per violazione delle norme del presente testo unico o destinatario di misura di prevenzione o di sicurezza, può essere inoltre sottoposto, per la durata massima di due anni, ad una o più delle seguenti misure:

- a) obbligo di presentarsi almeno due volte a settimana presso il locale ufficio della Polizia di Stato o presso il comando dell'Arma dei carabinieri territorialmente competente;
- b) obbligo di rientrare nella propria abitazione, o in altro luogo di privata dimora, entro una determinata ora e di non uscirne prima di altra ora prefissata;
- c) divieto di frequentare determinati locali pubblici;
- d) divieto di allontanarsi dal comune di residenza;
- e) obbligo di comparire in un ufficio o comando di polizia specificamente indicato, negli orari di entrata ed uscita dagli istituti scolastici;
- f) divieto di condurre qualsiasi veicolo a motore.

Il questore, ricevuta copia del decreto con il quale è stata applicata una delle sanzioni di cui all'articolo 75, quando la persona si trova nelle condizioni di cui al comma 1, può disporre le misure di cui al medesimo comma, con provvedimento motivato, che ha effetto dalla notifica all'interessato, recante l'avviso che lo stesso ha facoltà di presentare, personalmente o a mezzo di difensore, memorie o deduzioni al giudice della convalida. Il provvedimento è comunicato entro quarantotto ore dalla notifica al giudice di pace competente per territorio in relazione al luogo di residenza o, in mancanza, di domicilio dell'interessato. Il giudice, se ricorrono i presupposti di cui al comma 1, dispone con decreto la convalida nelle successive quarantotto ore.

Le misure, su istanza dell'interessato, sentito il questore, possono essere modificate o revocate dal giudice di pace competente, qualora siano cessate o mutate le condizioni che ne hanno giustificato l'emissione. Le prescrizioni possono essere altresì modificate, su richiesta del questore, qualora risultino aggravate le condizioni che ne hanno giustificato l'emissione. In tal caso, con la richiesta di modifica, il questore deve avvisare l'interessato della facoltà prevista dal comma 2. Il ricorso per cassazione contro il provvedimento di revoca o di modifica non ha effetto sospensivo. Il decreto di revoca dei provvedimenti di cui all'articolo 75, adottato quando l'interessato risulta essersi sottoposto con esito positivo al programma di cui al comma 2 dell'articolo 75, è comunicato

diversità, partiva dai medesimi presupposti dell'attuale art. 13 d.l. 14/2017. La Corte Costituzionale, nel mese di aprile 2016, ha poi dichiarato l'incostituzionalità di quella norma ma non per vizi di carattere sostanziale, quanto per un vizio, se possiamo dire, meramente formale. La norma costituente l'art. 75 bis, infatti, era stata inserita in sede di conversione, in un decreto legge afferente le Olimpiadi invernali di Torino da tenersi di lì a poco. La Corte, come fatto per altre norme del medesimo decreto legge peraltro, non ha potuto far altro che giudicare la norma incostituzionale in quanto completamente estranea ai contenuti e finalità del decreto legge e quindi priva di quel carattere di omogeneità richiesto per le disposizioni di un singolo decreto legge.

Nessuna censura di merito, pertanto e quindi il legislatore, seppur ricalibrando il tiro e soffermandosi (forse proprio per evitare una censura simile in futuro) su condotte che avvengono in esercizi pubblici in aree urbane e, quindi, perfettamente compatibili con il decreto legge in cui sono inserite, ha potuto reinserire una misura di prevenzione personale in merito.

5. I problemi di costituzionalità delle misure di prevenzione introdotte.

Per quanto concerne eventuali dubbi di costituzionalità, essi in prima istanza vedono limitata la libertà di circolazione di cui all'art. 16 Cost. nonché alla omologa norma del T.U.E. e della C.E.D.U. Essenzialmente, comunque, entrambe le norme consentono limitazioni alla libertà di circolazione con riserva di legge e necessità, tra le altre, di sicurezza pubblica, laddove evidentemente ci si deve rifare anche al concetto di sicurezza urbana che, come detto, è per la prima volta esplicitato nell'art. 2 d.l. 14/2017.

Tuttavia con riguardo all'ordine di allontanamento si pone anche un'altra serie di interrogativi in ordine alla sua legittimità costituzionale in relazione non solo all'art 16 Cost. ma anche all' art. 34 Cost. (libertà di studio) e all'art. 41 Cost. (libertà di iniziativa economica privata), proprio in virtù della citazione delle aree scolastiche e delle aree ove il commercio è impedito. Pochi problemi in ordine

al questore e al giudice ai fini della revoca dei provvedimenti eventualmente emessi ai sensi del presente articolo. Il giudice provvede senza formalità.

Della sottoposizione con esito positivo al programma è data comunicazione al questore in relazione al disposto di cui al comma 8 dell'articolo 75.

Il contravventore anche solo ad una delle disposizioni del comma 1 del presente articolo è punito con l'arresto da tre a diciotto mesi.

Qualora l'interessato sia minorenne, competente a provvedere ai sensi dei commi da 2 a 4 è il tribunale per i minorenni, individuato in relazione al luogo di residenza o, in mancanza, di domicilio».

all'art. 41 che, come noto, rende possibile limitare la iniziativa economica privata in presenza di danno alla sicurezza.

Tuttavia ci si chiede cosa andrebbe a succedere se un soggetto ancora frequentante la scuola, venisse trovato, ad esempio, nell'atto di mangiare su un muro esterno dell'istituto¹³ (in violazione dell'art 726 C.P.) e sottoposto all'ordine di allontanamento? Non potrebbe frequentare la scuola per uno o due giorni? D'altra parte se venisse trovato nella zona potrebbe facilmente essere sottoposto alla sanzione amministrativa prevista per i contravventori all'ordine.

Oppure cosa accadrebbe se il titolare di un esercizio pubblico posto all'interno di un'area ex art. 9 commi 1 e 3 venisse trovato in stato di ubriachezza molesta nella medesima area? Non potrebbe andare a lavoro per le successive 48 ore? Appare giustificata dai motivi di sicurezza pubblica ed urbana la sua limitazione del diritto di circolazione e dell'iniziativa privata?

E cosa, infine, accadrebbe ad un residente in un'area ex art. 9 commi 1 e 3 trovato in violazione della norma e sottoposto ad ordine di allontanamento? Appare interessante qui notare che da una parte al cittadino potrebbe essere impedito il ritorno nella propria abitazione per 48 ore (e quindi in violazione della libertà di circolazione) ma se questi all'ordine di allontanamento rientrasse in casa propria, non ne potrebbe di fatto uscire per 48 ore. Quest'ultimo caso, peraltro, andrebbe ad incidere non sulla libertà di circolazione, ma sulla libertà personale ex art. 13 Cost. con la ovvia conseguenza dell'inesistenza di un provvedimento di un giudice che la sanzioni e quindi la palese illegittimità costituzionale.

Pertanto appare quantomeno illogico il motivo per cui quanto previsto per i divieti di accesso ex artt. 10 commi 2, 3 e 13 del decreto in ordine all'individuazione di modalità applicative dei divieti compatibili con le esigenze di mobilità, salute e lavoro del destinatario dell'atto, non sia stato esteso anche all'ordine di allontanamento che, di fatto, ne è un suo "sottoprodotto" contingibile, urgente ed immediato. L'organo accertatore della mancanza, nell'irrogazione dell'ordine di allontanamento, dovrebbe avere la possibilità di inserire nel medesimo atto particolari modalità applicative (supportate ovviamente da motivazioni) per ovviare a tale problematica.

Meno problematici, invece, i divieti di accesso e di frequentazione. Per il divieto di accesso, infatti, sana qualsiasi problematica la previsione delle modalità applicative. Per il divieto di frequentazione, invece, l'unica problematica

¹³ Evidentemente in un'area inserita dal Comune in quelle su cui vige l'articolo 9 d.l. 14/2017.

apparirebbe essere quella di contrasto con l'art. 41 Cost per cui però vale quando detto *supra* per l'ordine di allontanamento.

6. Le modifiche al codice antimafia e la creazione di un sistema gerarchico delle misure di prevenzione.

L'articolo 15 del d.l. 14/2017, poi incide direttamente, mediante l'introduzione di due modifiche, sul Codice Antimafia in materia di misure di prevenzione personali. La prima è la modifica all'art. 6 del d.lgs. 159/2011 laddove si prevede che, ai fini della verifica delle prescrizioni ed obblighi della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza possano essere disposte le modalità di controllo di cui all'articolo 275 bis del C.P.P. ossia il cd. "braccialetto elettronico".

Tale possibilità, tuttavia, è subordinata, oltre a motivazioni di carattere eminentemente tecnico ed economico (la disponibilità dei dispositivi) anche al consenso dell'interessato. Questa previsione, di fatto, affievolisce fino a rendere quasi inutile tale possibilità. Infatti anche nell'ambito processuale il soggetto può prestare o meno il suo consenso all'applicazione della modalità di controllo. Tuttavia l'articolo 275 bis C.P.P. chiarisce in modo lampante cosa possa accadere in caso di rifiuto del consenso: «Con lo stesso provvedimento il giudice prevede l'applicazione della misura della custodia cautelare in carcere qualora l'imputato neghi il consenso all'adozione dei mezzi e strumenti anzidetti». Vi è quindi, da parte del detenuto, uno specifico interesse a prestare il proprio consenso a pena di custodia in carcere. Nel caso della sorveglianza speciale, invece, non si comprende quale potrebbe essere l'interesse da parte di un soggetto sottoposto ad essere controllato da un dispositivo elettronico.

Con riguardo alla sua natura, occorre domandarsi se, in analogia a quanto già accaduto per l'applicazione dell'art. 275 bis C.P.P. in ambito processual-penalistico, si debba considerare la misura della sorveglianza speciale con braccialetto elettronico quale mera modalità di esecuzione della sorveglianza o vera e propria nuova misura. Si tratta, nel caso processual penalistico, di una considerazione che ha già visto numerose pronunce della Suprema Corte, quasi tutte orientate nel senso di considerare il braccialetto non una nuova misura cautelare. Per analogia anche nel caso della sorveglianza speciale, si dovrebbe ritenere, in ogni caso, che l'applicazione del braccialetto sia una mera modalità di applicazione ovvero, secondo quanto previsto dall'ultima sentenza della Corte

di Cassazione in materia¹⁴ una «modalità di verifica della capacità dell'indagato¹⁵ di autolimitare la propria libertà di movimento».

La seconda modifica è quella probabilmente quella più interessante dal punto di vista giuridico.

Infatti si va a modifica l'articolo 1 del d.lgs. 159/2011 che contiene i destinatari delle misure di prevenzione.

Il vecchio dettato normativo recitava: «I provvedimenti previsti dal presente capo si applicano a:

- a) coloro che debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi;
- b) coloro che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose;
- c) coloro che per il loro comportamento debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che sono dediti alla commissione di reati che offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica».

La modifica interviene proprio alla lettera c) del comma 1 articolo 1 laddove inserisce, dopo le parole "sulla base di elementi di fatto", le seguenti "comprese le reiterate violazioni del foglio di via obbligatorio di cui all'articolo 2, nonché dei divieti di frequentazione di determinati luoghi previsti dalla vigente normativa".

Una modifica normativa del genere, apparentemente inoffensiva o di mero raccordo, in realtà trasforma, o comunque finalmente definisce, un vero e proprio sistema gerarchico nelle misure di prevenzione.

Ogni misura di prevenzione, infatti, ha dei propri criteri di applicabilità, con dei destinatari ben precisi. Il sistema che emerge dopo la conversione del d.l. 14/2017 è un sistema gerarchico, ancorché non rigido, ove la violazione di una misura di prevenzione personale si pone quale presupposto (anche se non esclusivo) per la proposizione e/o l'emissione del provvedimento "superiore", sicuramente più incisivo. D'altra parte tale gerarchia delle misure la si evince anche dall'organo deputato all'emissione. Si va dall'organo accertatore (pur con le riserve di cui *supra*) per l'ordine di allontanamento, all'autorità di P.S. quale il questore per foglio di via obbligatorio, divieto di

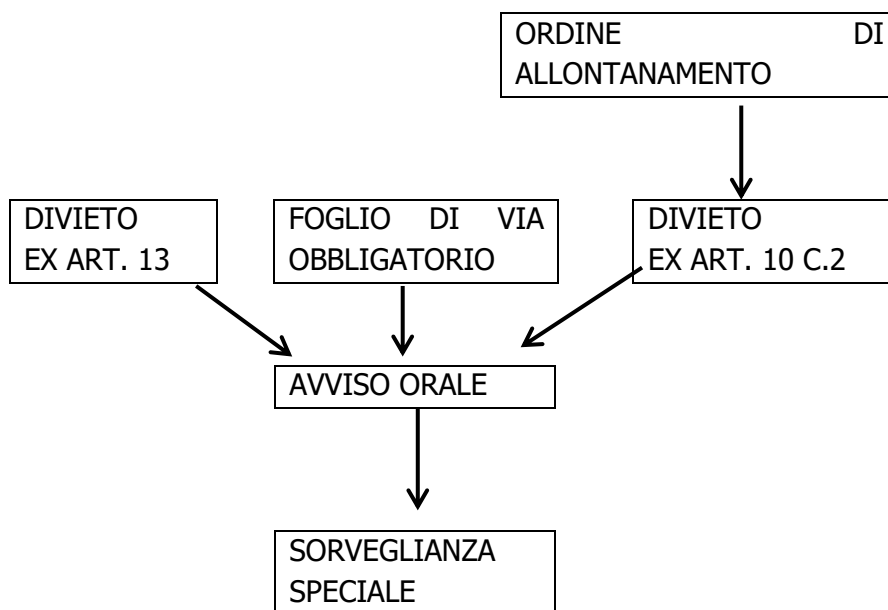
¹⁴ Corte di Cassazione, sentenza n. 39529/2015.

¹⁵ Leggi qui sottoposto.

accesso e avviso orale e autorità giudiziaria per la sorveglianza speciale di P.S.¹⁶

E' chiaro poi che ogni misura di prevenzione di più ampia incisività (avviso orale e sorveglianza speciale) abbia anche altre possibilità di emissione, anche in via diretta e senza la diretta violazione della misura sottostante.

Volendo schematizzare, il sistema che si va a creare può essere semplificato come segue:



Ma la creazione di un sistema gerarchico tra le misure di prevenzione, in realtà, nasconde anche un altro aspetto che merita quantomeno di essere citato. Infatti, con la definizione di sicurezza urbana, l'ordinamento giuridico italiano crea conseguentemente anche una categoria di soggetti. Se infatti ora, per l'emissione di una misura di prevenzione personale occorre il requisito necessario della pericolosità sociale (estrinsecatosi nelle condotte penalmente rilevanti già commesse, nei sospetti di commissione di similari condotte, in comportamenti spia¹⁷), adesso per alcune di esse (e specificatamente l'ordine di allontanamento e il divieto di accesso previsti nel decreto) si ha una gradazione di pericolosità diversa, relativa unicamente alla sicurezza urbana. Questa

¹⁶ Pur con tutte le riserve e le remore che, a seguito della sentenza cd. "De Tommaso" della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo stanno sorgendo su quest'ultima misura di prevenzione personale.

¹⁷ Es. il tenore di vita non proporzionato a quanto dichiarato.

gradazione, peraltro, ritorna nel fatto che, per poter emettere misure più incisive occorra una valutazione non sulla mera violazione della misura meno afflittiva, ma anche sulla pericolosità sociale. Pertanto, ad oggi, ai soggetti socialmente pericolosi si affiancano, in posizione certamente di livello inferiore, soggetti "urbanamente" pericolosi.

In conclusione il percorso avviato dal d.l. 14/2017 appare sicuramente molto interessante, innovativo e la norma può essere considerata sicuramente meritevole per aver provato a costruire un sistema unico preventivo. Quest'ultimo, pur con tutte le problematiche che sopra si è cercato di estrinsecare e che si spera possano essere sanate nel futuro, può veramente risultare (in combinato certamente con altri apparati legislativi) una pietra miliare nel contrasto alle problematiche di sicurezza urbana e sicurezza pubblica.

L'indole proteiforme del *ne bis in idem* Euro-unitario.

Di Vittoria DEL MERCATO*

SOMMARIO: **1.** L'assetto garantistico discendente dalle sollecitazioni provenienti dall'ordinamento convenzionale; **2.** *Ne bis in idem* e reati tributari; **3.** *Ne bis in idem* e disciplina sul *market abuse*; **4.** Il dialogo fra le Corti Supreme in ordine al criterio della *close connection*; **5.** Il percorso tracciato dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea; **6.** Considerazioni conclusive.

1.L'assetto garantistico discendente dalle sollecitazioni provenienti dall'ordinamento convenzionale.

Il principio del *ne bis in idem*, che ha tradizionalmente sintetizzato una pluralità di *rationes* convergenti su una connotazione processuale in quanto riconducibili alle esigenze di certezza ed economia dei giudizi, ha assunto negli ultimi tempi una valenza anche personalistica che ne ha determinato la proiezione verso una dimensione parzialmente sostanziale. Nel solco di tale processo evolutivo una spinta decisiva è derivata dalla elaborazione della giurisprudenza convenzionale e, conseguentemente, dall'incidenza che questa ha operato sul diritto unionale¹. La garanzia in questione è difatti espressamente riconosciuta ad un triplice livello, venendo sancita non solo nell'ordinamento nazionale dall'art. 649 c.p.p., ma anche a livello sovranazionale dall'art. 50 C.D.F.U.E., nonché dall'art. 4,prot.7, C.E.D.U. la cui interpretazione da parte della Corte E.D.U. è di immediata rilevanza ai fini della perimetrazione del corrispondente principio unionale, stante il disposto dell'art. 52 C.D.F.U.E. a tenore del quale i diritti contemplati dalla Carta devono essere tutelati in maniera almeno paritaria rispetto a quanto statuito dalla C.E.D.U..

E' opportuno *in primis* evidenziare come la profonda trasformazione che il divieto di *bis in idem* ha subito per effetto della giurisprudenza della Corte E.D.U. si colloca nell'alveo di una più ampia tendenza di innovazione del principio di legalità che si sostanzia in due distinti orientamenti; l'uno tendente alla valorizzazione dei suoi aspetti qualitativi, quali l'accessibilità e la prevedibilità

* Avvocato, specializzata in professioni legali.

¹ M.SANTISE-F.ZUNICA, *Coordinate ermeneutiche di diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 25 ss.

delle fonti legali e della relativa giurisprudenza², l'altro concernente l'estensione dell'ambito applicativo del principio in parola anche ad illeciti e sanzioni che non sono formalmente considerati penali in base al diritto interno, ma che rivestono siffatta natura sulla scorta delle coordinate elaborate dalla giurisprudenza convenzionale³.

Per quel che concerne tale ultimo profilo, l'ambito applicativo del principio di legalità di cui all'art.7, co. 1, C.E.D.U., si estende oltre i reati e le pene come formalmente intesi dal diritto interno, ricomprendendo tutte le norme e tutte le misure considerate intrinsecamente penali in base alla concezione autonomistica imperniata sui criteri Engel elaborati dalla Corte E.D.U. Tale concezione, avendo avuto rilevanza nell'individuare la portata applicativa della legalità, ha delimitato altresì l'area di ulteriori principi sanciti dalla C.E.D.U., conferendo loro una estensione differente rispetto a quelli corrispondenti previsti nell'ordinamento nazionale, si pensi alla irretroattività della norma penale sfavorevole⁴, alla colpevolezza, e per quel che concerne la materia in esame, al *ne bis in idem*⁵.

La giurisprudenza convenzionale ha sancito che ai fini del riconoscimento della natura sostanzialmente penale delle sanzioni sono rilevanti tre canoni: la qualificazione giuridica dell'illecito nel diritto nazionale, la natura dello stesso e il grado di severità della sanzione⁶. Ne consegue che alla concezione autonomistica si perviene prescindendo dalla denominazione formale e valorizzando i due ulteriori paramenti anzidetti⁷. In specie, la natura dell'illecito deve essere valutata sulla base di ulteriori sottocriteri quali: il tipo di comportamento sanzionato dalla norma, la struttura della stessa, la proiezione comparativistica della violazione⁸, le eventuali regole procedurali cui l'illecito

² A. BERNARDI, *Commento sub art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in S. BARTOLE-B. CONFORTI-G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, Cedam, 2001, pp. 252-253.

³ *Ex plurimis* cfr. Schubert c. Belgio 28.11.1999: "in ogni caso la nozione di pena contenuta nell'art. 7 della Convenzione come quella di accusa in materia penale che figura nell'art. 6 hanno portata autonoma... la Corte non è vincolata dalle qualificazioni del diritto interno, che hanno valore relativo".

⁴ V. MAIELLO, *Confisca, C.E.D.U. e diritto dell'Unione tra questioni irrisolte ed altre ancora aperte*, in *Diritto penale contemporaneo-Rivista trimestrale*, III-IV, 2012, pp. 15 e ss.; A. CADOPPI, *Il principio di irretroattività*, in *Introduzione al sistema penale*, a cura di G. INSOLERA, N. MAZZOCUVA, M. PAVARINI, D. ZANOTTI, vol. I, Torino, 1997, p. 176.

⁵ R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale*, Roma, Neldiritto, 2017, pp. 388 ss..

⁶ *Ibidem*.

⁷ C.G.U.E., G. S., 26.03.2013, nella causa C-617/10, Aklagaren c. Hans Akelberg Fransson.

⁸ C.G.U.E., 21 febbraio, 1984, Ozturk c. Germania, Sertie A n. 73, par. 53; in dottrina, C. E. PALIERO, *Materia penale e illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo: una questione classica a una svolta radicale*, in *Riv. It. dir. proc. pen.* 1985, p. 912.

risulta assoggettato⁹, la qualifica dei soggetti attivi. Con riguardo all'ulteriore canone rappresentato dalla gravità della sanzione occorre evidenziare che tale coefficiente è deducibile attraverso la valutazione delle caratteristiche tipologiche della sanzione stessa, dal suo *quantum*¹⁰, dai suoi scopi preventivi e repressivi¹¹, dalle relative modalità d'esecuzione.

Pertanto, sulla scorta di tali criteri deve essere valutata la natura penale di un procedimento o di una sanzione rispetto a normative nazionali che contemplano sistemi definiti a *doppio binario* connotati dalla possibilità di avviare due distinti procedimenti, qualificati l'uno come amministrativo e l'altro come penale, a fronte della medesima infrazione. In tali ipotesi la Corte E.D.U. ha ritenuto che occorre verificare se, in base alla natura dell'illecito stigmatizzato e alla finalità della sanzione irrogata, il procedimento amministrativo possa essere considerato solo formalmente tale, rivestendo invece dal punto di vista sostanziale natura penale, poiché in tal caso è stato in un primo momento ritenuto che operasse la preclusione del *ne bis in idem* in modo automatico.

Tuttavia, la stessa Corte Europea con la sentenza *A e B c. Norvegia* ha successivamente mutato prospettiva prediligendo un approccio casistico improntato sull'analisi di determinati indici sintomatici, allineandosi in tal senso all'orientamento registrato dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea che nella sentenza *Fransson* aveva ritenuto che l'efficacia del *ne bis in idem* è subordinata ad una verifica del carattere effettivo, proporzionato e dissuasivo delle sanzioni applicate, ma non risolvendo le incertezze che tale assetto ermeneutico generano sul piano applicativo.

Inoltre, la profonda trasformazione subita dal principio del *ne bis in idem* per effetto delle istanze provenienti dall'ordinamento sovranazionale ha riguardato non solo la qualificazione di una misura come avente natura sostanzialmente penale, ma anche il concetto di *idem factum*. Al riguardo è stato tradizionalmente ritenuto che per medesimo fatto bisognasse intendersi il risultato della combinazione degli elementi costitutivi del reato, ossia la condotta, l'evento e il nesso causale, considerati non solo nella dimensione storico naturalistica, ma

⁹ C.G.U.E., 2 settembre 1998, Lauko c. Slovenia, in *Raccolta*, 1998, par. 53; Commissione, dec. 8 ottobre 1980, X c. Regno Unito, D.R. 21, 175, par. 2 in fine.

¹⁰ C.G.U.E., 8 giugno 1976, Engel c. Olanda, cit., par. 82, co. 4; Opinione della Commissione allegata alla sent. 28 giugno 1984, Campbell e Fell c. Regno Unito, Serie A n. 80, pp. 66 e ss..

¹¹ C.G.U.E., 8 giugno 1976, Engel c. Olanda, cit., par. 79, co. 2.

anche in quella astrattamente giuridica, potendo una medesima condotta violare più disposizioni di legge¹².

In forza di tale valutazione astratta si riteneva che la preclusione di cui all'art. 649 c.p.p. non potesse essere invocata ogni volta che il fatto, in relazione al quale fosse già intervenuta una pronuncia irrevocabile, avesse configurato una ipotesi di concorso formale di reati, poiché la fattispecie avrebbe potuto essere esaminata sotto il profilo di una diversa violazione di legge, salvo il limite che il secondo giudizio fosse logicamente incompatibile con il primo¹³.

Tale impostazione è stata sconfessata dalla più recente giurisprudenza della Suprema Corte e il mutamento di prospettiva è da ascrivere alle sollecitazioni provenienti dall'ordinamento C.E.D.U. di cui viene richiamata la sentenza *Zolotukhine c. Russia* e, successivamente, la sentenza *Lucky Dev contro Svezia* che hanno fornito una precisa interpretazione dal concetto di stesso fatto, riaffermando il consolidato orientamento della giurisprudenza europea nel senso di dovere apprezzare l'*idem factum* in virtù di circostanze fattuali concrete inscindibilmente legale nel tempo e nello spazio.

Nell'accogliere tali coordinate la Suprema Corte nel caso *Eternit bis*¹⁴ ha dichiarato illegittimo l'art. 649 c.p.p. per contrasto con l'art. 117 Cost., in riferimento all'art. 4, Prot. 7, C.E.D.U., ritenendo che la persona già giudicata in via definitiva in un processo penale non possa trovarsi imputata per il medesimo fatto che deve essere inteso in senso storico, precisando che alla definizione concreta dell'*idem factum* concorrono non solo la condotta, ma anche l'evento ed il nesso causale¹⁵.

La Cassazione ha, pertanto, ritenuto l'illegittimità dell'art. 649 c.p.p. nella parte in cui alla luce del diritto vivente veniva esclusa l'identità del fatto per la sola circostanza dell'esistenza di un concorso formale di reati. Al riguardo è stato evidenziato che lo stesso fatto può dare luogo ad un concorso formale di reati in base ad una valutazione astratta, ma ai fini dell'operatività del ne bis in idem,

¹² Cass., sez. I, 21 aprile 2006-9 giugno 2006 n. 19787; Cass., sez. VI, 8 novembre 1996-24 gennaio 1997 n. 459; Cass., sez. II, 18 gennaio 2005-4 marzo 2005, n. 8697, Cass. sez. IV, 20 febbraio 2006-5 maggio 2006 n. 15578.

¹³ Cfr. *ex plurimis* Cass., sez. IV, 2 aprile 2004,-7 giugno 2004 n. 25305; Cass., sez. VI, 24 maggio 2000-20 ottobre 2000, n. 10790; Cass., sez. I, 18 maggio 2004-18 giugno 2004 n. 27717; Cass. sez. III, 15 aprile 2009-17 giugno 2009, n. 25141.

¹⁴ Corte Cost., 21.7.2016, n. 200.

¹⁵ *Ibidem*, par. 4, sulla sentenza *Zolotukhine c. Russia*.

il medesimo fatto deve essere considerato secondo una valutazione concreta e sostanziale¹⁶.

Siffatto impianto garantistico in ordine all'interpretazione del *ne bis in idem* ha avuto notevoli ricadute applicative nei diversi settori dell'ordinamento giuridico nazionale connotati dal doppio binario sanzionatorio, in specie con riguardo alla materia dei reati tributari, nonché del *market abuse* e, dunque, delle ipotesi di manipolazione di mercato e abuso di informazioni privilegiate.

2. *Ne bis in idem* e reati tributari.

In materia tributaria il quadro normativo di riferimento è da ascrivere con riguardo all'illecito amministrativo all'art. 13 d.lgs. n. 471/1997 che commina in caso di omesso versamento dell'iva una sanzione amministrativa pari al trenta per cento di ogni importo non versato¹⁷; mentre, per quel che concerne l'illecito penale, viene in considerazione l'art. 10-ter d.lgs. n. 74/2000 che prevede il reato di omesso versamento annuale nei termini di legge¹⁸.

Appare evidente come il reato di cui all'art. 10 ter d.lgs. n. 74/2000 implichi il compimento dell'illecito amministrativo con la conseguenza che l'intero impianto normativo appare orientato al principio del doppio binario sanzionatorio. Il problema del cumulo delle sanzioni sul piano sostanziale può essere risolto attraverso il principio di specialità¹⁹ così come sancito, con specifico riferimento alla materia tributaria, dall'art. 19 del d.lgs. n. 74/2000 che però non esclude che possano avviarsi e svolgersi due distinti procedimenti.

¹⁶ S.ZIRULIA, *Ne bis in idem: la Consulta dichiara l'illegittimità dell'art. 649 c.p.p. nell'interpretazione datane dal diritto vivente italiano (ma il processo Eternit bis prosegue)*, in *Dir. pen. cont.*, 24 luglio 2016; P. FERRUA, *La sentenza costituzionale sul caso Eternit: il ne bis in idem tra diritto vigente e diritto vivente*, in *Cass. pen.*, 2017, pp. 60 e ss..

¹⁷ L'art. 13 d.lgs. n. 471/1997 stabilisce che: "Chi non esegue, in tutto o in parte, alle prescritte scadenze, i versamenti in acconto, i versamenti periodici, il versamento di conguaglio o a saldo dell'imposta risultante dalla dichiarazione, detratto in questi casi l'ammontare dei versamenti periodici e in acconto, ancorché non effettuati, è soggetto a sanzione amministrativa pari al 30% di ogni importo non versato, anche quando, in seguito a correzione degli errori materiali o di calcolo rilevati in sede di controllo della dichiarazione annuale, risulti una maggiore imposta o una minore eccedenza detraibile. Per i versamenti effettuati con ritardo non superiore a quindici giorni, la sanzione di cui primo periodo, oltre a quanto previsto dal co. 1 dell'art. 13 del d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 472, è ulteriormente ridotta ad un importo pari ad un quindicesimo per ciascun giorno di ritardo [...]".

¹⁸ L'art. 10-ter d.lgs. n. 74/2000 prevede che: "la disposizione di cui all'art. 10-bis si applica, nei limiti ivi previsti, anche a chiunque non versa l'imposta sul valore aggiunto, dovuta in base alla dichiarazione annuale, entro il termine per il versamento dell'acconto relativo al periodo di imposta successivo".

¹⁹ P.RUSSO, *Il principio di specialità ed il divieto di ne bis in idem alla luce del diritto comunitario*, in *Rass. Dir. trib.*, fasc. 1/2016, pp. 25 e ss..

Sul punto occorre sottolineare che secondo le Sezioni Unite della Corte di Cassazione fra l'illecito amministrativo di cui all'art. 13 d.lgs. n. 471/1997 e quello penale di cui all'art. 10-*bis* del d.lgs. n. 74/2000 non sussiste un rapporto di specialità, ma di progressione criminosa²⁰. Ciò nonostante, a prescindere dalla configurazione o meno del rapporto di specialità, si mira a scongiurare il possibile cumulo sostanziale attraverso un peculiare meccanismo di sospensione della riscossione della sanzione amministrativa fino alla definizione del giudizio penale²¹. In specie ai sensi dell'art. 21 d.lgs. n. 74/2000 è possibile l'esecuzione della stessa solo se all'esito del giudizio penale sia stato pronunciato un provvedimento di archiviazione o una sentenza irrevocabile di assoluzione o di proscioglimento con formula che esclude la rilevanza penale del fatto²².

È possibile, pertanto, escludere la configurabilità del *bis in idem* sostanziale, ma non del doppio binario sanzionatorio sul piano processuale che si evince dalla previsione di cui all'art. 20 d.lgs.n. 74/2000 circa l'autonomia del procedimento amministrativo e di quello penale aventi ad oggetto i medesimi fatti dal cui accertamento dipende la relativa definizione degli stessi²³.

Pertanto, gli artt. 19, 20 e 21 del d.lgs. n. 74/2000 prevengono sul piano sostanziale la duplicazione delle sanzioni²⁴, ma postulano sul piano processuale che il giudizio penale debba essere celebrato nonostante la definitività della sanzione amministrativa già inflitta, benché sospesa dall'esecuzione. La normativa vigente presuppone una fisiologica duplicazione dell'attività procedimentale che dà vita ad un *bis in idem* processuale, essendo possibile procedere nuovamente per il medesimo fatto già oggetto di un procedimento di

²⁰ Cfr. Corte Cass., SS.UU., 28. 03. 2013, n. 37424, in particolare è stato affermato che *"Il reato di omesso versamento dell'imposta sul valore aggiunto (art. 10 ter d.lgs. n. 74 del 2000), che si consuma con il mancato pagamento dell'imposta dovuta in base alla dichiarazione annuale, per un ammontare superiore ad euro cinquantamila, entro la scadenza del termine per il pagamento dell'acconto relativo al periodo di imposta dell'anno successivo, non si pone in rapporto di specialità ma di progressione illecita con l'art.13, comma primo, d.lgs. n. 471 del 1997, che punisce con la sanzione amministrativa l'omesso versamento periodico dell'imposta entro il mese successivo a quello di maturazione del debito mensile IVA, con la conseguenza che al trasgressore devono essere applicate entrambe le sanzioni"*.

²¹ V.NAPOLEONI, *I fondamenti del nuovo diritto penale tributario*, Milano, 2000, pp. 275 ss.; P.RUSSO, *Il principio di specialità ed il divieto del ne bis in idem alla luce del diritto comunitario*, op. cit., pp. 25 ss..

²² *Ibidem*.

²³ M.DOVA, *Ne bis in idem e reati tributari: una questione ormai ineludibile*, in *Dir. pen. cont.*, 11 dicembre 2014; M. DOVA, *Ne bis in idem in materia tributaria: prove tecniche di dialogo tra legislatori e giudici nazionali e sovranazionali*, in *Dir. pen. cont.*, 5 giugno 2014.

²⁴ A.IORIO, *I nuovi reati tributari*, Milano, 2015, p. 122.

altra natura, anche se quest'ultimo è già stato definito²⁵. Tale assetto in definitiva scongiura solo la possibilità che in capo al medesimo soggetto e in ordine al medesimo fatto si cumulino sanzione penale e amministrativa, ma non che sia avviato un procedimento penale dopo che sia stata comminata una sanzione amministrativa in via definitiva²⁶.

Le tensioni in ordine alla compatibilità con l'evoluzione giurisprudenziale dell'ordinamento sovranazionale hanno riguardato il complesso sistema delineato dalle disposizioni di cui agli artt. 19, co. 1, e 21, co. 2, del d.lgs. n. 74/2000 che si porrebbero in contrasto con il principio del *ne bis in idem* processuale così come sancito dall'art. 4, Prot. 7, C.E.D.U. e dall'art. 50 C.D.F.U.E.²⁷.

Al riguardo occorre evidenziare che la Corte di Giustizia nella causa *Fransson*²⁸ ha ritenuto che una combinazione di sanzioni amministrative e penali per le medesime violazioni in materia di obblighi dichiarativi sia astrattamente compatibile con il principio del *ne bis in idem*, salvo che la sanzione amministrativa non debba essere in concreto ritenuta di natura penale all'esito della valutazione rimessa al giudice nazionale.

La Corte E.D.U. nella causa *Nykanen*²⁹ ha ritenuto che deve essere considerata di natura penale la sovrattassa applicata in sede amministrativa e divenuta definitiva prima dell'instaurazione del procedimento penale per frode fiscale conclusosi con sentenza di condanna a pena detentiva.

Inoltre, la Corte E.D.U. nella causa *Lucky Dev*³⁰ ha fornito una precisa interpretazione dal concetto di stesso fatto riaffermando i criteri già elaborati nel noto caso *Zolotukhin*³¹ secondo cui il punto di riferimento non deve essere

²⁵ Corte Cost. n. 43/2018.

²⁶ Occorre tuttavia evidenziare come tale sistema normativo, volto ad evitare il cumulo sostanziale delle sanzioni, presenta in ogni caso al suo interno una insanabile contraddizione in quanto l'art. 13, co. 2, d.lgs. n. 74/2000 prevede che nel giudizio penale la concessione della circostanza attenuante dell'avvenuto pagamento prima della dichiarazione di apertura del dibattimento del debito tributario deve essere comprensiva della sanzione amministrativa; in tal modo si sollecita il contribuente al pagamento anche di quest'ultima, configurando un cumulo sanzionatorio e, dunque, una ipotesi di bis in idem sostanziale, cfr. *Ibidem*.

²⁷ M.DOVA, *Ne bis in idem in materia tributaria: prove tecniche di dialogo tra legislatori e giudici nazionali e sovranazionali*, op.cit.; M.DOVA *Ne bis in idem e reati tributari: una questione ormai ineludibile*, op. cit.; M.CAIANIELLO, *Ne bis in idem e illeciti tributari per omesso versamento dell'IVA: il rinvio della questione alla Corte Costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 18 maggio 2015, pp. 1 ss..

²⁸ C.G.U.E., G.S., 26.02.2013, nella causa C-617/10, Aklagaren c. Hans Akelberg Fransson.

²⁹ Corte E.D.U., 25.05.2014, Nykanen c. Finlandia, ric. n. 11828/11.

³⁰ Corte E.D.U., 27.11.2014, Lucki Dev c. Svezia, ric. n. 7356/10.

³¹ Corte E.D.U., Grande Camera, 10.02.2009, Zolotukhin c. Russia, ric. n. 14939/03.

l'astratta previsione normativa, ma il fatto concreto, concludendo che il procedimento tributario e quello penale che si riferiscano al medesimo periodo temporale e allo stesso ammontare debbano essere considerati come *idem factum* ai sensi dell'art. 4, Prot. 7, C.E.D.U.

Orbene, alla luce delle suesposte coordinate si è discusso in ordine alla compatibilità delle stesse rispetto alla disciplina nazionale di riferimento che eviterebbe unicamente il cumulo di sanzioni penali ed amministrative, ma non impedirebbe l'instaurazione di due distinti procedimenti per gli stessi fatti, con la conseguenza che assicurerebbe solo il *ne bis in idem* sostanziale e non quello, tutelato espressamente dalla Convenzione, di matrice processuale.

Il tribunale di Bologna³² nell'aprile 2015 sollevava questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 117, co. 1, Cost., in riferimento al parametro interposto costituito dall'art. 4, Prot. n. 7, C.E.D.U, dell'art. 649 c.p.p., in relazione all'art. 10 *ter* del d.lgs. n. 74/2000, nella parte in cui non prevede l'applicabilità del divieto di un secondo giudizio nel caso in cui all'imputato sia già stata comminata, per il medesimo fatto e nell'ambito di un procedimento amministrativo, una sanzione alla quale debba riconoscersi natura penale ai sensi della C.E.D.U. e dei relativi Protocolli.

La Corte Costituzionale³³ ha ordinato la restituzione degli atti al tribunale di Bologna in considerazione della sopravvenienza normativa costituita dal d.lgs. n. 158/2015 che ha profondamente innovato da un punto di vista sistematico il rapporto fra illeciti penali e amministrativi in questione. In particolare, è stata introdotta una causa di non punibilità per l'ipotesi del pagamento dell'imposta dovuta e delle sanzioni amministrative, per cui in relazione a tali innovazioni sistematiche spetta al giudice rimettente valutarne le complesse ricadute nel giudizio a quo specie in termini di rilevanza³⁴.

Anche il tribunale di Monza³⁵ con ordinanza del giugno 2016, aveva sollevato questione di legittimità costituzionale, in riferimento all'art. 117, co. 1, Cost. in relazione all'art. 4, Prot. n. 7, C.E.D.U., dell'art. 649 c.p.p. nella parte in cui non prevede l'applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio nei confronti dell'imputato al quale con riguardo agli stessi fatti sia stata già irrogata in via definitiva nell'ambito di un procedimento amministrativo una sanzione di

³² Trib. Bologna, ord. 21 aprile 2015, reg. ord. n. 136.

³³ Corte Cost, ord. 8 marzo 2016, n. 102.

³⁴ Corte Cost, ord. 20 maggio 2016, n. 112.

³⁵ Trib. Monza, ord. 30 giugno 2016, reg. ord. n. 2401.

carattere sostanzialmente penale ai sensi della elaborazione giurisprudenziale della Corte E.D.U..

Inoltre, il tribunale di Bergamo³⁶, con ordinanza del settembre 2015, aveva richiesto una pronuncia pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, al fine di chiarire se, sulla scorta della giurisprudenza comunitaria, l'art. 50 C.D.F.U.E. interpretato alla luce dell'art. 4 Prot. n. 7 C.E.D.U., osti alla possibilità di celebrare un procedimento penale avente ad oggetto un medesimo fatto per cui il medesimo soggetto abbia riportato una sanzione definitiva irrevocabile avente natura penale alla luce dei criteri *Engels*³⁷.

Tuttavia il successivo mutamento di prospettiva intervenuto con la sentenza *A e B c. Norvegia* ha avuto una peculiare rilevanza anche per quel che concerne il rapporto fra ordinamento convenzionale e comunitario, ridimensionando la discrasia che ha tradizionalmente connotato l'interpretazione data al medesimo principio del *ne bis in idem* e incidendo sulla possibilità della disapplicazione della normativa interna contrastante con il diritto unitario³⁸.

3. *Ne bis in idem* e disciplina sul *market abuse*.

Nell'ordinamento nazionale sino al 2005 le figure dell'abuso di informazioni privilegiate e manipolazioni di mercato erano sanzionate esclusivamente in sede penale come delitti ai sensi degli artt. 184 e 185 del Testo Unico della Finanza–T.U.F. (d.lgs. n. 58 del 1998). Successivamente con la legge 18 aprile del 2005 n. 62 attuativa della direttiva 2003/6/CE (*Market Abuse Directive*-MAD)³⁹ ai predetti delitti sono stati affiancati due paralleli illeciti amministrativi, previsti

³⁶ Trib. Bergamo, ord. 28 settembre 2015, reg. ord. n. 872.

³⁷ F.VIGANÒ, *Ne bis in idem e omesso versamento dell'IVA: la parola alla Corte di Giustizia*, in *Dir. pen. cont.*, 28 settembre 2015.

³⁸ F.VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in *Dir. pen. cont.*, 18 novembre 2016.

³⁹ Il diritto unionale in materia di abusi di mercato è stato di recente innovato attraverso il regolamento n. 596/2014 che ha riconosciuto agli stati membri la facoltà di decidere di non comminare sanzioni amministrative per gli abusi già soggetti a sanzioni penali. Analogamente la direttiva 2014/57/UE, nel prevedere l'obbligo degli Stati membri di comminare sanzioni penali per le ipotesi più gravi di abusi di mercato, permette, ma non impone, di aggiungervi una sanzione amministrativa in linea con quanto statuito dal regolamento 596/2014, cfr. F.MUCCIARELLI, *La nuova disciplina eurounitaria sul market abuse: tra obblighi di criminalizzazione e ne bis in idem*, in *Dir. pen. cont.*, 17 settembre 2015, fasc. 4/2015, pp. 295 ss..

rispettivamente dagli artt. 187 *bis*⁴⁰ e *ter* del novellato T.U.F.⁴¹, descritti in maniera sovrapponibile ai corrispondenti delitti e, dunque, con una formulazione in grado di ricomprendere, di fatto, l'omologa fattispecie penale.

Sul punto occorre evidenziare come la sovrapposizione dell'ambito applicativo di ciascun delitto con il corrispondente illecito amministrativo è contemplata dalla clausola di apertura degli artt. 187 *bis* e *ter* che, nel comminare la sanzione amministrativa, fanno salva l'applicazione di sanzioni penali quando il fatto costituisce reato, consentendo da un punto di vista anche sostanziale il cumulo delle due sanzioni. In chiave processuale il doppio binario sanzionatorio emerge dal disposto di cui all'art. 187 *duodecies*, co. 1, T.U.F. che stabilisce che il procedimento amministrativo di accertamento e il procedimento di opposizione non possono essere sospesi per la pendenza del procedimento penale avente ad oggetto i medesimi fatti o fatti dal cui accertamento dipende la relativa definizione⁴².

Tale disciplina è stata stigmatizzata dalla Corte E.D.U. in quanto contrastante con il principio del *ne bis in idem*, di cui all'art. 4, prot. 7, C.E.D.U., che vieta di perseguire o giudicare una persona per un secondo illecito nella misura in cui alla base di quest'ultimo vi siano i medesimi fatti. In tale contesto si inserisce la sentenza *Grande Stevens*⁴³ che censura specificamente l'ordinamento italiano per avere previsto un sistema a doppio binario sanzionatorio nel settore degli abusi di mercato.

Le censure muovono dall'assunto secondo cui, sulla scorta dei criteri *Engel*, la valutazione della natura penale di un procedimento o di una sanzione deve essere effettuata non solo in base alla qualificazione giuridica dell'illecito nel diritto nazionale, ma anche alla finalità repressiva e alla severità della sanzione

⁴⁰ La disposizione prevede che "*Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro ventimila a euro tre milioni chiunque, essendo in possesso di informazioni privilegiate in ragione della sua qualità di membro di organi di amministrazione, direzione o controllo dell'emittente, della partecipazione al capitale dell'emittente, ovvero dell'esercizio di un'attività lavorativa, di una professione o di una funzione, anche pubblica, o di un ufficio [...]*".

⁴¹ L'art. 187-*ter* T.U.F. stabilisce che "*salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro ventimila a euro cinque milioni chiunque, tramite mezzi di informazione, compreso internet o ogni altro mezzo, diffonde informazioni, voci o notizie false o fuorvianti che forniscano o siano suscettibili di fornire indicazioni false ovvero fuorvianti in merito agli strumenti finanziari*".

⁴² F.VIGANÒ, *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore italiano*, in *Dir. pen. cont.*, pp. 195 ss..

⁴³ *Grande Stevens* c. Italia, 4 marzo 2014., ric. n. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10.

in cui l'interessato rischia di incorrere⁴⁴. Quanto alla valutazione dell'*idem factum* la giurisprudenza sovranazionale ritiene possibile configurare una identità di fatti materiali, intesi come esistenza di un insieme di circostanze fattuali inscindibilmente collegate fra loro nel tempo e nello spazio in forza di una valutazione da effettuarsi in concreto⁴⁵.

Alla luce dei suesposti principi si è discusso in ordine alla possibilità di pervenire ad una interpretazione costituzionalmente orientata della normativa nazionale di riferimento. Tuttavia tale possibilità è stata esclusa in quanto il tenore letterale dell'incipit⁴⁶ delle disposizioni in esame e il meccanismo compensativo previsto dall'art. 187 *terdecies*⁴⁷ sarebbero compatibili soltanto con un cumulo di sanzioni penali e amministrative. Allo stesso modo l'art. 649 c.p.p. si pone all'interno di un sistema di strumenti volti a prevenire lo svolgimento di più procedimenti per il medesimo fatto riferibili alla sola autorità giudiziaria penale.

Essendo preclusa una interpretazione costituzionalmente orientata per i motivi anzidetti, in materia di manipolazione di mercato nel caso *Garlsson* la Corte di Cassazione ha sollevato questione di legittimità costituzionale, per violazione dell'art. 117, co. 1, Cost., in relazione all'art. 4, Prot. n. 7, C.E.D.U., dell'art. 187-*ter*, co. 1, T.U.F. nella parte in cui ammette il doppio binario sanzionatorio, prevedendo nell'incipit la dicitura "salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato" anziché "salvo che il fatto costituisca reato"⁴⁸.

In via subordinata la Suprema Corte ha sollevato questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 117, co. 1, Cost., in relazione all'art. 4, Prot. n. 7, C.E.D.U., dell'art. 649 c.p.p. nella parte in cui non prevede l'applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio al caso in cui l'imputato sia stato giudicato, con provvedimento irrevocabile, per il medesimo fatto nell'ambito di un procedimento amministrativo per l'applicazione di una sanzione alla quale debba riconoscersi natura penale ai sensi della giurisprudenza della Corte E.D.U.⁴⁹.

⁴⁴ E.FUSCO, *La tutela del mercato finanziario tra normativa comunitaria, ne bis in idem e legislazione interna*, in *Dir. pen. cont.*, pp. 1 ss.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ Cfr. note 41-42.

⁴⁷ La norma recita: "Quando per lo stesso fatto è stata applicata a carico del reo o dell'ente una sanzione amministrativa pecuniaria...la esazione della pena pecuniaria e della sanzione pecuniaria dipendente da reato è limitata alla parte eccedente quella riscossa dall'Autorità amministrativa".

⁴⁸ Cass., ord. 15 gennaio 2015, n. 38.

⁴⁹ In ordine a tale ultima questione è stato evidenziato dalla stessa Corte rimettente che il suo accoglimento potrebbe generare una grave incongruenza sistematica perché troverebbe applicazione la sanzione inflitta cronologicamente per prima in via definitiva, a seconda delle contingenze delle singole vicende processuali. Tuttavia tale incongruenza non può ostacolare una

La Corte Costituzionale ha dichiarato entrambe le questioni di legittimità sollevate dalla Cassazione inammissibili⁵⁰. In specie, per quel che concerne la questione sollevata in via principale viene ritenuto che essa non assume rilevanza nel giudizio penale in quanto concerne la disposizione di cui all'art. 187-*bis* del d.lgs. n. 58/1998 che ha già avuto definitiva applicazione nel relativo procedimento amministrativo, mentre la Corte rimettente è chiamata a giudicare in riferimento al reato di cui all'art. 184, co. 1, del medesimo decreto⁵¹.

Ne consegue che l'eventuale accoglimento di tale questione di legittimità costituzionale non solo non consentirebbe di evitare la lamentata violazione del *ne bis in idem*, ma contribuirebbe al suo verificarsi dato che l'autorità giudiziaria procedente dovrebbe ugualmente proseguire il giudizio penale, pur essendo stato l'imputato già assoggettato per gli stessi fatti ad un giudizio amministrativo divenuto definitivo⁵².

Inoltre, se da un lato non si previene il *vulnus* all'art. 4, Prot. 7, C.E.D.U., dall'altro sul piano sistematico si eccede lo scopo al quale dovrebbe essere ricondotta la norma interposta richiamata, posto che il principio del *ne bis in idem* convenzionale non ha carattere sostanziale, bensì processuale. Tale concezione della garanzia in parola permette agli Stati membri di punire il medesimo fatto a più titoli e con diverse sanzioni, ma richiede che ciò avvenga in un unico procedimento o attraverso procedimenti fra loro coordinati, nel rispetto della condizione che non si proceda per uno di essi quando è divenuta definitiva la pronuncia relativa all'altro⁵³.

Parimenti inammissibile è stata dichiarata la questione sollevata in via subordinata in quanto richiederebbe un intervento additivo, precluso alla Corte Costituzionale che, peraltro, come evidenziato dalla stessa Corte rimettente, non determinerebbe un coordinamento fra i due procedimenti, ma determinerebbe una risposta sanzionatoria ancorata alla circostanza aleatoria del procedimento concluso in modo più celere⁵⁴.

Inoltre, la Corte Costituzionale sottolinea come la Corte rimettente non sciolga i dubbi che essa stessa ha formulato circa la compatibilità delle sollecitazioni provenienti dagli ordinamenti sovranazionali in ordine alla diversa

eventuale dichiarazione di illegittimità costituzionale se questa è la sola via per riparare un *vulnus* costituzionale ai diritti della persona, in particolare al diritto del *ne bis in idem*, cfr. *Ibidem*.

⁵⁰ Corte Cost., 12 maggio 2016, n. 102.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ *Ibidem*.

interpretazione del principio del *ne bis in idem*⁵⁵. In specie, non supera i dubbi circa la compatibilità fra la giurisprudenza convenzionale e i principi del diritto dell'Unione Europea in ordine all'interpretazione della garanzia in questione e, conseguentemente, all'eventuale non applicazione della normativa interna; tale formulazione dubitativa, riflettendosi sull'incertezza del *petitum*, ha costituito per la Consulta una ulteriore ragione di inammissibilità della questione sollevata.

Alla luce di tali considerazioni la Corte di Cassazione ha sottoposto alla Corte di Giustizia dell'Unione europea le questioni pregiudiziali in ordine all'esatta portata dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali, nonché dell'applicazione diretta dei principi unionali in ordine al principio del *ne bis in idem*. Tale questione ha assunto una peculiare rilevanza a fronte anche dell'evoluzione giurisprudenziale segnata dalla pronuncia *A e B c. Norvegia* della Corte E.D.U. che ha scolpito in modo parzialmente difforme dall'assetto tradizionale il significato della normativa interposta⁵⁶.

La problematica concernente la perimetrazione dell'ambito applicativo dell'art. 50 della C.D.F.U.E. è venuta in rilievo anche in materia abuso di informazioni privilegiate *ex art. 187 bis T.U.F.* nei casi *Di Puma* e *Zecca* rispetto ai quali la Suprema Corte, nel ribadire come il primato e l'unità del diritto dell'Unione Europea giustifichi a determinate condizioni un cumulo di procedimenti e sanzioni, si è interrogata in ordine alla compatibilità dello stesso rispetto alla normativa nazionale che all'art. 654 c.p.p. prevede che la sentenza definitiva pronunciata nel procedimento penale abbia efficacia di giudicato nel procedimento amministrativo.

Tale questione intercetta anch'essa il mutamento della giurisprudenza convenzionale in quanto prima del *revirement* della Grande Camera nel 2016 sarebbe stato precluso in ogni caso l'avvio del procedimento amministrativo, viceversa successivamente alla pronuncia *A e B c. Norvegia* sulla base del nuovo impianto ermeneutico delle garanzie correlate al *ne bis in idem* convenzionale,

⁵⁵ La Suprema Corte evidenzia come la diversa interpretazione che tradizionalmente è stata fornita dell'art. 4, Prot. 7, C.E.D.U. e dell'art. 50 C.D.F.U.E. impedirebbe la sovrapposibilità delle previsioni contenute nella norma convenzionale e di quella comunitaria, eventualmente considerata direttamente efficace e, dunque, impedirebbe di pervenire alla disapplicazione delle norme interne con esse confliggenti, cfr. *Ibidem*.

⁵⁶ F.VIGANÒ, *A never-ending story? Alla Corte di Giustizia dell'Unione europea la questione della compatibilità tra ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia, questa volta, di abusi di mercato*, in *Dir. pen. cont.*, 17 ottobre 2016; F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio: nuovo rinvio pregiudiziale della Cassazione in materia di abusi di informazioni privilegiate*, 28 novembre 2016; F.VIGANÒ, *Ne bis in idem a contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, in *Dir. pen. cont.*, 8 febbraio 2016, pp. 16 e ss..

nonché mediatamente Eurounitario, viene meno l'automatica violazione generata dall'apertura di un secondo procedimento.

4. Il dialogo fra le Corti Supreme in ordine al criterio della *close connection*.

Con la sentenza *A e B c. Norvegia* la Corte E.D.U.⁵⁷ in primo luogo conferma l'operatività dei canoni sanciti nella pronuncia *Zolotukhin*⁵⁸ circa la nozione di *idem factum*, nonché dei criteri Engel in ordine alla qualifica di un procedimento o di una sanzione come sostanzialmente penale⁵⁹, evidenziando come gli stessi operino anche in relazione al diritto del *ne bis in idem*, in omaggio ad esigenze di interpretazione sistematica della convenzione intesa come corpo unitario⁶⁰.

Sulla scorta di tali premesse la Corte sottolinea che l'art. 4, Prot. 7, C.E.D.U. non impone un divieto assoluto per gli Stati membri di imporre una sanzione amministrativa, ancorché sostanzialmente di natura penale, nell'alveo di un sistema a doppio binario⁶¹. Al contrario, lo Stato può legittimamente apprestare un sistema di plurime risposte sanzionatorie a condotte socialmente offensive che si articolano nel quadro di un approccio unitario e coerente attraverso procedimenti distinti, purché le misure previste siano nel loro complesso proporzionate e prevedibili. A tal fine si richiede che i due procedimenti siano connessi dal punto di vista materiale e cronologico in maniera sufficientemente stretta e, dunque, superino il vaglio della cd. *sufficiently close connection in substance and time*⁶².

La valutazione della sussistenza del requisito della connessione materiale deve tenere conto di determinati fattori quali il perseguimento di scopi differenti che riguardano profili diversi della medesima condotta antisociale; la prevedibilità della duplicità dei procedimenti come conseguenza della condotta; la conduzione degli stessi in modo da evitare per quanto possibile ogni duplicazione nella raccolta e nella valutazione della prova; la circostanza che della sanzione imposta nel procedimento conclusosi per primo si tenga conto

⁵⁷ Corte E.D.U., G.C., 15.11.2016, *A e B c. Norvegia*, ric. n. 24130/11 e 29758/11.

⁵⁸ Corte E.D.U., G.C., *Zolotukhin c. Russia*, cit..

⁵⁹ C.G.U.E., 8 giugno 1976, *Engel c. Olanda*, cit..

⁶⁰ G. M. FLICK-V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens: dal bis in idem all' e pluribus unum?*, in *www.rivistaaic.it*, 10.07.2015, p. 23.

⁶¹ G.DE AMICIS-P. GAETA, *Il confine di sabbia: la Corte E.D.U. ancora di fronte al divieto del ne bis in idem*, in *Cass. pen., fasc. 2/2017*, pp. 476 e ss..

⁶² F.VIGANO', *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in *Dir. pen. cont.*, 18 novembre 2016.

nell'altro al fine di rispettare l'esigenza della proporzionalità complessiva della pena⁶³.

La Corte evidenzia inoltre la necessità che fra i due procedimenti sussista anche un collegamento di natura cronologica al fine di evitare che un individuo venga esposto ad un perdurante stato di incertezza sulla propria sorte. Viene precisato che tale requisito non implica che gli stessi debbano svolgersi necessariamente in maniera parallela, potendo essere rispettato il parametro cronologico anche se sono consecutivi, sebbene in tale ultimo caso bisogna considerare più elevata la possibilità di una violazione convenzionale⁶⁴.

La Corte di Strasburgo nella prima pronuncia successiva alla predetta, nella decisione *Johannesson e a.c. Islanda*⁶⁵, ha applicato i nuovi canoni ermeneutici, effettuando il test della *close connection* e, in forza di una estensione dell'arco temporale tale da escludere la connessione cronologica, ha ravvisato la violazione del principio del *ne bis in idem*⁶⁶.

L'indicazione più significativa che emerge dall'impianto argomentativo di tale pronuncia sembra attenersi proprio al rapporto sussistente tra i diversi indici della connessione procedimentale in quanto si lascia intendere che affinché il test abbia un esito positivo ciascuno di essi debba essere soddisfatto, mentre se solo uno non viene rispettato si configura la violazione del *ne bis in idem*⁶⁷.

Tuttavia la prospettiva metodologica implicitamente avallata dalla decisione *Johannesson e a.c. Islanda* viene disattesa dalla giurisprudenza interna in quanto la Corte di Cassazione ha negato che, al fine di riscontrare una connessione sufficientemente stretta, sarebbe necessaria la sussistenza di tutti gli indici individuati nell'arresto *A e B c. Norvegia*, ma sarebbe sufficiente anche solo il riscontro di un profilo di correlazione⁶⁸.

Tali sviluppi sono stati recepiti anche dalla Corte Costituzionale che, in occasione della questione di legittimità che era stata sollevata dal Tribunale di Monza,

⁶³ S.COLAIANNI-M.MONZA, *Il problema del conflitto tra ne bis in idem "internazionale e doppio binario tributario. La parabola del principio verso l'eclisse?*, in *Riv. Dir. trib.*, n. 2/ 2017, p. 38; G.MELIS, *Ne bis in idem con il nodo della connessione*, in *Norme e tributi, Il sole 24 ore*, 15.10.2017; F.GALLO, *Il ne bis in idem in campo tributario: un esempio per riflettere sul "ruolo" delle Alte Corti e sugli effetti delle loro pronunzie*, in *Rass. Trib.*, fasc. n.4/2017, p. 923.

⁶⁴ F.VIGANÒ, *Ne bis in idem e sanzioni tributarie: la Corte sfronda il test della sufficiently close connection*, in *Substance and time*, op. cit..

⁶⁵ Corte E.D.U., 18 maggio 2017, *Jóhannesson e a. c. Islanda*, ric. n. 22007/11.

⁶⁶ F.VIGANÒ, *Una nuova sentenza di Strasburgo su ne bis in idem e reati tributari*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 5/2017, pp. 329 ss..

⁶⁷ A.F.TRIPODI, *Ne bis in idem e sanzioni tributarie: la Corte di Cassazione "sfronda" il test della sufficiently close connection* in *Substance and time*, op. cit..

⁶⁸ *Ibidem*.

evidenzia come la stessa al tempo dell'ordinanza di rimessione fosse stata correttamente formulata in forza della giurisprudenza europea allora in essere, tuttavia, a seguito della più recente evoluzione giurisprudenziale, sono venuti meno i presupposti intorno ai quali si fondava⁶⁹.

Pertanto, ciò che viene in rilievo è lo *ius superveniens* europeo e non una sopravvenienza legislativa interna, come invece era accaduto nella precedente ordinanza di rimessione degli atti al tribunale di Bologna in riferimento all'art. 11 del d.lgs. n. 158/2015. Tale disposizione nel caso in esame non costituisce *ius superveniens* in quanto è anteriore all'ordinanza di rimessione sollevata dal Tribunale di Monza e, in ogni caso, la descrizione dei fatti esposta dal rimettente non consente di configurare la sussistenza della causa di non punibilità⁷⁰.

La Consulta, prendendo atto degli sviluppi della giurisprudenza convenzionale e del suo carattere innovativo, evidenzia che, sebbene in termini astratti la configurazione dei due procedimenti sia in grado di integrare una *close connection*, i particolari parametri convenzionali impongono un approccio casistico che richiede la valutazione di altri aspetti necessariamente consegnati alla peculiare dinamica con cui le vicende procedurali si sono atteggiate nel caso concreto, di qui la restituzione degli atti al giudice remittente⁷¹.

Si può evincere come, mentre in passato il principio del *ne bis in idem* aveva carattere tendenzialmente inderogabile in quanto operava in modo automatico, viceversa a seguito dei più recenti arresti giurisprudenziali l'efficacia della garanzia in parola risulta mediata da apprezzamenti discrezionali del giudice in ordine alle concrete modalità di svolgimento dei procedimenti sanzionatori⁷². Invero occorre sottolineare che in talune pronunce era già emerso il criterio della connessione materiale e temporale sufficientemente stretta fra i procedimenti, ma era di così sporadica applicazione da non essere in grado di definire con univocità la normativa interposta⁷³. Viceversa con la sentenza *A e B c. Norvegia* il parametro della *sufficiently close connection in substance and time* riceve una

⁶⁹ Corte Cost., sent. 24 gennaio 2018, n. 43.

⁷⁰ Nel caso di specie l'avvio e la conclusione del procedimento amministrativo sanzionatorio comprovano che l'eventuale pagamento del debito tributario non sarebbe stato comunque efficace ai fini del ravvedimento operoso, perché sopravvenuto all'attività di accertamento amministrativo, cfr. *ibidem*.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² Per alcuni rilievi F.VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e reati tributari*, in *Dir. pen. cont.*, 18 novembre 2016 e *Una nuova sentenza di Strasburgo su ne bis in idem e reati tributari*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 5/2017, pp. 329 e ss..

⁷³ Corte E.D.U., Nilsson contro Svezia, 13 dicembre 2005; Corte E.D.U., Boman contro Finlandia, 17 febbraio 2015.

definitiva consacrazione, assurgendo a criterio principale per escludere la violazione della garanzia in questione⁷⁴.

Inoltre, l'accoglimento di tale parametro comporta anche una diversa concezione della natura del principio del *ne bis in idem* che non è più concepito in chiave esclusivamente processuale, poiché il criterio eminente per affermare o negare il legame materiale è proprio quello della entità della sanzione complessivamente irrogata⁷⁵. Ne consegue che l'attenuazione della garanzia convenzionale, non più concepita come tendenzialmente inderogabile, viene compensata impedendo risposte punitive sproporzionate⁷⁶.

Sotto tale profilo sembrerebbe *prima facie* superata la discrasia derivante dalla non perfetta sovrapposibilità fra principio del *ne bis in idem* così come interpretato tradizionalmente dalla Corte E.D.U. rispetto alla definizione della Corte di Giustizia dell'Unione europea che nella sentenza *Fransson* aveva ritenuto che la sua efficacia subordinata ad una verifica del carattere effettivo, proporzionato e dissuasivo delle sanzioni applicate, con la conseguenza che nel caso in cui la risposta sanzionatoria sia inadeguata è possibile procedere ad un secondo giudizio anche se il primo è già esaurito.

Tuttavia il *revirement* della Corte E.D.U., pur allineandosi alla pronuncia *Fransson* della Corte di Giustizia dell'Unione europea, non rispetta del tutto gli stessi canoni comunitari, poiché, essendo inscindibilmente connesso alla valutazione discrezionale e casistica dell'autorità giudiziaria precedente, introduce criteri indeterminati e di incerta applicazione. Il criterio della *close connection* pecca in tal senso di una inemendabile imprecisione che è tanto più grave in quanto ha ad oggetto la materia dei diritti fondamentali dell'uomo ed in specie il principio cardine del *ne bis in idem*⁷⁷.

Tali considerazioni sono state riproposte nelle conclusioni presentate dall'Avvocato generale nelle cause pendenti davanti alla Grande Sezione della Corte di Giustizia dell'Unione europea aventi ad oggetto la compatibilità di sistemi di doppio binario sanzionatorio con l'art. 50 C.D.F.U.E. In particolare, le cause originavano da due rinvii pregiudiziali gemelli formulati dalla seconda sezione civile della Cassazione in materia di abuso di informazioni privilegiate

⁷⁴ Corte Cost., sent. 24 gennaio 2018, n. 43/2018, cit..

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ A.F. TRIPODI, *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, in *Riv. It. Dir. proc. pen.*, 2017, pp. 1065 e ss. e pp. 1073 e ss..

⁷⁷ F. VIGANÒ, *Le conclusioni dell'Avvocato generale nei procedimenti pendenti in materia di ne bis in idem tra sanzioni penali e amministrative in materia di illeciti tributari e di abusi di mercato*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 9/2017, p. 238.

(cause *Di Puma* e *Zecca*), entrambi i quesiti si aggiungevano a quello analogo formulato in precedenza dalla Sezione tributaria Civile in materia di manipolazione di mercato (causa *Garlsson Real Estate e a.*), nonché a quello proposto dal Tribunale di Bergamo in materia di tributaria (causa *Menci*)⁷⁸.

Nelle conclusioni è stato evidenziato come i nuovi criteri aggiungano *notevole incertezza e complessità al diritto delle persone di non essere giudicate né condannate due volte per gli stessi fatti* mentre *i diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta devono essere di facile comprensione per tutti*⁷⁹. Alla luce di tali difficoltà ermeneutiche è stato ritenuto che, sebbene in base al disposto di cui all'art. 52, par.3, C.D.F.U.E. il significato e la portata dei diritti riconosciuti dalla Carta devono essere almeno pari a quelli conferiti alle corrispondenti garanzie sancite dalla Convenzione europea, tuttavia la soluzione indicata dalla Grande Camera della Corte E.D.U. rappresenta solo la minima protezione che il diritto Eurounitario è chiamato a garantire, ma rimane ferma la possibilità di prevedere un diverso e più elevato livello di tutela⁸⁰.

Inoltre, l'Avvocato Generale sottolinea come il carattere autoapplicativo e l'efficacia diretta dell'art. 50 C.D.F.U.E.⁸¹ comportino che, qualora la Corte di Giustizia confermi l'impostazione secondo cui il diritto Eurounitario osti alla celebrazione del secondo procedimento, il giudice nazionale dovrebbe dare diretta applicazione all'art. 50 C.D.F.U.E. e, in tal senso, cesserebbe il controllo diffuso della Corte Costituzionale sulla disciplina interna⁸².

5. Il percorso tracciato dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea.

La Grande Sezione della Corte di Giustizia dell'Unione europea, chiamata a pronunciarsi in ordine alla compatibilità con il diritto Eurounitario del sistema nazionale del doppio binario sanzionatorio, nello statuire sui rinvii pregiudiziali sollevati in un momento anteriore rispetto alla pronuncia della Grande Camera della Corte E.D.U. A. e B. c. Norvegia, ha preso in primo luogo atto del profondo

⁷⁸ *Ibidem*, pp. 206 ss..

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ Tale norma viene concepita come "*chiara, precisa e incondizionata che conferisce direttamente a chiunque il diritto a non essere perseguito o condannato penalmente due volte per un medesimo fatto*", cfr. *Ibidem*.

⁸² "*In caso di norme incompatibili con il diritto al ne bis in idem tutelato dall'art. 50 della Carta, il giudice nazionale o le autorità amministrative competenti dovrebbero, pertanto, archiviare i procedimenti pendenti, senza conseguenze negative per l'interessato che sia già stato perseguito o sanzionato in un altro procedimento penale o amministrativo avente natura penale*" cfr. *Ibidem*.

mutamento della natura del *ne bis in idem* convenzionale nel frattempo realizzatosi⁸³.

Ebbene, nonostante lo stesso Avvocato Generale nelle Conclusioni nelle cause in questione avesse sollecitato la Corte di Giustizia a fornire un livello di tutela del *ne bis in idem* più elevato rispetto a quello sancito dalla Corte E.D.U., la prima non si è discostata da un approccio di tipo casistico imperniato sulla discrezionalità della valutazione del caso concreto⁸⁴.

In specie, posto che tanto il concetto di sanzione penale quanto quello di *idem factum* sono assunti dalla Corte di Giustizia nel medesimo significato loro conferito dalla giurisprudenza di Strasburgo, è stato ritenuto che l'art. 50 C.D.F.U.E. deve essere interpretato nel senso che il cumulo di sanzioni sostanzialmente penali relative al medesimo fatto storico non costituisce *tout court* una violazione del *ne bis in idem*, ma può costituire una compressione dello stesso in presenza dei requisiti previsti dall'art. 52 C.D.F.U.E., norma che legittima le limitazioni dei diritti fondamentali previste dalla Carta, purché siano necessarie al perseguimento di finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione e rispondano al principio di proporzionalità⁸⁵.

Pertanto, affinché le limitazioni al principio di cui all'art. 50 C.D.F.U.E. siano conformi al diritto dell'Unione europea, è necessario che siano finalizzate ad un obiettivo di interesse generale che giustifichi il cumulo sanzionatorio, che siano previste regole chiare e precise che rendano prevedibile il doppio binario, che venga garantito un coordinamento fra i procedimenti, che la pena complessivamente irrogata sia proporzionata.

Con riferimento al principio della proporzionalità, quest'ultimo esige che il cumulo di procedimenti e sanzioni previsto da una normativa nazionale non ecceda i limiti di quanto è necessario al conseguimento dello scopo da essa perseguito, fermo restando che, qualora sia possibile una scelta fra più misure appropriate, si deve ricorrere a quella meno restrittiva.

In materia tributaria⁸⁶ nella causa *Menci* la Corte di Giustizia si interroga in ordine alla compatibilità dell'art. 50 C.D.F.U.E., interpretato alla luce dell'art. 4 Prot. 7

⁸³ A.GALLUCCIO, *La Grande Sezione della Corte di giustizia si pronuncia sulle attese questioni pregiudiziali in materia di bis in idem*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 3/2018, p. 288.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ Per un quadro complessivo della giurisprudenza interna che ha preceduto la pronuncia in esame cfr. M.DOVA, *Ne bis in idem e reati tributari: a che punto siamo?*, in *Dir. pen. cont.*, 9 febbraio 2016 e P.RIVELLO, *I rapporti fra giudizio penale e tributario ed il rispetto del principio del ne bis in idem*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 1/2018, pp. 122 e ss.; E.M.MANCUSO, *Ne bis in idem e giustizia sovranazionale*, in A.GIARDA-A.PERINI-G.VARRASO, a cura di, *La nuova giustizia penale tributaria*,

C.E.D.U., rispetto ad una normativa nazionale che consente di celebrare un procedimento penale avente ad oggetto un fatto per cui sia già stata comminata in modo irrevocabile una sanzione amministrativa di natura penale⁸⁷.

Seguendo le suesposte coordinate, emerge come l'obiettivo previsto dalla normativa nazionale sia volto alla riscossione dell'IVA che costituisce una finalità di estrema rilevanza per la salvaguardia degli interessi finanziari dell'Unione europea che giustifica la limitazione dell'art. 50 C.D.F.U.E.. Quest'ultima si sostanzia nella previsione di un cumulo procedimentale proporzionato rispetto al conseguimento dello scopo e con oneri limitati a quanto strettamente necessario al conseguimento dello stesso nell'ambito di una disciplina prevedibile per l'interessato⁸⁸.

Per quel che concerne il rispetto del parametro della proporzionalità della sanzione cumulativamente irrogata, viene ritenuto che la normativa nazionale contempla un complessivo trattamento sanzionatorio rispettoso del canone del minimo sacrificio necessario, pur spettando al giudice del rinvio valutare che la concreta applicazione della stessa sia in linea con i criteri enunciati⁸⁹.

In materia di abuso di informazioni privilegiate⁹⁰, la causa *Di Puma e Zecca* ha ad oggetto due rinvii pregiudiziali formulati dalla Cassazione civile in ordine alla compatibilità con il principio del *ne bis in idem* della applicazione della sanzione

Milano, 2016, pp. 540 ss.; A.BENAZZI, *Sanzioni amministrative per violazioni ritenute penalmente rilevanti*, in A.CADOPPI-S.CANESTRARI-A.MANNA-M.PAPA (diretto da), *Diritto penale dell'economia*, pp. 648 ss..

⁸⁷ C.G.U.E., G.S., 20 marzo 2018, C-524/15, in causa Menci.

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ Viene precisato come "nella fattispecie in esame, dall'art. 21 del decreto legislativo n. 74/2000, sembra desumersi che quest'ultimo non si limita a prevedere la sospensione dell'esecuzione forzata delle sanzioni amministrative di natura penale nel corso del procedimento penale, ma che esso osta definitivamente a tale esecuzione dopo la condanna penale dell'interessato. Inoltre [...] il pagamento volontario del debito tributario, purché riguardi parimenti la sanzione amministrativa inflitta all'interessato, costituisce una circostanza attenuante speciale di cui tenere conto nell'ambito del procedimento penale".

⁹⁰ Per un quadro complessivo della giurisprudenza interna si vedano tra gli altri F.D'ALESSANDRO, *Tutela dei mercati finanziari e rispetto dei diritti umani fondamentali*, in *Dir. proc. pen.*, 2014, p. 614; G.DE AMICIS, *Ne bis in idem e "doppio binario" sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza "Grande Stevens" nell'ordinamento italiano*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim. 3-4/2014*, p. 201, ss; G.M.FLICK-V.NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e sanzioni amministrative: doppio binario o binario morto?*, in *Riv. soc.*, 2014, p. 953 ss.; F.VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 Carta? (a margine della sentenza Grande Stevens della Corte EDU)*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim. 3-4/2014*, p. 219; F.GALLO, *Il ne bis in idem in campo tributario: un esempio per riflettere sul ruolo delle Alte Corti e sugli effetti delle loro pronunzie*, in *Rass. trib.*, 2017, p. 923.

pecuniaria *ex art. 187 bis T.U.F.* in caso di assoluzione in sede penale per l'imputazione di cui all'art. 184 T.U.F.⁹¹.

In specie, la Suprema Corte aveva sollevato la questione pregiudiziale circa la possibilità di interpretare l'art. 50 C.D.F.U.E. nel senso che in presenza di un accertamento definitivo dell'insussistenza dell'illecito penale possa essere autorizzata la prosecuzione del procedimento inteso all'irrogazione di una sanzione amministrativa se possa risultare necessario al fine di prevedere misure effettive, proporzionali e dissuasive⁹².

La Grande Sezione riformula la questione pregiudiziale interrogandosi se l'art. 14, paragrafo 1, della direttiva 2003/06, nel prevedere che gli Stati membri possono adottare le opportune sanzioni amministrative efficaci, proporzionate e dissuasive a carico delle persone responsabili delle manipolazioni del mercato, osti ad una disposizione nazionale, quale quella di cui all'art. 654 c.p.p., che estende l'efficacia del giudicato penale al procedimento amministrativo⁹³.

A tal riguardo viene rilevato che la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha tradizionalmente ritenuto che il diritto dell'Unione, in virtù del principio di intangibilità del giudicato, non impone di disapplicare le norme procedurali interne che attribuiscono forza di giudicato a una pronuncia giurisdizionale e nella fattispecie non vi sono circostanze particolari che giustifichino un approccio diverso⁹⁴.

Orbene, la disciplina nazionale prevede che la sentenza definitiva emessa in sede penale abbia autorità di cosa giudicata nel procedimento amministrativo limitatamente alle affermazioni in punto di fatto operate in esito ad un procedimento in contraddittorio per cui, considerato che ai sensi degli artt. 187 *decies* e *undecies* T.U.F. la Consob ha la facoltà di accertare che una sentenza penale di condanna o di assoluzione sia pronunciata tenendo conto di tutti gli elementi di prova di cui dispone, è possibile ritenere che l'art.14, par.1, della direttiva 2003/6 non osta alla normativa nazionale prevista all'art. 654 c.p.p.⁹⁵. Tale impostazione risulta coerente anche con il disposto di cui all'art. 50 C.D.F.U.E. poiché il principio del *ne bis in idem* in tanto può subire limitazioni in quanto ai sensi dell'art. 52 C.D.F.U.E. queste risultino proporzionate rispetto all'obiettivo di interesse generale perseguito dal diritto unionale, criterio che viene violato nei limiti in cui la normativa nazionale prevede che una sanzione

⁹¹ C.G.U.E., 20 marzo 2018, C-524/15, C-537/16, cause riunite.

⁹² *Ibidem*.

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ *Ibidem*.

formalmente amministrativa possa essere inflitta indipendentemente da una sentenza definitiva di assoluzione in sede penale⁹⁶.

In forza di tali osservazioni viene statuito che l'art. 14, paragrafo 1, della direttiva 2003/6/CE letto alla luce dell'art. 50 C.D.F.U.E. va interpretato nel senso che esso *non osta a una normativa nazionale in forza della quale un procedimento inteso all'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria non può essere proseguito a seguito di una sentenza penale definitiva di assoluzione che ha statuito che i fatti che possono costituire una violazione della normativa sugli abusi di informazioni privilegiate, sulla base dei quali era stato parimenti avviato un procedimento, non erano provati*⁹⁷.

Per quel che concerne la materia delle manipolazioni di mercato⁹⁸ occorre evidenziare che ai sensi dell'art. 4, paragrafo 1, della direttiva 2003/06 in combinato disposto con l'art. 5 della medesima, gli Stati membri dispongono di una libertà di scelta delle sanzioni applicabili nei confronti dei responsabili di manipolazioni di mercato e in mancanza di una normativa di armonizzazione del diritto dell'Unione in materia gli Stati membri sono liberi di prevedere o meno un regime che autorizza il cumulo di procedimenti e sanzioni.

La Corte di Giustizia nel caso *Garlsson* evidenzia che tale limitazione del principio del *ne bis in idem* risponde all'interesse generale alla tutela dell'integrità dei mercati finanziari dell'Unione e alla fiducia nel pubblico degli strumenti finanziari in base ad una disciplina che non pone dubbi in punto di prevedibilità. Tuttavia, con riguardo alla proporzionalità fra lo scopo perseguito dalla normativa nazionale e la severità delle conseguenze sanzionatorie viene rilevato che la disciplina in esame arreca un pregiudizio sproporzionato al soggetto autore dell'illecito⁹⁹.

In particolare, la prosecuzione del procedimento formalmente amministrativo, ma sostanzialmente penale di cui all'art. 187 *ter* T.U.F. eccede quanto strettamente necessario per conseguire l'obiettivo che la normativa in materia di manipolazione di mercato si prefigge, poiché la sanzione prevista dall'art. 185 T.U.F. è sufficientemente severa da reprimere il comportamento in questione in maniera efficace, proporzionata e dissuasiva¹⁰⁰.

⁹⁶ A.GALLUCCIO, *La Grande Sezione della Corte di giustizia si pronuncia sulle attese questioni pregiudiziali in materia di bis in idem*, op. cit., pp. 292-293.

⁹⁷ Cfr. causa Menci.

⁹⁸ C.G.U.E., 20 marzo 2018, C-537/16, in causa *Garlsson Real Estate SA*.

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ A. GALLUCCIO, *La Grande Sezione della Corte di giustizia si pronuncia sulle attese questioni pregiudiziali in materia di bis in idem*, op. cit., pp. 291-292.

In senso contrario non rileva la previsione di cui all'art. 187 *terdecies*, in base alla quale nel caso in cui venga applicata la multa e la sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale l'esazione della prima è limitata alla parte eccedente l'importo della seconda, dal momento che tale disposizione concerne solo il cumulo di sanzioni pecuniarie e non anche il cumulo di una sanzione amministrativa di natura penale pecuniaria e della pena della reclusione. Né ha rilevanza la circostanza che quest'ultima sia estinta per indulto dal momento che l'art. 50 C.D.F.U.E. si applica a tutti i soggetti assolti e condannati in via definitiva, anche qualora la pena si sia estinta per via dell'indulto¹⁰¹.

Per tali ragioni la Grande Sezione conclude che l'art. 50 C.D.F.U.E. osta a una normativa nazionale, che consente di celebrare un procedimento riguardante una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale nei confronti di una persona per condotte illecite che integrano una manipolazione di mercato per le quali è già stata pronunciata una condanna penale definitiva a suo carico, nei limiti in cui tale condanna, tenuto conto del danno causato alla società dal reato commesso, sia idonea a reprimere tale reato in maniera efficace, proporzionata, dissuasiva¹⁰².

Inoltre la Corte di Giustizia risponde al secondo quesito posto dalla Cassazione, concernente la diretta applicabilità del diritto in questione, viene affermato che il principio garantito dall'art. 50 C.D.F.U.E. conferisce ai soggetti dell'ordinamento un diritto immediatamente applicabile nell'ordinamento nazionale¹⁰³.

6. Considerazioni Conclusive.

Alla luce dei recenti arresti giurisprudenziali è possibile evincere come, nonostante il monito spiccatamente garantistico contenuto nelle conclusioni dell'Avvocato generale, la strada prescelta dalla Corte di Giustizia, interpellata circa l'interpretazione dell'art. 50 C.D.F.U.E. sui doppi binari sanzionatori, non ha eliminato le incertezze applicative¹⁰⁴. Queste ultime sarebbero state dissipate attraverso un allineamento alla giurisprudenza convenzionale precedente alla pronuncia della Grande Camera A e B c. Norvegia che concepiva l'operatività del

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² C.G.U.E., causa Garlsson Real Estate e a., cit..

¹⁰³ *Ibidem*.

¹⁰⁴ A.F. TRIPODI, *Ne bis in idem e sanzioni tributarie: la Corte di Cassazione "sfronda" il test della sufficiently close connection in substance and time*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 3/2018, pp. 270 ss..

divieto di *bis in idem* in modo automatico, prescindendo da apprezzamenti discrezionali intrinsecamente connessi alla peculiarità del caso concreto¹⁰⁵.

Viceversa, la Corte di Lussemburgo aderendo ai canoni ermeneutici elaborati a seguito del *renvirement* della Corte E.D.U. ha affidato la delimitazione della portata del *ne bis in idem* a determinati indici sintomatici, fra i quali assume rilevanza in *primis* la proporzionalità delle sanzioni complessivamente irrogate, facendo emergere una connotazione del principio in parola che non è più meramente processuale, ma anche parzialmente sostanziale.

La Corte di Giustizia, pertanto, non ha potuto non tenere in considerazione la posizione della Corte E.D.U. per la vincolatività della portata convenzionale dei diritti fondamentali che incidono mediatamente sul diritto unitario, nonché per l'esigenza di prevenire il rischio della divergenza fra interpretazione convenzionalmente e comunitariamente orientata¹⁰⁶.

Una siffatta discrasia avrebbe infatti impedito la sovrapposibilità delle previsioni contenute nella norma convenzionale e in quella comunitaria, impedendo di pervenire alla disapplicazione delle norme interne con esse confliggenti, viceversa attraverso una armonizzazione fra le regole poste dagli ordinamenti sovranazionali è stato possibile sancire la diretta applicabilità nell'ordinamento nazionale del diritto di cui all'art. 50 C.D.F.U.E..

Tale assetto tuttavia non elide il deficit di certezza interpretativa che è tanto più grave in quanto la materia in esame coinvolge un diritto fondamentale della persona¹⁰⁷e, in tale contesto, a fronte del carattere proteiforme del *ne bis in idem* resta attuale l'invito rivolto al legislatore a stabilire quali soluzioni debbano adottarsi per porre rimedio alle frizioni che il sistema del cosiddetto doppio binario genera rispetto alla tutela dei valori Eurounitari¹⁰⁸.

¹⁰⁵ A.GALLUCCIO, *La Grande Sezione della Corte di giustizia si pronuncia sulle attese questioni pregiudiziali in materia di bis in idem*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 3/2018, pp. 293-294.

¹⁰⁶ A.F.TRIPODI, *Ne bis in idem e reati tributari: la Corte di Cassazione "sfronda" il test della sufficiently close connection in substance and time*, op. cit., pp. 270 ss..

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ Cfr. Corte Cost. n. 43/2018.

**Il legame affettivo. Valutazioni in merito alla risarcibilità del danno tanatologico di natura parentale per il genitore "traslatus".
Commento a margine della vicenda di Reggio (sentenza Tribunale ordinario di Reggio Emilia II sez. civ. del 2.03.2016).**

di Edda NAPOLITANO*

SOMMARIO: **1.** Breve *excursus* in merito alla risarcibilità del danno parentale da evento tanatologico (Suprema Corte di Cassazione, III sez. Civile, del 22 agosto 2013 n. 19402) **2.** Il legame affettivo e il danno morale. Limiti e possibilità della e alla *stepchild adoption* nella coppia omoerotica **3.** La vicenda di Reggio, pieno riconoscimento del rapporto di *affectio* **4.** Conclusioni

1. Breve *excursus* in merito alla risarcibilità del danno parentale da evento tanatologico

Con la sentenza della Suprema Corte di Cassazione, III sez. Civile, del 22 agosto 2013 n. 19402, nel riconoscere il danno parentale, scaturito dall'evento tanatologico, si segnano le fila della complessa perimetrazione della sofferenza da legame affettivo¹. La giurisprudenza nomofiliattica chiarisce come il danno esistenziale non sia che un aspetto della plurioffensività dell'illecito, rendendosi in un necessario onere probatorio. La fattispecie concreta riguardava la morte di un figlio in giovane età all'esito di un incidente stradale per il quale il risarcimento per danno esistenziale richiesto dai parenti del deceduto non era stato automaticamente riconosciuto. L'ipotesicità della sussistenza del danno, non esclusa *ipso facto*, necessita tuttavia di una dettagliata valutazione.

Il danno patito dai congiunti per la modifica in negativo della quotidianità, depauperata del rapporto affettivo con il defunto, deve vantare allegazione di prova prebenda. Il contenuto dell' articolo 2697 del codice civile già ampliato da diversi pronunciamenti della Suprema Corte,² trova piena realizzazione nel

* Dottoranda di ricerca in Scienza filosofiche *curriculum* Bioetico presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II, già tirocinante ex art. 73 presso la Corte di Appello di Napoli

¹ Per approfondimenti, si veda, D. SALARI, *Il danno alla relazione parentale e il dilemma esistenzialista dalla Cassazione*, consultabile da QuestioneGiustizia.it

² Nel senso di una modifica interpretativa, si veda Cassazione, sezione Civile, del 17.11.2003 n. 17336, *sub specie* la Suprema Corte ha cassato con rinvio la sentenza impugnata che aveva rigettato l'istanza di espletamento di una consulenza tecnica finalizzata ad accertare la ricorrenza di difformità progettuali rispetto ad un accordo negoziale avente ad oggetto la compravendita di un terreno edificabile, sebbene la parte ricorrente avesse prodotto una planimetria costituente quanto meno un principio di prova.

superamento di un'interpretazione analitica dell'art. 115 c.p.c. Al giudice è demandata, nella fase istruttoria, una decisione non più solo *iuxta alligata et probata*, ma una valutazione complessiva sulle vicende che arricchiscono il principio di acquisizione con una nuova risonanza da riconoscersi ad un fatto che avendo scaturigine nell'animo umano, è chiaramente meno palesabile con i tecnicismi della *ad substantiam*. Il regime della prova vale a determinare il peggioramento della vita a seguito del lutto e non può essere considerata in re ipsa a causa della difficoltà di tracciare la natura probatoria di espressioni necessariamente legate alla sfera sentimentale. L'orientamento cassazionista nega valore alla definizione materialistica del danno, intendendo la malattia carica di accenni psicologici e la morte scaturigine di una sofferenza ultracorporale.

Il danno non patrimoniale era, in realtà, già previsione codicistica, ai sensi dell'art. 2059 c.c., *sub specie: il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi indicati dalla legge*.

Ne deriva che tale danno, derivante dalla lesione di diritti inviolabili della persona come tali costituzionalmente garantiti, è risarcibile anche quando non sussiste un fatto-reato, ne ricorre alcuna delle altre ipotesi in cui la legge consente espressamente il ristoro dei danni non patrimoniali a tre condizioni:

1. Che l'interesse leso abbia natura costituzionale, pena la possibilità di riconoscere profili di risarcibilità a tutti i danni non patrimoniali;
2. Che la lesione sia grave, occorre, cioè, superi la normale tollerabilità³;
3. Che il danno non sia futile. Secondo l'orientamento della Suprema Corte⁴, difatti, è necessario che la lesione dei diritti sia atta ad arrecare nocumento alla vita o alla felicità;

A ciò si aggiungono le previsioni di legge consistenti nell'astratta configurabilità del fatto illecito scaturigine del danno quale reato, altresì, quando ricorrano fattispecie in cui la legge espressamente consente il ristoro del danno non patrimoniale, ad ultimo quando il fatto illecito abbia violato in modo grave i diritti inviolabili della persona. Il risarcimento del danno, nella fattispecie analizzata, coincide sempre meno con la *pecunia doloris*, bensì comprende qualsiasi questione pregiudizievole ad un illecito che, non avendo immediata

³ Parte della dottrina, (si vedano, in particolare L. CIAFARDI e F. IZZO in *Codice civile annotato con Giurisprudenza*, ed. 2016, pp. 3428 e ss.), insistendo sul dovere di solidarietà ex art. 2 della Costituzione, impone a ciascuno di tollerare le minime intrusioni nella propria sfera personale inevitabilmente scaturenti dalla convivenza.

⁴ Cass. Civ., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26972

rappresentazione monetaria, reca seco l'impossibile ripristino della situazione *quo ante*.

L'opposizione identitaria tra le due fattispecie: danno patrimoniale e non patrimoniale, è stata mitigata dall'introduzione del danno esistenziale come rappresentanza del disagio psicologico, di cui è primigenia il fatto illecito. La giurisprudenza nomofilattica, nella sua lettura più evoluta ha, così, suggerito una definizione di danno esistenziale abile ad incidere non sulle potenzialità reddituali del danneggiato bensì ad inverare pregiudizio alla proprie abitudini di vita, peggiorandole più o meno drasticamente. Il pregiudizio risulterebbe così promanato non dalla lesione pura e semplice, ma dalle conseguenze derivanti. Tuttavia, la Corte di Cassazione, con la decisione 21 gennaio 2011, n. 7844, lasciava ampio spazio per la deduzione della sofferenza esistenziale da lutto familiare.

Provata, infatti, la pacifica convivenza con la vittima dell'illecito, coloro che condividevano il legame dovevano provare le radicali ed irreversibili modificazioni delle regole di vita secondo *l'id quod plerumque accidit*.⁵ Si legge nella sentenza Corte di Cassazione, III sez. Civile, del 22 agosto 2013 n. 19402 «pregiudizi di tipo esistenziale sono risarcibili purché conseguenti alla lesione di un diritto inviolabile della persona. Ipotesi che si realizza, ad esempio, nel caso dello sconvolgimento della vita familiare provocato dalla perdita di congiunto (c.d. danno da perdita del rapporto parentale), poiché il pregiudizio di tipo esistenziale consegue alla lesione dei diritti inviolabili della famiglia (artt. 2, 29 e 30 Cost.)»; ribadendo che il danno non patrimoniale deve essere provato. La negazione della autonomia al danno esistenziale, determina così una modifica all'intensità del dato probatorio. In tal senso Suprema Corte di Cassazione, III sez. Civile, del 22 agosto 2013 n. 19402.

La vicenda, genesi del nuovo orientamento cassazionista è la seguente: in un incidente stradale, perde la vita uno dei trasportati e rimane gravemente ferito il fratello di costui. In primo grado viene riconosciuta la responsabilità dell'autoarticolato che aveva investito l'autovettura con una percentuale del 20% a carico del conducente dell'autovettura investita – pure lui deceduto nell'impatto e liquidato un risarcimento giudicato esiguo a favore della madre e del fratello del deceduto. L'impugnazione innanzi alla Corte d'Appello dà esito positivo per i parenti delle vittime che ottengono una maggiorazione di circa diecimila euro a titolo di danno morale, svalutando, però, l'ulteriore istanza

⁵ Cfr. D. SALARI, *Il danno alla relazione parentale e il dilemma esistenzialista dalla Cassazione*, consultabile da [Questione Giustizia.it](http://QuestioneGiustizia.it)

risarcitoria a titolo di sofferenza esistenziale per la perdita affettiva. La negazione del risarcimento per i conviventi era valutata sull'incapacità di considerare danno biologico e danno morale suscettibili di valutazioni ponderate su criteri oggettivi. I ricorrenti si lamentano, allora, che la Corte territoriale abbia loro disconosciuto il danno esistenziale derivante dalla perdita parentale e dallo stravolgimento della vita familiare colpita dal lutto scegliendo di risarcire in unica accezione il danno morale, oltre al danno biologico⁶.

Impugnata la decisione innanzi al Giudice di legittimità la decisione in commento, afferma che il danno biologico, il danno morale ed il danno alla vita di relazione rispondono a differenti valutazioni del medesimo evento. Il fatto illecito potrebbe aver così invero danni fisici, mentali o rientranti nella sfera più intima dei soggetti coinvolti. Il danno è così promanato da un profondo rapporto di affetto e convivenza. E' così necessaria un'esigenza probatoria particolarmente rigorosa, prevedendo la risarcibilità dei danni morali per la morte di un congiunto, oltre la parentela, la dimostrabilità di una perdita affettiva concreta.

2. Il legame affettivo e il danno morale. Possibilità e limiti della e alla *stepchild adoption* nella coppia omoerotica

Il legame affettivo è indilostato mesenchimale della risarcibilità del danno tanatologico per il convivente more uxorio. A questo riconoscimento la giurisprudenza dell'organo nomofilattico e diverse pronunce giudiziarie, in ossequio ai tempi, aggiungono altre valutazioni. In particolare, nessuna distinzione sembra esistente tra coppia etero sessuale e omosessuale, ciascuna unione affettiva e stabile è, difatti, capace di creare una condizione di vita in cui l'individuo cresce e plasma le proprie propensioni ed attitudini e la sua interruzione provoca una sofferenza senza alcun distinguo in merito alla sessualità dei soggetti. Lo ha sostenuto la Corte che si è pronunciata positivamente circa il riconoscimento del diritto del convivente omosessuale.

La questione è stata trattata nella sentenza n. 9965 del 13 giugno 2011 del Tribunale di Milano che, accordando al convivente more uxorio il risarcimento del danno, si richiamava difatti alla giurisprudenza della Suprema Corte⁷. Tali valutazioni sono frutto di una complessa evoluzione. *Maschio e femmina li cred*⁸, nella lettura del testo biblico, difatti, pur nella sua accezione masoretica, è chiara

⁶ *Ibidem*

⁷ Per approfondimenti si veda Cass. Civ., Sez. III, 16 settembre 2008, n. 23725.

⁸ Genesi 1, 26-28

l'eterogenesi sessuale del principio. Eterogeneità mai dimentica nell'evoluzione storico-culturale prima, civile poi. Si è così accreditata una visione tradizionale della famiglia che, sul calco di quella santa, si è tradotta nell'ambito delle disposizioni codicistiche, nell'unione tra uomo e donna, teologicamente e teleologicamente orientata alla procreazione.

Previsti nella Carta Costituzionale, ai sensi dell'articolo 30, Titolo II, rubricato rapporti etico-sociali, i doveri e i diritti dei genitori sono stati necessariamente integrati con il rispetto delle propensioni dei figli, tracciando un primo squarcio nel velo omertoso dell'Italia ante legge 151/1975, a mezzo dell'eliminazione dell'aggettivazione "legittimi" prevista per i soli figli nati in costanza di matrimonio; un primo, significativo passo compiuto nel tentativo di destrutturazione del binomio Stato italiano-religione cattolica e della consequenziale deconfessionalizzazione avvenuta a mezzo della legge 121/1985. E' cronaca mediatica e pressante esigenza sociale la rivisitazione della funzione genitoriale nella omosessualità della coppia, in cui la stessa terminologia ha perso la declinazione di gignere e la derivazione cromosomica del figlio non costituisce più condizione necessaria per il riconoscimento.

Tale negazione, già futurata nell'istituto giuridico dell'adozione per così dire convenzionale, celebrato anche nell'ambito dell'*Apostolicam Actuositatem* è, oggi, paradigmaticizzato nella tentata equiparazione tra partner etero e omosessuali. *Quid iuris?* A ben vedere, nella lettera del codice civile e nella stessa dizione costituzionale, è assente una netta precisazione di genere. Recita, difatti, l'articolo 147 del cc *il matrimonio impone ad entrambi i coniugi l'obbligo di mantenere, istruire ed educare la prole tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli*. Il medesimo *nomen iuris* "coniuge/i" ricorre negli articoli del Titolo VI, rubricato Del Matrimonio, senza specificarsi nelle forme di marito e moglie. La dicitura del codice è innegabilmente condizionata dall'epoca storica della creazione, nella quale era difficile scindere la genitorialità dal legame di un matrimonio contratto con i crismi del diritto canonico.

Res ipsa loquitur, le contingenze sociali hanno portato a considerare pienamente legittimati, nell'esercizio della patria potestà, soggetti non legati dal vincolo matrimoniale con il conseguente onere del mantenimento del figlio, sussistente per il solo fatto di averli generati. Prevedendo inoltre la Cassazione⁹, nell'ipotesi in cui al momento della nascita del figlio sia riconosciuto da uno solo dei genitori,

⁹ Sentenza Cass. III sez. Civ. 28 giugno 1994 n. 6271

il perdurante obbligo dell'altro genitore per il periodo anteriore alla pronuncia della dichiarazione di paternità o maternità naturale, al soddisfacimento delle esigenze primarie della prole. Sempre dall'orientamento nomofilattico è desumibile il potere di uno e dell'altro coniuge di fronte ai terzi, in virtù di un mandato tacito, di compiere gli atti occorrenti e di assumere le correlative obbligazioni con effetti vincolanti per entrambi, in deroga al principio secondo cui soltanto il coniuge che ha personalmente stipulato l'obbligazione risponde del debito contratto.¹⁰

Tale indicazione è riportata ai fini della chiarificazione della completa simmetria tra i genitori. Rivissuta, *ictu oculi*, anche nell'adozione, l'istituto, previsto ai sensi dell'articolo 291 cc, ha subito progressive modificazioni. La Corte Costituzionale ha difatti permesso un progressivo ampliamento consentendo la stessa anche a persone che abbiano discendenti legittimi o legittimati¹¹. Un ultimo riferimento all'istituto è questione preliminare dell'analisi in fieri, esso è normalmente scisso in due categorie: adozione legittimante e ordinaria. Trattasi di forme completamente diverse, poichè la prima è destinata ad offrire una famiglia al minore che ne è privo, mentre la seconda è destinata ad assicurare una discendenza a chi non abbia discendenti legittimi o legittimati: trattasi di due tipi di adozione totalmente incomunicabili tra loro, per cui non è giuridicamente ipotizzabile alcuna contaminatio, vale a dire incrocio di norme, sì da rendere applicabili ad un minore le disposizioni in tema di adozione ordinaria, anche in forza del precetto, inderogabile perchè di ordine pubblico, di cui all'articolo 60 della legge 184 del 1983.

Tale norma aveva già regolato in Italia la cosiddetta adozione "in casi particolari", consentendo in virtù della *ratio essendi* della disposizione "Diritto del minore ad una famiglia", l'adozione del figlio del coniuge purchè vi sia consenso del genitore biologico e a condizione che l'adozione corrisponda all'interesse del figlio. In rispetto al medesimo principio del *favor minoris*, il Tribunale dei Minori di Milano prima, Firenze, poi, hanno esteso questa facoltà anche alle coppie eterosessuali non in rapporto di coniugio.

Se nessuna difficoltà sembra sussistere nell'alveo di una coppia diversificata, ben più complessa è la vicenda nei confronti di partner dello stesso sesso. Premesso che la *stepchild adoption* reca seco l'assunzione per l'adottante nei confronti dell'adottato dei tipici doveri del genitore, in particolare il dovere di provvedere all'assistenza morale e materiale della prole; l'omosessualità della coppia

¹⁰ Cass. Civ., Sez. III, 08 agosto 2002 n. 12021

¹¹ Cass. Civ., 19 maggio 1988, n. 557

convivente ha avuto prima, esplicita, regolamentazione solo nella legge 76 del 2016, nota anche come legge Cirinnà, eppure in essa più che all'adozione si ci riferisce ad una sorta di "affidamento rafforzato".

Nel nostro ordinamento è, in realtà, da tempo in vigore l'articolo 44 della legge 184/1983, il quale alla lettera b prevede la possibilità per il coniuge di adottare il figlio, anche se a sua volta adottivo, dell'altro coniuge. In realtà l'adozione prevista ai sensi degli artt. 44 e 45 come precedentemente rubricati costituisce "adozione in casi particolari", eccezione rispetto alle altre forme di adozione dei minori e pertanto non applicabili al di fuori dei casi esplicitamente previsti.

I minori adottati con tale tipo di adozione non devono interrompere i rapporti con la famiglia di origine e continuano ad avere rispetto alla stessa diritti e doveri.¹²

Si tratta di una disposizione tesa a ripristinare lo spirito familiare, consentendo la tutela del minore e garantendo la cura dello stesso da parte di entrambi i *partners*. Ai sensi dell'art. 46, la pratica adottiva, decisa dal Tribunale, necessita dell'assenso dell'altro genitore.¹³ L'adozione particolare, a differenza di quanto avvenga per quella ordinaria, è revocabile. Regolata ai sensi dell'articolo 51, può essere pronunciata dal Tribunale su domanda dell'adottante, in caso di commissione di gravi delitti o per violazione dei doveri incombenti sugli adottanti.¹⁴

La legge 173/1975¹⁵, ha arricchito la normativa sull'adozione in casi particolari, di un'ulteriore ipotesi, con la previsione per le famiglie affidatarie della possibilità di adottare il minore orfano di entrambi i genitori. Con *la stepchild adoption* si è tentata un'estensione della normativa anche alle coppie omoerotiche. La legge regolamentatrice delle Unioni Civili e dei Contratti di convivenza¹⁶, a seguito del maxi-emendamento che il 25 febbraio 2016, sostituisce in toto i primi 23 articoli, elimina, tra le altre, la possibilità dell'adozione del figlio del convivente di coppia omosessuale. In realtà, la portata innovatrice non è di difficile comprensione. Se, difatti, è vero che le coppie eterosessuali potevano accedere all'art. 44, solo

¹² Per l'adozione del minore, ex art 44, non è richiesta la sussistenza di uno stato di abbandono. Ciò significa che il fanciullo può essere adottato anche in assenza di una dichiarazione di adottabilità ed in mancanza dei presupposti che lo giustificano.

¹³ Assenso che nell'incapacità o irreperibilità del genitore, può essere sostituito da delibera giudiziale. Chiaramente tale assenso non sarà necessario in caso di premorienza.

¹⁴ I doveri, sono quelli indicati nell'articolo 48, vale a dire educazione, istruzione e mantenimento del minore, conformemente a quanto previsto nell'articolo 147 del c.c.

¹⁵ Legge 19 ottobre 2015 n. 173, pubblicata sulla G.U. n. 252 del 29 ottobre 2015.

¹⁶ Legge n. 76 del 20 maggio 2016, pubblicata in G.U. n. 118 del 21 maggio 2016.

in costanza di matrimonio, mentre ora possono riferirsi al vincolo nuovo delle unioni civili, è ancor più vero che tale strumento risultava e risulta utilizzato nei casi di premorienza o mancato riconoscimento del figlio.¹⁷

Per le coppie omoerotiche, di contro, tale pratica adottiva diviene lo strumento per pervenire ad un rapporto di filiazione di coppia in caso di fecondazione assistita effettuata all'estero in violazione dei divieti italiani. Non meravigliano, allora, le accuse di ipocrisia mosse al tentativo di introdurre un "affidamento rafforzato" che, negando la possibilità legittimante e applicativa dell'istituto dell'adozione per il convivente omosessuale, tenta, comunque di garantire la gestione condivisa del minore.

3.La vicenda di Reggio, pieno riconoscimento del rapporto di *affectio*

Dopo aver parificato la vicenda dei conviventi di differente sesso a quelli di egual sesso, si è compiuta un'ulteriore evoluzione, riconoscendo alla "co-madre" il diritto al risarcimento per la morte del figlio della compagna. Trattasi di un riconoscimento di posizione genitoriale identificabile come "traslativa".

Il tribunale di Reggio Emilia ha, difatti, il 2 marzo 2016, riconosciuto il risarcimento del danno parentale alla compagna della madre biologica di un ragazzo morto appena diciottenne, a causa di un incidente. Il Tribunale, investito della questione dalla convivente della madre biologica e del ragazzo defunto, arriva ad una decisione opposta rispetto al feroce diniego della compagna assicuratrice alle richieste della donna. Una decisione orientata dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione relativamente alle cosiddette "vittime secondarie": «tutte le persone che sono in una situazione qualificata con la vittima che normalmente si identifica con la disciplina dei rapporti familiari, ma non li esaurisce necessariamente, dovendosi dare anche risalto a certi particolari legami di fatto».¹⁸

Nella vicenda *sub specie*, viene valutato il profondo legame affettivo che lega la donna al ragazzo. Una coabitazione che la chiama necessariamente ad una partecipazione attiva alla formazione e alla educazione del minore, tanto da

¹⁷ Cfr. B. DE FILIPPIS, *Unioni civili e contratti di convivenza*, edizioni CEDAM, giugno 2016, pp. 64 e ss.

¹⁸ Cfr dalla sentenza della Suprema Corte di Cassazione Sezioni Unite n. 12408/11. La sentenza della Cassazione suindicata deve essere letta in un tentativo di allontanamento dalle posizioni storicamente sostenute da dottrina e giurisprudenza. Si pensi, ad esempio, all'art. 55 della legge 184 del 1983 che, riferendosi all'art. 293 del codice civile vieta l'adozione dei propri figli, nati fuori dal matrimonio, vale a dire l'aggiramento delle disposizioni che tuttora distinguono i figli tra legittimi, legittimati e naturali. A riprova del fatto che l'omissione o la sostituzione di lemmi e aggettivazioni non muta la tutela giuridica offerta ai soggetti.

assumere la funzione di genitrice, conformemente agli oneri contenuti nelle disposizioni codicistiche. Una traslazione di competenze che trova origine nell'*affectio*.

Trattasi di un ampliamento rispetto alla visione dello stesso Tribunale di legittimità allorché sosteneva che «il danno da perdita del rapporto parentale esiste oltre il crudo dolore che la morte in sé di una persona cara, tanto più se preceduta da agonia, provoca nei prossimi congiunti che le sopravvivono, concretizzandosi nel danno costituito dal non poter più godere della presenza e del rapporto con chi è venuto meno e perciò nella irrimediabile distruzione di un sistema di vita basato sull'affettività, sulla condivisione, sulla rassicurante quotidianità dei rapporti tra marito e moglie, madre e figlio, fratello e fratello».¹⁹ Nella sentenza riportata i criteri di liquidazione del danno rispondono al diritto vivente e all'esigenza di ristoro dei prossimi congiunti del defunto, in una lettura profondamente formale della struttura familiare.

Nella vicenda reggiana, torna in auge una delle tematiche più vive del dibattito giuridico degli ultimi decenni, la relativizzazione della norma al caso. Non meraviglia più, oramai che pur essendo un paese di Civil Law si chieda al giudice di divenire legislatore. Trasponendo la propria funzione dal piano dell'induzione a quello della creazione. Nel singolo caso non solo, indi, la concretizzazione della norma, ma la normazione stessa. Avverando così la profezia di Bork.

4. Conclusioni

In conclusione, è bene ricordare che, ai fini della risarcibilità dell'evento morte, la giurisprudenza di legittimità abbia individuato l'esistenza di tre differenti tipologie di danno: a) danno biologico terminale; b) danno catastrofico (o catastrofale); c) danno tanatologico (o danno da perdita della vita).

a) Il danno biologico terminale, riscontrabile nelle ipotesi in cui tra l'evento morte e le lesioni colpose che l'hanno causata trascorra un apprezzabile lasso di tempo, prevede il risarcimento, in favore della persona offesa, per le conseguenze negative che la lesione comporta alla qualità della vita del soggetto.

Il danno patito dal *de cuius* (nell'intervallo di tempo tra la lesione del bene salute e il sopraggiungere della morte conseguente a tale lesione) è danno da inabilità

¹⁹ Cass. Civ., Sez. III, 9 maggio 2011 n. 10107

temporanea, rientrante nella sfera patrimoniale della vittima e pertanto trasmissibile *iure hereditatis*.²⁰

b) il danno catastrofico, generato da un decesso intervenuto in un breve lasso temporale, ma atto a generare gran sofferenza psicologica e psichiatrica, leggibile per questo alla stregua di un danno morale.

La giurisprudenza ha definito il danno catastrofico come quel danno non patrimoniale conseguente alla sofferenza patita dalla persona che, a causa delle lesioni sofferte, nel lasso di tempo compreso tra l'evento che le ha provocate e la morte, assiste alla perdita della propria vita (cfr., da ultimo, Cass. n. 8360/10, n. 19133/11).

c) il danno tanatologico viene considerato come danno in sé, causato dalla perdita della vita.

In merito al danno tanatologico la giurisprudenza di legittimità, sin dal 1925, ha ritenuto la non risarcibilità del suddetto danno; di medesimo orientamento anche la Corte Costituzionale che, nel dichiarare la non fondatezza, in riferimento agli artt. 2 e 32 Cost., della questione di incostituzionalità dell'art. 2043 c.c., nella parte in cui non consente il risarcimento *iure hereditatis* del "danno biologico da morte", ha affermato il principio in base al quale, diversamente dalla lesione del diritto alla salute, la lesione immediata del diritto alla vita (senza una fase intermedia di malattia) non può configurare una perdita (e cioè una diminuzione o privazione di un valore personale) a carico della vittima ormai non più in vita, onde è da escludere che un diritto al risarcimento del cd. "danno biologico da morte" entri nel patrimonio del *de cuius*.²¹ A tali, vetusti orientamenti è seguita una lettura giurisprudenziale diametralmente opposta, analizzata di poco innanzi. La giurisprudenza di legittimità, nel corso degli anni, ha tracciato la via maestra del riconoscimento del danno tanatologico in presenza di un *minus* nella quotidianità dei prossimi congiunti, aprendo anche alla possibilità della piena legittimazione della *stepchild adoption* per conviventi omosessuali.

A ben vedere, le difficoltà relative alla piena legittimazione della *stepchild adoption* per coppie omoerotiche, sono, difatti, più di carattere etico e culturale che giuridico stricto sensu. La genesi stessa del macrocosmo LGTBQ (lesbiche, gay, transessuali, bisessuali e queer) sembra tracciare gli effetti della normazione, ad essa ancora una volta è da tributarsi il demerito di aver vietato, codificandoli, dati e strutture pre-normative. Nella fase giusnaturalista, in cui

²⁰ Per approfondimenti, si veda N. GUARAGNELLA, *Trasmissibilità iure hereditatis del danno da morte*, consultabile su Area Stampa di Loconte&partners

²¹ *Ibidem*

l'omosessualità non costituiva dato eccezionale, la sentenza evangelica non trova corresponsione.

In realtà è proprio la nascita di criteri legislativi punenti l'attrazione verso il *similis* e non l'*alter*, quali ad esempio il reato di *gross indecenty*, introdotto dal *Criminal Amendment Act* del 1885, a fruttare la condanna di eminenti personaggi, tra gli altri Oscar Wilde, il 5 aprile del 1895. A convincimento del fatto che "bello è" amare solo chi si è legittimati per coazione pubblica. Il senso maggiorato della libertà ha impedito che fosse fonte di reità l'orientamento sessuale, ma resta aperto il dibattito circa il modo in cui esso possa essere coiniugato con il rispetto dei diritti. Un dibattito fomentato indubbiamente dalla cronaca mediatica. In assenza di una legge chiara, indi, ante legge 76 del 2016 e in vigore della stessa disposizione normativa considerata non esauriente delle possibilità dei rapporti affettivi, il giudicante è stato chiamato a decidere su casi di genitorialità omosessuale.

Il Giudice di Legittimità²² dichiara non supportato da alcuna certezza scientifica o dato d'esperienza, bensì da mero pregiudizio, la dannosità della coabitazione del minore con il partner del genitore biologico omosessuale.

Nel 2014 il Tribunale dei minori di Roma ha riconosciuto la prima adozione omosessuale, permettendo ad una donna di adottare la figlia naturale della compagna. Il Tribunale si era basato sul già citato articolo 44 della legge 184 del 1983 giungendo ad asserire la sussistenza di un superiore e preminente interesse del minore a mantenere anche formalmente un rapporto con l'adulto, *sub specie* genitore sociale.

La necessità del rapporto è costituita dal legame affettivo e di convivenza già consolidatosi nel tempo. Il *favor minoris* torna così ad assumere una funzione prioritaria, costituendo tuttavia il motivo di contesa tra le opposizioni. Se, difatti, alcuna contrarietà sembra essere rivelata dalla Società Italiana Pediatri che nella sanità della crescita dei bambini valuta la necessaria sussistenza di un ambiente sicuro, sereno e protetto, per nulla legato al genere dei genitori, la Società Italiana Psichiatria invita alla riflessione e alla raccolta di dati e studi per chiarire gli eventuali danni riportati o riportabili dal minore. La paura è verso un ampliamento della possibilità della filiazione, oltre i limiti ancora in essere della l. 40 del 2004, in particolare per il fenomeno giornalisticamente reso con la dicitura di "utero in affitto". Recita l'art. 12 della stessa norma: «chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la realizzazione di gameti o di

²² Sentenza Cassazione Sez. Civ. del 11 gennaio 2013 n. 601

embrioni o la surrogazione della maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro». Ove il reato sia commesso all'estero la legge italiana non si applica, poichè l'art. 9 del codice penale prevede tale possibilità solo per i reati con una pena superiore a tre anni, sì come non trova applicazione l'art. 6 sulla possibilità di giudicare fatti avvenuti in Italia se ivi si è verificata parte dell'azione, non potendo considerare tali la partenza e l'arrivo della coppia. Il genitore che rientri in Italia con un bambino può incorrere, dovendo dichiarare le circostanze della nascita in altre violazioni di legge, essendo punite le false dichiarazioni sull'identità personale, l'alterazione di stato e l'affidamento definitivo del minore. Il riconoscimento consentirebbe invece il diritto di conservare il rapporto. La garanzia generale che deve costituire imprinting per l'intero dibattito è chiaramente costituita dall'interesse del bambino.

Il dato normativo deve sapere così settorializzare la casistica ed inaugurare il check and balance dei diritti dei genitori e dei minori, tenendosi lungi da posizioni lobbistiche ed assicurando la maturità psico-affettiva del soggetto per il quale esiste la garanzia del *favor minoris*.

Sulla natura del reclamo ex art. 18 R.D. n. 267/1942 (Legge Fallimentare).

di Marina SFARZO*

1. Osservazioni introduttive. **2.** La disputa attorno alla natura giuridica del rimedio. **3.** Il reclamo quale appello mascherato. **4.** Il rimedio di cui all'art. 18 L. Fall. quale reclamo *tout court* e conseguente inapplicabilità del cd. filtro in appello al giudizi di cui agli artt. 18 e 22 L. Fall..

1. Osservazioni introduttive.

Il dibattito sulla natura giuridica del reclamo previsto dall'art. 18 L. Fall. è stato alimentato dal rapido avvicinarsi di modifiche legislative del regime impugnatorio della sentenza che (erroneamente) abbia dichiarato il fallimento: dall'opposizione al reclamo e, in particolare, dalla repentina sostituzione dell'appello con quest'ultimo, in forza dell'art. 2, comma 7, del D.Lgs n. 169/2007.

L'antagonismo delle posizioni dottrinarie e giurisprudenziali circa la sua natura di reclamo *tout court*¹ ovvero di "appello mascherato"² persiste nonostante le riforme del giudizio di appello abbiano alterato la fisionomia di quest'ultimo, fino a renderlo un "filtro a maglie (sempre più) strette per l'accesso alla Suprema Corte"³, ed a critica sempre più vincolata, soprattutto a seguito dell'introduzione degli artt. 348 *bis* e *ter* c.p.c., sì da distinguerlo sempre più nettamente dal reclamo, fugando - almeno in astratto - le perplessità in ordine alla distinzione dell'uno dall'altro.

Invero, le criticità del giudizio di appello del processo civile, soprattutto in punto di ineffettività della tutela derivante dall'irragionevole durata del procedimento,

*Avvocato e dottore di ricerca in *Tutela giurisdizionale dei diritti nell'Ordinamento interno ed internazionale*.

¹ Cfr. Corte di cassazione, del 6 marzo 2017, sentenza n. 5520, nonché, tra i precedenti, Corte di cassazione, del 17 luglio 2012, sentenza n. 12214.

² Cfr. N. RASCIO, *Note sull'impiego del reclamo (in luogo dell'appello) come mezzo per impugnare le sentenze con devoluzione automatica piena*, in *Riva. dir. proc.* 2008, 958 e ss..

³ Così N. RASCIO, *Note sull'impiego del reclamo*, cit., 958 e ss., ove l'A. evidenzia come «nell'attuale diritto vivente l'appello è senza dubbio piuttosto distante dal modello che, ancora nel 1973, veniva tratteggiato da Cerino Canova, [quale] rimedio a critica libera con devoluzione automatica piena e destinato a concludersi in una pronuncia sostitutiva».

hanno sospinto il legislatore ad intervenire sulle relative norme processuali⁴, fino a renderlo uno strumento di verifica della fondatezza delle censure mosse alla sentenza appellata, rendendo così necessario l'intervento chiarificatore delle Sezioni Unite sull'esatta portata della specificità dei motivi di appello⁵.

Si è altresì assistito ad una diversificazione della disciplina codicistica⁶ a seconda del provvedimento impugnato, piegando il rimedio in questione a funzioni e ruoli sempre più diversi.

Sicché lo stato dell'arte è nel senso che reclamo e appello presentano oggi fisionomie del tutto opposte: l'uno a critica libera, l'altro a critica sempre più vincolata⁷, escludendo ogni possibile contiguità di disciplina e fungibilità tra norme regolatrici dell'uno e dell'altro rimedio, finché l'unico elemento comune consiste nella non riconducibilità ad unità dei fenomeni rispettivamente sottesi a reclamo ed appello.

Pertanto, nell'attuale contesto normativo, risulta particolarmente avvertita l'esigenza di qualificare correttamente il mezzo di gravame di cui all'art. 18 L. Fall., atteso che dall'assegnazione ad esso dell'una o l'altra natura giuridica discende l'individuazione delle norme processuali applicabili al relativo procedimento.

⁴ Si pensi ai frequenti interventi legislativi, apportati dalle leggi n. 353/1990; n. 40/2006; n. 69/2009; n. 134/2012. Tali riforme hanno fatto sì che reclamo e appello, già storicamente concepiti come alternativi, presentino oggi caratteristiche strutturali sempre più divergenti, in quanto l'appello non costituisce *novum iudicium*, bensì una *revisio prioris instantiae*.

⁵ Corte di cassazione, S.S.U.U., del 16 novembre 2017, n. 27189, ove le Sezioni Unite ribadiscono l'effetto devolutivo e sostitutivo dell'appello, nonché la sua natura di mezzo di impugnazione a critica libera e chiariscono che le predette riforme hanno accentuato il carattere di *revisio prioris instantiae* del giudizio di appello il quale, pertanto, non consiste in un *novum iudicium*.

La Corte di cassazione ha inoltre definito l'esatta portata dell'art. 342 c.p.c. – nella sua attuale formulazione, risultante dalla modifica apportata con L. n. 134/2012 – nonché dell'art. 434 c.p.c., chiarendo che essi vanno interpretati nel senso che «l'impugnazione deve contenere una chiara individuazione delle questioni e dei punti contestati della sentenza impugnata e, con essi, delle relative doglianze, affiancando alla parte volitiva una parte argomentativa che confuti e contrasti le ragioni addotte dal primo giudice. Resta tuttavia escluso, in considerazione della permanente natura di *revisio prioris instantiae* del giudizio di appello, il quale mantiene la sua diversità rispetto alle impugnazioni a critica vincolata, che l'atto di appello debba rivestire particolari forme sacramentali o che debba contenere la redazione di un progetto alternativo di decisione da contrapporre a quella di primo grado».

⁶ La quale prevede diverse regole procedurali, a seconda del rito e dell'oggetto dell'appello (cfr. artt. 339, co. 2; 437 e 702 *quater* c.p.c.).

⁷ G. VERDE, *Diritto di difesa e nuova disciplina delle impugnazioni*, in *Judicium*, 2014, ove si legge, con riferimento all'appello, che «si sarebbe surrettiziamente eliminato dal nostro sistema un gravame a critica libera per trasformarlo in un'impugnazione a critica vincolata, poiché comunque in appello dovrebbe essere denunciata una violazione di legge».

Invero, la riforma del 2007, almeno nell'intenzione del legislatore, si proponeva di fugare i dubbi immediatamente sorti tra gli interpreti, in ordine alla reale portata del procedimento di impugnazione del provvedimento dichiarativo del fallimento, atteso che - al di là della regola di competenza a conoscere del gravame, espressamente affidata alla Corte di appello - a seguito del passaggio dalla cd. opposizione all'appello, null'altro appariva mutato rispetto al passato. Dal che la necessità di intervenire sullo stesso *nomen iuris* del rimedio, sì da precludere l'applicabilità delle norme sul giudizio di appello al gravame previsto dalla Legge fallimentare, sul presupposto per cui le norme sul rito ordinario, limitative della portata dell'effetto devolutivo della cognizione del giudice di seconde cure, mal si attagliano al carattere indisponibile della materia fallimentare laddove, invece, attraverso la cameralizzazione del rito, si garantisce anche una maggiore effettività della tutela del soggetto (erroneamente) dichiarato fallito.

Senonché, il repentino intervento legislativo, in luogo di sopire le perplessità degli interpreti, non fece che alimentarle, sicché, nei più recenti contributi in materia⁸ si legge che «*la Suprema Corte oscilla tra il ribadire che il reclamo ex art. 18 r.d. n. 267/1942 ha carattere devolutivo pieno⁹... e l'affermare che [esso] deve contenere l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto su cui si basa l'impugnazione e le relative conclusioni, [di talché] tale mezzo non ha carattere pienamente devolutivo poiché l'ambito dell'impugnazione resta circoscritto alle sole questioni tempestivamente dedotte dal reclamante¹⁰*».

2. La disputa attorno alla natura giuridica del rimedio.

Per stabilire se, a seguito della novellazione operata dall'art. 2, co. 7, D. Lgs. n. 169/2007, il mezzo di gravame di cui all'art. 18 L. Fall. abbia assunto carattere pienamente devolutivo, senza alcuna limitazione in ordine all'oggetto della critica e dei relativi tempi di rilevazione, ovvero si caratterizzi per una devoluzione limitata e circoscritta agli specifici motivi di doglianza, non appaiono soddisfacenti né il criterio meramente nominalistico, basato sul *nomen iuris* "reclamo" (ancorché di per sé capace di rievocare un tipico rimedio accedente a una disciplina non preordinata alla formazione del giudicato, quale quella di cui

⁸ Cfr. F. CANAZZA, *Codice commentato del fallimento*, a cura di G. LO CASCIO, Milano, 2017, sub art. 18, p. 249.

⁹ Corte di cassazione, del 6 novembre 2013, sentenza n. 24970, in *Leggi d'Italia* 2013.

¹⁰ Corte di cassazione, del 5 giugno 2014, sentenza n. 12706, in *Il fallimento* 2015, p. 742.

agli artt. 737 ss. c.p.c. e con effetto devolutivo automatico e pieno), né il criterio teleologico, basato sulla ricerca dell'ormai ben risalente proposito del legislatore. Il *nomen iuris* "reclamo" non è argomento preclusivo dell'assegnazione di una diversa natura al rimedio in esame, atteso che la dottrina aveva già evidenziato la neutralità del dato nominalistico ai fini che occupano e, in particolare, per l'individuazione della disciplina applicabile, così come ricavabile dal sistema «e (soprattutto) fissata dal dato positivo¹¹».

Più in particolare, la tesi della natura di reclamo *tout court* del rimedio di cui all'art. 18 L. Fall. si faceva comunemente discendere dalla Relazione al D.Lgs. n. 169/2007, il cui art. 2, comma 7, incidendo sul tessuto normativo dell'art. 18 L. Fall., ha previsto che la sentenza dichiarativa di fallimento sia suscettibile di reclamo, da introdurre mediante ricorso da depositare presso la Corte di appello territorialmente competente.

Dalla predetta Relazione emerge che la scelta del reclamo - già prevista con riferimento all'impugnazione delle sentenze che dichiarano il fallimento in estensione (art. 147 L. Fall.) o a seguito di diniego o revoca dell'ammissione al concordato preventivo (artt. 162 e 173 L. Fall.) e di mancata omologazione dello stesso (art. 183 L. Fall.), così come per le sentenze che riaprono la procedura (artt. 121; 137; 138 L. Fall.) - oltre ad apparire «coerente con il rito camerale adottato non solo per la decisione di primo grado, ma anche per la fase di gravame», varrebbe «ad escludere l'applicabilità della disciplina dell'appello dettata dal codice di rito e ad assicurare l'effetto pienamente devolutivo dell'impugnazione, com'è necessario attesi il carattere indisponibile della materia controversa e gli effetti della sentenza di fallimento, che incide su tutto il patrimonio e sullo *status* di fallito¹²».

Per contro, la tesi del reclamo quale appello mascherato si fonda sulla disamina delle *species* di reclamo disseminate nelle leggi speciali e nel Codice di rito, da cui vengono empiricamente ritratti i caratteri essenziali del mezzo di gravame in esame.

¹¹ N. RASCIO, *L'efficacia devolutiva automatica del reclamo avverso la sentenza di fallimento: un risultato (solo) auspicato dai conditores, ma precluso dal sistema e ancor più dalla lettera della legge*, in *Il Fallimento*, 5/2010, p. 4, ove l'A. rinvia a A. CASTAGNOLA, *La nuova riforma delle procedure concorsuali: una prima lettura*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, pp. 161-163; M. FABIANI, *Il decreto correttivo della riforma fallimentare*, in *Foro it.*, 2007, V, pp. 227-228; N. RASCIO, *Reclamo devolutivo avverso la sentenza di fallimento o fallimento del reclamo?*, in *Dir. giur.*, 2007, p. 341; Id., *Note sull'impiego del reclamo (in luogo dell'appello)*, cit., p. 955 ss..

¹² Cfr. la Relazione illustrativa dell'art. 2 D. Lgs. n. 169/2007.

Sicché, da siffatta indagine induttivamente condotta in dottrina¹³ emerge il valore paradigmatico del cd. reclamo camerale e di quello cautelare *ex art. 669 terdecies* c.p.c. In particolare, il reclamo camerale *ex art. 739* c.p.c. si caratterizza per la mancanza della predeterminazione dei motivi di doglianza e per la mancanza di norme analoghe a quelle che precludono l'allegazione dei *ccdd. nova* in appello e, pertanto, esso presenta significativi punti di contatto con il reclamo cautelare *ex art. 669 terdecies* c.p.c., così come risultante a seguito della pronuncia della Corte Costituzionale n. 65/1998. Invero, la Corte costituzionale, dalla premessa che il reclamo costituisce «*un generale mezzo di controllo dell'operato del giudice della cautela, affidato a un giudice diverso e collegiale*», ricavò il corollario per cui l'organo giudicante «*è [...] investito del complessivo contenuto della domanda cautelare ed è titolare dei medesimi poteri conferiti al primo giudice: per cui il giudizio che s'instaura a seguito del reclamo è destinato a svolgersi sull'intero thema decidendum oggetto del procedimento cautelare, del quale il momento del reclamo costituisce la prosecuzione. L'integrale devoluzione della controversia al giudice collegiale implica che il provvedimento da questi adottato venga a sostituire del tutto quello reclamato, e comporta altresì che il secondo giudice non sia limitato, nella propria cognizione e nella dotazione degli strumenti decisori, dai motivi dedotti dalle parti reclamanti, con la conseguenza che sarebbe inconfigurabile un giudizio circoscritto ad un solo punto della decisione secondo l'ottica propria del giudizio di impugnazione, qual è viceversa quella sottesa alla prospettazione. E dunque contrasterebbe con la logica stessa dell'istituto un intervento additivo che lo piegasse alle caratteristiche del doppio grado distogliendolo da quelle, sue tipiche, che lo connotano quale sviluppo ulteriore - seppure in una sede diversa - dell'unico procedimento cautelare¹⁴». Invero, anche il reclamo cautelare *ex art. 669 terdecies* c.p.c. (che, a propria volta, rinvia alla disciplina sui procedimenti in camera di consiglio), si caratterizza per la mancanza di specifici di doglianza, nonché per la deducibilità di circostanze sopravvenute.*

Pertanto, a prescindere dalle differenze morfologiche sussistenti tra le varie forme di reclamo contemplate dall'Ordinamento, è possibile individuare un nucleo comune di tratti costanti di queste ultime: in particolare, l'effetto devolutivo automatico e l'apertura ai *nova* e la capacità sostitutiva del

¹³ N. RASCIO, *L'efficacia devolutiva automatica del reclamo*, cit., pp. 4 e ss..

¹⁴ Così, Corte Costituzionale del 17 marzo 1998, sentenza n. 65, in *Foro it.*, 1998, I, 1759, e in *Giur. it.*, 1998, 2244, con nota di P.L. NELA.

provvedimento conclusivo costituirebbero caratteri naturali di qualsivoglia *species* di reclamo dato avverso provvedimenti giurisdizionali.

3. Il reclamo quale appello mascherato.

La tesi che, ritenendo prevalente la sostanza (natura giuridica del rimedio, appunto equipollente ad un giudizio di appello) sulla forma (*nomen iuris* "reclamo"), ravvisa nell'impugnazione *ex art. 18 L. Fall.* un appello mascherato, segna una netta contrapposizione tra il rimedio in esame e quello di cui all'*art. 22 L. Fall.*, invece dato avverso il decreto di rigetto dell'istanza per la dichiarazione di fallimento.

Tale tesi rinviene nella forma del provvedimento (sentenza dichiarativa del fallimento) e nella regola di competenza (assegnata alla Corte di appello) degli argomenti letterali capaci di escludere gli appena individuati caratteri comuni e costanti di ogni forma di reclamo, quali l'effetto devolutivo automatico e l'apertura ai *nova* e - in ultimo - di fraporsi al perseguimento dell'obiettivo dichiarato nella Relazione citata.

Sicché, per un verso, il fatto che l'oggetto del reclamo sia costituito da una sentenza fa sì che *«laddove l'unica deroga ai principi del processo ordinario consista nella sostituzione del "reclamo" all'"appello"...sembra più coerente ripristinare la portata potenzialmente espansiva ed elastica delle regole generali attinenti al regime impugnatorio delle "sentenze" come tal¹⁵»*. Per altro verso, occorre anche tener conto dell'orientamento giurisprudenziale della Corte di appello - cui la riforma non ha sottratto la competenza - ed a mente del quale *«dagli articoli 400 e 406 c.p.c. può dedursi il principio generale per cui davanti al giudice adito con un mezzo di impugnazione si osservano le norme stabilite per il procedimento davanti a lui, in quanto non derogate dalla specifica disciplina del mezzo d'impugnazione di cui si tratta. E poiché la funzione primaria e generale della Corte di appello è quella di esercitare la giurisdizione nelle cause d'appello delle sentenze del tribunale (art. 53, lett. a) R.D. n. 12/1941), il procedimento davanti [ad essa], salvo le deroghe espressamente previste per i procedimenti diversi ad essa attribuiti, deve intendersi disciplinato dagli artt. 339 e ss. c.p.c.¹⁶»*.

¹⁵ L. P. COMOGLIO, in nota a Cass. 6 novembre 1987, sentenza n. 8219, in *Nuova giur. Civ. Comm.*, 1989, I, 50.

¹⁶ Cfr. Corte di cassazione, del 7 febbraio 2001, sentenza n. 1731, in *Foro it.*, 2001, I, 1881, con nota di C.M. BARONE, e in *Giur. it.*, 2002, 287, con nota di P.L. NELA; Corte di cassazione, del 21 settembre 2004, n. 18917, in *Riv. arb.*, 2005, 275, con nota critica di R. MACCARRONE, a proposito del rito da applicare al giudizio di impugnazione per nullità del lodo; Corte di cassazione, del 22

Decisivo apparirebbe inoltre - al fine di suffragare la tesi appena esposta - il dato dell'attitudine al giudicato della sentenza dichiarativa di fallimento che, benché resa secondo le regole del procedimento in camera di consiglio, è suscettibile di acquisire l'autorità del giudicato sostanziale; al giudizio di reclamo avverso tali provvedimenti, infatti, la giurisprudenza di legittimità tende ad applicare la disciplina dell'appello¹⁷.

In particolare, superano il giudizio di compatibilità le norme sui meccanismi di acquiescenza di cui all'art. 329 c.p.c.¹⁸, nonché «*la regola per cui il giudice... deve decidere nel merito, pure se riscontri vizi del procedimento*», ma con salvezza delle tassative ipotesi di rimessione al primo giudice previste dagli artt. 353 e 354 c.p.c.¹⁹ e, soprattutto, la delimitazione del riesame del giudice di seconde cure alle sole questioni oggetto di specifico motivo di impugnazione²⁰,

giugno 2005, sentenza n. 13442, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 1091, con nota di C. CECHELLA, *Sulla opposizione di terzo ordinaria proposta incidentalmente in un giudizio di opposizione di terzo revocatoria al lodo arbitrale e sulla equiparazione del lodo alla sentenza*.

¹⁷ Per un'analisi puntuale delle norme del Codice di rito suscettibili di trovare applicazione nel giudizio di reclamo, si osserva, a titolo esemplificativo e senza pretesa di esaustività:

- che, con riferimento all'art. 342 c.p.c., nonostante l'assonanza con l'art. 18 L. Fall., tale norma resta non applicabile al giudizio di reclamo, in quanto è il suddetto art. 18 a prevalere per specialità. Del resto, l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto, unita all'indicazione dei mezzi di prova e all'onere del reclamato di costituirsi almeno dieci giorni prima dell'udienza prescritti dall'art. 18, si spiegano «*non già con la volontà di imporre un vincolo alla cognizione del giudice, quanto piuttosto con la scelta del modello processuale da utilizzare per la decisione del reclamo, [...] così da consentire al collegio di decidere la causa (se possibile) dopo una sola udienza*». A. SCALA, *Commento all'art. 18 r. d. 16 marzo 1942, n. 267*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, 2010, Bologna, a cura di A. JORIO - M. FABIANI, p. 387.

- Che, con riferimento all'art. 345 c.p.c., vi sono almeno due indici normativi dell'apertura ai *nova* del giudizio di reclamo: la possibilità che il reclamo sia proposto da un "terzo interessato", cui la legge pure riconosce la legittimazione e la possibilità di assunzione dei mezzi di prova ritenuti necessari, anche d'ufficio. Alla prima previsione fa da *pendant* la possibilità di recupero dei poteri probatori in capo alle parti originarie del processo, soprattutto con riferimento alla possibilità di articolare la prova contraria la cui richiesta si riveli necessaria in seguito all'attività asseverativa del terzo reclamante (alla stregua di quanto riconosciuto dall'art. 183, co. 6 c.p.c., con riferimento al secondo termine dell'appendice scritta).

Per quanto concerne i poteri istruttori del collegio, va invece rilevato che l'intervento officioso consentito – ancorché sentite le parti e nel rispetto del contraddittorio – non può ribaltare le regole relative alla distribuzione degli oneri probatori di cui all'art. 2697 c.c.: esso deve piuttosto accompagnarsi al riconoscimento alle parti della facoltà di depositare documenti (nuovi) ed articolare prove che si rendano necessarie in conseguenza dell'intervento stesso (alla stregua di quanto consentito dall'art. 183, co. 8 c.p.c.).

¹⁸ Cfr. Corte di cassazione, del 12 maggio 1973, sentenza n. 1293, in *Foro it.*, 1973, I, p. 2780.

¹⁹ Corte di cassazione, del 21 marzo 2001, sentenza n. 4037, in *Giur. it.*, Rep. 2001, voce *Appello civile*, n. 96. In termini: Corte di cassazione, del 2 aprile 1985, n. 2260 e Corte di cassazione, del 24 aprile 1992, sentenza n. 4960, in *Foro it.*, 1993, I, p. 3351.

²⁰ Corte di cassazione, del 25 ottobre 2000, sentenza n. 14022, in *Fam. dir.*, 2001, 393, con nota di A. CARRATTA, *Modifica delle condizioni del divorzio e interpretazione* «*costituzionalmente*

ancorché incidentale²¹ o, se del caso, tardiva²², ma senza possibilità di successiva integrazione delle originarie censure²³, «*con la conseguenza che è viziata da ultrapetizione la pronuncia del giudice del reclamo che abbia riformato il provvedimento reclamato in difetto di apposito motivo*²⁴».

Resta da affrontare la questione dell'applicabilità, al giudizio di reclamo *ex art.* 18 L. Fall., delle norme di disciplina del cd. filtro in appello.

4. Il rimedio di cui all'art. 18 L. Fall. quale reclamo *tout court* e conseguente inapplicabilità del cd. filtro in appello ai giudizi di cui agli artt. 18 e 22 L. Fall..

L'inapplicabilità della disciplina del filtro in appello al giudizio di reclamo in esame va ricavata non già direttamente e semplicemente dai testuali limiti applicativi dell'istituto, non operante per le controversie in cui è necessaria la partecipazione del P.M.; quest'ultimo è invero parte necessaria solo se il fallimento sia stato dichiarato su sua iniziativa o segnalazione.

È appena il caso di ricordare che, come condivisibilmente osservato dalla dottrina impegnata a comporre il contrasto tra la tesi della tipicità e dell'atipicità delle fattispecie legittimanti l'iniziativa del P.M.²⁵ - e, cioè, volta a chiarire se la richiesta di procedere per la dichiarazione di fallimento sia la manifestazione di un generale potere d'azione del P.M. (previsto dall'art. 6 L. Fall.) ovvero se sia ammissibile nei casi stabiliti esclusivamente dall'art. 7 L. Fall. - soprattutto a seguito della riforma dell'art. 7 L. Fall.²⁶, l'iniziativa della parte pubblica per la

plausibile» dell'art. 9 l. div.; Corte di cassazione, del 16 aprile 2003, sentenza n. 6011, in *Arch. civ.*, 2004, 253; Corte di cassazione, del 24 marzo 2006, sentenza n. 6671, in *Giur. it., Rep.* 2006, voce *Matrimonio e divorzio*, n. 120.

²¹ Corte di cassazione, del 29 maggio 1990, sentenza n. 5029, in *Giur. it., Rep.* 1990, voce *Matrimonio e divorzio*, n. 214.

²² Corte di cassazione, del 29 agosto 1998, sentenza n. 8654, in *Giur. it., Rep.* 1998, voce *Impugnazioni* mat. civ., n. 101; Corte di cassazione del 9 aprile 1983, sentenza n. 2514, *id.*, 1983, voce *Giurisdizione volontaria*, n. 9.

²³ Corte di cassazione, n. 5521/1983, *cit.*; Corte di cassazione, n. 5029/1990, *cit.*; Corte di cassazione, n. 6011/2003, *cit.*

²⁴ Corte di cassazione, n. 8063/1996, *cit.*.

²⁵ Cfr. F. AULETTA, *Irretrattabilità della "richiesta", (in-)conclusione del fatto che non "interviene il Pubblico ministero che ha assunto l'iniziativa", "conclusioni": un'analisi dei poteri del P.M. nel procedimento per la dichiarazione di fallimento*, in *Giur. merito*, 2011, 10, p. 2443; *Id.*, *L'iniziativa per la dichiarazione di fallimento" (specie del "creditore sedicente o non legittimato o rinunciante")*, in *Fall.*, 2010, pp. 129 ss.; *Id.*, *Iniziativa per la dichiarazione di fallimento e Iniziativa del Pubblico ministero*, entrambe in *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da CAVALLINI, I, Milano, 2010, rispettivamente pp. 115 ss. e pp.137 ss..

²⁶ Secondo la citata Relazione illustrativa del D.Lgs. n. 169/2007, infatti, l'articolo 7 L. Fall. disciplina tutti i casi di iniziativa obbligatoria del pubblico ministero, ed in tal senso è stata

dichiarazione di fallimento (se intesa come azione civile in senso tecnico) a differenza di quella penale, non è mai veramente obbligatoria²⁷.

In questi termini, viene così a mancare il presupposto applicativo dell'art. 70. Comma 1, c.p.c., cui l'art. 348 *bis* c.p.c. espressamente rinvia, allo scopo di perimetrare l'ambito di operatività dell'istituto.

Pertanto, a costituire un limite invalicabile all'operatività del filtro non è tanto e solo il *nomen* "reclamo", quanto la natura giuridica che sostanzialmente viene ad assumere tale rimedio, nettamente distinto dall'appello.

La tesi di chi, pur muovendo dall'opposto presupposto dell'obbligatorietà dell'intervento del P.M. nel giudizio di reclamo ex artt. 18 e 22 L. Fall., perviene alla medesima soluzione dell'inapplicabilità del filtro, si fonda sull'anzidetta qualificazione del reclamo in termini di appello mascherato²⁸.

modificata la rubrica. Vi si legge, dunque, che il novellato articolo 7 è ora comprensivo di tutti i casi di «*iniziativa obbligatoria*» del P.M., e che da ciò «*l'abrogazione dell'art. 8 della legge fallimentare consegu[irebbe]*»: per un verso, dunque, non si chiariva se la norma avesse assunto in sé tutti i casi di iniziativa ovvero, in ipotesi di non coincidenza, i soli casi iniziativa obbligatoria.

²⁷ Per approfondimenti circa la non obbligatorietà dell'esercizio dell'azione del P.M. per la dichiarazione di fallimento, sia consentito rinviare a F. AULETTA, *Trattato delle procedure concorsuali*, I, Milano, 2014, a cura di A. JORIO, B.N. SASSANI, pp., 358 ss., ove si legge che: «*l'azione civile del P.M. [...] postula sì che i "casi [siano] stabiliti dalla legge", ma poi niente di più che l'imparzialità (propria di qualsiasi organo di potere pubblico) nel suo eventuale esercizio (cioè la spendita della medesima quota di potere in casi uguali, i.e. azione non sempre e comunque, ma tutte le volte che, in relazione ai casi stabiliti per legge, ricorrano le stesse condizioni) gli identici presupposti. Al contrario, la sopravvenienza di un'azione obbligatoria per "casi stabiliti dalla legge" esclude la configurazione stessa del potere (che viene mutato in pura funzione, strumentale specialmente al mantenimento dell'alienità del giudice dall'iniziativa procedimentale), toglie quindi la naturale corrispondenza di questo potere in ogni speculare responsabilità e finisce per trasferire quest'ultima responsabilità, totalmente, alla "legge"*».

Che l'iniziativa per la dichiarazione di fallimento, del resto, non possa darsi, per la sua stessa doverosità, come uno dei casi di manifestazione del potere di azione del P.M., né si iscriva nel genere di quelli di cui trattano gli artt. 69 ss. c.p.c. trova conferma nello stesso tessuto normativo della L.F. Infatti, ammettendo che l'art. 7 L.F. sostanzi uno dei «*casi stabiliti dalla legge*» di «*azione del pubblico ministero*» (art. 69 c.p.c.), ne verrebbe per conseguenza che l'ufficio del P.M. debba, come litisconsorte necessario, sempre esser fatto destinatario della «*comunicazione degli atti*» a norma dell'art. 71, 1° comma, c.p.c., per consentirne -quindi- l'intervento in giudizio (sebbene non abbia assunto l'iniziativa). Di contro, l'art. 15, 2° comma, L.F. prescrive l'intervento soltanto del P.M. «*che ha assunto l'iniziativa per la dichiarazione di fallimento*», e limita coerentemente a quest'unica ipotesi l'obbligo di comunicazione degli atti a quell'organo.

²⁸ Cfr. F. DE SANTIS, «*Filtro in appello, "doppia conforme" e "ridotta" censura in Cassazione per vizio della motivazione nei procedimenti fallimentari*», in *Il Fallimento 2013*, pp. 393 e ss. Altri autori, peraltro, pur non affrontando il tema del filtro in appello con specifico riferimento alla compatibilità dello stesso con le procedure fallimentari, tendenzialmente escluderebbero tale possibilità, nel perseguire un intento limitativo dell'applicabilità di una disciplina in più punti censurata. Cfr. G. VERDE, *Diritto di difesa e nuova disciplina delle impugnazioni*; DE CRISTOFARO, *Appello e cassazione alla prova dell'ennesima riforma urgente: quando i rimedi peggiorano il male*;

Ma che di reclamo veramente si tratti non è revocabile in dubbio, atteso che la sostituzione dell'appello con quest'ultimo risponde ad una scelta tecnica ben precisa: «*escludere l'applicabilità della disciplina dell'appello dettata dal Codice di rito ed assicurare l'effetto pienamente devolutivo dell'impugnazione, com'è necessario attesi il carattere indisponibile della materia controversa e gli effetti della sentenza di fallimento, che incide su tutto il patrimonio e sullo status di fallito*».

E che il reclamo, a propria volta, si caratterizzi per la pienezza e l'automaticità del proprio effetto devolutivo è opinione ormai diffusa: lo studio, induttivamente condotto in dottrina, delle varie *species* di reclamo conosciute dall'Ordinamento pur avendo escluso la possibilità di *reductio ad unum* delle stesse, non ha impedito di definire l'effetto devolutivo automatico e pieno quale tratto essenziale del rimedio²⁹.

Restituito al reclamo il proprio carattere naturale, tale mezzo di impugnazione ben si presta a consentire l'accessibilità ad un secondo esame pieno ed illimitato della res controversa, garantendo la forma di tutela più adeguata all'indisponibilità della materia oggetto della procedura fallimentare ed alla possibile attitudine al giudicato del provvedimento che definisce il reclamo, ove dichiarativo del fallimento.

In questi termini, la sostituzione dell'appello col reclamo *ex art. 18 L. Fall.* si rivela scelta legislativa ben ponderata e per cui, da un lato, la tesi della neutralità della denominazione del mezzo rispetto alle classificazioni impugnatorie - tale da ridurre il *nomen* "reclamo" a una mera "perniciosa espressione decettiva"³⁰ - risulta anacronistica, prima ancora che confutabile.

Dall'altro, ciò rende finanche superfluo il giudizio di compatibilità delle norme codicistiche che disciplinano il procedimento d'appello con quello di reclamo *ex art. 18 L. Fall.*, nonché dell'eventuale impatto che su quest'ultimo abbia prodotto l'introduzione degli artt. 348 *bis* e *ter* c.p.c..

Al contrario, l'analisi dei poteri dei giudici di reclamo e appello esercitabili all'esito dei rispettivi giudizi, potrebbe dar luogo a risultati non trascurabili ai fini della persuasività della tesi che si intende supportare.

G. IMPAGNATIELLO, *Crescita del Paese e funzionalità delle impugnazioni civili: note a prima lettura del D.L. 83/2012*, tutti in www.judicium.it.

²⁹ N. RASCIO, *Note sull'impiego del reclamo (in luogo dell'appello) come mezzo per impugnare le sentenze con devoluzione automatica piena*, cit., pp. 955 e ss..

³⁰ F. DE SANTIS, "Filtro in appello", "doppia conforme", cit., p. 397. Cfr. anche M. FABIANI, *Il nuovo diritto fallimentare. Aggiornamento al d.lgs. n. 169/2007*, Bologna, 2007, p. 13.

Si rende però necessaria una premessa di ordine metodologico: per esigenze di semplicità espositiva, si prenderanno le mosse dal giudizio di reclamo del decreto che abbia rigettato la richiesta od istanza di fallimento, atteso che tra gli scopi del legislatore del 2007 vi era anche quello di omologare i rimedi di cui agli artt. 18 e 22 L. Fall.. Tale ultimo giudizio, in caso di accoglimento del reclamo, si chiuderà con una pronuncia meramente rescindente, con cui verrà disposta la rimessione degli atti al tribunale fallimentare; nel giudizio di appello, al contrario, la regola è la pronuncia rescissoria. Solo eccezionali sono i casi di pronuncia meramente rescindente, invero tassativamente previsti dagli artt. 353 e 354 c.p.c.³¹. Né l'estensione delle singole ipotesi sottese all'art. 354 c.p.c. ai casi analoghi alle stesse varrebbe a fare di tale norma la regola, attesa l'illimitatezza dei motivi di impugnazione proponibili con l'appello.

L'accoglimento del reclamo ex art. 22 L. Fall., invece, determina una sorta di incompetenza sopravvenuta della corte di appello in favore del tribunale, ancorché giudice di primo grado, essendo quest'ultimo funzionalmente competente a dichiarare il fallimento. Invero, a propria volta, conformandosi alle valutazioni del giudice del reclamo, il tribunale dovrà necessariamente emettere pronuncia dichiarativa di fallimento, restando in quella sede preclusa la possibilità di dedurre fatti sopravvenuti³². Le parti potranno, al più, impugnare la sentenza dichiarativa del fallimento, proponendo un nuovo reclamo dinanzi alla corte di appello, e solo allora far valere le suddette sopravvenienze.

Anche ove il giudizio di reclamo desse luogo ad esito opposto, confermando il decreto del tribunale che aveva rigettato l'istanza per la dichiarazione di fallimento, il potere della Corte di appello si rivelerebbe diverso da quello tipicamente esercitato dalla Corte stessa. Nel primo caso, infatti, rigettato il reclamo, l'organo giudicante emetterà un decreto sì rescissorio, ma non avente attitudine al giudicato³³, con conseguente inammissibilità del ricorso straordinario per cassazione, se non limitatamente alle statuizioni in materia di

³¹ Di tale principio dà analiticamente conto N. RASCIO, *La Consulta e i reclami. Una rassegna*, in *Diritto processuale civile e Corte costituzionale. 50 anni Corte costituzionale*, a cura di E. FAZZALARI, 2006, p. 380 s.

³² Ciò non costituirebbe un *unicum* nel sistema dei giudizi di reclamo camerali: anche con riferimento alla bifasicità del procedimento cautelare uniforme, il giudizio di reclamo è stato definito quale "*sviluppo ulteriore – seppure in sede diversa – dell'unico procedimento*" iniziato con la domanda cautelare. Cfr. N. RASCIO, *La Consulta e i reclami. Una rassegna*, cit., 378.

³³ Cfr. Corte di cassazione, del 2 aprile 2015, sentenza n. 6683, in *Leggi d'Italia 2015*; Corte di cassazione, del 19 febbraio 2015, sentenza n. 3339, in *Leggi d'Italia 2015*.

spese³⁴; nell'altro caso, la sentenza della corte di appello presenterà, invece, attitudine al giudicato sostanziale, con conseguente ammissibilità del ricorso per cassazione avverso la pronuncia. Tale differenza di poteri esercitati dalla Corte di appello, rispettivamente adita in funzione di giudice del reclamo *ex art. 18 L. Fall.* ed in funzione di giudice d'appello *tout court* rivela la differenza ontologica tra i due rimedi.

Ed invero il più recente orientamento della Suprema Corte, fondato, al contrario, sull'apertura ai *nova* del giudizio di reclamo e sulla pienezza ed automaticità dell'effetto devolutivo dell'atto introduttivo del relativo giudizio, conferma l'orientamento delle Corti d'Appello dinanzi alle quali si celebra il giudizio di reclamo³⁵. Più in particolare, secondo l'attuale orientamento di legittimità: «*a procedimento di reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento, compiutamente regolato dall'art. 18 L. Fall., non si applica la disciplina prevista, per il solo giudizio d'appello, dall'art. 348 ter, comma 5, c.p.c., che esclude che possa essere impugnata ex art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c. la sentenza "che conferma la decisione di primo grado". Deve, infatti, tenersi conto del peculiare effetto devolutivo che caratterizza il giudizio di reclamo, nel quale - differentemente che nel giudizio d'appello - è sempre ammessa l'allegazione di fatti nuovi idonei a sovvertire l'esito del procedimento davanti al tribunale fallimentare, il che esclude, altresì, un'applicazione analogica della disciplina dell'appello in assenza della necessaria identità di ratio*³⁶».

La tesi dell'inapplicabilità del filtro in appello al giudizio di cui all'art. 18 L. Fall. in questione trova ulteriore conforto nella scelta del rito camerale, volta ad esortare gli uffici giudiziari alla celerità: il riferimento ad un meccanismo di filtro

³⁴ Cfr. Corte di cassazione, del 25 luglio 2006, sentenza n. 16975, in *GC* 2007, I, p. 639; Corte di cassazione, del 7 ottobre 2005, n. 19643, in *GC* 2006, I, p. 845, ove si evince che il decreto con cui la Corte di appello provvede sul reclamo *ex art. 22 L. Fall.*, nella parte in cui regola le spese, ha natura di pronuncia definitiva e decisoria su un diritto soggettivo ed è pertanto impugnabile con ricorso per cassazione.

³⁵ Corte di Appello di Milano, 21 febbraio 2013, nn. 855 e 776.

³⁶ Corte di cassazione, del 6 marzo 2017, sentenza n. 5520, cit. Cfr., tra i precedenti, Corte di cassazione, del 2 aprile 2012, sentenza n. 5257, in *Foro it.*, 2012, I, pp. 2081 e ss.; Corte di cassazione, del 24 maggio 2012, n. 8227; Corte di cassazione, del 6 novembre 2013, sentenza n. 24970, ove si legge che «*nei giudizi in cui trova applicazione la riforma di cui al d.lgs. n. 169 del 2007, che ha modificato l'art. 18 legge fall. denominando l'impugnazione avverso la sentenza dichiarativa di fallimento come "reclamo", in luogo del precedente "appello", questo mezzo, in coerenza con la natura camerale dell'intero procedimento, è caratterizzato, per la sua specialità, da un effetto devolutivo pieno, non soggetto ai limiti previsti, in tema di appello, dagli artt. 342 e 345 cod. proc. civ., pur attenendo a un provvedimento decisivo, emesso all'esito di un procedimento contenzioso svoltosi in contraddittorio e suscettibile di acquistare autorità di cosa giudicata*».

si rivela superfluo nell'ambito di un giudizio con naturale vocazione alla concentrazione e tendenzialmente da definirsi in un'unica udienza. In tale contesto, l'applicazione del filtro «*rischierebbe di sortire effetti diversi e contrari rispetto a quelli che si intende perseguire*».³⁷

Parimenti da escludere è l'adesione alla tesi che, sia pur muovendo dalla valorizzazione della divergenza tra reclamo e appello, esclude l'applicabilità degli artt. 348 *bis* e *ter* c.p.c. al giudizio di cui all'art. 18 L. Fall., sul presupposto per cui il meccanismo di filtro conferisce carattere di sommarietà al giudizio di impugnazione.

Secondo tale tesi, invero: «ai rimedi avverso provvedimenti idonei al giudicato *ex art. 70 c.p.c.* [tra i quali tale dottrina fa rientrare la sentenza dichiarativa di fallimento] dovrebbe applicarsi non la disciplina di diritto comune, ma il regime applicabile all'appello del sommario (incluso il diverso ruolo dei motivi dell'impugnazione e della limitazione dei nova istruttori prevista dall'art. 702 *quater*)³⁸». Oltre alla premessa e ribadita inapplicabilità dell'art. 70 c.p.c. ai casi che occupano, tale tesi si fonda su almeno altri due assunti non condivisibili.

In primo luogo, troppo audacemente potrebbe sostenersi che l'introduzione del filtro sia valsa a rendere sommario il giudizio di appello "ordinario" e che, quindi, l'unico modo per evitare la doppia sommarietà di istruttoria prefallimentare *ex art. 15 L. Fall.* e reclamo *ex artt. 18 o 22 L. Fall.*, tutti celebrati in camera di consiglio, sia prediligere l'appello *ex art. 702 quater* rispetto a quello ordinario, sebbene con conseguente inapplicabilità degli artt. 348 *bis* e *ter* c.p.c.. Ciò in quanto tale dottrina ritiene che l'appello del procedimento sommario di cognizione, nella misura in cui a cognizione piena, sia stato costruito come condizione di legittimità costituzionale del procedimento stesso.

Parimenti confutabile è la relazione di biunivoca corrispondenza tra pienezza della cognizione e predeterminazione delle regole procedurali che tale tesi sembra aver definito, atteso che la sommarietà dei giudizi *ex art. 702 ter* c.p.c., da un lato e di cui agli artt. 15; 18; 22 L. Fall., dall'altro, sembrerebbe derivare dalla cameralizzazione del rito, come tale a "creazione giurisprudenziale".

Più persuasivamente potrebbe, al contrario, addursi l'argomento sistematico per cui l'ordinamento processual-civilistico conosce modelli che, a fronte della predeterminazione per legge del regole del procedimento, impongono la sommarietà della cognizione: si tratta del procedimento cautelare uniforme, per definizione *sommario*. D'altra parte, anche la scelta del rito camerale, ove

³⁷ G. VERDE, *ult. op. cit.*, p. 8.

³⁸ L. BERGAMINI, *Evoluzioni dell'appello civile*, in *Gius. Civ.*, 2013, p. 670.

assistita da opportune cautele, ben può offrire garanzia della pienezza di cognizione, come pacificamente avviene nei casi di giurisdizione non volontaria ex artt. 15, 18 e 22 L. Fall.³⁹

Può conclusivamente considerarsi che il giudizio disciplinato dall'art. 18 L. Fall., poiché avente natura di reclamo e non (più) di appello, ancorché "mascherato", si caratterizza per la pienezza dell'effetto devolutivo, tale che il trasferimento della cognizione della materia alla Corte di appello competente non appare subordinata al previo superamento del vaglio della "ragionevole probabilità di accoglimento dell'impugnazione", tipica del filtro in appello.

³⁹ Corte di cassazione, del 2 aprile 2012, sentenza n. 5257, cit ove si legge: «L'art. 15 attualmente in vigore ha infatti strutturato un procedimento per la dichiarazione di fallimento a carattere contenzioso ed a cognizione piena con trattazione in udienza in cui viene assicurato in modo completo il contraddittorio tra le parti ed il diritto di difesa...»; ma già nell'*obiter dictum* della motivazione di Corte di cassazione, del 22 gennaio 2010, sentenza n. 1098, si leggeva: «l'istruttoria prefallimentare è disciplinata ex novo dall'art. 15 L. Fall., nel testo introdotto dalla riforma del 2006, come un procedimento speciale a cognizione piena...» e che, comunque, «è ormai pacifico che il procedimento per la dichiarazione di fallimento sia un procedimento a cognizione piena, sia pure da svolgersi con il rito camerale, a cui vanno applicati i principi in materia di giudizi contenziosi, primo tra tutti quello del contraddittorio» (Cass. 29 ottobre 2009, n.22926, in *Il fallimento 2010*, pp. 557 e ss.).