



DE IUSTITIA

RIVISTA GIURIDICA

ISSN 2974-7562
ISBN 978-88-67354-84-9



WWW.DEIUSTITIA.IT
Rivista scientifica Anvur

Rivista n° 1 / Gennaio 2019 Trimestrale

DE IUSTITIA - Rivista giuridica scientifica – www.deiustitia.it

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

Diretta da: Avv. Francesco Boccia (Direttore scientifico) - Avv. 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 - Avv. Francesco Bottiglieri - Pres. Francesco Caringella - Dott. Flavio Alessio Clemente - Avv. Gabriella De Maio - Dott.ssa Antonia Foglia - Dott. Marco Fratini - Prof. Rosaria Giampetraglia - Avv. 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

I modelli di gestione dei servizi pubblici locali. Quale futuro?
di Gennario Dezio

Pag. 4

L'autonomia degli Enti locali nella riscossione dei tributi propri: la pratica applicazione della normativa alla luce della riforma della gestione delle entrate.
di Valentina Ferrara

Pag. 31

L'evoluzione del principio di precauzione nel panorama giuridico nazionale ed europeo.
di Andrea Napolitano

Pag. 64PARTE II – DIRITTO CIVILE

Problemi e prospettive in tema di procreazione medicalmente assistita.
di Alessandro Palma

Pag. 83

Cost, insurance and freight - Analysis and considerations.
di Sergio Napolitano

Pag. 106

L'autenticazione ad accesso forte (Strong Customer Authentication) e la responsabilità del Prestatore del servizio di pagamento alla luce delle modifiche al d.lgs. n. 11 del 27 gennaio 2010.
di Pierluigi Montella

Pag. 111

PARTE III – DIRITTO PENALE

La continuazione tra delitti e contravvenzioni: l'approdo della giurisprudenza.

di Luciano Persico

Pag. 127

L'autonomia del delitto tentato nell'ambito della confisca "allargata" ex art. 12 sexies d.l. n. 306 del 1992.

di Sisto Macchiarelli

Pag. 142

La tutela dei terzi titolari di diritti reali di garanzia nel procedimento di prevenzione.

di Michele Lauriola

Pag. 153

PARTE IV – FOCUS

Scetticismo critico e ragionevole verità: argomentare i fatti nell'ambito del giudizio.

di Francesco Saverio Bacco

Pag. 171

I modelli gestione dei servizi pubblici locali. Quale futuro?

di Gennaro DEZIO*

SOMMARIO: **1.** Premessa. **2.** L'evoluzione normativa in materia di gestione dei servizi pubblici locali. **3.** La Legge 7 agosto 2015 n. 124. **4.** Il Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica. **5.** La sentenza della Corte Costituzionale 25 novembre 2016 n. 251. **6.** Brevi conclusioni.

1. Premessa.

Il recente referendum consultivo indetto in merito alle modalità di gestione del servizio di trasporto locale a Roma permette di affrontare un tema che ha subito nel corso di questi ultimi anni, soprattutto in conseguenza dei recenti interventi legislativi, una importante evoluzione.

Come è noto, infatti, l'influenza della disciplina europea in materia ed importanti fattori, tra cui, la teoria del c.d. *new public management* di riorganizzazione del settore pubblico, ha portato ad bilanciamento tra strumenti pubblicistici e privatistici¹, volti al miglioramento dell'efficienza dell'amministrazione stessa,

* *Avvocato.*

¹ La facoltà di utilizzare strumenti privatistici da parte di soggetti pubblici è come è noto avvalorata da una normativa che riconosce agli stessi la possibilità di agire *iure privatorum*, tenendo però presente come l'attività di impresa esercitata dalle amministrazioni pubbliche non possa essere equiparata a quella dei soggetti privati. Il riferimento è all'articolo 11 del codice civile ed all'articolo 1 comma 1 *bis* della legge n° 241/1990 Legge 7 agosto 1990 n° 241, *Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*. In riferimento alla prima disposizione, autorevole dottrina ha evidenziato come la stessa amministrazione sia provvista non solo di una capacità giuridica di natura pubblicistica ma anche di diritto privato nei casi in cui non sia destinataria di particolari disposizioni. Si tratta, quindi di una capacità giuridica residuale subordinata al potere discrezionale dell'amministrazione pubblica. Questa interpretazione è stata inoltre confermata dal già citato articolo 1 comma 1 *bis* con il quale legislatore ha stabilito che le pubbliche amministrazioni possano agire nel rispetto di disposizioni pubblicistiche o privatistiche a seconda delle peculiarità dell'azione da svolgere, riprendendo quanto detto dalla norma civilistica nella parte in cui viene prevista la sostituzione del diritto privato in favore di quello pubblico anche in attività non autoritative. Così facendo, è assegnata valenza residuale anche alla capacità d'agire delle amministrazioni pubbliche stesse, di natura incerta in quanto condizionata dal diritto pubblico. Evidenziando, quindi, il rapporto tra capacità speciale e quella privatistica si ricorda come la prima non sia capace di porre semplici correttivi alla seconda ma finisce addirittura per alternarla. Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011, 72.

restando, al tempo stesso, vincolati ai principi che regolano l'azione amministrativa quali l'imparzialità, la non discriminazione ed il buon andamento². Questo processo di riorganizzazione ha investito – si potrebbe dire "nuovamente", dopo la fase di ridefinizione degli anni '90 – anche il settore delle imprese pubbliche, nelle quali nel tempo la differenza sostanziale tra società a totale e società a parziale partecipazione pubblica si è manifestata in modo sensibile³, con la presenza di ipotesi differenziate per categorie specifiche di esse, con l'introduzione di istituti idonei a disciplinare aspetti specifici⁴, pur nell'ambito di un generale orientamento legislativo degli ultimi anni sia stato caratterizzato dalla volontà di limitare la possibilità per le amministrazioni pubbliche di costituire società ed una dismissione di quelle già detenute dalle amministrazioni stesse⁵.

² Sul punto si ricorda inoltre che l'utilizzo di strumenti privatistici è stato previsto anche per sopperire alle inefficienze riscontrabili nelle prestazioni offerte da enti "mascherati" da aziende ma sostanzialmente pubbliche e limitare la spesa pubblica in riferimento alla gestione e ai bilanci delle stesse amministrazioni pubbliche. Cfr. sul punto M.T. CIRENEI, *Le imprese pubbliche*, Milano, 1983; E. MELE, *Procedimento amministrativo, i segni di una crisi*, in *Foro amm.*, 1991, 1855; M. S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1995 16 ss.; S. CASSESE, *La riforma amministrativa in Europa e in Italia*, in *La modernizzazione dello Stato*, Milano, 2002, 13. E. MELE, *Le società per azioni quale forma attuale di gestione dei servizi pubblici*, Milano, 2003; S. DE NARDIS, *Le privatizzazioni italiane*, Bologna, 2000; E. PICOZZA, *Teorie postmoderne del diritto e diritto amministrativo*, in *Scritti in memoria di Francesco Pugliese*, Napoli, 2010.

³ Il riferimento è ad una normativa complessa caratterizzata da un modello di natura privatistica limitato da specifici limiti o deroghe imposte dal diritto amministrativo a garanzia delle esigenze della sfera pubblica. Cfr. L. TORCHIA, *La responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 7, 2009, 794. Secondo l'Autore "la disciplina speciale dettata per le società pubbliche non ha assunto, almeno per ora, le caratteristiche di un sistema conchiuso e a se stante, ma continua ad apparire come un sistema di deroghe alla disciplina generale, se pur con ampio ambito di applicazione. Non a caso la disciplina generale viene riaffermata per le società quotate, per le quali la natura di soggetti sottoposti interamente al mercato funge da diaframma contro l'intrusione delle regole pubblicistiche. Anche per le altre società le norme impongono, in ogni caso, specifici obblighi e non un regime giuridico completo e autosufficiente e, per l'appunto, occorre una norma che imponga l'obbligo in deroga alla generale disciplina codicistica"; C. IBBA, *Le società pubbliche*, Torino, 2011, 5; F. LUCIANI, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi economici locali in forma societaria*, in *Giustamm.it*, 2012, 16.

⁴ Per un'analisi accurata ed esaustiva degli istituti di cui sopra, si rinvia, tra gli altri, a G. NAPOLITANO, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, in *Riv. delle società*, 2005, 999; G. CORSO - P. SAVONA, *Società a partecipazione pubblica, controlli e responsabilità. Un confronto europeo*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2, 2006, 197; M. CAMMELLI - M. DUGATO, *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, 2008; V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, cit., 29.

⁵ Infatti, da un'analisi delle disposizioni degli ultimi anni si evidenzia il "radicale mutamento di indirizzo" secondo cui "il principio ordinatore della materia deve essere quello non già della libertà – *rectius*, della capacità generale dell'ente pubblico ad assumere la qualità di socio bensì quello opposto della preclusione all'utilizzazione della forma societaria salve limitate eccezioni

La distinzione tra società pubbliche e quelle private è proporzionalmente marcata in riferimento all'ipotesi in cui l'attività economica dell'ente sia finalizzata in via diretta alla cura di interessi generali.

Si tratta, infatti, di una società che, agendo nella sfera pubblica in veste di amministrazione pubblica ma in forma privatistica, condiziona gli interessi commerciali della società fino ad annullarli in favore degli obiettivi di natura pubblicistica perpetrati dal socio pubblico, senza però limitare in maniera eccessiva il carattere economico dell'azione svolta⁶.

Al contrario, questa differenza tende ad attenuarsi nei casi di società di diritto privato a partecipazione pubblica che agiscono al confine con la sfera privatistica, ipotesi in cui le stesse utilizzano risorse pubbliche ma i cui obiettivi di interesse generale non risultano prevalenti rispetto a quelli economici della società⁷.

2. L'evoluzione normativa in materia di gestione dei servizi pubblici locali.

Come è noto, il sistema delle imprese pubbliche ha assunto nel corso del XX secolo crescente rilevanza sul piano quantitativo e complessità sul piano della diversificazione della "forma giuridica" delle stesse⁸.

L'avvio negli anni 90 della privatizzazione di queste imprese, non solo con la vendita di alcune di esse, ma soprattutto con la prima sistematizzazione della

*predeterminate dalla legge*⁵, idoneo a segnare il "tramonto delle partecipazioni pubbliche" Cfr. C. IBBA, *Dall'ascesa al declino delle partecipazioni pubbliche*, in G.C. FERONI (a cura di) *Il partenariato pubblico-privato*, Torino, 2011, 94. Come si avrà modo di evidenziare successivamente, si tratta di un'affermazione che potrebbe essere contraddetta dal panorama giuridico attuale, caratterizzato da un definitivo ritorno dello strumento delle imprese pubbliche e dalla considerazione secondo la quale le società a partecipazione pubbliche, nonostante abbiano vissuto momenti di declino, non sono mai del tutto "tramontate".

⁶ Questa ipotesi si avvicina alla definizione europea di organismo di diritto pubblico e di impresa privata, all'interno delle quali rientrano le società che agiscono in ambito pubblicistico ed, essendo qualificata quale amministrazione pubblica in senso sostanziale, sono disciplinate dalla disciplina speciale in materia di contratti pubblici quali amministrazioni pubbliche aggiudicatrici o enti aggiudicatori. Cfr. M. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2011, 273; F. LUCIANI, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi economici locali in forma societaria*, cit.

⁷ Nello specifico, per la parte che qui interessa, si evidenzia come il settore dell'erogazione dei servizi pubblici a rilevanza economica possa essere preso ad esempio per l'analisi di quelle società a partecipazioni pubbliche che si organizzano ed agiscono per finalità imprenditoriali attraverso organizzazioni pubbliche in forma privatistica o società di diritto privato a partecipazione pubblica Cfr. tra i tanti: D. SORACE, *I servizi pubblici economici nell'ordinamento nazionale ed europeo alla fine del primo decennio del ventunesimo secolo*, cit., 1; F. MERUSI, *Lo schema della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Dir. amm.* 2010, 313; G. DI GASPARE, *Servizi pubblici locali in trasformazione*, Padova, 2010; R. VILLATA, *La riforma dei servizi pubblici locali*, cit., 315 ss..

⁸ Le imprese pubbliche hanno nel corso del XX secolo assunto la forma di società per azioni, anche a capitale misto, di enti pubblici economici, di aziende autonome. Sul punto si veda per tutti M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1995.

materia posta in essere con il D.L. n. 386/91, ha previsto per le stesse la forma societaria⁹.

In realtà, un precedente intervento normativo volto a legittimare l'utilizzo dello strumento societario da parte di soggetti pubblici è rappresentato, come è noto, dalla legge n° 142 del 1990¹⁰ che ha segnato, senza dubbio, un importante passo, confermato poi da successivi interventi legislativi¹¹, verso una significativa trasformazione degli strumenti di gestione dei servizi pubblici locali attraverso la definizione del modello della società per azioni a capitale pubblico maggioritario¹².

⁹ Decreto Legge 5 dicembre 1991 n° 386, *Trasformazione degli enti pubblici economici, dismissione delle partecipazioni statali ed alienazione di beni suscettibili di gestione economica*, convertito senza modificazioni in legge 29 gennaio 1992 n° 35.

¹⁰ Legge 8 giugno 1990, n° 142, *“Ordinamento delle autonomie locali”*. Parte della dottrina ha evidenziato come la riforma del 1990 sia il risultato di un periodo in cui il principio della concorrenza, riferito ai servizi pubblici, non era stato ancora recepito dal legislatore italiano e della successiva messa in mora da parte dell'Unione Europea che riscontrava la violazione degli obblighi comunitari da parte del nostro paese. Cfr. P. POLIMANTI, *Le principali novità nei servizi pubblici locali. Alcuni aspetti problematici della riforma*, in *www.amministrazioneincammino.luiss.it*.

¹¹ Sul punto si ricorda come il legislatore, successivamente, abbia previsto con la legge n° 127/97, infatti, la possibilità di costituire società a responsabilità limitata, nonché l'affidamento diretto del servizio a società costituite *ad hoc* o già preesistenti ed al tempo stesso una espressa scelta compiuta in favore del societario a discapito delle aziende speciali rendendone il relativo passaggio agevole ed economicamente vantaggioso. Legge 15 maggio 1997, n° 127 *“Misure urgenti per lo snellimento dell'attività amministrativa e dei procedimenti di decisione e di controllo”*.

Il legislatore è poi intervenuto successivamente con l'articolo 12 della legge n° 498/92 con il quale ha aggiunto al modello societario già previsto, quello caratterizzato dal capitale pubblico di minoranza e dalla maggioranza assoluta detenuta da un socio privato, prevedendo, per questo motivo, una procedura ad evidenza pubblica idonea all'individuazione dello stesso, destinando, inoltre una quota del capitale sociale al mercato attraverso lo strumento dell'azionariato diffuso. Legge 23 dicembre 1992, n° 498, *“Interventi urgenti in materia di finanza pubblica”*.

¹² Al riguardo si ricorda inoltre l'avvenuta trasformazione delle società municipalizzate in aziende speciali o in enti pubblici economici funzionalmente legati all'amministrazione ma dotati, al tempo stesso, di propria personalità giuridica. Nello specifico, l'articolo 23 della legge n° 142/90 ha definito l'azienda speciale quale *“ente strumentale dell'ente locale dotato di personalità giuridica, di autonomia imprenditoriale e di proprio statuto approvato dal Consiglio comunale o provinciale”*. La strumentalità dell'azienda speciale è indicativa del fatto che l'ente locale si serve della stessa per la gestione del servizio, e quindi, per la soddisfazione delle esigenze della collettività. L'attribuzione della personalità giuridica rende l'azienda speciale un soggetto a sé stante, in quanto essa non è più un organo dell'Ente locale come lo era l'azienda municipalizzata poiché l'autonomia imprenditoriale di cui è dotata consente all'azienda di non essere più organo d'esecuzione ma una vera e propria azienda soggetta alle disposizioni del codice civile. Infatti, agli Enti locali è stata attribuita la facoltà di decidere se gestire i servizi pubblici mediante esternalizzazione a privati *“quando sussistano ragioni tecniche, economiche e di opportunità sociale, in economicità “per le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio”, attraverso l'azienda speciale, “anche per la gestione di più servizi di rilevanza economica ed imprenditoriale”* ed infine attraverso società di capitali a prevalente partecipazione pubblica locale. Questa disposizione, ha attribuito all'amministrazione pubblica locale un forte potere discrezionale, è stata oggetto di contestazione da parte della Commissione Europea in quanto lesiva del principio di libera concorrenza nel settore.

La materia ha poi subito, verso la fine degli anni '90, una ulteriore evoluzione in considerazione delle prime decisioni della Corte di Giustizia e dell'approvazione del c.d. Testo Unico degli Enti locali, grazie al quale è stato possibile definire la tipicità dei modelli di gestione dei servizi pubblici, la preferenza per le forme privatistiche, l'espressa definizione dell'affidamento diretto del servizio e la possibilità di concentrare in un unico soggetto la proprietà e la gestione del servizio stesso¹³.

Nel cercare di far confluire in un unico testo le importanti novità in materia, il legislatore all'articolo 113 ha disposto che i Comuni e le Province possano provvedere alla gestione dei servizi pubblici anche "a mezzo di società per azioni a prevalente capitale pubblico locale, qualora si renda opportuna, in relazione alla natura del servizio da erogare, la partecipazione di altri soggetti pubblici o privati"¹⁴.

Come è noto, questa disposizione, è stata oggetto di sostanziali modifiche da parte dell'articolo 35 della c.d. legge finanziaria per il 2002 che, in conseguenza anche delle richieste provenienti in ambito europeo, ha stabilito un significativo distacco con la precedente impostazione in considerazione della necessaria apertura del settore al mercato concorrenziale¹⁵.

Per questo motivo si è reso necessario un intervento legislativo, concretizzatosi nelle leggi n° 326 e 250 del 2003¹⁶, idoneo a superare le perplessità delle istituzioni europee in riferimento alla mancata conformità delle ipotesi di affidamento diretto, previste dall'articolo 113 *bis* del T.U.E.L., con quelle europee in materia di appalti e concessioni di pubblico servizio.

Infatti, la Commissione Europea, con l'atto 8 novembre 2000, ha stabilito che l'articolo 22 della legge n° 142/90 contrastasse gli obblighi europei in considerazione della possibilità per gli enti di realizzare affidamenti diretti di appalti pubblici di servizi o di concessioni di servizi.

¹³ Decreto Legislativo, 18 agosto 2000, n° 267, "Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali".

¹⁴ Com'è noto questa disposizione è stata poi abrogata dall'articolo 12 comma 1 lettera a del Decreto del Presidente della Repubblica, 7 settembre 2010, n° 168.

¹⁵ Cfr. G. PITTALIS, *Regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici locali: un principio vincolante per Stato e Regioni*, in *Gius. Amm.*, 2002, 1476. Sul punto si ricorda inoltre l'atto di messa in mora 8 novembre 2000 n° 2184/1999 inviato dalla Commissione allo Stato italiano con il quale si è sindacata la legittimità dell'ampiezza degli affidamenti diretti presente nella disciplina interna relativa alla gestione dei servizi pubblici locali, Cfr. inoltre I. SECCO, *La compatibilità con il diritto comunitario del modello dell'affidamento diretto dei servizi pubblici locali*, in www.osservatorioappalti.unitn.it.

¹⁶ Legge 24 novembre 2003, n. 326 "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269, recante disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici". Legge 24 dicembre 2003, n. 350, "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2004)".

Come parte della dottrina ha avuto modo di ricordare, tali norme non sono state in grado di sortire gli effetti sperati rinvenibili nella volontà di indirizzare le modalità di affidamento di un servizio pubblico locale verso una liberalizzazione del settore¹⁷.

Infatti, secondo quanto previsto dal legislatore, l'amministrazione avrebbe potuto affidare la gestione di un servizio in via diretta a società a capitale interamente pubblico, a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale avesse esercitato sulla società "un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'Ente o con gli Enti pubblici che la controllano"¹⁸.

Nonostante le stesse disposizioni possano essere considerate consacratrici del modello dell'*in house* nell'ordinamento nazionale, la scelta di questo modello è stata ritenuta il vero punto debole della riforma del 2003 in considerazione del fatto che, mentre per la giurisprudenza europea l'affidamento diretto ha rappresentato, in quel periodo storico, l'eccezione alla regola della procedura ad evidenza pubblica, il legislatore italiano ha imposto quale modello da preferire l'affidamento diretto alle stesse società, con conseguenti effetti distorsivi del mercato.

Le successive procedure di infrazione aperte nei confronti dell'Italia per la lesione della tutela della concorrenza e le esigenze di rivisitazione della spesa pubblica sono state conseguenza di ulteriori interventi da parte del legislatore.

Il riferimento è all'articolo 13 del D.L. n°223/06¹⁹, grazie al quale si è limitato l'utilizzo delle società a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione

¹⁷ Cfr. sul punto G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Napoli, 2005, 81, secondo cui la normativa in esame, oltre a segnare un vero e proprio passo indietro, risulta anche contraria alle disposizioni europee e V. VARONE, *Servizi pubblici locali e concorrenza*, Torino, 2004, 185, il quale evidenzia come queste disposizioni fossero contrarie alla corposa elaborazione giurisprudenziale, che ha permesso di circoscrivere progressivamente i monopoli e ha consentito di subordinare la legittimità degli interventi pubblici diretti ad occupare e precludere interi spazi di mercato al rispetto dei principi di proporzionalità e residualità, quali strumenti di tutela dei valori e delle libertà dell'Unione.

¹⁸ Cfr. Articolo 113 comma 5 T.U.E.L. come modificato dall'articolo 14, decreto legge n°269/03 convertito in legge n°326/03.

¹⁹ Decreto Legge, 4 luglio 2006, n° 223, convertito in legge 4 agosto 2006, n° 248. Per un'analisi più approfondita si rinvia a B. CARAVITA DI TORITTO, *È veramente pro-concorrenziale l'art 13 del decreto Bersani I?*, in *www.federalismi.it*, 2007; A. BARTOLINI, *Società di gestione dei servizi pubblici locali tra art. 13 del Decreto Bersani ed art. 23-bis del d.l. 112/08*, in *Urbanistica e appalti*, 6, 741.

di beni e servizi strumentali²⁰, escludendo, quindi quelle indirizzate verso l'esercizio di attività di impresa in favore del mercato.

Tale disposizione, introdotta allo scopo di tutelare la concorrenza ed evitare ingiustificate distorsioni del mercato, ha previsto, ai fini di una effettiva efficacia della stessa, che decorso un ampio termine dalla sua entrata in vigore, sarebbero dovute cessare tutte le attività non consentite e che i contratti stipulati in violazione delle nuove regole sarebbero state colpite da nullità.

La scelta, in questo caso, si è dimostrata più restrittiva di quanto previsto dalla normativa europea (che non chiedeva l'esclusività dell'attività svolta in favore dell'amministrazione di riferimento, ma la sola prevalenza), inducendo, per questo motivo, parte della dottrina a ritenere tale disposizione ai limiti della costituzionalità²¹.

Al riguardo si ricorda inoltre la c.d. Legge Finanziaria per il 2008 improntata verso un importante contenimento dello strumento societario da parte delle amministrazioni pubbliche, giustificato dalla necessità di tutelare la concorrenza²².

Sul punto dottrina e giurisprudenza hanno giustificato tale scelta nell'ottica della perdurante ricerca di adattamento del modello societario in senso funzionalizzato al perseguimento dell'interesse pubblico e della volontà di evitare una " fuga verso il privato" da parte degli enti pubblici²³.

²⁰ Per il Consiglio di Stato si può parlare di strumentalità "allorquando l'attività che le società sono chiamate a svolgere sia rivolta agli stessi enti promotori o comunque azionisti della società per svolgere le funzioni di supporto di tali amministrazioni pubbliche, secondo l'ordinamento amministrativo". Cfr. Consiglio di Stato, 7 luglio 2009, n° 4346, *Foro amm.*, CDS, 2009, 7-8, 1727.

²¹ Cfr. A. BARTOLINI, *Società di gestione dei servizi pubblici locali tra art. 13 del "decreto Bersani" e art. 23 bis del d.l. 112/08*, in *Urb.*, e *app.*, Padova, 2009, 6, 741, secondo cui tale disposizione potrebbe ritenersi ai limiti della legittimità costituzionale in considerazione di questa irragionevole limitazione che si pone in contrasto con le regole europee.

²² Legge 24 dicembre 2007 n° 244, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2008)*.

²³ Cfr. M. CLARICH, *Società di mercato e quasi amministrazioni*, in *Dir.amm.*, 2009, 253; A. MAZZONI, *Limiti legali alle partecipazioni societarie di enti pubblici*, cit., 79 ss. S. ROSTAGNO, *Finalità istituzionali e oggetto sociale nelle società a partecipazione pubblica: i riflessi sistematici dell'art. 3, comma 27 e ss. della l. 24 dicembre 2007 n.° 244 in materia di attività di impresa e di gruppo, partecipazione sociale e responsabilità degli amministratori*, in www.giustamm.it.

Uno degli interventi del legislatore più rilevanti e senza dubbio più controversi e contestati in materia è stato l'articolo 23 *bis* del decreto legge n°112/08²⁴ e le successive modifiche, con il quale si limitava l'utilizzo dello strumento societario da parte delle amministrazioni pubbliche in casi strettamente tipizzati²⁵. Secondo il parere di parte della dottrina, *ratio* della norma è indirizzata verso le tutela ed il rispetto di principi di derivazione europea²⁶, quale quello della concorrenza, a discapito della disposizioni Costituzionali in materia²⁷.

²⁴ Decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112 "Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione Tributaria" convertito con Legge 6 agosto 2008, n. 133 "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, recante disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria".

²⁵ La disposizione ha come è noto stabilito che "Il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avviene in via ordinaria: a) a favore di imprenditori o di società di qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato che istituisce la Comunità europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità; b) a società a partecipazione mista pubblica e privata a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a), le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità del socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40%". Per questo motivo, quindi, la deroga rappresentata dal modello dell'*in house providing* era utilizzabile nei casi di particolari caratteristiche economiche, sociali, ambientali o geografiche del contesto territoriale di riferimento che non consentivano "un efficace e utile ricorso al mercato". Il quarto comma dell'articolo 23 *bis* ha stabilito che, in tali circostanze, l'ente avrebbe dovuto "dare adeguata pubblicità della scelta, motivandola in base ad un'analisi di mercato e trasmettendo una relazione contenente gli esiti della suddetta verifica all'Antitrust e alle autorità di regolazione del settore, ove costituite, per l'espressione di un parere sui profili di competenza da rendere entro 60 giorni dalla ricezione della predetta relazione". Si è trattato di uno strumento previsto per limitare il potere discrezionale affidato all'amministrazione idoneo alla definizione di una "deroga illimitata". Un parere sicuramente obbligatorio ma non vincolante con la conseguenza che, in presenza di un parere negativo da parte dell'autorità di riferimento, l'ente locale sarebbe potuto ricorrere ugualmente all'affidamento diretto senza poter essere sanzionato.

²⁶ Nella stessa tutela dei principi europei in materia, si evidenzia come il legislatore interno abbia deciso di anteporre i principi di concorrenza, libertà di stabilimento e libertà di prestazione dei servizi a discapito di quello di coesione economico - sociale e territoriale ex artt. 14 e 106 TFUE, disposizioni che nell'art. 23 *bis* non risultano essere neanche menzionate.

²⁷ Parte della dottrina ha definito tale scelta idonea a contribuire "alla caratterizzazione più profonda del nostro modello di Stato sociale". A. LUCARELLI, *La riforma dei servizi pubblici locali. I modelli di gestione*, in *Quale Stato*, 3-4, 2008, 389.

In conseguenza di tale impostazione, solo l'economia di mercato avrebbe comportato un'efficace allocazione nel sistema ed, al tempo stesso, garantito la massimizzazione della crescita in condizioni di ottimalità paretiana²⁸.

Nello stesso modo, si è sollevata la palese strumentalizzazione del principio della concorrenza che dovrebbe essere utilizzato quale strumento per il perseguimento di un interesse generale e non avere la stessa rilevanza del principio della c.d. coesione sociale e degli altri diritti fondamentali coinvolti in materia²⁹.

A distanza di appena un anno il legislatore è intervenuto nuovamente sul punto grazie all'articolo 15 del Decreto Legge n°135/09³⁰, che ha introdotto aspetti innovativi chiarendo ciò che la normativa precedente aveva tralasciato³¹.

²⁸ Cfr. G. BASSI, *La riforma dei servizi pubblici locali*, Rimini, 2008, 21.

²⁹ Parte della dottrina, sottolinea, inoltre, una notevole differenza anche da un punto di vista simbolico tra la nozione di "servizi pubblici essenziali" e "livelli essenziali di prestazioni" riconducibili a servizi pubblici di rilevanza economica, in considerazione del fatto che, solo nel primo caso il principio della essenzialità appare effettivamente riconducibile al servizio a differenza della seconda ipotesi, in cui lo stesso può essere ritenuto derogabile e mutevole. Cfr. L. LONGHI, *Dimensioni, percorsi e prospettive dei servizi pubblici locali*, Torino, 2015, 143.

³⁰ Decreto Legge, 25 settembre 2009, n. 135 "Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee", (09G0145) (GU n. 223 del 25-9-2009) convertito con modificazioni dalla Legge 20 novembre 2009, n. 166 "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 25 settembre 2009, n. 135, recante disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee. (09G0180)".

³¹ La novità più importante introdotta in materia di servizi pubblici locali è stata senza dubbio l'espressa previsione della gestione ordinaria degli stessi, attraverso l'esternalizzazione a privati, l'affidamento a società costituite in qualsiasi forma attraverso procedimento ad evidenza pubblica per le scelte del socio privato al quale era attribuita una quota non inferiore al 40 % del capitale sociale. Secondo parte della dottrina di grande rilevanza è stato l'impatto dell'articolo 15 del decreto sull'art. 23 bis, in quanto ha offerto elementi concreti per porre in evidenza il meccanismo di selezione del socio privato, nonché la definizione dell'arco temporale entro cui la formula del partenariato pubblico - privato avrebbe potuto fare ingresso nel mercato, ed entrare a regime nel panorama dei servizi pubblici locali. La disposizione, inoltre, è intervenuta anche sull'affidamento *in house*, inteso quale modello residuale per la gestione di un servizio pubblico, circoscrivendone il ricorso in favore della sola "società a capitale interamente pubblico, partecipata dall'Ente locale, che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione in house e, comunque, nel rispetto dei principi comunitari in materia di controllo analogo sulla società e di prevalenza dell'attività svolta dalla stessa con l'ente o gli enti pubblici che la controllano". In questo modo, quindi, il legislatore ha circoscritto il principio dell'autoproduzione della pubblica amministrazione al solo modello gestionale delle società a partecipazione pubblica.

Per rendere operativa tale normativa e garantire un completamento della materia dei servizi pubblici locali, il legislatore ha emanato il D.P.R. n° 168/10³² allo scopo di orientare l'atteggiamento delle pubbliche amministrazioni sul punto, ritenuto dalla dottrina inidoneo alla risoluzione di tutti i dubbi sorti in seguito all'emanazione del precedente decreto legge, e considerato, per questo motivo, ulteriore tassello di una legislazione in materia caratterizzata da limiti ed incertezze³³.

Sul punto si ricorda parte della dottrina, che, analizzate le disposizioni di cui sopra, ha definito le stesse frutto di "un' ipocrisia legislativa", puntando l'attenzione sulla circostanza secondo cui la normativa europea non impone agli Stati membri soluzioni come quella italiana, la cui *ratio* ispiratrice è da rinvenirsi nel voler portare a compimento politiche strumentali, indirizzate, come parte della dottrina ha sottolineato, ad un progressivo indebolimento del diritto pubblico e ad un tradimento dei principi pensati dal nostro Costituente³⁴.

Come è noto l'impianto normativo è stato oggetto di attenzione da parte della Corte Costituzionale, che, con sentenza n° 325/2010, ha sottolineato la conformità dello stesso con i principi europei riferiti alla realizzazione di un mercato unico basato sulla concorrenza³⁵.

³² Decreto del Presidente della Repubblica, 7 settembre 2010, n° 168, avente ad oggetto il "Regolamento in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica a norma dell'articolo 23-bis, comma 10 del decreto legge 25 giugno 2008, n°112 convertito con modificazioni dalla legge 6 agosto 2008, n° 133". Regolamento di attuazione dell'articolo 23 bis.

³³ Cfr. sul punto C. DE VINCENTI - A. VIGNERI, *I servizi pubblici locali tra riforma e referendum*, in *Astrid*, 2011, 148.

³⁴ A. LUCARELLI, *La democrazia dei beni comuni*, Roma, 2013, 32; L. LONGHI, *Dimensioni, percorsi e prospettive dei servizi pubblici locali*, Torino, 2015, 141. Gli interventi legislativi hanno messo in crisi l'idea tradizionale dello Stato, in quanto improntati su un eccessivo allontanamento dello stesso da funzioni di responsabilità in settori strategici, visto anche l'eccessivo strapotere delle ragioni di mercato e profitto, ritenuti quali elementi fondamentali dal legislatore per soddisfare i diritti fondamentali. Si è trattato di un nuovo periodo di privatizzazioni caratterizzato da un'importante dismissione di spazi e competenze tradizionalmente rientranti nella sfera pubblica a benefici di interessi privati

³⁵ Corte Costituzionale, 17 novembre 2010, n° 325, in *Foro amm. CDS*, 2011, 6, 1774. Cfr. A. LUCARELLI, *La Corte Costituzionale dinanzi al magma dei servizi pubblici locali: linee fondative per un diritto pubblico europeo dell'economia*, in www.associazioneitalianadeicostituzionalisti.it. Secondo i giudici le disposizioni in esame erano caratterizzate dalla limitazione di casi di affidamenti diretti, che non impedivano "del tutto all'ente pubblico la gestione di un servizio locale di rilevanza economica, negandogli ogni possibilità di svolgere la sua "speciale missione" pubblica (come si esprime il diritto comunitario), ma trova, tra i molti possibili, un punto di equilibrio rispetto ai diversi interessi operanti nella materia in esame". I giudici inoltre hanno ritenuto ragionevole, nonché proporzionale e giustificata alla finalità perseguita, la normativa più rigorosa di quella europea non essendo per questo illegittima, intendendo contemperare la regola della tutela della concorrenza con le eccezioni riconducibili al perseguimento della speciale missione pubblica da parte dell'ente locale. Sul punto si ricorda, inoltre, come la Corte si sia soffermata anche sulla

La stessa Corte si è pronunciata sempre in riferimento alla normativa in materia nella sentenza n° 24/2011³⁶, con la quale ha dichiarato la legittimità costituzionale del quesito referendario del referendum abrogativo del 12 e 13 giugno 2011 che ha portato all'abrogazione del suddetto articolo 23 *bis*, restituendo, per questo motivo alle amministrazioni locali, in piena conformità con l'ordinamento europeo, la facoltà di scegliere, senza restrizioni o limitazioni, lo strumento societario per la gestione di un servizio pubblico³⁷.

In seguito al referendum abrogativo, al fine di consentire la definizione di una normativa in materia, il legislatore ha approvato l'articolo 4 del decreto legge n° 138/11³⁸, riproducendo, però, nella nuova disposizione, quanto già previsto in quella abrogata, basata sull'esternalizzazione del servizio a privati e sull'affidamento dello stesso a società miste, relegando anche in questo caso ad ipotesi residuale l'utilizzo del modello *in house*.

Per questo motivo, tale disposizione è stato oggetto di sindacato da parte della Corte Costituzionale che, con sentenza n° 199/12³⁹, ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale vista la riproposizione della normativa abrogata dal referendum del 2011, in palese contrasto con la volontà popolare espressa in occasione della consultazione referendaria *ex art.* 75 della Costituzione⁴⁰.

condizione che al socio privato era attribuita "una partecipazione non inferiore al 40%" ritenendola pienamente compatibile con la disciplina europea stabilendo come "tale misura minima della partecipazione (non richiesta dal diritto comunitario, come sopra ricordato, ma neppure vietata), si risolve in una restrizione dei casi eccezionali di affidamento del servizio e, quindi, la sua previsione perviene al risultato di far espandere i casi in cui deve essere applicata la regola generale comunitaria di affidamento a terzi mediante gara ad evidenza pubblica. Ne consegue, anche in questo caso, la piena compatibilità della normativa interna con quella comunitaria".

³⁶ Corte Costituzionale 26 gennaio 2011, n° 24, in *Giur. Cost.*, 2011, I, 247, con nota di A. LUCARELLI, *I servizi pubblici locali verso il diritto pubblico europeo dell'economia*.

Come è noto, in quell'occasione i giudici di legittimità costituzionale hanno evidenziato che l'abrogazione della norma suddetta non avrebbe comportato una *vacatio* legislativa in quanto sarebbe risultata applicabile la normativa e i principi europei idonei a garantire la regolazione della materia ed il rispetto del principio della concorrenza.

³⁷ Cfr. sul punto G. AZZARITI, G. FERRARA, A. LUCARELLI, U. MATTEI, L. NIVARRA, S. RODOTÀ, *I quesiti referendari sulla liberalizzazione dei servizi pubblici locali e sul servizio idrico integrato e la relazione introduttiva redatta dagli estensori*, in www.astrid-online.it, 5 febbraio 2010.

³⁸ Decreto Legge, 13 agosto 2011, n° 138 convertito con Legge 14 settembre 2011, n. 148, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, recante ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo. Delega al Governo per la riorganizzazione della distribuzione sul territorio degli uffici giudiziari*.

³⁹ Corte Costituzionale, 20 luglio 2012, n°199, in *Giur. cost.*, 4, 2012, 2900.

⁴⁰ Sul punto la stessa Corte si è pronunciata per affermare il divieto del sostanziale ripristino della normativa abrogata con referendum nelle sentenze n° 32 e 33/ 1993, in www.giurcost.org. La

Inoltre, il giudice delle leggi non si è limitato a sindacare la violazione dell'articolo 75 Cost., ma ha affrontato nel merito la questione in riferimento alla *ratio* del legislatore, indirizzata verso un drastico contenimento ed, in alcuni casi, soppressione di società pubbliche, contrastante con la volontà espressa dai cittadini nel 2011⁴¹.

Le società a partecipazione pubblica sono state, come è noto, oggetto di attenzione da parte del legislatore per quel che riguarda i costi e la ricaduta del loro funzionamento sulle risorse pubbliche⁴².

Com'è noto, inoltre, dopo la sentenza della Corte Costituzionale n°199/12, al fine di colmare il vuoto legislativo in materia, il legislatore è intervenuto nuovamente

Corte sul punto ha sottolineato che *"un simile vincolo derivante dall'abrogazione referendaria si giustifica alla luce di un'interpretazione unitaria della trama costituzionale ed in una prospettiva di integrazione degli strumenti di democrazia diretta nel sistema di democrazia rappresentativa delineato dal dettato costituzionale, al solo fine di impedire che l'esito della consultazione popolare, che costituisce esercizio di quanto previsto dall'articolo 75 Cost. venga posto nel nulla e che ne venga vanificato l'effetto utile, senza che si sia determinato, successivamente all'abrogazione, alcun mutamento né del quadro politico, né della circostanza di fatto, tale da giustificare un simile effetto"*.

⁴¹ Secondo i giudici tale disposizione è collegata ad una *"una normativa generale di settore inerente a quasi tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica"* volta a *"restringere, rispetto al livello minimo stabilito dalle regole concorrenziali comunitarie, le ipotesi di affidamento diretto, e in particolare, di gestione in house dei servizi consentite solo in casi eccezionali o al ricorrente di specifiche condizioni"*. Nello stesso modo la Corte ha sottolineato la volontà di ridurre le ipotesi di affidamento diretto oltre i limiti prescritti dalla normativa europea che *"consente anche se non impone, la gestione diretta del servizio pubblico da parte dell'ente locale, allorché l'applicazione delle regole di concorrenza ostacoli, in diritto o in fatto, la speciale missione dell'ente pubblico alle sole condizioni del capitale totalmente pubblico della società affidataria"*.

⁴² Il riferimento è ad esempio, tra i tanti, al Decreto Legge 24 gennaio 2012 n°1, *Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività*, convertito con modificazioni dalla legge 24 marzo 2012, n°27, Conversione in legge, con modificazione, del decreto legge, 24 gennaio 2012, n°1 recante *Disposizioni per urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività*. Un altro intervento normativo la cui ricaduta può essere collegata alle società a partecipazione pubblica (in modo particolare sull'aspetto finanziario del loro funzionamento) è stato il c.d. decreto *Spending Review*, con il quale è stata prevista una singolare procedura di scioglimento per le c.d. *società controllate direttamente o indirettamente dalle Pubbliche amministrazioni* con fatturato, da prestazioni di servizi a favore di pubbliche amministrazioni, superiori al 90% dell'intero fatturato. Decreto Legge 6 luglio 2012 n°95, *Disposizioni urgenti per la revisione della spesa con invarianza dei servizi ai cittadini nonché misura di rafforzamento patrimoniale delle imprese nel settore bancario* convertito con modificazioni con legge 7 agosto 2012 n° 135. Per un'analisi completa di vedano sul punto: S. FANTINI, *Le novità della spending review*, in *Urb. e app.*, 2012, 11, 1115; G. GUZZO, *La disciplina dei spl di rilevanza economica tra spending review e mito delle liberalizzazioni*, 28 novembre 2012, in www.dirittodeiservizipubblici.it.

in materia, anche se in maniera minimale, con l'emanazione dell'articolo 34 del c.d. Decreto *Crescita bis*⁴³, convertito con modificazioni dalla legge n° 221/12⁴⁴. La disposizione in esame, in attuazione e nel rispetto della disciplina europea, della parità degli operatori, del principio di economicità della gestione e di adeguata informazione, ha disposto che l'affidamento di un servizio pubblico ed il possibile utilizzo dello strumento societario da parte dell'amministrazione per la gestione dello stesso, potesse avvenire sulla base di un'apposita relazione da pubblicare sul sito internet dell'ente affidante⁴⁵.

La scelta del legislatore in questo caso è stata improntata nella direzione di assicurare, agli enti locali, la facoltà di scegliere le modalità del servizio da utilizzare per l'affidamento e la gestione di un pubblico servizio, nel rispetto dei principi europei di concorrenza, libertà di stabilimento, di libera prestazione dei servizi e di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa.

Il fenomeno delle società partecipate dallo Stato è stato inoltre oggetto di attenzione dal legislatore anche nella legge n° 147/2013⁴⁶, con la quale il legislatore è intervenuto abrogando e modificando alcune disposizioni e cercando, al tempo stesso, di introdurre altre settoriali per la determinazione del modello.

⁴³ Decreto Legge, 18 ottobre 2012, n° 179.

⁴⁴ Legge 17 dicembre 2012, n. 221, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, recante ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese.*

⁴⁵ Il legislatore ha previsto che questa relazione debba essere redatta dall'autorità o dall'ente di governo e risulti idonea a dar conto della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la scelta del modello prescelto, motivare la scelta della forma di affidamento prescelto, con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché contenere un piano economico-finanziario idoneo ad assicurare la realizzazione degli interventi strutturali necessari da parte del soggetto affidatario.

⁴⁶ Legge, 27 dicembre 2013, n° 147, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato, (Legge di Stabilità 2014).* L'ambito soggettivo previsto dalla disposizione, in particolare all'articolo 1, comma 550, risulta più ampio anche di quello di società partecipata in considerazione del fatto che si riferisce "alle aziende speciali, alle istituzioni e alle società partecipate dalle pubbliche amministrazioni locali indicate nell'elenco di cui all'articolo 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n° 196". Il riferimento è all'elenco annuale dell'Istat che ha natura meramente ricognitiva e non esaustiva delle stesse, all'interno del quale sono inserite tra le amministrazioni pubbliche locali, non solo le province e i comuni ma anche le regioni e le province autonome, nonché le regioni a statuto speciale e gli enti locali presenti in queste ultime. Cfr. sul punto L. CIMBOLINI, *Legge di stabilità. Le nuove regole. Perdite, platea da ridefinire per vincoli sulle partecipate*, in *Norme e tributi*, Milano, 2013; G. TROVATI, *La legge di stabilità. Partecipate, dismissioni addio. Enti obbligati ad accantonare riserve se la società è in perdita*, Milano, 2013.

Si tratta di un provvedimento normativo che prende in considerazione ed accomuna tipologie di soggetti sottoposti a differenti regimi giuridici quali sono società di diritto privato come le società e soggetti pubblicistici come le aziende speciali, soggetti dotati di autonomia giuridica come le società o le aziende speciali e soggetti privi di qualsiasi autonomia giuridica, come le istituzioni.

Inoltre, con tale disposizione il legislatore ha offerto, alle amministrazioni pubbliche vincolate dalle stringenti normative precedenti, una transitoria e straordinaria opportunità per "uscire" dalle compagini societarie, ritenuta non strettamente necessaria per il conseguimento delle finalità istituzionali⁴⁷.

In continuità con la *ratio* degli ultimi interventi legislativi volti alla razionalizzazione delle società partecipate, si ricordano il decreto legge n° 90/14,⁴⁸ con il quale il legislatore ha dato parziale attuazione al *Programma di razionalizzazione delle partecipate locali*, il c.d. Piano Cottarelli, e la "legge di Stabilità per il 2015"⁴⁹, strumento normativo piuttosto articolato, volto alla riorganizzazione ed al riordino dei servizi pubblici locali sul territorio.

Nel primo caso il legislatore, è ritornato ad occuparsi delle società partecipate, sulla base di quanto previsto dal suddetto "Piano Cottarelli", differenziandosi da quest'ultimo da un punto di vista soggettivo, in relazione alle amministrazioni pubbliche agli enti e agli organismi strumentali su cui intervenire⁵⁰.

⁴⁷ Si tratta di una disposizione che non è immune da criticità, tanto da parte delle amministrazioni pubbliche, quanto da parte delle società partecipate. Il comma 569 ha disposto, infatti, che il termine previsto dalla normativa precedente per la dismissione della partecipate fosse prorogato oltre i quattro mesi successivi dalla data di entrata in vigore della legge n° 147/2013. La società partecipata, inoltre, nei successivi dodici mesi dalla cessazione era obbligata a liquidare in denaro il valore della quota del socio cessato, in base ai criteri stabiliti ex *art. 2473 ter* comma 2. Si tratta dei casi di recesso dalle s.p.a., che prendono in considerazione la "consistenza patrimoniale della società e delle sue prospettive reddituali, nonché dell'eventuale valore di mercato delle azioni". Cfr. M. ROSSI, *Società partecipate, la legge di stabilità rafforza l'obbligo di dismissione di cui alla legge n° 244707 tra luci ed ombre*, in www.lexitalia.it, 1, 2014.

⁴⁸ Decreto Legge 24 giugno 2014, n. 90 *Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari*. convertito con modificazioni dalla L. 11 agosto 2014, n. 114, *Conversione in legge, con modificazione, del decreto legge 24 giugno 2014, n° 90 recante misure urgenti per la semplificazione la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari*. Cfr. F. DI CRISTINA, *Un programma di razionalizzazione delle società partecipate dagli enti locali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4, 2014, 1174.

⁴⁹ Legge 23 dicembre 2014, n° 190, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato*.

⁵⁰ In modo particolare, mentre nella disposizione iniziale si faceva riferimento alle "amministrazioni locali", nella legge di stabilità il novero dei soggetti interessati è stato fortemente esteso essendo state ricomprese anche "Le Regioni, le Province autonome di Trento e di Bolzano, gli Enti locali, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, le università e gli istituti di istruzione universitaria pubblici e le autorità portuali".

In riferimento, invece, alla c.d. Legge di stabilità per il 2015, la *ratio* di tale normativa è rinvenibile, non solo nel coordinamento della finanza pubblica, in quello di contenimento della spesa, di buon andamento dell'azione amministrativa e di tutela della concorrenza e del mercato, ma anche e soprattutto nell'espressa volontà di razionalizzare le società a partecipazione pubblica, perseguendo, in questo caso, migliori condizioni di efficienza nel settore dei servizi pubblici⁵¹.

Con i commi 611⁵² e 612⁵³ dello stesso provvedimento normativo, il legislatore ha inoltre disciplinato i criteri informativi che devono essere seguiti dalle

Al contrario, la stessa normativa restringe il proprio raggio d'azione esclusivamente alle società ed alle partecipazioni societarie a differenza di quella precedente destinata non solo alle società partecipata, anche in via diretta, ma anche alle istituzioni ed alle aziende speciali.

⁵¹ Al fine di dare attuazione a tali obiettivi il legislatore ha individuato in modo analitico gli strumenti idonei al perseguimento di tale scopo riscontrabili nella: eliminazione delle società e delle partecipazioni societarie non indispensabili al perseguimento delle proprie finalità istituzionali, anche mediante messa in liquidazione o cessione; soppressione delle società che risultino composte da soli amministratori o da un numero di amministratori superiore a quello dei dipendenti; eliminazione delle partecipazioni detenute in società che svolgono attività analoghe o simili a quelle svolte da altre società partecipate o da enti strumentali, anche mediante operazioni di fusione o di internalizzazione delle funzioni; aggregazione di società di servizi pubblici locali di rilevanza economica, con l'obiettivo di accrescere la dimensione e di favorire il conseguimento di economie di scala ed infine il contenimento dei costi di funzionamento, anche mediante riorganizzazione degli organi amministrativi e di controllo e delle strutture aziendali e la riduzione delle relative remunerazioni. Cfr. M. Rossi, *Partecipate, nuove disposizioni dalla legge di stabilità*, in *Le società partecipate dagli Enti locali dopo la legge di stabilità 2015*, Rimini, 2015, 102.

⁵² Da un'analisi attenta delle previsioni normative si evidenzia come il comma 611 individui le finalità perseguite, affermando la necessità di avviare un processo di razionalizzazione delle società e delle partecipazioni societarie direttamente o indirettamente possedute in modo da prevederne una loro riduzione. Tale azione, deve tenere conto dei cinque criteri previsti dalla norma rinvenibili nella 1) eliminazione delle società e delle partecipazioni societarie non indispensabili al perseguimento delle proprie finalità istituzionali anche mediante messa in liquidazione o cessione; 2) soppressione delle società che risultino composte da soli amministratori o da un numero di amministratori superiori a quello dei dipendenti; 3) eliminazione delle partecipazioni detenute in società che svolgono attività analoghe o simili a quelle svolte da altre società partecipate o da enti pubblici strumentali, anche mediante operazioni di fusione o di internalizzazione delle funzioni o di internalizzazione delle funzioni; 4) aggregazione di società di servizi pubblici locali di rilevanza economica; 5) contenimento dei costi di funzionamento, anche mediante riorganizzazione degli organi amministrativi e di controllo e delle strutture aziendali, nonché attraverso la riduzione delle relative remunerazioni.

⁵³ In quest'occasione il legislatore ha sostenuto come la razionalizzazione delle partecipazioni societarie, debba essere realizzata attraverso un processo che tenga conto della scadenza del 31 marzo 2015, data in cui dovranno essere predisposti i relativi piani di razionalizzazione delle partecipazioni dirette ed indirette, con l'indicazione dei tempi e delle modalità nonché i relativi risparmi da conseguire. I prospetti dovranno essere successivamente trasmessi alla sezione di controllo competente della Corte dei Conti che dovrà valutarne la correttezza sotto il profilo contabile, finanziario ed economico.

amministrazioni locali in fase di razionalizzazione delle proprie partecipazioni societarie, basata su previsioni normative specifiche indirizzate verso un utilizzo ancora più rigoroso dello strumento societario⁵⁴.

3. La Legge 7 agosto 2015 n° 124.

La materia delle società a partecipazione pubblica è oggi fortemente influenzata da quanto previsto dalla c.d. Legge Madia⁵⁵, avente ad oggetto non solo un'ampia riorganizzazione della Pubblica amministrazione statale della disciplina del lavoro pubblico, ma anche, per la parte che qui interessa l'elaborazione di Testi Unici in materie oggetto di "stratificazioni normative" quale è appunto la disciplina delle società partecipate da soggetti pubblici.

Per la parte che qui interessa, dall'analisi del testo di questa legge (articolo 18) può evidenziarsi come l'obiettivo della stessa sia stato indirizzato verso il riordino della disciplina delle partecipazioni societarie delle pubbliche amministrazioni al fine di assicurare, inoltre, la chiarezza della disciplina, la semplificazione normativa e la tutela e la promozione della concorrenza.

A fronte di una indubbia stringatezza della rubrica (*Riordino della disciplina delle partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche*), il contenuto dell'articolo contenente la delega evidenzia la volontà del legislatore di procedere ad una ampia ridefinizione della materia.

Ne sono esempio, l'individuazione delle tipologie di società a cui le pubbliche amministrazioni possono partecipare, la definizione dei fini che le stesse sono

Nello stesso modo, entro il 31 marzo 2016 dovranno essere predisposte delle relazioni aventi ad oggetto i risultati conseguiti, da inviare ai giudici contabili competenti ad intervenire con tempestività ed efficacia, in caso di possibili inadempimenti.

⁵⁴ La scelta di utilizzare lo strumento societario deve quindi essere dettagliatamente motivata, individuandone le ragioni complessive, tenendo conto della convenienza e delle conseguenze sulla gestione economico-finanziaria e patrimoniale degli enti proprietari e della loro conformità alla normativa europea.

⁵⁵ Legge 7 agosto 2015, n° 124, *Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*. Si tratta di una legge delega con la quale si obbliga il Governo all'adozione di Decreti legislativi aventi ad oggetto il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche e i connessi profili di organizzazione amministrativa, le partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche e i servizi pubblici locali di interesse economico generale. L'articolo 16 dispone inoltre che il Governo dovrà attenersi a determinati principi e criteri generali, quali l'elaborazione di un Testo Unico in ciascuna materia, l'eliminazione di eventuali incompatibilità tra norme che disciplinano la medesima fattispecie, l'aggiornamento delle procedure attraverso l'utilizzazione delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione al fine di agevolare anche i cittadini e le imprese oltre al rispetto dei principi e criteri previsti per i tre settori specifici.

legittimate a perseguire e le attività che possono realizzare. Al tempo stesso possono dedursi regole in materia di *governance* riferite all'attivazione di una specifica funzione volta alla razionalizzazione e riduzione delle società già esistenti e non rispondenti a criteri che vengono contestualmente stabiliti, al monitoraggio sulla stessa attività e sulla specificazione della rilevanza della gestione di servizi di interesse economico generale.

Sono inoltre previste disposizioni per la definizione del regime di responsabilità degli amministratori delle amministrazioni partecipanti, dei dipendenti e degli organi di gestione e controllo delle stesse società stabilendo, per questo motivo, requisiti di onorabilità che devono essere posseduti i componenti degli organi di amministrazione e controllo.

Infine si evidenzia la volontà di ridefinire i criteri pubblicitici per gli acquisti, il reclutamento del personale, le politiche retributive, nonché la previsione di strumenti volti a garantire la promozione della trasparenza e dell'efficienza attraverso l'unificazione, la completezza e la massima intelligibilità dei dati economico-patrimoniali.

Strettamente collegato all'articolo 18 è la successiva disposizione che ha l'obiettivo di riordinare la disciplina dei *servizi pubblici locali d'interesse economico generale*, affidando al Governo il compito di emanare un Decreto legislativo idoneo a disciplinare la materia secondo i principi previsti.

In questo caso la delega prevede un intervento organico orientato a rendere i comuni e le città metropolitane soggetti responsabili dell'individuazione dell'adeguata perimetrazione e del controllo delle attività di interesse generale e della predisposizione di un quadro normativo finalizzato alla valorizzazione dei benefici del regime concorrenziale di mercato.

Al riguardo, nei casi in cui la normativa in materia di concorrenza non consenta la realizzazione dei c.d. obiettivi di interesse generale previsti dalle amministrazioni locali, la delega prevede l'imposizione di obblighi di servizio fino all'attribuzione di esclusive nella gestione degli stessi servizi, considerata quale *extrema ratio*, prevedendo, per queste ipotesi, meccanismi *ad hoc* di regolazione economica del monopolio⁵⁶.

4. Il Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica.

⁵⁶ Cfr. A. LALLI, M. MESCHINO (a cura di), *Le società partecipate dopo la riforma Madia*, Roma, 2016.

In attuazione della delega presente nell'articolo 18 della Legge Madia, il Governo ha approvato il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica⁵⁷, il quale, come è possibile leggere nella relazione illustrativa, sembrerebbe rispondere alle esigenze individuate dal Parlamento.

Infatti, il legislatore delegato sembra aver ricomposto e definito in maniera chiara, in un contesto unitario, le più importanti fattispecie riconducibili alle società a partecipazione pubblica, precisando l'ambito della disciplina ed indicando i tipi di società in cui è ammessa la partecipazione pubblica e prevenendo le condizioni e i limiti per la costituzione, acquisizione o mantenimento delle partecipazioni pubbliche ed il rafforzamento degli oneri motivazionali della scelta di costituire società a partecipazione pubblica.

Inoltre degne di nota risultano il coordinamento delle disposizioni vigenti in tema di responsabilità degli enti partecipanti e dei componenti degli organi delle società partecipate, l'introduzione della struttura competente per il controllo ed il monitoraggio sull'attuazione del decreto ed il coordinamento delle disciplina nazionale in materia di *in house providing* con quella europea ed in particolare con le Direttive del 2014 in materia di appalti pubblici⁵⁸.

L'intervento normativo appare per di più volto alla promozione di una efficiente gestione amministrativa, dell'eliminazione degli sprechi e di un tendenziale restringimento della presenza dei soggetti pubblici nel mercato con un conseguente *favor* nei confronti di entità private.

Per quel che riguarda l'ambito di applicazione viene specificato che le disposizioni oggetto del Testo Unico si riferiscono alla costituzione di società da parte di soggetti pubblici ed all'acquisizione ed alla gestione da parte degli stessi di società a totale o parziale partecipazione pubblica, diretta o indiretta.

Nell'importante intento di rendere la norma di facile applicazione da parte dell'operatore pubblico, il legislatore delegato ha inoltre specificato come tali disposizioni dovranno applicarsi, in modo funzionale, non solo ai fini di un'efficiente gestione delle partecipazioni pubbliche ed alla tutela della promozione della concorrenza e del mercato ma anche alla razionalizzazione ed alla riduzione della spesa pubblica⁵⁹.

⁵⁷ Decreto Legislativo 19 agosto 2016 n° 175, *Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*

⁵⁸ A. LALLI, M. MESCHINO (a cura di), *Le società partecipate dopo la riforma Madia*, cit, 13.

⁵⁹ Nell'ultimo comma dell' articolo 1 il legislatore stabilisce che si applicheranno alle società quotate ed alle loro partecipate le sole norme inerenti la condotta dell'azionista pubblico piuttosto che quelle riconducibili all'organizzazione o all'attività della società partecipata. Come è noto, inoltre, l'articolo 2 del testo unico, precisamente alla lettera p) del comma 1 definisce società quotate quelle "società a partecipazione pubblica che emettono azioni quotate in mercati

Uno degli aspetti positivi di tale intervento normativo può rinvenirsi nella volontà legislativa di prevedere in maniera chiara le definizioni di alcune nozioni fondamentali in materia tra cui quella di amministrazioni pubbliche, controllo analogo e controllo analogo congiunto, servizi di interesse economico generale, società, società a controllo pubblico, a partecipazione pubblica, *in house* e società quotate.

Il legislatore, in questo caso, inserendo in un unico contesto normativo tali espressioni non solo ha facilitato l'azione degli operatori del diritto ma sembra aver fornito un punto di riferimento anche per i futuri atti normativi e regolamentari in materia.

Come si legge nella relazione di analisi tecnico normativa del Governo, infatti, tale elenco " *consentirà al legislatore di fare riferimento, in futuro a uno spettro di definizioni di diversa ampiezza e portata che consentiranno di evitare il proliferare del quadro definitorio in materia di partecipazioni societarie e il ricorso a definizioni dettate per scopi specifici*⁶⁰ ".

In riferimento invece alla natura giuridica delle società a partecipazione pubblica le nuove disposizioni prevedono l'utilizzo " *esclusivamente* " di società, anche consortili, costituite quali società per azione o a responsabilità limitata, anche in forma cooperativa, facendo presagire, per questo motivo, che la partecipazione pubblica sia consentita solo per questi tipi societari.

Peraltro il Testo Unico definisce anche l'ambito in cui le società pubbliche possono operare, attraverso la previsione di condizioni e limiti per la costituzione di società a partecipazione pubblica e per l'acquisizione o il mantenimento delle singole partecipazioni (art. 4).

regolamentati; le società che hanno emesso alla data del 31 dicembre 2015, strumenti finanziari, diversi dalle azioni quotate in mercati regolamentati e le società partecipate dalle une o dalle altre, salvo che le stesse siano anche controllate o partecipate da amministrazioni pubbliche". Nella versione definitiva del testo unico, in coerenza con quanto suggerito dal Consiglio di Stato nel parere del 16 marzo 2016 è stata eliminata la previsione secondo quale il Consiglio dei Ministri avrebbe potuto decretare l'esclusione totale o parziale dell'applicazione delle norme del decreto a singole società a partecipazione pubblica tenendo conto di criteri riconducibili alla misura ed alla qualità della partecipazione e dell'attività svolta ed al relativo interesse pubblico.

Tale ipotesi è stata sostituita dal comma 9 dell'articolo 4 del decreto con il quale si attribuisce al Presidente del Consiglio dei Ministri la facoltà di escludere con proprio decreto totalmente o parzialmente singole società partecipate dall'applicazione del testo unico, tenendo conto del tipo di partecipazione, degli interessi pubblici connessi ed all'attività svolta dalla società che dovrà sempre rispettare il vincolo di scopo previsto dal legislatore.

⁶⁰ Analisi tecnico normativa dal titolo: schema di decreto legislativo recante " *Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica* ".

Nello specifico si stabilisce che soggetti pubblici possono direttamente o indirettamente costituire società ed acquisire o mantenere partecipazioni in società esclusivamente per la produzione di un servizio di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi; la progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma fra amministrazioni pubbliche; la realizzazione e gestione di un'opera pubblica ovvero organizzazione e gestione di un servizio d'interesse generale attraverso un contratto di partenariato con un imprenditore selezionato attraverso una procedura ad evidenza pubblica; l' autoprodotto di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti, nel rispetto delle condizioni stabilite dalle direttive europee in materia di contratti pubblici e della relativa disciplina nazionale di recepimento; per svolgere servizi di committenza , ivi incluse le attività di committenza ausiliarie, apprestate a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici secondo quanto previsto dalle nuove norme sui contratti pubblici⁶¹.

Dando attuazione alla *voluntas* legislativa indirizzata verso un' importante limitazione dello strumento societario da parte delle amministrazioni pubbliche, il Testo Unico ridefinisce il processo decisionale e gli obblighi motivazionali inerenti la costituzione di una nuova società a partecipazione pubblica o l'acquisizione di partecipazioni, prevedendo ipotesi più complesse e rigorose rispetto a quelle del passato, immaginando, tra l'altro, il coinvolgimento della Corte dei Conti e dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato⁶².

Un ultimo, ma non meno rilevante, aspetto disciplinato è quello relativo all'assoggettamento delle società a partecipazioni pubblica alle procedure concorsuali. Nello specifico, infatti viene previsto che le *"società a partecipazione pubblica sono soggette alle disposizioni sul fallimento e sul concordato*

⁶¹ Sul punto si ricorda come il Consiglio dei Ministri, nell'approvare in esame preliminare, due decreti legislativi aventi ad oggetto disposizioni integrative e correttive, tra gli altri, anche del Decreto Legislativo n° 175/16, abbia stabilito *"che sono ammesse le partecipazioni nelle società aventi per oggetto sociale la produzione di energia da fonti rinnovabili e che le università possono costituire società per la gestione di aziende agricole con funzioni didattiche"*.

⁶² L'art. 5 della T.U. prevede che l'atto deliberativo dovrà tener conto della necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali; delle ragioni e delle finalità che giustificano tale scelta sia sotto il profilo della convenienza economica, sia sotto il profilo della sostenibilità finanziaria; della possibilità di destinazione alternativa delle risorse pubbliche impegnate; della possibilità della gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato; della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa; della compatibilità dell'intervento finanziario previsto con le norme dei trattati europei, ed, in particolare, con la materia degli aiuti di stato alle imprese. Cfr. A. LALLI, M. MESCHINO (a cura di), *Le società partecipate dopo la riforma Madia*, cit, 73.

preventivo, nonché, ove ne ricorrano i presupposti, a quelle in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese” (art.14).

Su questo aspetto la dottrina e la giurisprudenza si sono a lungo confrontate ed, in particolare, la fallibilità delle società a partecipazione pubblica è stato oggetto di alcune decisioni della Corte di Cassazione, dapprima in modo problematico e successivamente in modo sempre più convincente, con le quali è stata fatta una distinzione tra le società a partecipazione pubblica e le c.d. società *in house providing*⁶³.

Mentre per le prime, soggiacendo alla disciplina privatistica, era stata respinta la teoria basata sull'esclusione del fallimento della società in mano pubblica in virtù del carattere necessario che le stesse assumono per l'ente pubblico, per le società a totale partecipazione pubblica i giudici di Piazza Cavour, data l'immedesimazione tra ente pubblico e socio, avevano ritenuto legittima la sottrazione delle stesse al fallimento anche in virtù di quanto previsto dall'articolo 1 della legge fallimentare che esclude gli enti pubblici dai soggetti sottoposti a procedure concorsuali.

La norma, risolvendo per il momento il dibattito nato sul punto, stabilisce l'assoggettamento delle società a partecipazione pubblica al regime del fallimento e del concordato preventivo a prescindere dalla tipologia delle società non prevedendo per questo motivo regimi differenziati, con la conseguenza che anche le società *in house providing* possono essere assoggettate, ove ne ricorrano i presupposti, alle procedure concorsuali⁶⁴.

⁶³ Cfr. *ex multis* Corte di Cassazione, 6 dicembre 2012, n° 2199, in www.dirittodeiserviziubblici.it e Corte di Cassazione, 27 settembre 2013, n° 22209, in www.dirittodeiserviziubblici.it.

⁶⁴ Da un'accurata analisi dell'intero percorso che ha portato all'emanazione del Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica, può evidenziarsi come la versione definitiva risulti essere contraria alle prime bozze del decreto, basata su una maggiore "amministrativizzazione" del procedimento.

Nello specifico, nello stesso documento era stata immaginata la costituzione di un'Autorità di vigilanza con potere di ispezione ai sensi dell'articolo 2409 c.c., che, così come previsto per le crisi delle banche in caso di irregolarità, avrebbe potuto decidere di commissariare la società o prevedere la liquidazione coatta amministrativa.

Tale modello sarebbe stato senza dubbio più equilibrato ed idoneo a soddisfare, in maniera più efficiente, quanto previsto nella legge delega, basata sul rispetto del principio di proporzionalità delle deroghe rispetto alla disciplina societaria e su una chiara distinzione tra le varie realtà societarie.

Al riguardo si ricorda inoltre la decisione del Consiglio di Stato che, in sede consultiva, ha sottolineato come, sempre nel rispetto di quanto previsto dalla legge delega, si sarebbe potuto introdurre un regime *ad hoc*, in modo particolare per le società *in house providing*, differenziando, quindi, questo modello da quello delle società miste, soluzione non accolta dal Governo in quanto ritenuta "contraria all'impostazione privatistica della disciplina delle crisi ravvisabile nel testo unico in esame".

Strettamente legata al punto appena trattato è la disciplina della responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica.

Al riguardo il Testo Unico stabilisce che i componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società sono soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina in materia di società di capitali, salva la giurisdizione della Corte dei Conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti della società *in house providing*.

Anche in questo la norma risolve il dibattito giurisprudenziale sorto sull'individuazione della sede della giurisdizione, accogliendo gli ultimi orientamenti giurisprudenziali formatisi sul punto.

Nelle pronunce della Corte di Cassazione che si sono interessate alla questione può evidenziarsi infatti un'oscillazione indirizzata da una parte sulla natura giuridica delle società partecipate, idonea a dichiarare la giurisdizione ordinaria e, dall'altra, la natura delle risorse impiegate dalle società, legittimando, quindi la giurisdizione del giudice contabile⁶⁵.

Sul punto i giudici di Piazza Cavour hanno stabilito un criterio generale di riparto della giurisdizione, limitando il sindacato della Corte dei Conti alla mera cognizione dei danni subiti dal socio pubblico, mentre all'indagine del giudice ordinario il danno patito dalla società⁶⁶.

La norma infine, ribadendo l'assoggettamento alle azioni civilistiche di responsabilità dei componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate e confermando la giurisdizione della magistratura contabile sulla *mala gestio* di amministratori e dipendenti di società a totale partecipazione pubblica, sembrerebbe lasciar aperta la possibilità di una giurisdizione contabile concorrente anche per le società miste nei casi in cui sia ingenerato un danno erariale patrimoniale o no.

Non aver confermato la precisazione di danno erariale (così come previsto dallo schema del testo unico quale danno esclusivamente patrimoniale o non patrimoniale *direttamente* subito dal socio pubblico) potrebbe, di fatto, legittimare un'interpretazione estensiva della giurisdizione contabile anche per i

⁶⁵ Sul punto i giudici di Piazza Cavour hanno evidenziato come, ai fini della legittimazione della giurisdizione contabile, risulta irrilevante la veste formale societaria poiché, in tema di riparto di giurisdizione "il baricentro si è spostato dalla qualità del soggetto (privato o pubblico) alla natura del danno e degli scopi perseguiti". Cfr. Corte di Cassazione 3 marzo 2010 n° 5019, in *Foro it.*, 2010, 11, 1, 3101.

⁶⁶ Cfr. Corte di Cassazione 19 dicembre 2009 n° 26806, in *Giustizia civile*, 2010, 11, I, 2497, Corte di Cassazione 15 gennaio 2010 n° 519, in *Foro it.*, 2010, 11, 1, 3101.

danni indiretti subito dall'amministrazione per la *mala gestio* dei soggetti a ciò preposti⁶⁷.

5. La sentenza della Corte Costituzionale 25 novembre 2016 n° 251.

La Corte Costituzionale, come è noto, con la sentenza n° 251 del 2016⁶⁸ ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di alcune disposizioni contenute nella Legge Madia, per violazione del principio di leale collaborazione di cui agli articoli 5 e 120 Cost..

Nello specifico, i giudici sindacando alcune disposizioni inerenti la disciplina del pubblico impiego, delle società partecipate, dei servizi pubblici e della dirigenza in considerazione del fatto che, nonostante tali materia risultino essere di competenza statale e regionale, hanno stabilito che i decreti attuativi della delega debbano essere adottati sulla base di una forma di raccordo con le Regioni che deve rinvenirsi non nella forma del parere (ritenuto inidoneo a realizzare un autentico confronto con le autonomie regionali) ma attraverso lo strumento dell'intesa.

Si tratta di una decisione che "*non lascia indifferenti*"⁶⁹ in considerazione della ricaduta che potrebbe avere la stessa su una possibile ridefinizione della funzione delle intese in riferimento al ruolo delle Conferenze e sul possibile impatto sulle fonti del diritto⁷⁰.

Deve infatti sottolinearsi come, nonostante la Corte abbia inizialmente confermato il proprio orientamento sul punto, secondo cui "*il principio di leale*

⁶⁷ Al riguardo parte della dottrina ha sottolineato come "*resta aperta la possibilità di intervento del giudice contabile per i danni che, ponendo in una situazione di sofferenza il patrimonio societario, solo indirettamente, incidendo negativamente sul valore o sulla redditività della quota di partecipazione sociale si ripercuotono sul patrimonio dell'ente partecipante.*". Cfr. C. D' ARIES, S. GLINIANSKI, T. TEZZARO, *Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica. Commento articolo per articolo del D.lgs. 19 agosto 2016 n° 175*, Rimini, 2016, 122.

⁶⁸ Corte Costituzionale, 25 novembre 2016 n° 251, in www.cortecostituzionale.it.

⁶⁹ Così R. BIFULCO, *L'onda lunga della sentenza 251/16 della Corte Costituzionale, in federalismi*, 3, 2017

⁷⁰ Si tratta di una decisione che è stata oggetto di accese critiche da parte di parte della dottrina secondo cui "*con questa sentenza, la Corte, innovando profondamente la propria giurisprudenza su importanti punti di diritto processuale e sostanziale, ha colpito al cuore una delle più importanti riforme del Governo in carica, delimitando in termini assolutamente nuovi la potestà legislativa dello Stato. Insomma, un colpo duro e inaspettato.*". Cfr. John Marshall, *La Corte Costituzionale, senza accorgersene, modifica la forma di Stato?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 6, 2016, 705.

collaborazione non si impone al procedimento legislativo”, i giudici hanno ritenuto opportuno allargare il proprio sindacato sulla legge delega nel caso in cui non preveda adeguate forme di accordo con le autonomie territoriali, sottolineando come *“là dove, tuttavia il legislatore delegato si accinge a riformare istituti che incidono su competenze statali e regionali, inestricabilmente connesse, sorge la necessità del ricorso all’intesa”*⁷¹.

Come è stato sottolineato dalla dottrina, nelle precedenti decisioni della stessa Corte si è valutata la mera conformità del decreto delegato nei confronti dei c.d. limiti ulteriori previsti dalla legge delega, tra i quali è possibile annoverare non soltanto l’acquisizione del parere da parte delle commissioni parlamentari competenti in materia, ma anche il coinvolgimento delle realtà territoriali attraverso l’utilizzo di particolari strumenti di raccordo quale può essere il c.d. sistema delle Conferenze⁷².

Secondo quanto previsto dalla Corte, quindi, nei casi in cui fossero sopraggiunti interessi riconducibili a materie di competenza regionale, il Parlamento, in veste di legislatore delegante, sarebbe stato chiamato a stabilire gli strumenti *“ del confronto tra i diversi sistemi ordinamentali della Repubblica”* in seguito ai quali sarebbe stato possibile rinvenire a *“soluzioni concordate di questioni controverse”*⁷³.

Nel caso in esame, invece, la Corte sembrerebbe aver operato una vera e propria sostituzione procedurale, obbligando il legislatore delegato a ristabilire il coinvolgimento delle realtà territoriali, attraverso lo strumento dell’intesa per l’adozione del decreto legislativo, spostando, quindi, la sede dell’accordo dalla Conferenza unificata alla Conferenza Stato-Regioni, in riferimento alla normativa avente ad oggetto disciplina in materia di dirigenza pubblica e pubblico impiego⁷⁴.

⁷¹ Punto 3 del *Considerato in Diritto* della sentenza.

⁷² Cfr. A. POGGI, G. BOGGERO, *Non si può riformare la p.a. senza intesa con gli enti territoriali: la Corte Costituzionale ancora una volta dinanzi ad un Titolo V incompiuto*, in *federalismi.it*, 25, 2016.

⁷³ Corte Costituzionale, 1 febbraio 2006 n° 31, in *Giur. cost*, 1, 2006, 256, con nota di M. MICHETTI, *La Corte alle prese con la leale collaborazione*.

⁷⁴ Al riguardo, parte della dottrina ha ricordato come la Corte avesse fatto uso di tale “sostituzione procedurale” già in riferimento all’adozione di fonti secondarie. A. POGGI, G. BOGGERO, *Non si può riformare la p.a. senza intesa con gli enti territoriali: la Corte Costituzionale ancora una volta dinanzi ad un Titolo V incompiuto*, cit. 6. Sul punto si ricordano, tra le tante Corte Costituzionale 14 ottobre 2005 n° 383, in *Giur. it*, 2006, 8, 1583; Corte Costituzionale 31 marzo 2006 n° 134, in *Foro amm CDS*, 2006, 3, 742; Corte Costituzionale 23 maggio 2008 n° 168, in *Giur. cost*, 2008, 3, 2026; Corte Costituzionale 10 aprile 2014 n° 88, in *Foro it.*, 2015, 2, 1, 401.

Per questo motivo, quindi, potrebbe sostenersi come tale decisione possa essere considerata un importante precedente al fine di ampliare il sindacato della Corte anche ad ipotesi in cui leggi delega prevedano strumenti ritenuti non adeguati o irragionevoli tenendo conto degli interessi coinvolti, ricordando, quindi, come il controllo sugli strumenti di accordo basati sulla tutela del principio di leale collaborazione possa aversi qualsiasi sia la natura legislativa o sub-legislativa dell'atto impugnato.

Per la parte che qui rileva si ricorda come al punto 9 del *Considerato in Diritto*, la Corte si sia preoccupata di limitare gli effetti della declaratoria di incostituzionalità statuendo che *"le pronunce di illegittimità costituzionale, contenute in questa decisione, sono circoscritte alle disposizioni di delegazione della legge n° 124 del 2015, oggetto del ricorso, e non si estendono alle relative disposizioni attuative. Nel caso di impugnazione di tali disposizioni, si dovrà accertare l'effettiva lesione delle competenze regionali, anche alla luce delle soluzioni correttive che il Governo riterrà di apprestare al fine di assicurare il rispetto del principio di leale collaborazione"*.

I contenuti di questa decisione sono stati ripresi dal Consiglio di Stato nel parere fornito il 9 gennaio 2017 avente ad oggetto alcuni chiarimenti in merito alle questioni interpretative sollevate dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri sull'attuazione di tre decreti legislativi emanati sulla base della Legge Madia, tra i quali il testo unico in materia di società a partecipazione pubblica.

In questa occasione, facendo rientrare tale pronuncia nell'alveo della categoria delle sentenze manipolative di tipo sostitutivo, i giudici di Palazzo Spada hanno confermato la validità e l'efficacia dei tre provvedimenti fino ad un'eventuale pronuncia della Corte che li riguardi direttamente salvi i possibili interventi correttivi che potrebbero intervenire in questo periodo, ritenuti come rilevanti e da adottare tempestivamente.

Seguendo il ragionamento della sentenza della Corte Costituzionale, il percorso più ragionevole da compiere per il Governo potrebbe rinvenirsi nell'adozione di decreti correttivi, utilizzati per sanare il vizio procedimentale di illegittimità costituzionale, che possano intervenire in maniera diretta sui decreti legislativi in esame, basati sull'applicazione della disciplina della delega così come riscritta dalla Corte.

In assenza di un rapido intervento da parte del legislatore, potrebbe essere dichiarata l'illegittimità degli stessi perché adottati in assenza di intesa con le autonomie territoriali e, per questo, in difformità con quanto previsto dalla legge delega ridefinita dalla sentenza costituzionale.

Sul punto si ricorda infine parte della dottrina secondo cui il testo normativo si troverebbe in *una sorta di limbo* caratterizzato da previsioni legislative formalmente vigenti ma nella sostanza potenzialmente inefficaci ed a rischio di una definitiva pronuncia di illegittimità, salvo l'adozione di una soluzione correttiva da parte del Governo che non può che non avvenire attraverso l'intesa rafforzata *ex art. 8* della legge n° 131/03⁷⁵.

Al fine di risolvere tale incertezza il Consiglio dei Ministri, in data 17 febbraio 2013, ha approvato seppur in via preliminare, due decreti legislativi aventi ad oggetto disposizioni integrative e correttive ai decreti di attuazione della c.d. Legge Madia ed al già ricordato Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica.

Nello specifico, per la parte che qui interessa, tra le principali novità si ricordano l'ammissione di partecipazioni pubbliche in società aventi per oggetto sociale la produzione di energia da fonti rinnovabili, la possibilità per le università di costituire società per la gestione di aziende agricole con funzioni didattiche e la definizione di un'intesa in Conferenza Unificata per la definizione del Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri avente ad oggetto la determinazione dei requisiti di onorabilità, professionalità e autonomia dei componenti degli organi amministrativi e di controllo di società a partecipazione pubblica.

Al tempo stesso viene prevista la proroga del termine per la ricognizione, in funzione della revisione straordinaria di tutte le partecipazioni possedute, del personale in servizio e l'adeguamento delle stesse società alle norme in tema di *governance* societaria.

6. Brevi conclusioni.

L'emanazione del Testo Unico in materia di società a partecipazioni pubblica è senza dubbio uno degli elementi più importanti e più attesi dell'intera riforma della pubblica amministrazione tutt'ora in corso, la cui concreta ed efficace attuazione è suscettibile di avere un impatto particolarmente rilevante nel panorama giuridico.

⁷⁵ Cfr. C. CALVIERI, *La declaratoria di illegittimità delle deleghe della legge Madia per violazione del principio di leale collaborazione ed i riflessi sul nuovo testo unico delle società a partecipazione pubblica. Ovvero il complicato intreccio dei fili della Tela di Penelope...allo specchio*, in *Rivistaaic*, 1, 2017. Cfr. Legge 5 giugno 2003 n° 131, "Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3

Si tratta di un intervento legislativo che, visto il susseguirsi intensivo, compulsivo e frammentario degli interventi normativi che si è avuto modo di ricordare, è stato da più parti ritenuto inevitabile e fondamentale per risolvere alcune delle problematiche più rilevanti riguardanti le società stesse.

La volontà legislativa rinvenibile nello stesso sembra senza dubbio essere indirizzata verso una drastica riduzione delle partecipazioni statali, visto anche lo sfavore mostrato nei confronti dell'impresa pubblica in forma societaria, ritenuta da parte della dottrina ancora oggi di grande importanza nel panorama giuridico nazionale.

Nel disegno tracciato dal legislatore quest'ultima dovrebbe svolgere finalità di interesse pubblico e non attività di impresa, con la conseguente interpretazione pubblicistica delle società partecipate volto a giustificare un importante regime di regole e vincoli che le allontanano, anche concettualmente, da quelle private. Come è stato sottolineato, la disciplina del testo unico risulta essere quindi una disciplina pubblicistica che si innesta su un modello privatistico, prevedendo delle deroghe ad esso, nei limiti in cui ciò è necessario, per adeguarla al tipo di attività ed alla peculiarità degli azionisti⁷⁶.

Ne deriva, pur senza nascondere le criticità sottolineate da più parti, che con questo testo unico il settore delle società a partecipazione pubbliche abbia finalmente acquisito " *il bene prezioso di una disciplina unitaria*"⁷⁷, capace di esaltare, con una previsione organica ed idonea ad eliminare le storture, le inefficienze e gli abusi dell'utilizzo del modello societario, il ruolo dello Stato nell'economia, che, vista l'attuale crisi finanziaria, risulta essere ancora più rilevante e fondamentale.

Per questo motivo può ritenersi certamente positivo il tempestivo intervento del Governo di correzione del T.U. in ossequio alla già citata sentenza della Corte Costituzionale al fine di scongiurare una futura impugnazione dello stesso dinanzi al giudice delle leggi, liberandolo, quindi, dalla *sorta di limbo* in cui si trova attualmente⁷⁸.

⁷⁶ Cfr. M. CLARICH, B.G. MATTARELLA, Prefazione al volume G. MEO, A. NUZZO, (a cura di) *Il Testo Unico sulle società pubbliche*, Bari, 2016.

A. LALLI, M. MESCHINO (a cura di), *Le società partecipate dopo la riforma Madia*, cit..

⁷⁸ R. BIFULCO, *L'onda lunga della sentenza 251/16 della Corte Costituzionale*, in *federalismi*, cit..

L'autonomia degli Enti locali nella riscossione dei tributi propri: la pratica applicazione della normativa alla luce della riforma della gestione delle entrate.

di Valentina FERRARA*

SOMMARIO: **1.** Profili generali dell'autonomia tributaria dell'Ente locale tra autonomia ed unitarietà del sistema fiscale; **1.1.** Introduzione nel sistema tributario locale del parametro della "capacità fiscale"; **2.** La riscossione spontanea dei tributi propri; **3.** Poteri dell'Amministrazione comunale nella fase di riscossione coattiva; **4.** La gestione diretta del servizio di riscossione; **5.** L'affidamento del servizio di riscossione a soggetti esterni; **6.** L'affidamento del servizio ad Agenzia delle Entrate – Riscossione; **7.** Considerazioni conclusive.

1. Profili generali dell'autonomia tributaria dell'Ente locale tra autonomia ed unitarietà del sistema fiscale.

La gestione delle entrate locali è un tema molto dibattuto in dottrina ed in giurisprudenza, nonostante sia uno degli elementi principali del vigente federalismo fiscale in Italia, il quale a sua volta, si fonda sullo spazio di autonomia normativa riconosciuto agli Enti Locali.

Detta autonomia ha subito una sorta di "effetto fisarmonica" nel corso delle varie legislature, la sua storia inizia con gli albori della Repubblica italiana ed arriva fino alle più recenti riforme attuate dal legislatore tributario. Basti pensare, alla riforma del Titolo V della Costituzione ed i conseguenti interventi della giurisprudenza costituzionale, o anche alla legge n. 42 del 2011 e la cascata dei decreti attuativi che hanno definito quello che è l'attuale sistema di federalismo fiscale.

L'autonomia organizzativa in ambito fiscale degli enti territoriali riguarda tutti i profili della fase di liquidazione, di accertamento e di riscossione del tributo; in questo senso non soltanto si pone la formula generica dell'art. 119 comma 2 Cost. (ove si prevede che gli enti locali «applicano» i tributi propri), ma si indirizza anche l'ampia previsione dell'art. 52 del d.lgs. n. 446 del 1997¹.

* *Avvocato, Dottore di Ricerca in Diritto e Mercato Globale e cultore della materia in diritto tributario presso l'Università degli Studi di Salerno.*

¹ Cfr. G. BERNABEI e G. MONTANARI, *Tributi Propri e Autonomie locali. Difficile sviluppo di un sistema di finanza propria degli enti locali*, Padova, 2015.

Le Amministrazioni periferiche godono di una discreta autonomia finanziaria, la quale comprende l'autonomia tributaria: questa, nello specifico, consta della potestà di imporre un prelievo tributario e del conseguente potere di riscuotere il *quantum debeatur* dal contribuente.

A ben vedere, il quadro normativo in detta materia è molto distante dalla realtà. La riforma federalista avviata all'inizio del nuovo millennio, con la riforma del Titolo V della Costituzione sembrava, inizialmente, aver dato vita ad una svolta del sistema finanziario degli enti locali: si passava da un sistema fortemente accentrato, in cui lo Stato centrale aveva un ruolo primario nelle scelte attinenti alla gestione delle entrate locali, ad un nuovo sistema fondato sull'autonomia degli enti territoriali².

Gli interventi del legislatore sono stati molteplici e variegati, per mera memoria storica si ricordi che durante la vigenza dello Statuto Albertino la realtà periferica italiana era caratterizzata da amministrazioni locali che venivano da tradizioni molto diverse tra di loro, in quel delicato momento si è voluto dare un segnale di unità, temendosi che una scelta troppo autonomista non avrebbe fatto altro che acuire le differenze già troppo radicate nel territorio. I successivi anni del '900 sono stati caratterizzati da questo doppio binario: da un lato era forte l'esigenza di unificare la normativa e la politica su tutto il territorio nazionale, e dall'altro premeva la difficoltà di uniformare realtà molto differenti tra di loro, «non vogliamo la centralità francese, ma non vogliamo neppure una indipendenza amministrativa come quella degli Stati Uniti d'America o come quella della Svizzera perché nessuno oserebbe decentrare l'unità politica e civile» così scriveva Marco Minghetti quando, tra il 1860 ed il 1861 si discuteva sul progetto di un ordinamento regionale³.

L'espressione "autonomia tributaria" identifica la possibilità che gli Enti territoriali autodeterminino o disciplinino i tributi per la realizzazione di un proprio indirizzo politico ed amministrativo, senza alcun intervento da parte dello Stato.

La nozione comprende sia la produzione che l'attuazione di norme impositive (intesa, quest'ultima, come esplicazione di poteri di accertamento, di riscossione e di irrogazione delle sanzioni).

Si tratta di un fattore essenziale costituente, insieme ad altri, tutta la sfera della finanza locale di esclusiva competenza dell'ente; rappresenta un profilo

² Cfr. E. DE MITA, *Le basi costituzionali del federalismo fiscale*, Milano, 2009; nonché A.E. LA SCALA, *L'attuazione del c.d. "federalismo fiscale" nei rapporti Stato-Regioni*, in A.E. LA SCALA (a cura di), *Federalismo fiscale e autonomia degli enti territoriali*, Torino, 2010.

³ Per un esame analitico delle trasformazioni del sistema fiscale periferico si v. G. MARONGIU, *Storia dei tributi degli enti locali (1861-2000)*, Milano, 2001.

dell'attività locale indispensabile per l'attuazione della più generale autonomia in ambito finanziario, all'interno di un ordinamento ispirato ad un ampliamento dei poteri impositivi in capo agli enti territoriali minori. Esso è solo uno (anche se rappresenta il principale) degli strumenti di cui dispone l'ente per gestire le proprie finanze, si pensi ad altre forme di entrate che non attengono prettamente alla sfera tributaria, come ad esempio, quelle situazioni in cui l'ente ha la possibilità di agire *iure privatorum* o ancora, si pensi alla finanza derivata. Vista la folta eterogeneità delle fonti, nonché la gradazione del potere attribuito a livello locale, è pacifica l'opinione di chi sostiene che ad oggi non vi sia un *unicum* per quanto concerne il livello di autonomia, bensì vi sono varie "sfumature d'intensità"⁴, una pluralità di livelli intermedi che spaziano dalla potestà di introdurre tributi locali al potere di definire solo alcuni aspetti del procedimento tributario, come la liquidazione, l'accertamento o la riscossione. Dunque, si parte da un discreto potere impositivo che si traduce nella potestà di istituire e stabilire tributi propri, delineandone le fattispecie, gli elementi essenziali nonché qualificanti della struttura giuridica, per poi arrivare ad una discrezionalità di tipo più o meno marginale nella scelta di elementi attinenti alle fasi accessorie del procedimento di imposizione.

Il sistema dell'autonomia tributaria degli enti locali, quindi, si compone di due facciate, e cioè se da un lato non vi può essere assoluta libertà nella definizione dei soggetti passivi, delle basi imponibili e delle aliquote (deve essere pur sempre garantito il rispetto del principio di legalità inteso nel senso di una uniformità di base sull'intero territorio nazionale), dall'altro vige comunque un criterio importante nel campo dell'autonomia ed è quello del rispetto e della tutela delle preferenze locali.

Uno degli aspetti in cui sembra potersi esprimere più chiaramente il potere regolamentare degli enti locali riguarda la fase della riscossione, difatti l'intervento normativo ha riformato innanzitutto la fase della riscossione volontaria, prevedendosi meccanismi di pagamento semplificato e diffuso (attraverso la moltiplicazione dei soggetti ammessi all'incasso o alla transazione finanziaria). In secondo luogo anche la riscossione coattiva ha subito mutamenti, può essere effettuata con atti e procedure differenti riguardo a quelle tradizionali della finanza locale, potendo ricorrere la P.A. anche a più efficienti modelli tratti dalla fiscalità erariale ed assegnando agli agenti della riscossione incisivi poteri di tutela del credito fiscale. Ancora, al fine di favorire la trasparenza dell'azione

⁴ Cfr. V. FICARI, *L'autonomia tributaria degli enti locali e la legge finanziaria del 2007*, in *Rassegna tributaria*, 1, 2007.

pubblica e migliorare la qualità del rapporto con i contribuenti, potrebbero individuarsi forme di rimborso automatico o comunque accelerato dei tributi indebitamente versati, in presenza di determinate condizioni.

La lunga serie di deleghe e decreti attuativi, ha avuto inizio nel 2009, il d.lgs. del 24 settembre 2015, n. 159, in particolare si è occupato delle "Misure per la semplificazione e razionalizzazione delle norme in materia di riscossione". Tale decreto attuativo nelle premesse richiama la legge 11 marzo 2014, n. 23, recante delega al Governo per un sistema fiscale più equo, trasparente ed orientato alla crescita, i cui punti salienti consistono nella revisione delle dilazioni dei debiti tributari derivanti da somme iscritte a ruolo, da accertamenti esecutivi oppure da istituti deflattivi del contenzioso (come, ad esempio, l'accertamento con adesione), vengono modificati sia il numero di rate concedibili al contribuente sia gli effetti derivanti dall'inadempimento, sotto il profilo sanzionatorio.

Ad oggi l'Ente Locale, per quanto attiene alla riscossione dei propri tributi, ha di fronte ha sé tre opzioni: la gestione diretta del servizio, l'affidamento al nuovo ente Agenzia delle Entrate-Riscossione, la concessione del servizio a soggetti privati (o società miste) iscritti negli appositi albi.

Il legislatore ha lasciato libertà di scelta all'Amministrazione locale perché la "scelta migliore" (c.d. *the best one*) non è raffigurabile in astratto: le realtà periferiche presenti nel territorio differiscono tra loro sotto aspetti non trascurabili (dimensione, economia, quantità di gettito, esigenze locali) e per tale motivo ogni Ente deve modellare il proprio sistema di gestione della fase ultima del procedimento impositivo in base alle proprie esigenze e necessità.

1.1. Introduzione nel sistema tributario locale del parametro della "capacità fiscale".

L'avvento del federalismo fiscale ha introdotto modifiche importanti nelle finanze degli enti locali, i quali si trovano a dover gestire una serie di entrate patrimoniali di diversa natura ed allo stesso tempo, devono compiere scelte politiche supportate da modelli di gestione adottati sulla base del criterio dell'efficacia e dell'efficienza.

Ad oggi la maggior parte delle entrate locali è costituita dai tributi propri (fonte principale di sopravvivenza per lo stesso ente), solo una piccola parte deriva dai trasferimenti statali, ciò comporta come conseguenza principale che la scelta del

modello di gestione dei tributi locali determina in modo sostanziale i risultati riscontrabili nel bilancio dell'Amministrazione⁵.

Il successo delle politiche tributarie locali dipende dall'organizzazione della gestione delle entrate locali, dalla concreta attuazione dei principi di equità tributaria, di semplificazione e riduzione della pressione fiscale.

Il legislatore del 2009, con la legge n. 42 del 5 maggio⁶, ha introdotto un nuovo parametro per valutare il sistema tributario locale, e cioè la "capacità fiscale"⁷: criterio in base al quale viene articolato il complesso sistema di perequazione delle risorse a favore delle amministrazioni decentralizzate.

In tal modo è stata profondamente modificata l'impostazione originaria del federalismo fiscale, in cui la funzione di riequilibrio e di solidarietà dei fondi perequativi era svolta tenendo conto di elementi diversi, che forse non esprimevano realmente la situazione concreta in cui versava l'ente. In epoca precedente alla introduzione del novello parametro, venivano presi ad oggetto determinati requisiti come ad esempio il numero di residenti o dati di bilancio standardizzati, che non riuscivano a fotografare la realtà sostanziale del territorio, non erano in grado di stimare l'andamento dell'amministrazione locale nel suo complesso.

⁵ Nello specifico, La legge delega al Governo in materia di federalismo fiscale, n. 42 del 2009, contiene i principi ed i criteri direttivi per la fiscalità municipale, in attuazione dell'art. 119 Cost. L'art. 11 classifica le spese comunali individuando per ogni categoria le fonti di finanziamento, e cioè le spese vengono divise in tre macro-gruppi: le spese fondamentali, serventi all'espletazione delle funzioni di cui all'art. 117 co. 2 lett. p) Cost.; le spese relative ad altre funzioni; le spese finanziate con i contributi speciali e con i fondi comunitari dell'Unione Europea. Per quanto concerne le prime, la loro copertura viene assicurata mediante: la compartecipazione al gettito di tributi erariali e regionali, le addizionali ed il fondo perequativo. Mentre, per quanto riguarda le spese residuali la copertura è data dai tributi propri dell'Ente, dalle compartecipazioni al gettito di tributi e dal fondo perequativo basato sulla capacità fiscale per abitante.

⁶ La l. 42/2009 è stata denominata «Delega al Governo in materia di federalismo fiscale, in attuazione dell'articolo 119 della Costituzione», poi pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n. 103 del 6 maggio 2010. Successivamente, però, la legge 8 giugno 2011, n. 85 ha prorogato di 6 mesi i termini per l'esercizio della delega (slittati, pertanto, al 5 novembre 2011), così in Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome, Federalismo fiscale, Legge n. 42/2009 e decreti attuativi, 2011, <http://www.regioni.it>.

⁷ L'argomento è stato molto dibattuto in dottrina sia in epoca antecedente alla sua introduzione, sia negli anni immediatamente successivi, si v. *ex multis* F. OSCULATI, *Tributi e altre entrate dei comuni*, in *Rivista di diritto finanziario*, 1, 2007; F. TUNDO, *Contributo allo studio dell'autonomia tributaria dei comuni*, Padova, 2002; A.E. LA SCALA, *L'attuazione del c.d. "federalismo fiscale" nei rapporti Stato-Regioni*, in A.E. LA SCALA (a cura di), *Federalismo fiscale e autonomia degli enti territoriali*, Torino, Giappichelli, 2010; R. MICELI, *Federalismo fiscale e responsabilità comunitaria degli Enti territoriali: riflessioni e prospettive*, in *Rassegna Tributaria*, 6, 2010; R. PIGNATONE, *Principi fondamentali per il coordinamento del sistema tributario e ricorso alla delega legislativa in materia di federalismo fiscale*, in www.federalismi.it, marzo 2011.

Mediante l'introduzione del concetto di capacità fiscale, è ora possibile apprezzare lo "stato di salute" dell'ente *tout court*, poiché viene in considerazione una molteplicità di fattori che compongono un unico parametro: la ricchezza immobiliare (in base alla tipologia di immobili), le aspettative di gettito e le aliquote adottate, l'efficacia della riscossione (spontanea e coattiva) tendente ad accrescere il gettito.

Grazie alla preventiva individuazione del potenziale gettito tributario, gli enti locali verranno supportati mediante trasferimenti statali perequativi non in base ai dati di bilancio standardizzati, bensì sulla scorta della capacità fiscale: i trasferimenti perequativi, nazionali e comunali, tendono a privilegiare i Comuni che hanno raggiunto una capacità fiscale elevata, riducendo il differenziale tra il gettito incassato e il gettito atteso. Incrementare le capacità fiscali permette pertanto all'ente locale un doppio beneficio, da un lato aumenta il proprio gettito tributario e dall'altro potenzia i propri parametri, in termini di utilizzo congiunto delle capacità fiscali e dei fabbisogni standard.

L'ente che non potenzia ed accresce la propria capacità fiscale invece presenterà una insoddisfacente struttura organizzativa, con alti livelli di evasione e si risconterà una gestione della riscossione sicuramente inefficiente.

Visti tali sviluppi della politica tributaria, sorge spontanea una domanda in merito alla delimitazione della cotanto decantata autonomia locale: l'ente in che modo potrebbe incrementare la propria capacità fiscale? Quali sono gli strumenti messi a disposizione dal legislatore nazionale all'amministratore locale?

In primis viene in rilievo lo strumento normativo, e cioè il regolamento Comunale.

Il tema della delimitazione del potere regolamentare comunale non è di agevole definizione, nonostante la grande spinta federalista (con tutte le buone intenzioni come di consueto all'inizio di ogni riforma) non si è giunti alla costruzione di un quadro normativo in grado di dotare i singoli enti di quell'autonomia di cui forse necessiterebbero per poter creare un proprio modello di gestione, tarato sulle proprie esigenze, sulle proprie necessità⁸.

⁸ All'indomani della nuova disciplina introdotta dal d.lgs. 446 del 1997, il Ministero delle Finanze emanò una circolare in cui, ferma restando l'autonomia decisionale dell'ente locale, era diretta a fornire delle prime indicazioni riguardo determinati aspetti ed adempimenti inerenti all'esercizio del potere regolamentare tributario degli enti locali. La circolare del 17 aprile 1998, n. 101/E, così consigliava: «Il potere regolamentare non si esaurisce per effetto del suo esercizio, per cui non è necessario che con una sola deliberazione vengano disciplinate tutte quante le materie sulle quali si ha interesse di intervenire. È, anzi, auspicabile che (stante la particolare delicatezza di siffatto potere ed anche in considerazione di esigenze di verifiche dell'effetto delle disposizioni regolamentari sull'andamento del gettito del tributo disciplinato) i singoli regolamenti affrontino,

D'altronde la ratio del riparto di competenze è (almeno in teoria) proprio questa, il soggetto più vicino al territorio ha una maggiore conoscenza delle caratteristiche dell'economia locale, ben conosce i pregi ed i difetti del suo territorio, è più vicino al cittadino-contribuente. Per tutta questa serie di ragioni, la scelta di far rientrare nella competenza dell'ente locale anche il potere di autoregolamentare la gestione delle proprie finanze sarebbe la scelta più efficiente, sempre in teoria.

In pratica, invece, la situazione è ben diversa, le realtà locali presenti sul territorio italiano sono profondamente diverse tra di loro e non tutte riescono ad adoperare nel modo migliore le risorse che possiede.

La potestà normativa degli Enti locali è sottoposta a vincoli derivanti sia dalle fonti interne che eurounitarie: la Costituzione, all'art. 23 sancisce il principio di riserva di legge, che viene spesso interpretato in chiave restrittiva in tema di entrate locali, nonostante la riforma che ha condotto al federalismo fiscale, il quale se certamente ha modificato l'assetto legislativo, delle fonti, della potestà

preferibilmente in anni diversi, approfonditamente e compiutamente soltanto talune materie». Sul tema si tenga ben presente che restano fermi i principi generali e le direttive di base poste in essere dalle fonti legislative sovraordinate, quindi il regolamento comunale o provinciale dovrà rispettare i limiti ed i confini delineati dalla legge: il regolamento indipendente deve pur sempre rispettare le leggi esistenti, evitando di entrare in conflitto con esse o comunque ricercando una sostanziale compatibilità con le norme stabilite da fonti primarie; in tal senso si v. F. TUNDO, *Contributo allo studio dell'autonomia tributaria dei comuni*, Padova, 2002. Spetta quindi al singolo ente stabilire se optare per un unico regolamento che disciplini l'intero sistema delle entrate proprie o se adottare un singolo regolamento per ogni diversa entrata qualificata come tributo, andando così a disciplinare nel dettaglio ogni entrata e prevedendo anche diversi procedimenti (dal momento della imposizione a quello della riscossione, il Comune può optare per diversi procedimenti a seconda della tipologia di tributo che viene posta in essere). Il Ministero dell'Economia e delle Finanze, sul punto, raccomanda di optare per l'adozione di un regolamento per ciascun tributo locale, così facendo si assicura un monitoraggio con profili di efficienza maggiori sugli effetti del potere impositivo.

Successivamente all'adozione in sede di deliberazione, vi è l'obbligo per l'ente di comunicare la delibera al Ministero dell'Economia e delle Finanze entro trenta giorni dalla data in cui essa è divenuta esecutiva nonché di pubblicare sulla Gazzetta Ufficiale il modello definito con decreto dello stesso Ministero. All'indomani della nuova disciplina introdotta dal d.lgs. 446 del 1997, il Ministero delle Finanze emanò una circolare in cui, ferma restando l'autonomia decisionale dell'ente locale, era diretta a fornire delle prime indicazioni riguardo determinati aspetti ed adempimenti inerenti all'esercizio del potere regolamentare tributario degli enti locali. La circolare del 17 aprile 1998, n. 101/E, così consigliava: «Il potere regolamentare non si esaurisce per effetto del suo esercizio, per cui non è necessario che con una sola deliberazione vengano disciplinate tutte quante le materie sulle quali si ha interesse di intervenire. È, anzi, auspicabile che (stante la particolare delicatezza di siffatto potere ed anche in considerazione di esigenze di verifiche dell'effetto delle disposizioni regolamentari sull'andamento del gettito del tributo disciplinato) i singoli regolamenti affrontino, preferibilmente in anni diversi, approfonditamente e compiutamente soltanto talune materie».

impositiva, non è però riuscito a completare l'opera inizialmente proposta, di rivoluzione del sistema tributario locale.

Attraverso il d.lgs. n. 23 del 2011 la potestà impositiva locale aveva assistito ad una profonda limitazione rispetto a ciò che era invece previsto dall'art. 52 del d.lgs. n. 446 del 1997, ciò in quanto l'Amministrazione doveva limitarsi alla scelta dell'aliquota all'interno di una scala già fissata *ex lege* (statale o regionale, a seconda del tributo) con minime possibilità di incidere sul regime di esenzioni ed agevolazioni. Esclusa la facoltà di istituire *ex novo* tributi locali, che resta di competenza della fonte primaria, i Comuni possono solo scegliere se adottare il modello normativo predisposto dalla legge statale o regionale, ed intervenire, entro determinati spazi, sulla misura dell'aliquota, ed attraverso deduzioni ed altre agevolazioni.

A ben vedere, l'autonomia locale in materia tributaria giunge alla sua massima espressione nella fase conclusiva del procedimento impositivo e cioè con la riscossione. Esso rappresenta sì il passaggio finale di tutto il procedimento, ma è anche il più rilevante e delicato, dato che è completamente finalizzato all'incasso, essa rappresenta un momento centrale per la tenuta dei bilanci locali e per l'equità fiscale.

2. La riscossione spontanea dei tributi propri.

L'articolo 2-*bis* del d.l. 193/2016 ha dettato una rigorosa disciplina della riscossione spontanea delle entrate delle amministrazioni locali, stabilendo l'obbligo di versamento delle stesse direttamente nel conto di tesoreria intestato all'ente, ovvero mediante il modello F24 (solo per le entrate tributarie) o ancora mediante strumenti elettronici di pagamento messi a disposizione dall'ente impositore. Fermo restando comunque l'obbligo di pagamento dell'Imu e della Tasi esclusivamente con il modello F24 (o il bollettino postale equivalente). La riscossione potrà essere effettuata anche mediante conti correnti postali intestati all'ente creditore, secondo la modifica normativa in arrivo con la conversione del d.l. 50 del 2017.

È stata sottratta la possibilità all'Ente di scegliere la metodologia di pagamento, operando in espressa deroga alla potestà regolamentare disciplinata dall'art. 52 del d.lgs. 446 del 1997 perché il versamento spontaneo deve essere effettuato sul conto della tesoreria⁹, risultando in tal modo impedita sia la possibilità di

⁹ Tale conto si caratterizza per il fatto di essere un conto corrente intrattenuto con la Banca d'Italia, viene acceso dall'ente presso il suo tesoriere, l'ente ha la possibilità di aprire più conti tecnici

intermediazione da parte di soggetti esterni, sia la possibilità di introito dei tributi comunali nei conti correnti postali. Questi ultimi sono esclusi perché non permetterebbero un afflusso diretto delle entrate sul conto di tesoreria comunale, come è invece richiesto dalla legge.

Per ciò che concerne i pagamenti elettronici, la norma sembra asserire l'obbligo di adesione al sistema c.d. "pago PA", il canale elettronico che l'ente rende disponibile al cittadino-contribuente e che, tra l'altro, comprende la possibilità di effettuare il pagamento tramite conto corrente postale (il quale sembrava escluso dalla normativa in esame).

Ma vi è ancora un'altra discrepanza nel sistema, che riguarda la possibilità che i soggetti esterni (concessionari *ex art.* 52, comma 5 del d.lgs. 446 del 1997) possano riscuotere direttamente le somme derivanti dal versamento spontaneo. Si è visto come questa possibilità sembri preclusa dalla nuova normativa, che impone il versamento diretto nelle casse dell'ente per i pagamenti spontanei, a differenza delle entrate riscosse mediante procedimenti coattivi. Dunque, a ben vedere, l'art. 7, comma 2, lett. *gg-septies* del d.l. n. 70 del 2011¹⁰, ancora in vigore, prevede che il concessionario effettua la riscossione su appositi conti, a lui intestati e provvede periodicamente al versamento delle somme introitate.

Inoltre con il passaggio da Equitalia ad Agenzia delle Entrate-Riscossione, è stata prevista per gli enti locali la possibilità di affidare a quest'ultima la riscossione spontanea e coattiva delle entrate tributarie e patrimoniali, un affidamento che quindi, vista la previsione dell'art. 2-*bis*, non dovrebbe includere il potere da parte dell'ente pubblico di riscossione di introitare direttamente le somme, salvo non voler ritenere che l'art. 2 citato sia una norma speciale che dunque prevale su quella di portata generale dettata dall'art. 2-*bis*.

In linea generale, l'obiettivo della pubblica amministrazione, in questa fase, dovrebbe essere quello di favorire ed incentivare la riscossione spontanea poiché sarebbe più economico, non conflittuale e molto più breve rispetto al

presso lo stesso tesoriere, in cui affluiscono le diverse tipologie di entrate, ciò consente una maggiore facilità nelle operazioni di contabilizzazione.

¹⁰ L'articolo in questione così recita: «nel caso di affidamento ai soggetti di cui all'articolo 52, comma 5, lettera b), del decreto legislativo 15 dicembre 1997, n. 446, la riscossione delle entrate viene effettuata mediante l'apertura di uno o più conti correnti di riscossione, postali o bancari, intestati al soggetto affidatario e dedicati alla riscossione delle entrate dell'ente affidante, sui quali devono affluire tutte le somme riscosse. Il riversamento dai conti correnti di riscossione sul conto corrente di tesoreria dell'ente delle somme riscosse, al netto dell'aggio e delle spese anticipate dal soggetto affidatario, deve avvenire entro la prima decade di ogni mese con riferimento alle somme accreditate sui conti correnti di riscossione nel mese precedente».

procedimento coattivo, fornendo quindi tempi rapidi per recuperare somme iscrivibili con certezza nel bilancio comunale.

La riscossione spontanea deve avvenire necessariamente in forma diretta, a meno che l'ente non abbia optato per l'affidamento all'Agenzia delle Entrate-Riscossione, in questo caso si applicheranno le regole dettate dall'art. 2-*bis* e comunque ferma restando la possibilità di affidare all'esterno servizi strumentali alla riscossione¹¹, con l'esclusione dell'introito delle somme.

Uno degli elementi fondamentali all'interno della riscossione spontanea è rappresentato senza dubbio dal c.d. "memo" rivolto ai contribuenti, cioè l'invio di comunicazioni, avvisi bonari e qualsiasi altra forma di collegamento tra l'ente ed il contribuente, volti a ricordare il pagamento del tributo. Tale comunicazione ha la funzione di sollecitare coloro che non sono orientati verso l'omissione del pagamento, ma la cui volontà è quella di adempiere all'obbligazione tributaria. Oltre agli strumenti di comunicazione in merito alle scadenze, ve ne sono altri che permettono al contribuente anche di autoliquidare l'imposta, di calcolare gli importi dovuti, e nel caso passi inutilmente il termine previsto per la scadenza, tali strumenti permettono di ravvedersi autonomamente senza rivolgersi a professionisti esterni. Tra questi vi ritroviamo il servizio di Gestione Integrata degli Avvisi di Pagamento (c.d. G.I.A.)¹², il quale permette al soggetto preposto alla riscossione, previa convenzione con l'ente impositore, di inviare un avviso bonario di pagamento prima di emettere la cartella di pagamento e della formazione dei ruoli. L'agente della riscossione dispone del servizio "GIA Web" per la gestione delle convenzioni con gli enti¹³, con cui riesce a coordinare le informazioni necessarie al processo di elaborazione e stampa degli avvisi di pagamento.

¹¹ Sulla questione dell'affidamento a soggetti esterni all'ente del servizio di riscossione, merita di essere segnalata la sentenza del Consiglio di Stato del 2014, n. 1421, mediante la quale il giudice amministrativo ha statuito che «Qualora il servizio posto a gara non comporti per l'appaltatore il "materiale introito delle somme dovute all'ente", ai sensi dell'art. 180 t.u.e.l., deve ritenersi fondata la censura di illegittimità della clausola del disciplinare che impone l'iscrizione nell'albo nazionale dei concessionari della riscossione ex art. 53 d.lgs. n. 446/1997, trattandosi di un requisito evidentemente sproporzionato e non congruente con l'oggetto del contratto posto a gara oltretutto lesivo dei principi comunitari in materia di libera concorrenza», andando quindi a chiarire che il servizio può essere anche affidato a soggetti non iscritti all'albo purché sia escluso l'introito delle somme spettanti all'ente stesso.

¹² Cfr. A. PIFFERI, G. NANTISTA, S. PONZIO, F. VERGARI, *Comuni tra le nuvole, SMART eLAB*, Milano, 2017.

¹³ La riscossione tramite avvisi di pagamento bonari non è specificatamente disciplinata dal legislatore tributario, ma è attivabile mediante la sottoscrizione di una convenzione tra l'ente locale e l'agente della riscossione, in base ad una procedura standard ed attraverso possibili condizioni diversificate sulla scorta delle masse gestite e del numero di avvisi elaborati.

Il sistema G.I.A. viene spesso utilizzato per la riscossione della tassa sui rifiuti solidi urbani, la quale presuppone la previa notifica al contribuente di una comunicazione in cui viene indicato il *quantum* del tributo, calcolato in base alla superficie tassabile dell'immobile ed alle tariffe statuite dal regolamento comunale.

Si tratta di una procedura di riscossione antecedente all'emissione del ruolo, rientra nella fase di riscossione ordinaria (siamo ancora all'interno della sfera fisiologica del procedimento impositivo), non coattiva; si caratterizza per l'invio di una mera comunicazione di avviso di scadenza, inoltrata ai contribuenti per posta non raccomandata¹⁴.

Il sistema in esame consente innanzitutto di ridurre i tempi della riscossione, incentiva l'adempimento spontaneo evitando le lungaggini dell'esecuzione (non di rado infruttuosa), oltre a ciò un beneficio del servizio di riscossione mediante il sistema G.I.A è la possibilità avviare il procedimento di anche nei confronti di soggetti non iscritti a ruolo, ed attivare automaticamente il processo di cartellazione dopo aver ricevuto la rendicontazione degli avvisi per le partite rimaste insolute.

Tale sistema riduce altresì i costi legati alla emissione delle cartelle di pagamento (costi di notifica, di stampa e quant'altro); il costo di spedizione degli avvisi di scadenza è contenuto poiché si evita lo strumento della raccomandata, utilizzando la posta semplice. Ciò però d'altro canto, non consente di avere la garanzia dell'avvenuta notifica, indi per cui il mancato pagamento dell'avviso non è sanzionabile, non si viene a creare alcun presupposto per un titolo esecutivo, altrimenti vi sarebbe un contrasto con la normativa dettata dallo Statuto dei diritti del contribuente.

Non può procedersi in modo automatico alla riscossione coattiva mediante ruolo o atto di ingiunzione per gli avvisi di scadenza non adempiuti. Il Comune, per seguire la fase della riscossione spontanea, deve quindi notificare al contribuente un atto di richiesta di pagamento o sollecito privo di sanzioni e interessi, attraverso raccomandata con avviso di ricevimento, motivando adeguatamente la pretesa impositiva con riguardo a quanto statuito dallo Statuto dei diritti del contribuente, con puntuale indicazione dei termini di scadenza e delle modalità di pagamento.

¹⁴ Sul punto sembra opportuno però evidenziare la circostanza in base alla quale il mezzo predisposto all'invio del memo, e cioè la raccomandata semplice, non può avere valore di notifica per il soggetto destinatario, non ricorrendone i requisiti.

Nonostante l'inadempienza a seguito dell'avviso non sia sanzionabile, il sistema G.I.A. è comunque valido ed efficace poiché finalizzato non al rilevamento di violazioni per omesso o parziale versamento, bensì esso ha lo scopo di anticipare la fase della riscossione.

I tempi ed i costi dell'emissione degli avvisi di pagamento sono fortemente contenuti rispetto a quelli ordinari delle cartelle di pagamento o delle ingiunzioni fiscali o della formazione dei ruoli.

L'ente, se la comunicazione viene recepita ed i destinatari procedono al versamento senza ulteriori sollecitazioni, riesce ad incassare il gettito in tempi più brevi ed a costi minori. Inoltre, non è preclusa la possibilità di prevedere nella convenzione stipulata tra l'ente e l'Agente della riscossione, di alcune forme di anticipazione in base ai carichi di partite in scadenza.

In questo ultimo caso, data l'assenza di formali procedure di notifica delle comunicazioni, l'ente ha la grazia dell'anticipazione di cassa erogata dall'Agente della riscossione, ma allo stesso tempo i contribuenti-debitori (il cui debito è stato saldato dall'Agente, il quale si surroga nella posizione creditoria dell'ente) non sono perseguibili finché non decorre il termine previsto per la scadenza. I contribuenti che non hanno spontaneamente adempiuto a seguito della comunicazione, non incorrono in alcuna violazione, il procedimento esecutivo nei loro confronti può essere avviato solo a seguito dell'inutile decorso del termine contenuto in una ulteriore richiesta di pagamento formalmente notificata.

Per detti soggetti, la richiesta di pagamento verrà normalmente perfezionata attraverso la stampa e la notifica delle cartelle di pagamento.

La comunicazione di pagamento, pur non essendo un atto la cui inadempienza comporta una sanzione, necessita comunque di essere adeguatamente motivato, dovrà contenere tutti gli elementi essenziali in base all'art. 3 della l. 241 del 1990 e dall'art. 7 della l. 212 del 2000. Dunque nello stesso dovranno indicarsi i presupposti di fatto, le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'Amministrazione, l'ufficio presso il quale è possibile ottenere informazioni sul procedimento, la persona del responsabile del procedimento, l'autorità presso cui è possibile promuovere istanza di riesame o di autotutela, le modalità, il termine e l'autorità giudiziaria presso cui potrà ricorrere il contribuente in caso di emissione di atti impugnabili.

3. Poteri dell'Amministrazione comunale nella fase di riscossione coattiva.

La riscossione coattiva viene a verificarsi nel momento in cui il pagamento spontaneo del debito tributario non avviene, di tal guisa l'Amministrazione si attiva per il recupero mediante strumenti "pubblicistici" o "privatistici", entrando così nella fase patologica del rapporto con il cittadino-contribuente.

La riforma operata dal d.l. n. 193 del 2016 ha rimesso sul tavolo la questione per tutti gli Enti locali che ora sono chiamati a valutare tra diverse ipotesi, cioè l'affidamento ad Agenzia delle Entrate-Riscossione, l'affidamento dell'attività ad una Società esterna (*in house* oppure iscritta all'Albo dei soggetti riscossori in questo caso, tali soggetti possono riscuotere le entrate tramite propri conti, ex art. 7, comma 2, lett. g *septies*, del d.l. n. 70 del 2011)¹⁵ o l'internalizzazione del servizio (effettuare il servizio in forma diretta non esclude la possibilità di affidare anche solo alcune fasi del procedimento ad un soggetto esterno, mantenendo la titolarità della riscossione).

Sul punto, la delega del 2014 ha puntualizzato l'esigenza (di tentare, almeno) di investire sulla professionalità del personale dipendente dell'ente locale, al fine di gestire internamente tali procedimenti. Difatti la citata delega statuisce la necessità di «individuare, nel rispetto dei vincoli di finanza pubblica, idonee iniziative per rafforzare all'interno degli enti locali le strutture e le competenze specialistiche necessarie per la gestione diretta della riscossione, ovvero per il controllo delle strutture esterne affidatarie».

La normativa in materia prevede il ruolo e le ingiunzioni fiscali come strumenti più veloci e semplificati per il recupero dei crediti comunali, rispetto agli ordinari mezzi giudiziari. La riforma del 2014 aveva l'obiettivo principale di assicurare certezza, efficienza ed efficacia nell'esercizio dei poteri di riscossione, difatti il legislatore ha agito con l'intento di rivedere la normativa vigente e coordinarla in un testo unico di riferimento, che recepisca le procedure e gli istituti previsti per la gestione dei ruoli di cui al d.P.R. n. 602 del 1973, adattandoli alle peculiarità della riscossione locale.

Un passaggio importante dell'analisi della riscossione coattiva delle entrate locali, riguarda proprio i citati strumenti ed i soggetti coinvolti: il "ruolo" coattivo e l'ingiunzione fiscale¹⁶.

¹⁵ Nel caso in cui l'ente scelga di affidare il servizio ad un soggetto esterno, esso dovrà essere individuato in base all'art. 52, comma 5, del d.lgs. n. 446 del 1997, previo l'esperimento di una procedura ad evidenza pubblica secondo le regole del Codice degli appalti, salva la facoltà di un affidamento c.d. *in house*.

¹⁶ Sull'argomento si v. S. LA ROSA, *Riparto delle competenze e "concentrazione" degli atti nella disciplina della riscossione*, in *Riv. dir. trib.*, 6, 2011.

Il ruolo può essere posto in essere solo dall'Agente della Riscossione, ma ciò non preclude il suo utilizzo per il recupero delle somme imputate a tributi locali. Mentre l'ingiunzione fiscale è uno strumento che può essere utilizzato (e di fatto è il più frequente) anche dallo stesso ente locale.

Entrambi gli strumenti sono un titolo esecutivo, per cui è possibile procedere alla esecuzione in ambedue i casi.

Nello specifico, l'ingiunzione fiscale costituisce un procedimento speciale, adottabile dagli enti locali solo per il caso in cui procedano direttamente all'accertamento ed alla riscossione, o ne dispongano l'affidamento (anche in modo disgiunto) a soggetti terzi. Esso non prevede l'iscrizione a ruolo e la cartella di pagamento quali passaggi necessari ai fini dell'esecutività della pretesa, costituendo l'ingiunzione fiscale essa stessa titolo esecutivo; di conseguenza essa non rientra nelle previsioni legislative disciplinanti l'aggio del concessionario del servizio di riscossione, le quali espressamente fanno riferimento alla sola iscrizione a ruolo¹⁷.

Lo strumento principale utilizzato dall'odierna Agenzia delle Entrate-Riscossione è la "cartella di pagamento"¹⁸, con cui viene informato il contribuente del debito tributario, della iscrizione a ruolo a seguito di un precedente avviso di accertamento notificato e rimasto inadempito.

L'Agenzia delle Entrate, al fine garantire la chiarezza e la trasparenza della pretesa tributaria nei confronti del contribuente, con provvedimento del 19 febbraio 2016¹⁹ ha modificato il contenuto informativo della cartella.

¹⁷ Così, Consiglio di Stato, sez. IV, sent. del 12 giugno 2012, n. 3413.

¹⁸ Il modello di cartella di pagamento è disciplinato dall'articolo 25 del Decreto del Presidente della Repubblica n. 602 del 1973. Esso è stato modificato in modo significativo con il disposto del Decreto Legislativo n. 46 del 26 febbraio 1999 e nuovamente rimodellato a seguito delle modifiche intervenute nel sistema della riscossione e del contenzioso tributario con i Decreti Legislativi n. 156 e 159 del 24 settembre 2015. Il citato art. 25 stabilisce che la cartella debba contenere obbligatoriamente specifici requisiti che ne rendano chiara la motivazione: «l'intimazione ad adempiere l'obbligo risultante dal ruolo entro 60 giorni dalla notificazione; l'indicazione che, decorsi i citati 60 giorni, si procederà ad esecuzione forzata; la data in cui il ruolo è stato reso esecutivo; l'ente creditore; specie di ruolo; codice fiscale e dati anagrafici del debitore; anno e periodo di riferimento del credito; importo di ogni componente del credito; totale degli importi; indicazione sintetica degli elementi su cui è stata effettuata l'iscrizione a ruolo».

¹⁹ Nel provvedimento citato, l'Agenzia ha motivato la riforma sostenendo che «La revisione del modello di cartella di pagamento è scaturita dall'esigenza di garantire una migliore fruibilità del contenuto informativo allo scopo di assicurare maggiore chiarezza e trasparenza al contribuente. È stato operato un intervento di razionalizzazione delle indicazioni utili al contribuente per l'assolvimento del debito riunendo nella medesima sezione ("Dove e come pagare") tutte le informazioni relative alle molteplici modalità di pagamento precedentemente illustrate in due sezioni distinte».

Gli elementi che devono essere necessariamente contenuti nella cartella di pagamento riguardano: i dati identificativi sia del soggetto-contribuente, sia del presupposto del tributo; la data di esecutività del ruolo; i riferimenti dell'avviso di accertamento notificato; la somma richiesta deve essere indicata nel dettaglio, suddivisa per imposta, sanzione, interessi, spese, nonché le modalità di pagamento, le scadenze e le procedure per eventuali reclami o ricorsi.

Lo Statuto dei diritti del contribuente, all'art. 7 comma 2, lett. a) prevede che anche gli atti dei concessionari della riscossione devono contenere l'indicazione dell'ufficio, del responsabile del procedimento a cui è possibile rivolgersi per ottenere informazioni circa il contenuto della cartella notificata.

Per quanto concerne, invece, il termine temporale della riscossione, la l. 296 del 2006, all'art. 1, comma 163, statuisce che il «titolo esecutivo deve essere notificato al contribuente, a pena di decadenza, entro il 31 dicembre del terzo anno successivo a quello in cui l'accertamento è divenuto definitivo». Ciò comporta che la notifica dell'avviso di accertamento deve essere stata tempestivamente e formalmente notificata, in caso contrario verrebbe meno il presupposto per la stessa iscrizione a ruolo.

La procedura di notifica è estremamente importante e delicata, la maggior parte del contenzioso (sia presso la giurisdizione ordinaria che tributaria) ha ad oggetto proprio vizi di notifica che provocano la prescrizione della pretesa impositiva. È ormai un principio pacifico quello in base al quale il vizio della notifica pregiudica il diritto alla riscossione ed all'attivazione delle azioni esecutive²⁰.

Nella eventualità in cui la notifica della cartella di pagamento non sia perfezionata e di conseguenza il contribuente quindi non sia a conoscenza dell'atto, la Corte di Cassazione²¹ ha riconosciuto la possibilità di ricorrere

²⁰ La giurisprudenza in materia è molto vasta, *ex multis* si veda Cass. Civ. Sez. III, n. 21725 del 04/12/2017, e in ultimo Cass. Civ. Sez. Trib., sentenza 02/02/2017 n. 2868.

²¹ Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, con sentenza n. 19.704 del 12 maggio 2015: «E' ammissibile l'impugnazione della cartella (e/o del ruolo) che non sia stata (validamente) notificata e della quale il contribuente sia venuto a conoscenza attraverso l'estratto di ruolo rilasciato su sua richiesta dal concessionario, senza che a ciò sia di ostacolo il disposto dell'ultima parte del terzo comma dell'art. 19 d.lgs. n. 546 del 1992, posto che una lettura costituzionalmente orientata di tale norma impone di ritenere che la ivi prevista impugnabilità dell'atto precedente non notificato unitamente all'atto successivo notificato non costituisca l'unica possibilità di far valere l'invalidità della notifica di un atto del quale il contribuente sia comunque legittimamente venuto a conoscenza e pertanto non escluda la possibilità di far valere tale invalidità anche prima, nel doveroso rispetto del diritto del contribuente a non vedere senza motivo compresso, ritardato, reso più difficile ovvero più gravoso il proprio accesso alla tutela giurisdizionale quando ciò non sia imposto dalla stringente necessità di garantire diritti o interessi di pari rilievo rispetto ai quali si ponga un concreto problema di reciproca limitazione».

avverso l'estratto di ruolo, che viene rilasciato su sua richiesta dall'ente concessionario del servizio di riscossione.

Si evidenzia, inoltre, che avverso la cartella è possibile presentare ricorso in sede giudiziale solo per vizi inerenti alla illegittimità della procedura verificatasi in un momento successivo a quello impositivo, si tratta di un atto impugnabile esclusivamente per vizi propri. Nel caso di specie dei tributi locali, la motivazione della pretesa creditoria dell'ente nei confronti del contribuente è contenuta nel primo atto notificato dallo stesso ente: la successiva e conseguente cartella di pagamento indica solo sinteticamente i dati dell'accertamento tributario che ha generato il ruolo²².

Dunque nel caso in cui il contribuente contesti la legittimità della pretesa creditoria dell'ente a monte, dovrà impugnare l'atto che ha generato tutto il procedimento, non basta l'impugnazione della sola cartella. La possibilità di contestare la richiesta impositiva si esaurisce con il ricorso o con il reclamo contro lo stesso ente impositore, non è replicabile nei confronti del concessionario della riscossione.

Nel caso in cui, invece, vi sia una contestuale impugnazione della cartella, per vizi propri, e nei confronti del ruolo, per vizi non attinenti alla cartella, i soggetti legittimati passivi saranno sia l'Agente della riscossione sia l'ente locale che ha notificato l'avviso di accertamento, ognuno per quanto di competenza.

L'Agente della riscossione acquisisce legittimità passiva esclusivamente nei giudizi in cui si controverta sui vizi relativi alla formazione della cartella²³ (come i vizi di notifica, errata indicazione dei dati del contribuente, *et similia*).

Orbene, alla luce della esaminata disciplina, sembra sempre più complessa la scelta dell'ente sul se affidare la fase della riscossione all'Agenzia delle Entrate-Riscossione, esclusiva titolare della competenza di formazione del ruolo quale strumento impositivo del momento patologico coattivo della fattispecie tributaria.

La scelta della gestione delle entrate locali, nello specifico della riscossione, non attiene quindi solo all'affidamento esterno, ad una società *in house* o in autonomia, essa comprende anche una decisione sul conseguente uso di uno

²² Sulla questione si v. V.A. PAPANICE, *Inesistenza dell'atto presupposto e giurisdizione per le opposizioni a precetto*, in *Diritto & Giustizia*, n. 168, 2017, in cui l'A. commenta la sentenza della Corte di Cassazione civile, 23 ottobre 2017, n. 24965, sez. un., in cui statuisce che «In materia di esecuzione forzata tributaria vi è la giurisdizione del Giudice tributario per le opposizioni a precetto che si afferma viziato per la mancata o invalida notifica della cartella di pagamento o degli altri atti presupposti. In tal caso, precetto e atto presupposto mai notificato dovranno essere impugnati unitamente innanzi al giudice tributario».

²³ Così Agenzia delle entrate, circolare n. 12/E del 12 aprile 2012.

strumento piuttosto che un altro: la scelta del ruolo impone l'affidamento a Agenzia delle entrate-Riscossione, così come la scelta dell'atto d'ingiunzione esclude a priori tale affidamento alla società pubblica. Viceversa, la scelta del soggetto preposto alla riscossione determina conseguentemente lo strumento da utilizzare per le procedure coattive.

Tale scelte esulano dal controllo dell'Ente singolo, ma attengono più alla sfera politica nazionale. Lo strumento dell'ingiunzione è legato alle scelte operative concrete dei singoli enti locali, mentre lo strumento del ruolo è imposto dalla volontà della politica tributaria nazionale²⁴.

In tal senso si pensi, a titolo esemplificativo, alla procedura di definizione agevolata introdotta dall'articolo 6 comma 1 del Decreto Legge n. 193 del 2016 convertito nella Legge n. 225 dell'1 dicembre 2016: il legislatore nazionale ha previsto la possibilità di "rottamare" le situazioni debitorie pendenti da parte dei contribuenti, eliminando dalla somma dovuta gli interessi e le sanzioni di mora. In questa procedura rientrano inevitabilmente anche quelle situazioni pendenti aventi ad oggetto tributi locali per cui l'ente aveva delegato la riscossione alla società Equitalia, oggi Agenzia delle Entrate-Riscossione. In altri termini, l'ente locale ha dovuto "subire" la scelta imposta dal legislatore nazionale di una sanatoria fiscale, anche per tributi di competenza territoriale, senza poter interferire in alcun modo sull'applicazione della procedura di definizione delle posizioni debitorie dei contribuenti.

Un altro tassello fondamentale che orienta la scelta dell'ente in merito all'affidamento del servizio in questione, attiene anche ai costi della riscossione coattiva²⁵.

Il d.lgs. n. 159 del 2015, all'art. 9 ha modificato la denominazione dei compensi dell'Agente della riscossione da "aggio" ad "oneri di riscossione e di esecuzione", prevedendo altresì una diversa ripartizione degli stessi tra il contribuente moroso e l'ente impositore.

Sul punto si sottolinea che la società pubblica di riscossione non ha scopo di lucro, ma deve limitarsi alla copertura dei costi, delle spese sostenute per porre in essere il servizio che le è affidato.

Il sistema previgente (in vigore fino al dicembre 2015) prevedeva un aggio pari all'8%, mentre il nuovo sistema riformato prevede la remunerazione in base ai

²⁴ Cfr. M. BASILAVECCHIA, *Il ruolo e la cartella di pagamento: profili evolutivi della riscossione dei tributi*, in *Dir. prat. trib.*, n. 1, 2007.

²⁵ Sull'argomento si v. E. D'ALTERIO, *Il costo dei tributi. La gestione delle attività tributarie locali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2010.

tempi di pagamento. In caso di pagamento spontaneo a seguito della emissione di una cartella di pagamento, gli oneri di riscossione ammontano all'1%, invece nel caso in cui il pagamento avviene entro sessanta giorni dalla data di notifica, gli oneri della riscossione fissati nel 6%, sono ripartiti in eguale misura tra il debitore e l'ente locale, in una quota ciascuno del 3% della somma iscritta a ruolo. Oltre i sessanta giorni gli oneri gravano esclusivamente sul debitore, oltre agli interessi di mora nel frattempo maturati.

Oltre agli oneri che gravano sulla cartella ed agli interessi di mora, è prevista una quota a carico del contribuente a titolo di rimborso delle spese sostenute per la notifica e per altri adempimenti connessi alla riscossione, ed ulteriori quote in caso di esito infruttuoso dell'emissione della cartella e conseguente fase di recupero coattivo²⁶.

Per ciò che concerne gli interessi maturati in caso di mancato o ritardato pagamento della cartella, la disciplina di riferimento è contenuta nel d.P.R. n. 602 del 1973, il quale statuisce all'art. 30 che gli interessi di mora si applicano a partire dalla data della notifica della cartella e fino alla data del pagamento, al tasso determinato annualmente dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, in rapporto alla media dei tassi bancari attivi. Il d.l. n. 70 del 2011 ha poi eliminato l'anatocismo sulle cartelle di pagamento, stabilendo che il calcolo degli interessi deve essere effettuato sull'importo dovuto a titolo di imposta.

Gli enti comunali, in materia di tributi locali possono determinare il tasso d'interesse sulla base di quanto disposto dalla l. n. 296 del 2006, la quale al citato art. 1, comma 165, statuisce che ogni ente impositore ha la facoltà di regolamentare un tasso di interesse diverso dal tasso legale entro i limiti di tre punti percentuali. Allo stesso tempo, la norma ha operato una regolazione uniformatrice prevedendo che anche al contribuente spettano gli interessi nella stessa misura per le somme dovute a decorrere dalla data in cui viene eseguito il versamento oggetto di rimborso.

4. La gestione diretta del servizio di riscossione.

L'Ente comunale può scegliere di gestire direttamente, tramite uffici interni la fase della riscossione oppure di mantenere la titolarità della stessa ma affidare esternamente solo alcune fasi del procedimento.

²⁶ Per le attività inerenti alla fase di esecuzione è determinata una quota fissa a carico del debitore, oltre al rimborso di specifiche tipologie di spesa sostenute, stabilita con decreto del Ministero dell'economia e delle finanze, secondo il disposto del comma 2 dell'articolo 9 del Decreto Legislativo n. 159 del 2015 che sostituisce l'articolo 17 del Decreto Legislativo n. 112 del 13 aprile 1999.

Tale scelta organizzativa consente ai Comuni, di gestire direttamente l'attività di accertamento e di riscossione utilizzando risorse interne qualificate e sufficienti. Una possibile modalità della gestione diretta è quella in forma associata, ciò permette ad Enti locali di modesta dimensione di accedere (senza una sostanziale esternalizzazione) ad un grado di capacità gestionale e di competenza specialistica, attraverso l'integrazione di risorse umane, economiche e materiali, che se gestite singolarmente da ciascun Ente, non sarebbero in grado di competere con gli obiettivi di controllo fiscale.

La legge n. 206 del 2011 ha statuito che i Comuni effettueranno la riscossione spontanea delle loro entrate tributarie e patrimoniali sulla base del r.d. n. 639 del 1910 e del d.P.R. n. 602 del 1973 in quanto compatibile e comunque con i limiti di importo e di condizioni stabilite per gli agenti della riscossione.

Uno degli elementi di rilievo positivo della gestione diretta della riscossione, attiene alla maggiore capacità e velocità di rendicontazione delle somme incassate e la cosciente consapevolezza delle somme oggetto di mancata riscossione, che sono state concesse in rateazione o che sono a rischio inesigibilità.

Il controllo della gestione e dei flussi finanziari diretti è un profilo molto significativo all'interno del delicato procedimento dell'attività di riscossione coattiva, il cui andamento orienta e sostiene le scelte di bilancio più prudentiali e virtuose.

Ad una prima analisi sintetica degli aspetti più palesi della gestione diretta porta a rilevare che in effetti siano migliori gli standard percentuali della riscossione, ma come già accennato, è necessaria un'analisi più profonda del fenomeno ed un esame che tenga in considerazione non l'"ente-tipo" ma le singole realtà concrete presenti nel territorio italiano, le differenze sono notevoli e meritano un momento di particolare riflessione.

Nello specifico, la riscossione coattiva diretta da parte di enti locali di modeste dimensioni, non è sempre la scelta più efficace ed efficiente. Provvedere direttamente al recupero della totalità del gettito derivante dai tributi locali non è facilmente praticabile per gli enti dotati di personale esiguo, ragion per cui il legislatore nazionale concede la possibilità di affidare all'esterno anche solo alcuni passaggi della fattispecie impositiva locale, evitando di caricare la struttura amministrativa di costi fissi pluriennali²⁷.

²⁷ Cfr. E. CORALI, *Federalismo fiscale e Costituzione: essere e dover essere in tema di autonomia di entrata e di spesa di regioni ed enti locali*, Milano, 2010.

Un Comune di piccole-medie dimensioni potrebbe caricarsi di eccessivi costi fissi che andrebbero a rendere vano il gettito derivante dai tributi locali. Per queste ragioni, la scelta di operare la riscossione internamente dovrebbe essere basata alla luce degli incassi derivanti dalle pratiche riscosse²⁸.

Dunque la gestione diretta del servizio rappresenta la scelta più efficace ed efficiente solo a determinate condizioni, dipende da una varietà di fattori: dimensioni dell'ente, previsioni del gettito, costi di gestione interna delle pratiche, dotazione di uffici interni competenti ed in grado di seguire il procedimento di riscossione in modo efficiente.

Un possibile vantaggio della gestione diretta, per il contribuente, è l'unificazione nello stesso soggetto delle funzioni di chi ha generato l'accertamento e delle funzioni di chi ha adottato gli atti esecutivi.

Ciò garantisce al contribuente una maggiore celerità nel reperire informazioni, nel chiedere motivazioni o addurre proprie ragioni; solitamente il soggetto preposto alla riscossione nazionale suggerisce al contribuente che chiede spiegazioni, di recarsi presso l'ufficio comunale da cui ha avuto origine la pretesa creditoria: attraverso l'unificazione del soggetto che impone e riscuote viene saltato questo passaggio intermedio che crea un disagio al cittadino.

Si ricorda, in questa sede, che lo strumento di cui è dotata l'Amministrazione comunale è quello della ingiunzione fiscale, la quale consente di porre in essere una procedura di riscossione coattiva, esecutiva, diretta. Tale strumento, rispetto a quello del ruolo, permette un margine di autonomia più ampio per l'ente locale. Ciò è facilmente riscontrabile sotto il punto di vista dei tempi di notifica: se il servizio viene affidato all'Agente di riscossione nazionale, esso utilizzerà lo strumento della cartella di pagamento e la conseguente iscrizione a ruolo delle somme dovute dal contribuente, ma in questo processo i tempi di notifica sono scanditi dall'Agente, non sono dettati dall'ente impositore, il quale perde ogni tipo di potere in merito alla scansione temporale del procedimento coattivo.

L'autonomia decisionale della riscossione diretta è assorbita nelle normative nazionali nel caso di riscossione tramite ruolo, poiché il credito dell'ente locale si immette nella cartella di pagamento, la quale è sottoposta ai tempi e alle modalità di pagamento, stabiliti dalla normativa statale (anche se in contrasto con quella locale).

²⁸ Si v. L. CIMBOLINI e A.M. MORICONI, *Il bilancio degli Enti Locali, La prevenzione delle patologie nella gestione finanziaria*, Santarcangelo di Romagna, 2008.

Invece, se l'ente opta per la gestione interna, adopera lo strumento dell'ingiunzione, resta "padrone" del procedimento: potrà scegliere i tempi delle notifiche in base alle proprie esigenze, ad esempio potrà evitare l'accavallarsi delle ingiunzioni fiscali con altre scadenze.

Il Comune è titolare del credito e, attraverso la riscossione coattiva diretta, stabilisce anche tempi e modalità di pagamento, secondo le scelte organizzative e amministrative ritenute più efficaci e idonee.

L'indubbio vantaggio della gestione diretta consiste appunto nell'autonomo potere regolamentare rispetto alla gestione dei crediti derivanti da tributi locali²⁹. La stessa sorte per le procedure di rateazione e dilazione dei pagamenti; i tempi ed il numero di rate concesse al contribuente vengono determinate dal legislatore nazionale in caso di affidamento all'Agente della riscossione, mentre se la procedura è gestita direttamente dall'ente, il contribuente invierà ad esso la richiesta di rateazione e potrà concordare un piano di rientro in linea diretta con il soggetto impositore, titolare del diritto di credito.

Il Comune nel proprio regolamento delle entrate, ha la facoltà di stabilire i soggetti che hanno diritto alla rateazione, i limiti massimi e minimi degli importi rateizzabili, le eventuali garanzie per debiti di rilievo e il numero delle rate in proporzione agli importi dovuti.

Gli enti locali che devono gestire posizioni debitorie di piccola e media entità si troveranno a modulare diversamente il procedimento rispetto a quello statuito in materia di entrate erariali, in cui il numero massimo delle rate non è equiparabile a quello stabilito dalla imposizione locale.

Ulteriore aspetto vantaggioso per l'ente, all'interno della gestione diretta, sta rapidità dei tempi dell'azione esecutiva. L'invio delle ingiunzioni fiscali è scandito sulla scorta di scelte organizzative dell'ente senza ritardi diretti e indiretti, all'opposto la notifica delle posizioni iscritte a ruolo segue la lavorazione e la programmazione dell'Agente di riscossione, a cui il legislatore attribuisce un termine massimo di otto mesi.

Ancora, l'eventualità di conflitti³⁰ viene ridotta in caso di gestione diretta: i margini di contenzioso sono minori rispetto ai ricorsi ed i reclami-mediazione avverso le posizioni debitorie iscritte a ruolo. Ciò perché l'ingiunzione fiscale ha ad oggetto solo il credito tributario vantato dall'ente locale, il quale normalmente

²⁹ Cfr. A. GUIDARA, *Indisponibilità del tributo e accordi in fase di riscossione*, Milano, 2010.

³⁰ Sul tema della impugnazione e del processo in tema di finanza locale si v. T. MAGLIONE, *Aspetti processuali del sistema fiscale degli enti locali*, in *Il nuovo sistema fiscale degli enti locali*, F. AMATUCCI (a cura di), Torino, 2010.

è di modesta entità (se ci riferiamo al contribuente medio, persona fisica); mentre le somme iscritte a ruolo dall'Agente della riscossione attengono non solo ai crediti derivanti da tributi locali, ma comprendono anche quelli di natura erariale (si è visto in precedenza che i ruoli comprendono anche crediti derivanti da sanzioni, contravvenzioni, ed altro)³¹.

Il contribuente sarà più restio ad impugnare la pretesa dell'ente locale, perché in molti casi potrebbe essere antieconomico per lo stesso soggetto, visti i costi della giustizia tributaria. Al contrario, di fronte ad una somma cospicua iscritta a ruolo, il contribuente potrebbe ritenere più vantaggiosa la soluzione del contenzioso³².

È doveroso, però, analizzare anche il lato opposto della medaglia, cioè nel caso in cui le ingiunzioni notificate non abbiano raggiunto l'obiettivo dell'incasso, spetta all'ente (se gestisce direttamente il procedimento) porre in essere le azioni della successiva fase esecutiva. Se si tratta di un ente locale di modeste dimensioni, sono palesi le oggettive difficoltà di azionare efficaci procedure cautelari ed esecutive volte ad assicurare la riscossione del credito (e nelle more anche la sua tutela). Si pensi alle azioni esecutive di natura immobiliare: esse non possono essere azionate se non in presenza di termini e somme di gran lunga superiori a quelle che solitamente hanno ad oggetto le ingiunzioni fiscali per tributi locali. È la stessa legge che impone determinati limiti alle azioni esecutive e di pignoramento³³, tali limiti spesso rendono impraticabili le citate azioni ai Comuni che vogliono riscuotere il *quantum debeatur* a titolo di entrate

³¹ Cfr. di v. M. NUSSI, *L'emendabilità degli errori della dichiarazione in sede di impugnativa del ruolo tra esigenze sostanziali e pericolose implicazioni processuali* (Nota a Cass. civ., sez. trib., 12 dicembre 2011, n. 26512), in *Riv. giur. trib.*, 4, 2012; nella nota a sentenza l'A. nell'analisi dell'impugnazione del ruolo rispetto alla cartella di pagamento, evidenzia che la «Corte di cassazione ammette che l'errore del contribuente in dichiarazione dei redditi possa essere corretto mediante l'impugnazione del ruolo iscritto a seguito della liquidazione dell'imposta dovuta, eccedendo un vizio della dichiarazione. La Corte, pur evidenziando che non viene in rilievo un "vizio proprio" della cartella, ma l'errore del contribuente, ne consente l'impugnabilità con l'unico elemento argomentativo della esigenza del rispetto del principio di capacità contributiva e della obiettiva legalità dell'azione amministrativa. L'argomentazione, ammantata da esigenze di favore per il dichiarante, è pericolosa, in quanto, rendendo irrilevante il limite normativo dei "vizi propri" della cartella, affinché essa possa essere ritenuta atto impugnabile, in realtà "costringe" il contribuente al ricorso al fine di eccipire l'errore».

³² Per una visuale completa in tema di autonomia effettuale e funzionale degli atti della riscossione anche in materia di imposte dirette, si v. M. NUSSI, *Scomputo e rimborso di ritenute d'acconto su proventi non dichiarati (o non accertati)*, in *Riv. dir. trib.*, 1, 2000, in cui l'A. esamina la funzione del ruolo e la sua impugnabilità.

³³ I limiti imposti alle procedure di ipoteca e di pignoramento prevedono posizioni debitorie minime di 20.000 o di 120.000 euro, a seconda dei casi; è pertanto evidente che sono rari i casi di accertamenti dei tributi locali che in modo autonomo superino tali valori.

locali proprie. Invece, in caso di riscossione coattiva mediante ruolo, le somme dovute per tributi locali si sommano ad altri debiti erariali e si raggiunge l'importo sufficiente ad azionare le azioni di pignoramento.

Inoltre, la ricerca di beni da pignorare, specialmente per quelli di natura mobile, è sicuramente più agevole (come si è avuto modo di constatare) per l'Agente della riscossione, che ha accesso diretto a più canali, a più banche dati. Ciò rende più celere la tempistica dell'azione esecutiva, poiché si snellisce tutta la fase preparatoria del procedimento coattivo.

Sotto questo punto di vista, la preclusione delle procedure esecutive immobiliari e le minori informazioni impiegabili nelle procedure esecutive mobiliari, oltre a ridurre i potenziali margini di riscossione, creano costi di procedura superiori per l'ente locale³⁴.

Tutto ciò tenendo ben presente che le spese sostenute per il recupero del credito infruttuoso, in caso di gestione diretta, a differenza del ruolo in cui tutti i soggetti partecipano pro quota alla copertura dei costi, ricadono integralmente sull'ente impositore.

Oltre a quelli menzionati, vi sono svariati elementi (tutti di pari importanza, perché possono condurre a determinati pesi e contrappesi nel bilancio comunale) che devono essere valutati, prima di intavolare il discorso sul modello organizzativo di riscossione coattiva diretta.

Uno di essi attiene alla esigenza di dotarsi di figure professionali specifiche, quali gli ufficiali della riscossione, che svolgono: le funzioni esecutive di pignoramento mobiliare e immobiliare, la conseguente organizzazione delle vendite con pubblico incanto, la rendicontazione e la ripartizione delle somme incassate, la definizione degli atti formali e sostanziali a tutela della normativa e della trasparenza.

Altro elemento, altrettanto delicato, riguarda la problematica dei crediti tributari vantati nei confronti di soggetti residenti in territori diversi da quello comunale. La gestione del creditore residente nel territorio su cui insiste la competenza dell'ente locale è certamente più agevole rispetto a quella del contribuente residente all'estero; si pensi a titolo esemplificativo a territorio in cui è frequente la presenza di immobili ad uso turistico, alberghiero, case vacanze, che solitamente vengono qualificate come "seconde case", i cui proprietari risiedono altrove. Se si tratta di una piccola località turistica, spesso amministrata da un

³⁴ CFR. L. CIMBOLINI e A.M. MORICONI, *Il bilancio degli Enti Locali, La prevenzione delle patologie nella gestione finanziaria*, cit..

ente di piccole dimensioni, allora si avranno dei costi ulteriori dovuti a professionisti esterni, per l'affidamento delle indagini ai fini dell'accertamento. In conclusione, la gestione diretta della riscossione coattiva può essere la soluzione migliore solo se ricorrono determinate condizioni. Essa deve essere il frutto di una scelta ponderata, che tenga in considerazione tutti i possibili aspetti della procedura in esame: è necessaria un'analisi attenta dei punti di forza e di debolezza, a seconda delle caratteristiche territoriali del Comune, delle masse gestite, delle norme regolamentari adottate (o eventualmente da modificare), dal personale presente all'interno degli uffici comunali e degli obiettivi da raggiungere.

5. L'affidamento del servizio di riscossione a soggetti esterni.

La normativa fiscale in materia di entrate locali prevede, tra le altre, la possibilità di coinvolgere terzi soggetti (privati) nelle attività di liquidazione, riscossione ed accertamento del prelievo tributario³⁵.

In particolare è stabilito che l'affidamento a terzi debba essere effettuato a favore di aziende speciali, di società "miste" per azioni o a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico³⁶, ovvero ai soggetti iscritti all'albo dei concessionari di servizi fiscali previsto dall'art. 53 del d.lgs. 446/1997³⁷, istituito presso il Ministero dell'economia e delle finanze e all'iscrizione consegua l'abilitazione all'esercizio delle attività tributarie.

L'iscrizione all'albo di cui all'art. 54 è un onere per la società, ed è anche requisito indispensabile al fine della concessione del pubblico servizio. La disciplina dettagliata è contenuta nei decreti ministeriali n. 89/2000 e n. 289/2000, che

³⁵ Sul tema della esternalizzazione del procedimento impositivo locale si v. G. DEBENEDETTO, *L'esternalizzazione dei tributi locali*, Rimini, 2006; U. CORAZZA, M. DURANTE e S. SORAMEL, *La riscossione delle entrate degli enti locali*, Macerata, 2005; V. IOVINELLI, *Affidamento della gestione delle entrate pubbliche locali con rinvio al sistema dell'offerta più vantaggiosa*, in *Riv. Trib. Loc.*, 3, 2005; P.A.G. DI CESARE, *La nuova disciplina dei servizi pubblici locali. Riflessi sull'esternalizzazione della funzione tributaria*, in *Trib. Loc. e Reg.*, 5, 2004; G. VETRITTO, *L'esternalizzazione strategica nelle amministrazioni pubbliche*, Roma, 2006.

³⁶ Sull'esercizio privato di potestà amministrative, S. ROMANO, *Il diritto pubblico italiano*, Milano, 1988; in tema di esercizio privato delle funzioni pubbliche la dottrina amministrativista ha come perno centrale il pensiero di G. ZANOBINI: *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. II, Parte III, Milano, 1920; *Corso di diritto amministrativo*, vol. III, *L'organizzazione amministrativa*, Milano, 1946; *L'esercizio privato delle pubbliche funzioni e l'organizzazione degli enti pubblici*, in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955.

³⁷ Sull'argomento si v. F. PICA, *L'affidamento a privati della gestione delle entrate locali*, in *Riv. Trib. Loc.*, 1, 1998; A. URICCHIO, *Tributi comunali e provinciali*, cit..

regolano, rispettivamente, l'attività della commissione esaminatrice e i soggetti iscrivibili all'albo, con attenzione particolare alle società miste³⁸.

L'atto di iscrizione all'albo deve contenere una serie di indicazioni riguardanti la società, come il possesso dei requisiti di natura finanziaria, tecnica e di onorabilità: il capitale versato, la professionalità delle risorse umane, l'apparato aziendale e l'assenza di situazioni di incompatibilità. Il regolare possesso dei requisiti summenzionati non è soltanto una condizione di accesso all'albo, ma rappresenta anche un presupposto per la permanenza della società sul mercato. Difatti, nel caso in cui, la commissione competente accerti che siano venuti meno i requisiti, risulteranno applicabili gli istituti della sospensione e della cancellazione dall'albo e, nelle ipotesi più gravi, la decadenza.

Il problema più evidente, che si viene a creare nel momento in cui l'ente opta per l'affidamento del servizio ad un concessionario privato, sta nella qualificazione della natura giuridica delle attività tributarie svolte dallo stesso, nonché del rapporto intercorrente tra Amministrazione e gestore³⁹.

³⁸ In particolare, l'art. 8 del d.m. n. 289/2000 richiede: il possesso di idoneo apparato organizzativo, funzionale allo svolgimento dei servizi affidati, nonché la presenza delle necessarie figure professionali; la disponibilità di sistemi informativi con particolari caratteri tecnici idonei allo scambio di dati tra gli enti locali e il sistema dell'anagrafe tributaria; l'osservanza degli obblighi derivanti dalle leggi in materia di lavoro e di previdenza, nonché dei contratti collettivi di lavoro. Nell'atto di iscrizione è necessario, inoltre, fornire prova del rispetto degli obblighi vigenti in materia lavoristica nei confronti dei dipendenti. L'art. 18 del decreto in esame stabilisce, altresì, che gli iscritti all'albo devono, comunque, presentare annualmente un'attestazione che certifichi la permanenza dei requisiti previsti per l'iscrizione.

³⁹ Sulla differenza in astratto tra una concessione ed un contratto di appalto si c. Consiglio di Stato sez. VI 16 luglio 2015 n. 3571, secondo cui mediante la concessione di servizi la pubblica amministrazione trasferisce ad altro soggetto la gestione di un servizio, che la medesima potrebbe direttamente (ma non può o non intende) svolgere nei confronti di utenti terzi. Il concessionario — a differenza di quanto avviene nell'appalto di servizi (nell'ambito del quale l'Amministrazione riceve dal contraente una prestazione ad essa destinata, in cambio di un corrispettivo) — ottiene il proprio compenso non già dall'Amministrazione ma dall'esterno, ovvero dal pubblico che fruisce del servizio stesso, svolto dall'impresa con assetto organizzativo autonomo e con strumenti privatistici, come è usuale per i servizi alimentari, come quello in esame. Sul piano economico, il rapporto complessivo è dunque trilaterale, poiché coinvolge l'Amministrazione concedente (che resta titolare della funzione trasferita), il concessionario e il pubblico. Il concessionario utilizza quanto ottiene in concessione (nel caso specie: il servizio con l'utilizzo di spazi interni alla sede dell'ente pubblico) a fini legittimi di lucro, assumendo — come richiede il diritto europeo — il rischio economico connesso alla gestione del servizio, svolto con mezzi propri; per godere delle risorse materiali appartenenti all'Amministrazione, il medesimo normalmente corrisponde un canone e non riceve dall'Amministrazione alcun corrispettivo.

Per quanto riguarda la natura delle attività svolte dal concessionario, la giurisprudenza riconosce nella liquidazione, accertamento e riscossione delle entrate locali i caratteri di servizi pubblici⁴⁰.

Nello specifico, le attività tributarie vengono qualificate come servizi pubblici aventi rilevanza economica, di conseguenza si riconosce anche l'applicabilità nel caso di specie, della disciplina contenuta nell'art. 113 del T.u.e.l. e, quindi vi è l'obbligo di porre in essere procedure competitive ad evidenza pubblica al fine del conferimento della gestione del servizio.

La scelta del ricorso a soggetti privati per la gestione della riscossione dei tributi locali, comporta conseguenze di bilancio che l'ente deve necessariamente tenere in considerazione nel momento in cui opta per tale soluzione. La ponderazione dell'affidamento esterno deve prendere in esame anche l'incidenza del "costo": non soltanto il c.d. prezzo del contratto di affidamento, ma anche tutte le altre spese collegate al procedimento di esternalizzazione come l'avvio del progetto studi di fattibilità, attività preliminari alla esternalizzazione, degli strumenti di monitoraggio e della verifica dei risultati ottenuti, di eventuali disservizi; nonché i costi attinenti all'impiego di mezzi di controllo da parte della committente pubblica nei confronti dell'affidatario.

Inoltre devono stimarsi anche i costi legati ad eventuali controversie, i costi di regolazione del mercato (la gestione dell'albo e le attività della commissione). Infine non è del tutto remota anche l'eventualità della cancellazione della società privata dall'albo, a causa della perdita dei requisiti necessari per la sua permanenza e per mantenere in vita il rapporto con l'ente.

⁴⁰ Sulla questione si v. TAR Campania, Napoli, sez. I, 20 marzo 2008, n. 1458, per cui la liquidazione, l'accertamento e la riscossione dei tributi locali costituiscono attività di servizio pubblico; nonché Cons. di Stato, sez. V, 5 ottobre 2005, n. 5318, in base al quale dette attività sono riferibili non alla sfera degli appalti pubblici di servizi, ma a quello dei pubblici servizi il cui espletamento implica l'esercizio di prerogative tipiche dei pubblici poteri; Cons. di Stato, sez. V, 5 settembre 2005, n. 4484; sez. V., 1 luglio 2005, n. 3672; TAR Puglia, Lecce, sez. II, 25 luglio 2003, n. 5328; id., sez. II, 12 marzo 2003, n. 779; TAR Lombardia, Milano, sez. III, 17 febbraio 2003, n. 273; TAR Piemonte, sez. II, 13 maggio 2002, n. 960. Invece in senso contrario si v. Cons. di Stato, sez. V, 13 febbraio 1995, n. 240, secondo cui i servizi di accertamento e riscossione dei tributi locali non sono riconducibili alla nozione di servizio pubblico.

La giurisprudenza ha poi ritenuto che debbano essere escluse dall'ambito dei servizi pubblici tutte le altre prestazioni che costituiscono un mero "presupposto" dell'erogazione dei servizi di accertamento e riscossione dei tributi; la titolarità della loro gestione resta, comunque, in capo al comune. Così, Cons. St., sez. V, 5 settembre 2005, n. 4484; id., 5 aprile 2005, n. 1568; TAR Sardegna, 3 febbraio 2004, n. 97; TAR Puglia, Lecce, sez. II, 25 giugno 2002, n. 2601. In generale, si v. Cass. civ., SS.UU., 30 marzo 2000, n. 71 e 72, secondo cui il servizio pubblico attiene all'espletamento delle funzioni e all'erogazione delle prestazioni svolte dall'Amministrazione, direttamente o tramite il concessionario, ai cittadini fruitori del servizio.

In caso di cancellazione della società, la legge esclude espressamente che possa continuare la gestione dell'attività, ciò sarebbe quindi causa di immediati effetti negativi: creerebbe un disservizio ed aumenterebbe i costi della nuova gestione. Da considerarsi, poi, che nella peggiore delle ipotesi di cancellazione, cioè in caso di accertamento di reati contro la Pubblica Amministrazione (peculato, appropriazione indebita), l'ente assumerebbe il rischio del debito non avendo più l'immediata disponibilità delle somme riscosse⁴¹.

Dunque, anche la scelta di affidarsi ad un soggetto privato esterno comporta sia dei benefici che degli effetti svantaggiosi per l'ente, il quale dovrà valutare ed orientare la gestione della riscossione alla luce di svariate condizioni.

6. L'affidamento del servizio ad Agenzia delle Entrate – Riscossione.

Il d.l. 193/2016, nel suo art. 1, ha statuito la definitiva soppressione della società Equitalia a decorrere dalla data del primo luglio 2017.

L'esercizio delle funzioni prima di riconosciute alla estinta Società, sono ora attribuite all'Agenzia delle Entrate-Riscossione, ente qualificato dalla stessa norma come "strumentale dell'agenzia delle Entrate", sottoposto all'indirizzo ed alla vigilanza del Ministro dell'Economia e delle Finanze.

Il d.l. n. 193/2016 interviene statuendo modifiche proprio in tema di riscossione locale; la norma opera una ennesima (ma conclusiva) deroga, prorogando al 30 giugno 2017 il rapporto con Equitalia e consente la facoltà ai Comuni interessati di seguire il rapporto di affidamento con Agenzia delle Entrate-Riscossione a decorrere dal 1° luglio 2017.

Lo stesso d.l., ancora all'articolo 2 stabilisce che gli enti locali possono scegliere di affidare al nuovo soggetto preposto alla riscossione nazionale, non soltanto l'attività di riscossione ma anche l'attività di liquidazione e di accertamento delle entrate proprie e delle società da essi partecipate.

La norma è fortemente innovativa in quanto non si limita a ribadire il passato rapporto con Equitalia, ma apre alla possibilità di affidamento delle attività di verifica e di controllo delle entrate tributarie e anche delle entrate patrimoniali.

Gli enti locali dovranno dunque riflettere sui possibili effetti organizzativi e procedurali, rispetto a possibili attività di accertamento e di riscossione,

⁴¹ Sul tema si v. M. TORIELLO, *L'amministrazione dell'azienda sottoposta a sequestro preventivo, tra prassi applicative e prospettive di riforma*, in *Cassazione Penale*, 9, 2017.

spontanea e coattiva, integralmente delegate all'esterno, seppure a un ente pubblico strumentale dell'Agenzia delle entrate.

Tale ente strumentale sostituisce sotto ogni profilo la vecchia Equitalia, infatti la citata norma statuisce espressamente che i "riferimenti contenuti in norme vigenti agli ex concessionari del servizio nazionale della riscossione e agli agenti della riscossione di cui all'articolo 3 del decreto-legge 30 settembre 2005, n. 203, convertito, con modificazioni, dalla legge 2 dicembre 2005, n. 248, si intendono riferiti, in quanto compatibili, all'agenzia".

Inoltre anche sul piano processuale il passaggio è stato disciplinato *ex lege*, per cui in tutti i procedimenti dinanzi ad autorità giudiziarie in pendenza alla data del luglio 2017 vi è stata una sostituzione processuale operante in automatico⁴².

Il nuovo soggetto cui è affidata la riscossione nazionale, Agenzia delle entrate-Riscossione, subentra completamente nei rapporti giuridici attivi e passivi delle società del gruppo Equitalia e dunque svolge la propria attività dovendo gestire una quantità di ruoli e cartelle arretrate piuttosto rilevante già in partenza.

Il nuovo Agente della riscossione nazionale ha accesso a tutte le banche dati e le informazioni alle quali è già autorizzata ad accedere per compiti istituzionali previsti dalla legge. Ancora, è stata prevista la facoltà di ottenere le informazioni attinenti ai rapporti di lavoro, entrando direttamente attraverso un collegamento telematico all'Istituto nazionale della previdenza sociale, così diminuendo i tempi di richiesta e di lavorazione.

Ciò ha comportato effetti positivi su tutta la macchina organizzativa della riscossione, uno dei quali attiene sicuramente allo strumento del "pignoramento presso terzi": grazie alla celere conoscenza dei rapporti che ha il contribuente con istituti bancari e finanziari o con il proprio datore di lavoro, evitando le lungaggini delle indagini finanziarie. In tal modo la riscossione coattiva è migliorata sensibilmente rispetto al passato, poiché la nuova Agenzia delle Entrate-Riscossione può procedere direttamente con un pignoramento presso terzi, su un deposito bancario oppure su uno stipendio mensile, seppur nei limiti stabiliti dalla legge.

Orbene, al di là degli ultimi interventi legislativi, a ben vedere la riforma della riscossione ha avuto il suo vero inizio nel 2011, con il d.l. n. 70, il cui susseguirsi di proroghe ha permesso ai Comuni mantenere gli affidamenti già in corso con

⁴² Il Decreto Legge n. 193 del 22 ottobre 2016, convertito con modificazioni dalla Legge n. 225 del 1° dicembre 2016, ha definitivamente previsto la soppressione di Equitalia e di tutte le società del gruppo con esclusione di Equitalia Giustizia Spa, che continua a svolgere funzioni diverse dalla riscossione.

Equitalia s.p.a. e con altri concessionari privati, fino alla estinzione definitiva avvenuta nel mese di luglio 2017 ed alla contestuale "nascita" dell'organismo direttamente controllato dall'Agenzia delle Entrate mediante c.d. decreto fiscale. Inoltre, con la Legge di stabilità del 2015 (ai comma 682 e ss.) Equitalia, ed ora la nuova Agenzia delle Entrate-Riscossione, resta comunque titolare dei ruoli di riscossione già affidati e viene emanata una normativa specifica per la chiusura del ciclo di riscossione attraverso la disciplina delle domande di rimborso.

Nel caso in cui il Comune scegliesse di affidare il servizio di riscossione al nuovo ramo dell'Agenzia delle Entrate, esso dovrà adottare una specifica deliberazione. In base a quanto statuito dall'art. 52, comma 5 del d.lgs. n. 446 del 1997, spetta alla competenza dell'organo consiliare l'adozione dell'atto con cui l'ente affida il servizio all'Agenzia, il quale organo dovrà provvedere anche a motivare la stessa deliberazione⁴³, considerando le possibili forme alternative di gestione della riscossione coattiva delle varie entrate e valutando l'eccezionalità della norma di legge che permette la concessione diretta della riscossione delle entrate degli enti ad un soggetto terzo.

L'atto consiliare dovrà essere approvato prima della data del 1 luglio, dovrà specificare per quali entrate l'ente intende affidare il servizio all'Agenzia e dovrà essere sottoposto altresì al parere obbligatorio dell'organo di revisione sui regolamenti tributari locali, in base all'art. 239, comma 1, lett. b), punto 7 del d.lgs. n. 267 del 2000, in quanto si tratta di delibera adottata ai sensi dell'art. 52 del d.lgs. n. 446 del 1997.

Va qui ribadito che tale tipologia di affidamento è l'unica che consente la riscossione a mezzo ruolo⁴⁴, poiché nelle altre due tipologie il servizio può avvenire esclusivamente tramite ingiunzione fiscale.

⁴³ Sulla motivazione dell'atto amministrativo la letteratura è più che vasta, si rinvia *ex multis* a M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1988; ID, voce "Motivazione" dell'atto amministrativo, in *Enciclopedia del diritto*, Milano.

1977, XXVII, nonché G. VIRGA, *Motivazione successiva e tutela della pretesa alla legittimità sostanziale del provvedimento amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, V, 1993.

⁴⁴ Sulla riscossione mediante ruolo si v. G. BOLETTO, *Il ruolo di riscossione nella dinamica del prelievo delle entrate pubbliche*, Giuffrè, 2010; M.C. PARLATO, *Riflessioni sulla consecuzione del tributo a mezzo ruolo nel quadro della giurisdizione tributaria*, in AA.VV., *1° Rapporto sulla giustizia tributaria in Sicilia*, coordinato da Andrea Parlato, Palermo, 2005; M. BASILAVECCHIA, voce *Ruolo d'imposta*, in *Enc. dir.*, Milano, 1989; G. FALSITTA, voce *Riscossione delle imposte dirette*, in *Nov. dig. it.*, Torino, 1969; ID., *Il ruolo di riscossione*, Padova, 1972; S. LA ROCCA, *La riscossione tramite ruolo e la notifica della cartella di pagamento alla luce dei recenti interventi della Corte Costituzionale e del legislatore*, in *Il fisco*, 39, 2005; A. PARASCANDOLO, *Manuale della riscossione coattiva delle imposte in base a ruolo*, Napoli, 1983.

Una delle principali caratteristiche del nuovo soggetto, si rileva all'interno delle dinamiche della riscossione, specialmente nelle istanze di rateazione.

Essendo un ente strumentale all'Agenzia delle Entrate, esso opera una gestione univoca ed integrata di tutta la posizione debitoria globale di ogni singolo contribuente; si accorpano le diverse situazioni debitorie (anche di enti diversi o aventi una differente natura giuridica, es. sanzioni, contravvenzioni, imposte statali, tributi locali, ecc.) sotto lo stesso codice fiscale, di tal guisa si riduce il numero delle cartelle emesse ed i costi delle singole procedure esecutive.

Alla luce di ciò, è evidente che anche la procedura di riscossione mediante ruolo sarà una procedura unitaria per il singolo contribuente, un'unica procedura per la totalità delle partite iscritte a ruolo. I tributi locali vanno a confluire nelle cartelle di pagamento che conterranno debiti tributari di natura erariale, con valori accertati in misura (mediamente) superiore rispetto a quelli di natura locale.

Per questa ragione, al fine quindi di compensare ed equilibrare il rapporto tra contribuente e nuovo soggetto preposto alla riscossione, il legislatore tributario ha ampliato le possibilità di accesso alla rateazione ed in generale alla dilazione dei pagamenti⁴⁵.

7. Considerazioni conclusive.

La riscossione dei tributi locali rappresenta un momento di piena autonomia dell'ente (almeno in teoria), anche sul fronte della potestà regolamentare, il legislatore nazionale lascia all'Amministrazione locale uno spazio abbondante di manovra, difatti non ci sono rilevanti limiti nelle fonti legali in quanto l'autonomia organizzativa dell'ente riguarda tutti i profili della fase della liquidazione, di accertamento e di riscossione dei tributi locali.

L'opera regolamentare-normativa dell'ente coinvolge sia la fase fisiologica della riscossione spontanea, che quella patologica dei procedimenti coattivi di recupero del credito, la quale ultima potrà essere attuata anche per mezzo di modelli distinti rispetto a quelli tradizionali della finanza locale, attribuendo agli agenti della riscossione incisivi poteri di tutela del credito fiscale, utilizzando strumenti di coazione quali le iscrizioni ipotecarie o il fermo amministrativo.

⁴⁵ Sul tema dei poteri del concessionario della riscossione, per un confronto con il quadro normativo e giurisprudenziale in epoca precedente alla riforma, si v. G. FALSITTA, *Funzione vincolata di riscossione dell'imposta e intransigibilità del tributo*, in *Riv. dir. trib.*, n. 12, 2007.

Il procedimento di riscossione è una funzione amministrativa espressione diretta della potestà impositiva e consente l'esercizio di poteri autoritativi, conoscitivi, cautelari e sanzionatori.

Il filo conduttore che lega tutti gli interventi legislativi susseguitesesi negli anni, è rappresentato dall'obiettivo comune da un lato di massimizzare il gettito, dall'altro di incentivare l'adempimento spontaneo da parte del contribuente, attraverso la trasparenza dell'azione pubblica ed altri strumenti, come alcune forme di rimborso automatico di tributi versati indebitamente.

Il legislatore nazionale ha aperto nuovi scenari per gli enti locali, ha rotto il monopolio dei concessionari privati, ha dato possibilità di scelta all'impositore: può decidere come gestire il procedimento, il soggetto a questo preposto, le modalità di pagamento da offrire ai contribuenti, sempre nell'ottica della razionalizzazione e semplificazione. Ciò comporta anche l'esigenza per l'ente di avere un unico interlocutore, in grado di fornire una visione totale delle proprie entrate ed ottimizzare tempi e costi (visti gli stringenti vincoli di bilancio).

Ma ad oggi le incertezze normative sono ancora troppo profonde; la congiuntura finanziaria sfavorevole, le difficoltà economiche delle imprese e delle persone fisiche, la contrazione del credito erogato dal sistema bancario, sono elementi che incidono negativamente sul sistema delle entrate locali, creano una sorta di ostacolo verso il miglioramento.

È forte l'esigenza di mettere ordine ad un sistema di riscossione che ad oggi si presenta alquanto frammentato; è necessario un perfezionamento: il processo di riforma non può arrestarsi adesso, deve continuare.

Devono perfezionarsi innanzitutto gli strumenti, il ruolo e l'ingiunzione fiscale non sono strumenti equiparabili tra loro, danno accesso a diverse tipologie di dati dei contribuenti, hanno tempistiche diverse, seguono procedimenti diversi, portano a risultati differenti.

Inoltre, analizzando la riscossione affidata all'agente nazionale, mediante ruolo, si nota che in realtà è possibile individuare una fase c.d. pre-ruolo, cioè quella riscossione spontanea che avviene a seguito della ricezione di un avviso di pagamento (c.d. sistema G.I.A.).

L'invito al pagamento rientra nella fase della riscossione spontanea, perché si tratta di un mero sollecito che non diventa esecutivo se non adempiuto: in caso di persistente inadempimento si procede con l'iscrizione a ruolo della somma dovuta, ma l'avviso di per sé non può da solo diventare titolo esecutivo, il loro incasso è determinato dalla volontà dei contribuenti di rispettare i propri obblighi tributari anche in assenza di una formale cartella esattoriale. Per questa ragione

molti Comuni hanno deciso di gestire in proprio la fase degli invii di pagamento, in assenza dell'agente della riscossione.

L'analisi delle singole alternative di cui dispone l'ente non può comunque prescindere dall'esame della complessiva organizzazione del settore tributario locale: dal momento impositivo alla fase coattiva, lungo tutto il procedimento.

La fase finale coattiva non è un momento slegato, anzi è la risultante di tutti i passaggi precedenti; sembra quindi abbastanza scontato che una gestione efficace ed efficiente di tutto il procedimento impositivo (anche e specialmente della fase di accertamento) potrebbe quanto meno ridurre la porzione di tributi riscossi in modo coattivo.

Il risultato cui dovrebbe tendere l'ente locale è proprio questo: incrementare il più possibile la riscossione spontanea (in cui vi rientra quella c.d. pre-coattiva) e ridurre al minimo le percentuali di somme da riscuotere in modo coattivo mediante trasferimenti a soggetti esterni. Sarebbe una visuale incompleta quella per cui si ritiene che per incrementare il livello delle entrate è sufficiente intervenire sulle procedure esecutive, senza pensare di migliorare le fasi precedenti.

Orbene, ogni modello di riscossione ha le proprie caratteristiche, le quali possono essere valorizzate a seconda della struttura organizzativa dell'ente: non esiste un modello perfetto, il modello più efficace ed efficiente deve essere "cucito" su misura dell'ente locale.

Il legislatore pare abbia comunque dato maggior credito alla scelta della riscossione mediante ruolo a dispetto dell'ingiunzione. Ciò alla luce del fatto che l'affidamento della riscossione, nonostante possa essere qualificato come un servizio di pubblico interesse, sfugge all'applicazione dei principi comunitari sulla pubblica evidenza.

Tale circostanza rende pressoché svalutato il dibattito sull'alternatività (e quindi sull'equiparazione) degli strumenti della riscossione coattiva, facilitando l'utilizzo del ruolo quale strumento privilegiato, nonostante la giurisprudenza sia orientata in senso contrario⁴⁶.

Delineato tale sistema normativo, appare quasi scontata la considerazione in base alla quale l'ente locale sia "indotto" a favorire la scelta del ruolo per la riscossione dei propri tributi, mediante l'affidamento diretto all'ente della riscossione, così da rendere una mera possibilità residuale l'adozione dello strumento dell'ingiunzione.

⁴⁶ Cass. civ., SS.UU., 5 gennaio 2016, n. 30, in *C.E.D. Cass.*

Ciò posto, se la scelta del ruolo piuttosto dell'ingiunzione può essere la più efficace ed efficiente per una data tipologia di ente comunale, la stessa scelta può rivelarsi non efficace, se non addirittura deleteria, per una diversa macchina amministrativa, i cui ingranaggi presentano differenti caratteristiche.

Dunque da un lato è più che evidente la vasta eterogeneità dei Comuni italiani, pertanto il legislatore lascia autonomia nella scelta dello strumento da adottare per gestire la riscossione dei tributi propri, ma dall'altro si rende più agevole l'uno rispetto all'altro rendendo di fatto quasi obbligata la scelta del ruolo (c'è sulla carta ma è resa inapplicabile nella concretezza).

A ciò si aggiunga che l'ente addetto alla riscossione continua a trascinare con sé le stesse criticità che caratterizzano ormai da decenni le problematiche inerenti il recupero dei tributi: la scarsa conoscenza da parte dell'ente locale dello stato della riscossione, la completa perdita di potestà in merito al credito una volta affidato all'agente della riscossione, nonché i tempi ancora molto lunghi necessari al completamento dell'esecuzione.

L'evoluzione del principio di precauzione nel panorama giuridico nazionale ed europeo.

di Andrea NAPOLITANO*

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. Il principio di precauzione nell'ordinamento giuridico sovranazionale. 3. L'interpretazione della giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte Europea dei diritti dell'Uomo. 4. L'evoluzione del principio di precauzione dell'ordinamento nazionale. 5. Brevi conclusioni.

Premessa.

Le cronache di questi ultimi tempi, in modo particolare le questioni inerenti la diffusione del batterio della c.d. *Xylella*, impongono delle riflessioni sul ruolo che è stato attribuito al principio di precauzione nella fase di elaborazione delle politiche dei singoli Stati e nell'emanazione di provvedimenti amministrativi i cui effetti si ripercuotono in maniera determinante ed a volte irreversibile sulla vita di alcune comunità.

Strettamente collegato alla continua evoluzione scientifica e tecnologica, i cui effetti si ripercuotono inesorabilmente sull'azione delle amministrazioni pubbliche, il principio di precauzione si è affermato, nella c.d. "società del rischio"¹, come strumento idoneo a fornire certezza ed efficienza².

* Assegnista di ricerca presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II".

¹ Secondo parte della dottrina, infatti, il costante ed inesorabile sviluppo tecnologico e sociale e la globalizzazione delle economie e dei diritti produce il mutamento dei rischi e la percezione degli stessi che diventano, quindi, elementi caratterizzanti la società del rischio. Cfr. inoltre U. BECK, *From industrial society to the Risk society: questions of survival, Social structure and ecological enlightenment*, in M. FEATHERSTONE, *Cultural theory and cultural change*, London, 1992, p. 98; Z. BAUMAN, *La società dell'incertezza*, Bologna, 1999; A. GIDDENS, *Il mondo che cambia. Come la globalizzazione ridisegna la nostra vita*, Bologna, 2000; U. BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2001; S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, 2001; Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, Roma-Bari, 2002; R.B. STEWART, *Il diritto amministrativo del XXI secolo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2004, 1; S. CASSESE, *Oltre lo Stato*, Roma-Bari, 2006; U. BECK, *Conditio humana. Il rischio nell'età globale*, Roma - Bari, 2008.

² Cfr. R. TITOMANLIO, *Il principio di precauzione fra ordinamento europeo e ordinamento italiano*, Torino, 2018, p. 3. Per una analisi più approfondita del principio di precauzione cfr. A. JORDAN- J. CAMERON, *Interpreting the Precautionary principle*, London, 1994; U. DI FABIO, *Gefahr, Vorsorge, Risiko*, in *Jura*, 1996, p. 566; A. KISS, *The rights and interest of future generations and the precautionary principle*, in D. FREESTON-E. HEY, *The Precautionary principle and international law. The challenge of implementation*, The Hague, 1996, p. 19; M. TALLACCHINI, *Ambiente e diritto della scienza incerta*, in *Ambiente e diritto*, a cura di S. GRASSI - M. CECCHETTI - A. ANDRONIO,

Come si avrà modo di analizzare *infra*, il dibattito di dottrina e giurisprudenza che si è sviluppato sulla natura da attribuire al principio di precauzione si è incentrato, da un lato, sulla possibile connessione tra "rischio" (inteso quale previsione di un evento negativo) ed "emergenza" (da declinarsi quale necessità

Firenze, 1999, p. 67; F. ACERBONI, *Contributo allo studio del principio di precauzione: dall'origine nel diritto internazionale a principio generale dell'ordinamento*, in *Il diritto della Regione. Regione del Veneto*, 2000, p. 245; M. CECCHETTI, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Milano, 2000, p. 169; D. AMIRANTE, *Il principio di precauzione tra scienza e diritto*, in *Dir. gest. Amb.*, 2001, p. 16; N. DE SADELLER, *Le statut juridique du principe de precaution en droit communautaire: du slogan à la règle*, in *Cahiers de droit europees*, 2001, p. 79; F. EWALD - C. GOLLIER - N. DE SADELEER, *Le principe de précaution*, Paris, 2001; S. GRASSI, *Prime osservazioni sul principio di precauzione nel diritto positivo*, in *Dir. gest. Amb.*, 2001, p. 45; T. O'RIORDAN - J. CAMERON - A. JORDAN, *Reinterpreting the Precautionary principle*, London, 2001; P. PILLITU, *Commento artt. -174-176*, in F. POCAR, *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione Europea*, Padova, 2001, p. 661; C. CONSOLO, *Il rischio da "ignoto tecnologico": un campo arduo per la tutela cautelare (seppur solo) inibitoria*, in AA.VV., *Il rischio da ignoto tecnologico*, Milano, 2002, 65; L. KRAMER, *Principi comunitari per la tutela dell'ambiente*, Milano, 2002; S. GRASSI - A. GRAGNANI, *Il principio di precauzione nella giurisprudenza costituzionale*, in *Biotecnologie e tutela del valore ambientale*, Torino, 2003, p. 157; S. GRASSI - A. GRAGNANI, *Il principio di precauzione come modello di tutela dell'ambiente dell'uomo e delle generazioni future*, in *Riv. Dir. Cost.*, 2003, p. 9; T. MAROCCO, *Il principio di precauzione e la sua applicazione in Italia e in altri Stati membri della Comunità europea*, in *Riv. It. Dir. pubbl. comm.* 2003, p. 1233; D. CORRADINI - H. BROUSSARD, *Biodiritto e biotech. Il principio di precauzione, il problema della brevettabilità e i giuristi imperdonabili*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2004, p. 197; P. DELL'ANNO, *Principi del diritto ambientale europeo e nazionale*, Milano, 2004; M.V. LUMETTI, *Il principio di precauzione nella legislazione, nella giurisprudenza e nelle recenti sentenze della Corte Costituzionale*, in *Giur. amm.*, 2004, p. 42; L. MARINI, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario*, Padova, 2004; R. PAVONI, *Biodiversità e biotecnologie nel diritto internazionale e comunitario*, Milano, 2004; G.D. COMPORZI, *Contenuto e limiti del governo amministrativo dell'inquinamento elettromagnetico alla luce del principio di precauzione*, in *Riv. Dir. amb.*, 2005, p. 219; F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Milano, 2005; R. FERRARA, *I principi comunitari per la tutela dell'ambiente*, in *Dir. amm.*, 2005, 509; G.E. MARCHANT - K.L. MOSSMAN, *Arbitrary and capricious. The precautionary principle in The European Union Courts*, London, 2005; F. TRIMARCHI, *Principio di precauzione e "qualità" dell'azione amministrativa*, in *Riv. It. Dir. pubbl. comun.*, 2005, p. 1672; A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Milano, 2006; A. BIANCHI - M. GESTRI (a cura di), *Il principio precauzionale nel diritto internazionale e comunitario*, Milano, 2006; L. BUTTI, *Principio di precauzione, Codice dell'ambiente e giurisprudenza delle Corti comunitarie e della Corte Costituzionale*, in *Riv. Giur. Amb.*, 2006, 809; G. GALASSO, *Il principio di precauzione nella disciplina degli OGM*, Torino, 2006; M. ANTONIOLI, *Precauzionalità, gestione del rischio ed azione amministrativa*, in *Riv. It. Dir. pubbl.*, 2007, p. 51; L. BUTTI, *The precautionary principle in environmental law*, Milano, 2007; A. ZEI, *Il principio di precauzione: programma, regola, metodo*, in R. BIFULCO, A. D'ALOIA, *Un diritto per il futuro*, Napoli, 2008; A. ZEI, *Principio di precauzione*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, II, 2008, pp. 670 e ss..

di fronteggiare una situazione imprevista)³ e, dall'altro, sulla netta separazione tra l'amministrazione dell'emergenza da quella del rischio che non legittima deroghe alle disposizioni ordinarie in materia di competenza, ma obbliga le pubbliche amministrazioni ad assumere le proprie decisioni sulla base di un puntuale percorso istruttorio e valutativo⁴.

Ad avvalorare quest'ultimo orientamento è la legge 241/90, così come modificata dalla legge 15/05, che, all'articolo 1, inserisce fra i "principi generali dell'attività amministrativa"⁵ anche quelli dell'ordinamento europeo tra i quali rientra, senza dubbio alcuno, anche il principio di precauzione che obbliga le autorità competenti «ad adottare provvedimenti appropriati al fine di prevenire taluni rischi potenziali per la sanità pubblica, per la sicurezza e per l'ambiente facendo prevalere le esigenze connesse alla protezione di tali interessi sugli interessi economici»⁶.

Seguendo tale interpretazione risulta evidente, quindi, una netta e necessaria differenziazione tra lo stato emergenziale ed il principio precauzionale, che legittima ipotesi derogatorie alle disposizioni ordinarie, imponendo, al tempo stesso, alle pubbliche amministrazioni, di tenere in forte considerazione, per le proprie decisioni, non solo valutazioni scientifiche e tecniche ma anche e soprattutto il coinvolgimento degli interessati allo stesso provvedimento.

³ Cfr. sul punto B. BALDI, *Gestire l'emergenza: le politiche di protezione civile in prospettiva comparata*, Roma, 1996; M.P. CHITI, *Il rischio sanitario e l'evoluzione dell'amministrazione dell'emergenza all'amministrazione precauzionale*, in *Annuario AIPDA 2005, Il diritto amministrativo dell'emergenza*, Milano, 2006, p. 142; A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, 2008, p. 14; I.M. MARINO, *Aspetti propedeutici del principio giuridico di precauzione*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011, p. 2177; R. FERRARA, *Precauzione e prevenzione nella pianificazione del territorio: la "precauzione inutile"?*, in *Riv. giur. edil.*, 2012, p. 61.

⁴ Cfr. sul punto V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, 1986, p. 3; G. BASCHERINI, *L'emergenza costituzionale. Definizione e modelli*, Milano, 2003; M. A. CABIDDU, *Necessità ed emergenza: ai confini dell'ordinamento*, in *Amministrare*, 2, Bologna, 2010.

⁵ Come è noto con la legge 15/05 il principio di precauzione in quanto principio generale dell'ordinamento europeo è stato ricompreso "a pieno titolo, anche formalmente" fra i principi generali dell'azione amministrativa nell'ordinamento italiano. Cfr. sul punto F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione del rischio*, Milano, 2005, p. 57. Sul punto l'Autore evidenzia come «ciò non significa che prima di tale riconoscimento il principio non avesse valore cogente, ma certamente non si può negare che, di fronte al nuovo dettato normativo, esso abbia acquistato uno spazio ed un rilievo un tempo inimmaginabili». Cfr. inoltre sul punto M. A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2017.

⁶ Cfr. Tribunale C.E., 26 novembre 2002, cause riunite T- 74/00 e altre, Artegodan, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, p. 632; Corte di Giustizia, sentenza 24 luglio 2003, C- 39/03, Artegodan, in *Rass. dir. farmaceutico*, 2005, 4, p. 841.

Al tempo stesso deve altresì sottolinearsi la distinzione tra il principio di precauzione (riconducibile a situazioni di incertezza scientifica) e quello di prevenzione (adottato in riferimento a danni, non temuti, ma potenziali) in quanto rapportati a due fattispecie differenti tra loro⁷.

La sempre maggiore rilevanza del principio di precauzione, nell'attuale panorama giuridico nazionale ed europeo può, inoltre, essere rinvenuta nel sempre maggior rilievo dello stesso non solo in settori quali ambiente e salute ma anche in tematiche connesse a profili di responsabilità civile e penale quale diretta conseguenza degli sviluppi e le acquisizioni scientifiche e tecnologiche.

2. L'evoluzione del principio di precauzione nel panorama giuridico sovranazionale.

Sviluppatosi espressamente nell'ambito degli strumenti di tutela dell'ambiente⁸ e del diritto alla salute⁹, il principio di precauzione, grazie alle numerose convenzioni internazionali ed ai documenti non vincolanti che si sono susseguiti nel tempo¹⁰, può essere considerato «il prodotto forse più originale e nuovo del

⁷ Cfr. sul punto M. CECCHETTI, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, cit. 174, che afferma come «il principio dell'azione preventiva e gli strumenti che lo realizzano trovano supporto e potenziamento grazie a un altro principio direttamente connesso con il concetto di prevenzione, ma che, per gli specifici caratteri che lo connotano, assume una propria autonoma configurazione: il principio di precauzione o del cosiddetto "approccio precauzionale"». Cfr. inoltre G. MANFREDI, *Note sull'attuazione del principio di precauzione in diritto pubblico*, in *Dir. pubbl.*, 2004, p. 1086. Secondo l'Autore «il principio di precauzione si differenzia da quello di prevenzione non solo qualitativamente, perché anticipa la soglia al di là della quale scattano le misure preventive, ma soprattutto qualitativamente, perché è basato su un modo nuovo di percepire i pericoli derivanti dal progresso». Cfr. infine F. DE LEONARDIS, *Principio di prevenzione e novità normative in materia di rifiuti*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2, 2011, p. 23 secondo il quale il principio di precauzione costituisce uno «sviluppo o una specificazione della prevenzione e si iscrive in una logica nettamente diversa da quella della prevenzione: quella dell'amministrazione del rischio».

⁸ Per un'approfondita disamina sui principi fondamentali ai quali si ispira l'intervento europeo in materia ambientale: B. CARAVITA - L. CASSETTI - A. MORRONE (a cura di), *Diritto all'ambiente*, Bologna, 2016.

⁹ Come è noto il principio di precauzione è stato concepito per la prima nell'ordinamento giuridico tedesco dalla legislazione sull'impiego dell'energia nucleare e sulla tutela delle immissioni inquinanti nell'atmosfera. Nello specifico, infatti, l'articolo 7 comma 1, n. 3 della c.d. "legge sull'impiego pacifico dell'energia nucleare" subordina la concessione di un'autorizzazione alla produzione di energia atomica all' «adozione di tutte le precauzioni necessarie, in base allo stato della scienza e della tecnica, contro i danni che possono essere cagionati attraverso la costruzione ed il funzionamento dell'impianto». Cfr. sul punto A. ZEI, *Il principio di precauzione: programma, regola, metodo*, in R. BIFLUCCO - A. D'ALOIA, *Un diritto per il futuro*, cit., p. 8; R. TITOMANLIO, *Il principio di precauzione fra ordinamento europeo e ordinamento italiano*, cit. p. 20.

¹⁰ Il riferimento è, ad esempio, alla Convenzione sulla protezione del Mar Baltico del 22 marzo 1974 o alla Dichiarazione ministeriale adottata a conclusione della III Conferenza internazionale sulla protezione del Mar del Nord del 1990 all'interno della quale viene evidenziato come «i governi firmatari devono adottare il principio di precauzione, vale a dire adottare misure volte ad evitare

diritto internazionale dell'ambiente¹¹ che ha trovato una definitiva consacrazione della Dichiarazione di Rio de Janeiro sull'ambiente e lo sviluppo del 1992.

Nello specifico, infatti, il Principio n. 15 della stessa stabilisce che «al fine di tutelare l'ambiente, gli Stati adotteranno ampiamente un approccio cautelativo in conformità delle proprie capacità. Qualora sussistano minacce di danni gravi o irreparabili, la mancanza di una completa certezza scientifica non potrà essere addotta come motivo per rimandare iniziative costose in grado di prevenire il degrado ambientale».

L' "impostazione precauzionale" viene quindi giustificata dalla necessità di prevenire danni gravi e difficilmente riparabili, quale diretta conseguenza della omessa valutazione dei rischi connessi all'esercizio di determinate attività¹².

Si tratta di una prima enunciazione del principio di precauzione fortemente criticata in dottrina che l'ha ritenuta, in più occasioni, "aperta e vaga"¹³, evidenziando altresì l'impossibilità di fare riferimento «ad un precetto normativo sufficientemente chiaro da configurarsi come una vera e propria norma generale del diritto internazionale»¹⁴.

gli impatti potenzialmente nocivi di sostanze che sono persistenti, tossiche e suscettibili di accumulazione biologica, anche quando non vi sono prove scientifiche dell'esistenza di un nesso causale tra le emissioni e gli effetti». Allo stesso modo si ricorda la Carta Mondiale della Natura adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite del 1982 che, seppur giuridicamente non vincolante, rappresenta uno dei primi testi all'interno del quale si afferma che «le attività che comportano un elevato grado di rischio per la natura devono essere precedute da un esame approfondito e i loro promotori devono dimostrare che i benefici derivanti dall'attività prevalgono sui danni eventuali alla natura e che qualora gli effetti nocivi di tali attività siano conosciuti in maniera imperfetta, esse non dovranno essere intraprese», cfr. sul punto D. AMIRANTE, *Il principio precauzionale tra scienza e diritto*, cit., 16; A. BARONE, *Il diritto del rischio*, cit., p. 115; M. ANTONIOLI, *Precauzionalità, gestione del rischio e azione amministrativa*, cit., p. 51.

¹¹ Cfr. M. MONTINI, *La necessità ambientale nel diritto internazionale e comunitario*, 2001, p. 39.

¹² Diretta conseguenza di tale compito è stata l'esigenza di prevedere, non solo chiare e puntuali nozioni scientifiche sempre aggiornate a anche un'ampia scelta di soluzioni alternative. Cfr. A. ZEI, *Il principio di precauzione: programma, regola, metodo*, cit., p. 84, secondo la quale questa esigenza impone «un dialogo sempre più stretto, in cui da un lato, la ragionevolezza delle decisioni giuridiche dipende sempre più dall'attendibilità dei riscontri scientifici su cui esse si basano, mentre, dall'altro, la legislazione diviene sempre più pervasiva, imponendo l'adozione di tecnologie aggiornate, capaci di ridurre l'impatto delle attività sull'ambiente».

¹³ Cfr. T. SCOVAZZI, *Sul principio precauzionale nel diritto internazionale dell'ambiente*, in *Riv. dir. int.*, 1992, p. 699; F. ACERBONI, *Contributo allo studio del principio di precauzione: dall'origine nel diritto internazionale a principio generale dell'ordinamento*, cit., p. 245; F. MUCCI, *L' "approccio precauzionale" a tutela dell'ambiente marino nel diritto internazionale comunitario: tra disciplina sostanziale e soluzioni procedurali* in M. C. CICIRIELLO (a cura di), *La protezione del Mare Mediterraneo dall'inquinamento. Problemi vecchi e nuovi*, Napoli, 2003; G. MANFREDI, *Cambiamenti climatici e principio di precauzione*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2011.

¹⁴ Cfr. A. ZEI, *Il principio di precauzione: programma, regola, metodo*, cit., p. 6.

Dopo la Dichiarazione di Rio il principio di precauzione è stato velocemente recepito a livello europeo nel Trattato di Maastricht (articolo 174 T.C.E. oggi articolo 191 T.F.U.E.), grazie al quale lo stesso è stato inserito tra i principi fondamentali della politica europea ambientale insieme al principio di prevenzione, correzione ed a quello del c.d. "chi inquina paga", considerati, senza timore di smentita, i "pilastri" della strategia degli interventi dell'Unione Europea in materia di politica ambientale¹⁵.

In seguito, la Comunicazione della Commissione Europea sul principio di precauzione del 2 febbraio 2000 (Com/2000/01) ha incluso il principio di precauzione nell' alveo dei principi generali dell'ordinamento europeo, derivandone da ciò l'obbligo, in capo alle amministrazioni, di adottare, nell'ambito preciso delle competenze attribuite dalle disposizioni di settore, provvedimenti appropriati al fine di prevenire rischi potenziali per la sanità pubblica, per la sicurezza e per l'ambiente, sacrificando, in alcuni casi, quelle esigenze connesse alla protezione di interessi economici¹⁶.

Nello specifico, infatti, viene evidenziato come il rispetto del principio di precauzione debba annoverare un'attività di prevenzione e di controllo al fine di evitare la produzione di effetti negativi, impegnando altresì i decisori pubblici a prendere in considerazione tutti i dati scientifici e tecnici disponibili tutelando, infine, il c.d. sviluppo socio - economico, da intendersi sia nella sua interezza e che nelle singole parti¹⁷.

¹⁵ Cfr. F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione del rischio*, cit., p. 31. Secondo l'Autore dalla disposizione in esame, oltre alla necessaria tutela dell'ambiente, di fondamentale rilevanza solo «le tre fasi di sviluppo dei principi di azione amministrativa in materia ambientale». La prima caratterizzata dall'applicazione del principio della correzione in via prioritaria alla fonte e del principio "chi inquina paga"; la seconda da individuarsi nell'affermazione del principio di precauzione in cui «l'azione amministrativa viene congegnata in modo tale che l'intervento del pubblico potere preceda il verificarsi di un danno certo» ed, infine, un'ultima fase contraddistinta dall'applicazione del principio di precauzione che si «caratterizza per la necessità di prevenire, oltre ai pregiudizi sicuri, anche le minacce potenziali, incerte e ipotetiche». *Contra* E. DALFINO, *Per un diritto procedimentale dell'ambiente*, in *Scritti in onore di A. Predieri*, Milano, 1996, p. 657; P. DELL'ANNO, *Principi del diritto ambientale europeo e nazionale*, Milano, 2004.

¹⁶ Cfr. sul punto A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, 2002; A. VON BOGDANDY, *I principi fondamentali dell'Unione Europea. Un contributo allo sviluppo del costituzionalismo europeo*, Napoli, 2011.

¹⁷ In modo particolare nella Comunicazione viene stabilito che il principio di precauzione «comprende quelle specifiche circostanze in cui le prove scientifiche sono insufficienti, non conclusive o incerte e vi sono indicazioni, ricavate da una preliminare valutazione scientifica obiettiva, che esistono ragionevoli motivi di temere che gli effetti potenzialmente pericolosi sull'ambiente e sulla salute umana, animale o vegetale possono essere incompatibili con il livello di protezione prescelto».

Come è stato evidenziato, quindi, grazie alla Comunicazione della Commissione il principio di precauzione, previsto in precedenza in modo esplicito solo con riguardo alla protezione dell'ambiente, si è visto riconosciuta l'adeguata rilevanza potendo essere applicato «in tutti i casi in cui una preliminare valutazione scientifica obiettiva indica che vi sono ragionevoli motivi di temere che i possibili effetti nocivi sull'ambiente e sulla salute degli esseri umani, degli animali e delle piante possano essere incompatibili con l'elevato livello di protezione prescelto dalla Comunità»¹⁸.

Come è noto, inoltre, a livello europeo il principio di precauzione è stato ritenuto pacificamente applicabile non più al solo diritto ambientale¹⁹, ma anche alla salute umana, ai prodotti alimentari, ai settori zoosanitario e fitosanitario anche in seguito alla Risoluzione sul principio di precauzione annessa alle conclusioni del Consiglio europeo tenutosi a Nizza tra il 7 e il 10 dicembre 2000 in cui si legge che «il principio di precauzione fa parte dei principi da prendere in considerazione nella politica della Comunità in materia ambientale; che tale principio è altresì applicabile alla salute umana nonché ai settori zoosanitario e fitosanitario»²⁰.

Il ricorso al principio di precauzione trova quindi una sua legittimazione nelle sole ipotesi in cui sia chiara e puntuale l'identificazione, sulla base di dati scientifici, di un "ragionamento rigorosamente logico" del rischio e di un'adeguata ed attendibile istruttoria, capace di fornire un sufficiente grado di verosimiglianza e di probabilità del danno temuto²¹.

3. Il principio di precauzione nella giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte Europea dei diritti dell'Uomo.

L'imprescindibile rilevanza del principio di precauzione nella fase di elaborazione delle politiche europee e dei singoli Stati è stata inoltre avvalorata anche dalla

¹⁸ Cfr. R. TITOMANLIO, *Il principio di precauzione fra ordinamento europeo e ordinamento italiano*, cit., p. 43.

¹⁹ Come è noto l'ambiente riceve inoltre una particolare tutela anche dall'articolo 37 della Carta europea dei diritti fondamentali dell'Unione Europea che prevede un collegamento tra tutela dell'ambiente e politiche europee a tutela della vita, individuandone i valori e le risorse da tutelare, conservare, promuovere. Per un'analisi più approfondita della questione si rinvia a sul punto A. LUCARELLI, *Scritti di diritto pubblico europeo dell'economia*, Napoli, 2016, p. 54.

²⁰ Cfr. sul punto M. TALLACCHINI *Il principio di precauzione nella pratica della decisione*, ARPA Rivista, 2002, p. 88, secondo la quale la possibile applicazione del principio in ambiti diversi da quello dell'ambiente può essere considerato un ulteriore indizio che depone «a favore della sua natura di principio generale nella regolazione giuridica della scienza incerta».

²¹ Cfr. R. TITOMANLIO, *Il principio di precauzione fra ordinamento europeo e ordinamento italiano*, cit., p. 43.

Corte di Giustizia che, nel puntualizzare tale principio, ha evidenziato come la corretta applicazione del principio di precauzione imponga, da parte delle autorità nazionali competenti, una valutazione dei rischi basata su "indizi specifici" che, anche nell'impossibilità di superare una possibile incertezza giuridica, risultino idonei a calibrare la sussistenza di un livello di rischio tale da rendere necessarie misure di tutela dell'ambiente e della salute²².

Al riguardo di particolare interesse risulta una recente decisione della Corte di Giustizia²³, chiamata a pronunciarsi sulle domande di pronuncia pregiudiziale, sollevata dal Tar del Lazio, in merito alla Decisione di esecuzione UE 2015/789 della Commissione del 18 maggio 2015 avente ad oggetto misure per combattere l'introduzione e la diffusione, sull'intero territorio europeo, del batterio della c.d. *Xylella fastidiosa*²⁴.

²²Cfr. Corte di Giustizia, 14 luglio 1983, C-174/83 Sandoz, in *Racc.*, 1983, p. 2445; Corte di Giustizia, 19 settembre 1984, C-94/83 *Heijn*, in *Racc.*, 1984, p. 3263; Corte di Giustizia, 10 dicembre 1985, C-247/84 *Motte* in *Racc.*, 1985, p. 3887; Corte di Giustizia, 6 maggio 1986, C-304/84 *Muller*, in *Foro it.*, 1986, V, p. 167; Corte di Giustizia, 13 novembre 1990, C-331/88, *Fedesa*, in *Foro it.*, 1991, p. 10; Corte di Giustizia, 5 maggio 1998, C-157/96, *National Farmers Union*, in *Racc.*, I, p. 2211; Corte di Giustizia, 5 maggio 1998, C-180/96, *Regno Unito / Commissione*, in *Racc.*, I, p. 2265; Corte di Giustizia, 9 settembre 2003, C-236/01 in *Riv. dir. agr.* 2003, II, p. 375; Corte di Giustizia 23 settembre 2003, C-192/01 in *Ragiusan*, 2004, 237-8, p. 193; Corte di Giustizia, 7 settembre 2004, C-127/02 in *Dir. e giust.*, 2004, 41, 116; Corte di Giustizia, 22 dicembre 2010, C-77/09 *Gowan Comercio Internacional e Servicos* in *Foro amm. CDS* 2010, 12, p. 2564; Corte di Giustizia, 10 aprile 2014, C-269/13 in *Guida al diritto* 2014, p. 43, 105; Corte di Giustizia, 17 dicembre 2015, C-157/14 *Neptune Distribution* in *Foro it.*, 2016, 1, IV, p. 16.

Cfr. di recente Corte di Giustizia dell'Unione europea, 13 settembre 2017, C-111/16, *Fidenato*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, 3, p. 827. Per una analisi più approfondita della pronuncia della Corte si vedano E. CORCIONE, *Emergency Measures Against GMOs Between Harmonizing and Deharmonizing Trends: The Case Fidenato et al.*, in *European Papers – European Forum*, 2018, pp. 345-356; S.PITTO, *La legittimità delle limitazioni statali agli alimenti OGM alla luce del principio di precauzione*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo online*, 2018, pp. 245-253; F. FERRI, *Corte di Giustizia dell'Unione europea e (non) applicazione del principio di precauzione alle misure provvisorie di emergenza in materia di OGM: note sulla sentenza Fidenato*, in *www.federalismi.it*, 15, p. 18. Cfr. infine F. MUNARI, *Il ruolo della scienza nella giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di tutela della salute e dell'ambiente*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2017, pp. 131-153.

²³ Corte di Giustizia, 9 giugno 2016 C-78/16, 79/16 in *Resp. civ. prev.* 2016, 6, p. 2006.

²⁴ Cfr. Tar Lazio, 22 gennaio 2016, n. 780 in *Foro it.*, 2016, 3, III, p. 129. Nello specifico i giudici nazionali dubitavano della conformità alle norme europee dell'obbligo imposto all'Italia dalla Decisione di esecuzione 2015/789 di procedere alla rimozione immediata degli ulivi, a prescindere dal loro stato di salute, in un raggio di 100 metri attorno alle piante già infette dal batterio senza la previsione di alcun indennizzo ed in contrasto con quanto previsto dalla Direttiva 2000/29 «letta alla luce dei principi di precauzione e di proporzionalità». Nello specifico il Direttiva in esame impone a ciascuno Stato membro di notificare immediatamente alla Commissione ed agli altri Stati membri «la presenza nel suo territorio di organismi nocivi» e l'adozione delle «misure necessarie per l'eradicazione o, ove non sia possibile, il contenimento degli organismi nocivi in questione»,

In modo particolare, sulla base di un parere scientifico del 6 gennaio 2015 e di una relazione resi dall' E.F.S.A. (Autorità europea per la sicurezza alimentare), la Decisione imponeva «misure di peculiare afflittività allo scopo di eradicare l'organismo specificato e impedirne l'ulteriore diffusione nel resto dell'Unione» , prevedendo «misure di eradicazione immediata delle piante ospiti, indipendentemente dal loro stato di salute (e) l'adozione di misure di contenimento per la protezione dei siti di produzione delle piante aventi particolare valore scientifico, sociale o culturale»²⁵.

I giudici nazionali lamentavano, nello specifico, il contrasto con il principio di precauzione di tali disposizioni nella parte in cui venivano previste misure di eradicazione delle piante "ospiti" «senza adeguato supporto scientifico che attesti con certezza il rapporto causale tra la presenza dell'organismo e il disseccamento delle piante ritenute infette».

La Corte di Giustizia, ricordando che il legislatore europeo sia obbligato a tener conto del principio di precauzione, ha tuttavia evidenziato come lo stesso debba essere applicato "tenendo conto del principio di proporzionalità"²⁶ secondo il quale l'atto adottato non debba superare «i limiti di ciò che è appropriato e necessario per il conseguimento degli obiettivi legittimi perseguiti dalla normativa in esame»²⁷.

informando la Commissione e gli altri Stati membri delle misure adottate. Per un'analisi più approfondita delle pronunce giurisdizionali che si sono occupate della vicenda Cfr. Tar Lazio, 4 gennaio 2016, n. 7 in *Foro Amm.*, 2016, 1, p. 145 ; Tar Lazio, 22 gennaio 2016, n. 778 in *Foro it.*, 2016, 3, III, p. 131; Consiglio di Stato, 11 febbraio 201, n. 478 in *Foro it.*, 2016, 3, p. 129.

²⁵ L'articolo 6 della Decisione prevedeva infatti che «lo Stato membro interessato, entro un raggio di 100 metri attorno alle piante che sono state esaminate e sono risultate infette dall'organismo specificato, rimuove immediatamente : a) le piante ospiti, indipendentemente dal loro stato di salute; b) le piante notoriamente infette dall'organismo specificato; c) le piante che presentano sintomi indicativi della possibile infezione da parte di tale organismo o sospettate di essere infette da tale organismo».

²⁶ Cfr. sul punto F. DE LEONARDIS, *Principio di precauzione e amministrazione di rischio*, cit., 51 secondo il quale il principio di precauzione è considerato, dalla giurisprudenza europea, «una filiazione del principio di proporzionalità» in considerazione del fatto che «prima che fosse espressamente riconosciuto come tale veniva, nella giurisprudenza incluso in esso». L'Autore evidenzia altresì che «se si definisce, però, il principio di precauzione come il principio in base al quale, anche in caso di incertezza tecnico - scientifica, la decisione amministrativa deve essere supportata da un'adeguata istruttoria volta a far emergere il rischio probabile e deve, in ogni caso, essere proporzionata, non si può non pervenire alla conclusione che si tratti di un principio cogente a tutti i livelli ordinamentali in quanto collegato direttamente con il principio (istituzionale) di ragionevolezza». *Contra* G. GORDINI, *Diritto ambientale comparato*, Padova, 2002, p. 187, secondo il quale ogni azione preventiva costituisce anche applicazione di un più generale principio di precauzione.

²⁷ Cfr. sul punto Corte di Giustizia, 17 ottobre 2013, *Schaible*, C-101/22 in *Foro amm.* – Cds, 2013, 10, p. 2636; Corte di Giustizia, 17 dicembre 2015, C- 157/14, *Neptune Distribution* in *Foro it.*, 2016, 1, IV, p. 16. In queste occasioni i giudici europeo hanno evidenziato come il principio di

Sulla base di tali premesse, quindi, secondo i giudici europei, l'adozione delle misure di eradicazione previste dalla decisione europea erano da considerarsi "necessarie", "appropriate" al caso concreto e "proporzionali" rispetto al fine da raggiungere, rappresentato dalla diffusione del batterio nell'intero territorio europeo, evidenziando, inoltre, come «il principio di precauzione, lungi dal vietare l'adozione di qualsiasi misura in mancanza di certezza scientifica quanto all'esistenza o alla portata di un rischio sanitario, può del tutto all'opposto, giustificare l'adozione, da parte del legislatore dell'Unione, di misure di protezione quand'anche permangano in proposito incertezze scientifiche»²⁸.

Nel contestare tale interpretazione, in base alla quale è stata dichiarata la legittimità della decisione di rimozione delle piante a prescindere dall'esame del nesso di causalità tra diffusione del batterio ed essiccamento della piante, attenta dottrina ha altresì evidenziato l'applicazione, da parte della Corte di Giustizia, del c.d. criterio dei "due pesi e due misure"²⁹ al fine di sottolineare la disparità di trattamento tra i ricorrenti, ai quali è stata contestata l'assenza di elementi di prova idonei a suffragare l'insussistenza del nesso di causalità tra la presenza del batterio ed il disseccamento degli ulivi, e la Commissione, alla quale non è stato richiesto nessun onere probatorio per avvalorare la propria tesi³⁰.

A ciò si aggiunga, inoltre, il mancato rispetto del principio di proporzionalità tra obiettivo da tutelare e misura "afflittiva" adottata ed imposta ai destinatari giustificata da una "assolutizzazione dell'obiettivo"³¹ capace di motivare qualunque tipologia di provvedimento attraverso il rovesciamento dell'esatto *iter* argomentativo.

precauzione giustifichi l'adozione di misure restrittive in tutti i casi in cui «risulti impossibile determinare con certezza l'esistenza o la portata del rischio asserito, a causa della natura non concludente dei risultati degli studi condotti, ma persista la probabilità di un danno reale per la salute pubblica nell'ipotesi in cui il rischio si realizzasse» e che, nel caso di possibilità di scelta tra più misure appropriate «si debba ricorrere a quella meno gravosa e gli inconvenienti causati non devono essere eccessivi rispetto agli scopi perseguiti».

²⁸ Nello specifico, i giudici, pur evidenziando che nel parere presentato il 6 gennaio 2015 dall'E.F.S.A. non fosse riscontrabile «l'esistenza di un sicuro nesso di causalità tra il batterio *Xylella* e il disseccamento rapido degli ulivi» ha ritenuto sufficiente la mera constatazione di una «correlazione significativa tra la presenza del batterio e il manifestarsi della patologia».

²⁹ Cfr. S. COGNETTI, *Potere amministrativo e principio di precauzione fra discrezionalità tecnica e discrezionalità pura*, in S. COGNETTI - A. CONTIERI - S. LICCIARDELLO - F. MANGANARO - S. PERONGINI - F. SAITTA (a cura di), *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, 2014, pp. 142 e ss..

³⁰ Cfr. R. TITOMANLIO, *Il principio di precauzione fra ordinamento europeo e ordinamento italiano*, cit., p. 111.

³¹ Cfr. R. TITOMANLIO, *Il principio di precauzione fra ordinamento europeo e ordinamento italiano*, cit., p. 111.

Oltre a lamentare la violazione del principio di precauzione, l'eccessiva sproporzione tra lo strumento utilizzato (totale eradicazione delle piante a prescindere dal loro stato) e l'obiettivo (impedire la diffusione del batterio), i destinatari delle misure afflittive avevano altresì lamentato la mancata previsione di una indennità in conseguenza della perdita che avrebbero sofferto con l'estirpazione delle piante³².

Al riguardo la Corte di Giustizia, riconoscendo al legislatore dell'Unione ampia discrezionalità, non potendo altresì dedurre l'esistenza di un principio generale volto a legittimare la concessione di un indennizzo in ogni caso³³, ha, al tempo stesso, attraverso un'interpretazione conforme al dettato della Carta dei diritti fondamentali, affermato un diritto ad un indennizzo quale diretta conseguenza di quanto previsto, in modo specifico, dall'articolo 17 della stessa Carta³⁴.

Oltre all'orientamento, ormai consolidato, della Corte di Giustizia deve altresì ricordarsi l'interpretazione della Corte Europea dei diritti dell'Uomo che ha indirizzato la propria attenzione sulla effettiva operatività e sugli effetti dello stesso, evidenziandone l'inscindibile collegamento con la necessità da parte delle pubbliche amministrazioni, di informare correttamente i soggetti esposti a possibili rischi scientificamente incerti, individuando, in caso di inadempimento, una responsabilità patrimoniale a carico dello Stato³⁵.

³² Nello specifico, nonostante la Decisione di esecuzione della Commissione avesse la consistenza di una espropriazione in danno dei proprietari delle aziende agricole, non era stato previsto un regime di indennizzazione soprattutto in riferimento all'obbligo di eradicazione di piante sane.

³³ Cfr. sul punto Corte di Giustizia, 10 luglio 2003, C-20/00 *Booker Aquaculture e Hydro Seafood*, in *Europa e dir. priv.*, 2004, p. 1217.

³⁴ Nello specifico, infatti, l'articolo 17 della Carta dei diritti fondamentali, relativo al diritto di proprietà prevede al par. 1 che «nessuna persona può essere privata dalla proprietà se non per causa di pubblico interesse, nei casi e nei modi previsti dalla legge e contro il pagamento in tempo utile di una giusta indennità per la perdita della stessa» e che «l'uso dei beni può essere regolato dalla legge nei limiti imposti dall'interesse generale». Cfr. sul punto A. LUCARELLI, *Scritti di diritto pubblico europeo dell'economia*, Napoli, 2016, p. 91.

³⁵ Corte Europea dei diritti dell'Uomo, 5 dicembre 2013, ricorso n. 52809/09 in *Giornale di dir. amm.*, 6, 2014, p. 586. Cfr. inoltre sul punto Corte Europea dei diritti dell'Uomo, 19 febbraio 1998, ricorso n. 14967/89 in *Riv. it. medicina legale*, 2002, p. 202; Corte Europea dei diritti dell'Uomo 9 giugno 1998, ricorso n. 21825/93 in *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, 2006, 2, p. 697; Corte Europea dei diritti dell'uomo 19 febbraio 1998, ricorso n. 14967/89; Corte Europea dei diritti dell'Uomo 19 ottobre 2004, ricorso n. 32555/96; Corte Europea dei diritti dell'Uomo 27 gennaio 2009, ricorso n. 67021/01. *Contra* Corte Europea dei diritti dell'Uomo, 10 aprile 2007, ricorso n. 6339/05 in *Europa e dir. priv.*, 2008, 1, p. 225. Per un'analisi più approfondita della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo sul punto Cfr. E. RUOZZI, *La tutela dell'ambiente nella giurisprudenza della Corte europea dei Diritti Umani*, Napoli, 2011.

Nel richiamare il proprio orientamento sul diritto al rispetto della vita privata, così come tutelato dall'articolo 8 C.E.D.U.³⁶, in base al quale lo Stato è obbligato ad assicurare informazioni dettagliate ad ogni individuo per una corretta valutazione dei rischi per la propria vita e la propria salute e a predisporre un efficiente assetto legislativo idoneo a scongiurare ogni minaccia a tale diritto, la Corte individua nell'inosservanza del principio di precauzione una causa di responsabilità di natura patrimoniale di diritto internazionale in capo alle amministrazioni pubbliche autonome rispetto alle disposizioni nazionali³⁷.

Nonostante, dalla giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'Uomo il principio di precauzione non risulta aver acquisito ancora una propria identità, non essendo stato univocamente individuato, parte della dottrina ha riscontrato, nell'interpretazione del principio di precauzione da parte dei giudici europei, «i tratti di un nuovo paradigma, ancora in formazione dello Stato contemporaneo, che diviene Stato protettore³⁸, informatore e formatore»³⁹, chiamato a farsi carico della previsione di possibili eventi imprevedibili derivanti da attività umane e della prevenzione e protezione della collettività.

4. L'evoluzione del principio di precauzione nell'ordinamento nazionale.

Il principio di precauzione, che ha ricevuto una piena legittimazione nell'ordinamento giuridico nazionale quale conseguenza delle disposizioni

³⁶ Cfr. Corte Europa dei diritti dell'Uomo, 11 ottobre 2011, ricorso n. 5056/10 in *www.echr.coe.int*; Corte Europa dei diritti dell'Uomo, 3 novembre 2011, ricorso n. 57813/10 in *Ragiusan*, 2012, 335, p. 190; Corte Europa dei diritti dell'Uomo, 5 dicembre 2013, ricorso n. 32665/10 in *www.echr.coe.int*; Corte Europa dei diritti dell'Uomo, 5 settembre 2017, ricorso n. 61496/08 in *Ridare.it*, 27 dicembre 2017. Per un'analisi approfondita sulla giurisprudenza della Corte Europea in materia di rischio per la salute si rinvia a C. HILSON, *Risk and The European Convention on Human Rights: Towards a New Approach*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2009, p. 353; O.W. PEDERSEN, *The Ties that Bind: The Environment the European Public Law*, 4, 2010, p. 571.

³⁷ Secondo i giudici, nel valutare l'atteggiamento dello Stato, risulta necessario «considerare tutte le circostanze del caso concreto, avendo riguardo, tra l'altro, alla legittimità delle azioni e omissioni, al procedimento decisionale seguito, all'effettivo svolgimento di analisi e studi appropriati, alla complessità della vicenda. L'estensione delle obbligazioni positive imputabili allo Stato dipenderanno, infine, dall'origine delle minacce e dall'intensità con cui il rischio è suscettibile di essere mitigato». Per una approfondita analisi del rapporto tra principio di precauzione e responsabilità patrimoniale, cfr. P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961; E. AL MUREDEN, *Principio di precauzione, tutela della salute e responsabilità civile*, Bologna, 2008.

³⁸ Cfr. sul punto F. EWALD, *L'Etat de précaution. Rapport public du Conseil d'Etat pour l'année 2005*, Parigi, 2006.

³⁹ Cfr. M. PACINI, *Principio di precauzione e obblighi di informazione a protezione dei diritti umani*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 6, 2014, p. 590.

europee e della sempre maggiore sensibilità per tematiche quali la tutela all'ambiente ed alla salute, è oggi considerato uno dei principi cardine che regolano l'attività delle pubbliche amministrazioni⁴⁰.

Come è noto, inoltre, prima dell'entrata in vigore del c.d. Codice dell'ambiente⁴¹, l'ordinamento italiano risultava privo di un richiamo generale al principio di precauzione a cui si faceva riferimento unicamente in alcune leggi settoriali⁴² o decisioni giurisprudenziali aventi ad oggetto la legittimità dei provvedimenti emanati dalle amministrazioni pubbliche⁴³.

Il Codice dell'ambiente dando attuazione a quanto prescritto dalle disposizioni europee, ha recepito, all'articolo 301, il principio di precauzione andando inoltre a disciplinare le tipologie e le modalità di applicazione delle misure preventive da adottare, prevedendo come, «in applicazione del principio di precauzione di cui all'articolo 174, paragrafo 2 del Trattato CE, in caso di pericoli, anche solo potenziali, per la salute e per l'ambiente, deve essere assicurato un alto livello di protezione».⁴⁴

⁴⁰ Per un'analisi più approfondita sulla rilevanza del principio di precauzione nell'ordinamento nazionale Cfr. T. MARROCCO, *Il principio di precauzione e la sua applicazione in Italia e in altri Stati membri della Comunità europea*, cit., p. 1233; A. GRAGNANI, *Il principio di precauzione come modello dell'ambiente, dell'uomo, delle generazioni future*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, p. 9; G. MANFREDI, *Note sull'attuazione del principio di precauzione in diritto pubblico*, in *Dir. pubbl.*, 2004, p. 1086; F. DE LEONARDIS, *Tra precauzione e ragionevolezza*, in *www.federalismi.it*.

⁴¹ Decreto Legislativo 152/06.

⁴² Il riferimento è, ad esempio, alla Legge 22 febbraio 2001, n. 36, legge quadro sulla protezione dalle esposizioni a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici. Nello specifico, all'articolo 1 comma 1 della legge, particolare attenzione viene assegnata alla necessità di dettare principi volti a «promuovere la ricerca scientifica per la valutazione degli effetti a lungo termine e attivare misure di cautela da adottare in applicazione del principio di precauzione di cui all'art. 174 par. 2 del Trattato Istitutivo dell'Unione europea» e «assicurare la tutela dell'ambiente e del paesaggio». Per un'analisi approfondita della materia si rinvia a S. CASSESE, *La nuova disciplina sulla protezione dalla esposizione a campi elettromagnetici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, p. 3; G. MANFREDI, *Commento alla legge 36/01*, in *Urb. App.*, 2001.

Sul punto si ricorda inoltre l'articolo 107 del c.d. Codice del consumo, che indica il principio di precauzione quale criterio di adozione delle misure previste dei confronti di prodotti pericolosi o ritenuti tali. Cfr. Decreto Legislativo 205/05.

⁴³ Cfr. sul punto Tar Brescia, sentenza 11 aprile 2005, n. 304, in *Foro amm. TAR*, 2005, 4, p. 966.

⁴⁴ Nello specifico, infatti, la disposizione in esame prevede che «in applicazione del principio di precauzione di cui all'articolo 174, paragrafo 2 del Trattato CE, in caso di pericoli, anche solo potenziali per la salute umana e per l'ambiente, deve essere assicurato un alto livello di precauzione». Al riguardo è stato evidenziato come la norma nazionale riprenda fedelmente i criteri utilizzati dalla Commissione Europea nella Comunicazione sul principio di precauzione del 2000 ribadendo l'esigenza di prevedere un'istruttoria capace di garantire un'analisi approfondita della situazione di rischio assicurando altresì l'operazione di bilanciamento tra i diversi beni ed interessi concretamente in conflitto. Cfr. L. BUTTI, *Principio di precauzione, Codice dell'ambiente e giurisprudenza delle Corti Comunitarie e della Corte Costituzionale*, in *Riv. giur. amb*, 2006, p. 814; A. ZEI, *Principio di precauzione*, cit. pp. 670 e ss..

Allo stesso modo si ricorda come lo stesso legislatore delegato abbia assegnato, grazie all'articolo 310 del codice dell'ambiente, ad enti territoriali nonché persone fisiche e giuridiche, la legittimazione ad agire per l'annullamento di provvedimenti emanati in palese violazione delle disposizioni in materia ambientale «ed avverso il silenzio inadempimento del Ministero dell'ambiente e per il risarcimento del danno subito a causa del ritardo nell'attivazione delle misure di precauzione, di prevenzione o di contenimento del danno ambientale». Come è noto, inoltre, il legislatore è successivamente intervenuto sul punto introducendo nel Testo Unico delle norme in materia ambientale, l'articolo 3 *ter*, avente ad oggetto il Principio dell'azione ambientale, secondo il quale «la tutela dell'ambiente e degli ecosistemi naturali e del patrimonio culturale deve essere garantita da tutti gli enti pubblici e privati e dalle persone fisiche e giuridiche pubbliche o private, mediante un'adeguata azione che sia informata ai principi della precauzione, dell'azione preventiva, della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché al principio "chi inquina paga" che, ai sensi dell'articolo 174, comma 2, del Trattato delle unioni europee, regolano la politica della comunità in materia ambientale» e l'articolo 3 bis, con il quale si inserisce il «principio dell'azione ambientale» tra i «principi generali in tema di tutela dell'ambiente definiti "regole generali della materia ambientale nell'adozione degli atti normativi, di indirizzo e di coordinamento e nell'emanazione dei provvedimenti di natura contingibile ed urgente"»⁴⁵. Al riguardo deve altresì evidenziarsi il ruolo fondamentale della Corte Costituzionale che ha più volte sottolineato come il principio di precauzione non costituisca un nuovo ed autonomo termine nel bilanciamento degli interessi, rappresentando, al contrario, elemento imprescindibile per risolvere il rapporto tra interessi confliggenti⁴⁶.

⁴⁵Cfr. D.l. 16 gennaio 2008, n. 4. Ulteriori disposizioni correttive ed integrative del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, recante norme in materia ambientale.

⁴⁶Cfr. sul punto Corte Cost., sentenza 3 novembre 2005, n. 406 in *Giur. cost.*, 2005, 6, p. 4429, con la quale i giudici costituzionali hanno evidenziato come il principio di precauzione «rappresenta un criterio direttivo che deve ispirare l'elaborazione, la definizione e l'attuazione delle politiche ambientali della Comunità europea sulla base dei dati scientifici sufficienti ed attendibili valutazioni scientifiche circa gli effetti che possono essere prodotti da una determinata attività». Sul punto si ricorda, inoltre, come la Corte Costituzionale abbia assegnato a tale principio la natura di norma parametro nel giudizio di costituzionalità della legislazione regionale e statale in materia ambientale. Cfr. Corte Costituzionale, sentenza 26 giugno 2002, n. 282 in *Comuni Italia*, 2002, p. 1179; Corte Costituzionale, sentenza 7 ottobre 2003, n. 307 in *Giur. cost.*, 2003, p. 5; Corte Costituzionale, sentenza 16 luglio 2009, n. 247. Cfr. inoltre P. SAVONA, *Il principio di precauzione e il suo ruolo nel sindacato giurisdizionale sulle questioni scientifiche controverse*, in *www.federalismi.it*, 25, p. 2011.

Da ciò ne deriva, quindi, che il principio di precauzione acquista una straordinaria rilevanza nelle operazioni di "bilanciamento" e non di prevalenza, evitando, di fatto, che il diritto o la libertà pretermessa vengano "eccessivamente sacrificati", in modo particolare nelle ipotesi di incertezza scientifica collegabili a potenziali danni alla salute ed all'ambiente⁴⁷.

Proprio la verifica dello stato delle conoscenze scientifiche è stata considerata situazione indispensabile dalla Corte, nei casi in cui è stata chiamata a pronunciarsi in sede di controllo di costituzionalità della disposizione, non potendosi sostituire, con proprie valutazioni, al ruolo degli organismi tecnico-scientifici competenti in materia⁴⁸.

Sul punto si ricorda, inoltre, come, anche la consolidata giurisprudenza amministrativa abbia riconosciuto al principio di precauzione, anche sulla base degli orientamenti della giurisprudenza europea sul punto, un ruolo

⁴⁷ Il riferimento è, ad esempio, a contrasti fra tutela della salute e libertà di iniziativa economica o fra libertà economiche e tutela della salute. Si veda su tutte la decisione della Corte Cost., 9 maggio 2013, n. 85, sul c.d. caso Ilva grazie alla quale i giudici costituzionali hanno puntato l'attenzione sul «continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi», evidenziando come fosse necessario individuare «un punto di equilibrio che non può che essere dinamico e non prefissato in anticipo secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale». In quell'occasione la scelta di prosecuzione dell'attività produttiva costituì, secondo la Corte, «l'esito della confluenza di plurimi contributi tecnici e amministrativi in un unico procedimento, nel quale devono trovare simultanea applicazione i principi di prevenzione, precauzione, correzione alla fonte, informazione e partecipazione, che caratterizzano l'intero sistema normativo ambientale». Cfr. V. ONIDA, *Un conflitto di poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell'ambiente. Nota a Corte Costituzionale, sentenza n. 85/13*, in *Rivista Aic*, 3, 2013; R. BIN, *Giurisdizione o amministrazione, chi deve prevenire reati ambientali? Nota alla sentenza "Ilva"*, in *Giur. cost.*, 3, 2013, p. 1510; A. MORELLI, *Un drammatico bilanciamento fra principi costituzionali*, in *Diritto penale contemporaneo*, 1, 2013, p. 11; G. ARCONZO, *Il decreto legge «ad Ilvam» approda alla Corte Costituzionale: osservazioni preliminari al giudizio di costituzionalità*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 15 febbraio 2013.

⁴⁸ Cfr. sul punto Corte Cost., sentenza 26 maggio 1998, n. 185 in *Ragiusan*, 1998, 172, p. 184; Corte Cost., sentenza 9 maggio 2002, n. 202 in *Giur. cost.*, 2002, p. 1599; Corte Cost., 6 aprile 2005, n. 135 in *Ragiusan*, 2005, 257, p. 136; Corte Cost., sentenza 3 novembre 2005, n. 406, cit., 4429; Corte Cost., sentenza 17 marzo 2006, n. 106 in *Giur. cost. 2006*, p. 2; Corte Cost., sentenza 23 luglio 2009, n. 235 in *Giur. cost.*, 2009, 4, p. 2895; Corte Cost., 24 luglio 2009, n. 248 in *Giur. cost.* 2009, 4, p. 3278; Corte Cost., sentenza 22 maggio 2013, n. 93 in *Giur. cost.*, 2013, 3, p. 1592; Corte Cost., sentenza 5 dicembre 2014, n. 274 in *Giur. cost.* 2014, 6, p. 4670; Corte Cost., sentenza 9 maggio 2015, n. 83 in *Giur. cost.*, 2013, 3, p. 1424; Corte Cost., sentenza 12 luglio 2017, n. 170 in *Giur. cost.* 2017, 4, p. 1555; Corte Cost., sentenza 8 novembre 2017, n. 232 in *Giur. cost.* 2017, 6, p. 2340; Corte Cost., sentenza 15 novembre 2017, n. 240 in *Giur. cost.* 2017, 6, p. 2478.

fondamentale nelle ipotesi in cui siano riscontrabili attività pericolose, anche in maniera potenziale, per la salute e per l'ambiente⁴⁹.

Al riguardo particolarmente rilevante è la sentenza del Consiglio di Stato 6250/13⁵⁰ che, secondo parte della dottrina, ha definito un vero e proprio «decalogo di regole per una corretta applicazione del principio di precauzione»⁵¹, riflettendo sulla portata del principio ed indicando un percorso logico da seguire da parte delle pubbliche amministrazioni nell'applicazione dello stesso principio. Facendo propri i dettati elaborati dalla giurisprudenza europea sul punto, i giudici hanno evidenziato come l'applicazione degli elementi caratterizzanti il principio di precauzione debbano rinvenirsi «lungo un percorso esegetico fondato sul binomio analisi dei rischi - carattere necessario delle misure adottate» con la diretta conseguenza che le attività da porre in essere in via precauzionale «presuppongono che la valutazione dei rischi di cui dispongono le autorità riveli indizi specifici i quali, senza escludere l'incertezza scientifica, permettano ragionevolmente di concludere, sulla base dei dati disponibili che risultano maggiormente affidabili e dei risultati più recenti della ricerca internazionale, che l'attribuzione di tali misure è necessaria al fine di evitare pregiudizi all'ambiente o alla salute»⁵².

Sulla base di tali considerazioni gli stessi giudici hanno chiarito come una corretta applicazione del principio di precauzione debba necessariamente prevedere l'adozione di misure volte «al preventivo svolgimento di una valutazione quanto

⁴⁹ Cfr. sul punto Consiglio di Stato, sentenza 14 aprile 2016, n. 1509 in *Foro Amm.*, 2016, 4, p. 812; Tar Lazio, sentenza 3 giugno 2015, n. 7782 in *Riv. giur. ed.*, 2015, 4, 1, p. 793; Consiglio di Stato, sentenza 12 febbraio 2015, n. 757 in *Riv. giur. ed.* 2015, 3, I, p. 490; Consiglio di Stato, sentenza 6 maggio 2013, n. 2446 in *Foro amm. - C.d.S.*, 2013, 5, p. 1278; Consiglio di Stato, sentenza n. 2495/15 in *Foro amm.*, 2015, 5, p. 1415; Consiglio di Stato, sentenza 22 luglio 2005, n. 3917 in *Foro it.* 2006, 7-8, III, p. 402; Consiglio di Stato, sentenza 27 dicembre 2013, n. 6250 in *Riv. giur. ed.*, 2014, 1, I, p. 106; Tar Abruzzo, sentenza 3 ottobre 2012, n. 403 in *Foro amm. TAR*, 2012, 10, p. 3218; Tar Molise, sentenza 15 marzo 2017, n. 82 in *Foro amm.*, 2017, 3, p. 762; Consiglio di Stato, sentenza 18 maggio 2015, n. 2495 in *Foro amm.*, 2015, 5, p. 1415.

⁵⁰ Cfr. Consiglio di Stato, sentenza 27 dicembre 2013, n. 6250, in *Riv. giur. ed.*, 2014.

⁵¹ Cfr. G. MONACO, *Dal Consiglio di Stato quasi un "decalogo" sull'applicazione del principio di precauzione*, in *Urbanistica e appalti*, 2014, 5, p. 551.

⁵² Il Consiglio di Stato rifiutando «un approccio puramente ipotetico del rischio, fondato su semplici supposizioni non ancora accertate scientificamente» ha precisato che «la giuridicizzazione e la conseguente giustiziabilità del principio di precauzione passano così attraverso la necessità di riconoscere canali istituzionali di coinvolgimento dei cittadini delle loro formazioni sociali e delle loro comunità di riferimento, nell'esercizio della funzione di amministrazione del rischio, sia a livello comunitario che a livello nazionale».

più possibile completa dei rischi calata nella concretezza del contesto spazio temporale di riferimento» in modo da individuarne la misura "necessaria"⁵³.

5. Brevi conclusioni.

Sulla base dell'analisi svolta in merito al ruolo del principio di precauzione in ambito europeo e nazionale risultano necessarie delle, seppur brevi, considerazioni anche alla luce dei recenti avvenimenti nel panorama nazionale ed europeo.

Come si è avuto modo di notare, nonostante chiari riferimenti normativi, la definizione del principio di precauzione resta ancorata all'evoluzione giurisprudenziale e dottrinale quale conseguenza di un'impostazione "meramente procedurale" o sostanziale assegnata a tale principio⁵⁴.

La recente questione della c.d. *Xylella fastidiosa* rappresenta, purtroppo, un esempio lampante dell'attuale orientamento dottrinale e giurisprudenziale, caratterizzato da un sindacato assai limitato sui limiti e sui presupposti che legittimano la definizione di attività di tipo precauzionale.

Come è stato più volte evidenziato, infatti, la valutazione dei rischi compiuta da parte delle amministrazioni nella fase di approvazione di un provvedimento è soggetta ad un sindacato limitato da parte dei giudici in considerazione delle «scelte di natura politica, economica e sociale» compiute dalle stesse amministrazioni, con la diretta conseguenza che «solo la manifesta inidoneità di un provvedimento adottato in tale ambito, in relazione allo scopo che l'istituzione competente intende perseguire, può inficiare la legittimità di tale provvedimento»⁵⁵.

⁵³ Cfr. R. TITOMANLIO, *Il principio di precauzione fra ordinamento europeo e ordinamento italiano*, cit., p. 202.

⁵⁴ Cfr. S. BARTOLOMEI, *Il principio di precauzione: norma assoluta o regola procedurale?* in *Biotetica*, 2001, p. 321; S. GRASSI, *Prime osservazioni sul principio di precauzione nel diritto positivo*, in *Dir. gest. amb*, 2001, p. 53; P. VINEIS - M. GHISLENI, V. RICCIARDI, *Sulle giustificazioni scientifiche del principio etico di precauzione*, in *Notizie di Politeia*, 2002, p. 102; G. MANFREDI, *Note sull'attuazione del principio di precauzione in diritto pubblico*, in *Dir. pubbl.*, 3, 2004, p. 1081; A.M. PRINCIGALLI, *Il principio di precauzione: "danni gravi e irreparabili" e mancanza di certezza scientifica*, in *Il diritto dell'agricoltura*, 2004, p. 152; F. TRIMARCHI, *Principio di precauzione e "qualità" dell'azione amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubbl., comun.*, 2005, p. 1676; M. GESTRI, *La portata normativa del principio di precauzione nel diritto comunitario: gestione politica del rischio e controllo giurisdizionale*, in *Il principio precauzionale nel diritto internazionale e comunitario*, Milano, 2006, p. 477; M. ANTONIOLI, *Precauzionalità, gestione del rischio e azione amministrativa*, cit., p. 85.

⁵⁵ Cfr. Tribunale di Primo Grado, sentenza 11 settembre 2002, T-13/99, *Pfizer Animal Health SA c. Consiglio dell'Unione Europea*, in www.curia.europa.eu. In questa occasione i giudici hanno chiarito che «il principio di precauzione permette alle istituzioni comunitarie di adottare, nell'interesse della salute umana, ma sulla base di conoscenze scientifiche ancora lacunose, misure

Da ciò ne deriva, quindi, che la scelta di adottare misure precauzionali sia il risultato di una volontà politica e di una valutazione amministrativa avvalorata da fondamenti scientifici, che porta nella maggior parte dei casi ad un bilanciamento tra interessi costituzionalmente garantiti, attribuendo, di fatto, al principio di precauzione il ruolo di "principio di azione" successivo ad una decisione politica ed, al tempo stesso, di regola procedurale che impone altresì il rispetto dei canoni di trasparenza, pluralismo ed emendabilità⁵⁶.

Per questo motivo è stato evidenziato come il principio di precauzione, per il ruolo «di modello per la gestione dei rischi legati alle situazioni di incertezza scientifica»⁵⁷ non possa essere considerato alla stregua di una sostanziale regola di giustizia, sindacabile in sede giurisdizionale, ma debba fungere quale strumento di garanzia, giuridica e politica, nell'ambito dei rapporti tra istituzioni, imprese, cittadini e comunità scientifica⁵⁸.

Secondo tale impostazione il principio di precauzione viene strettamente collegato alla tendenziale indeterminatezza delle disposizioni normative che vanno a disciplinare lo svolgimento di attività rischiose, con la conseguente necessità di fornire all'interprete, chiamato a contestualizzare *case by case* le norme, valide garanzie e strumenti adeguati al fine di scongiurare un eccessivo "sovraccarico del momento giudiziale" e ribadire la centralità di «apparati stabili ben visibili cui deve essere affidato il compito di procurarsi definitivamente su

di protezione che possono ledere, finanche in modo profondo, posizioni giuridiche tutelate e, a questo proposito, conferisce alle istituzioni un margine discrezionale notevole». Cfr. inoltre Corte di Giustizia, sentenza 9 settembre 2003, C-236/01, *Monsanto Agricoltura Italia Spa*, in *Racc.*, 2003, I, p. 8105; Tribunale di Primo Grado, sentenza 28 giugno 2005, T-158/03, *Industrias Quimicas des Valles, SA c. Commissione*, in *Racc.*, 2005, II, p. 2425.

⁵⁶ Cfr. L. MARINI, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario*, cit., p. 323. Sul punto l'Autore ha evidenziato come l'attenzione attribuita in ambito europeo al principio di precauzione abbia favorito una riflessione sulla partecipazione dei cittadini ai processi di valutazione scientifica. Da qui ne deriva l'esigenza di «democratizzare l'expertise scientifico e di assicurare una corretta e trasparente comunicazione scientifica, volta ad includere, ove possibile, la partecipazione della società civile alle decisioni che possono porsi alla base delle trasformazioni sociali e che possono rivelarsi suscettibili di ledere taluni diritti fondamentali dell'uomo».

⁵⁷ Cfr. G. MORBIDELLI, *Profili giurisdizionali e giustiziali nella tutela amministrativa dell'ambiente*, in S. GRASSI, M. CECCHETTI, A. ANDRONIO (a cura di), *Ambiente e diritto*, II, Città di Castello, 1999, p. 307.

⁵⁸ Cfr. G. D. COMPORI, *Contenuto i limiti del governo amministrativo dell'inquinamento elettromagnetico alla luce del principio di precauzione*, cit., pp. 215 e ss.. Cfr. inoltre M. TALLACCHINI, *Principio di precauzione e filosofia pubblica dell'ambiente*, in *Una nuova etica per l'ambiente*, Lecce, 2006, pp. 95 e ss.. Secondo l'Autore il principio di precauzione deve essere considerato uno strumento idoneo a prevedere una tutela preventiva attraverso «un'integrazione tra il giudizio scientifico e giudizio giuridico-politico per la tutela dei cittadini».

questioni tecnico - scientifiche complesse, non controllabili sino in fondo né da parte del giudice né da parte dell'amministrazione»⁵⁹.

In conclusione deve quindi evidenziarsi come, vista la complessità derivante da una corretta attuazione del principio di precauzione, risulta quindi determinante la necessaria definizione di procedure di adozione delle singole decisioni, capaci di porsi come risultato di procedimenti aperti al contraddittorio, partecipativi ed inclusivi di tutti gli interessi coinvolti⁶⁰.

⁵⁹ F. SALVIA, *Considerazioni su tecnica ed interessi*, in *Dir. pubb.*, 2002, p. 603.

⁶⁰ Cfr. R. TITOMANLIO, *Il principio di precauzione fra ordinamento europeo e ordinamento italiano*, cit., p. 257.

Problemi e prospettive in tema di procreazione medicalmente assistita.

*di Alessandro PALMA**

SOMMARIO: **1.** Il dibattito bioetico e biogiuridico in tema di procreazione medicalmente assistita. **2.** La procreazione medicalmente assistita e l'incerta filosofia di fondo della legge n. 40 del 2004. **3.** I diversi interventi della Corte Costituzionale anche in tema di ammissibilità dell'inseminazione eterologa e di trascrivibilità dell'atto di nascita. **4.** Profili problematici e criticità ancora aperte a seguito delle pronunce della Corte Costituzionale. **5.** Procreazione medicalmente assistita eterologa e nato: il diritto a conoscere le proprie origini. problemi e prospettive in tema di procreazione medicalmente assistita

1. Il dibattito bioetico e biogiuridico in tema di procreazione medicalmente assistita.

I recenti progressi ottenuti dalla biomedicina e l'aumento delle possibilità tecnologiche in ambito riproduttivo, così come l'aumento della infertilità individuale e di coppia, rappresentano, negli ultimi anni, le condizioni fattuali non solo di una sempre più diffusa richiesta di accesso alla procreazione medicalmente assistita ma anche, in un contesto di pluralismo bioetico e biogiuridico, di un acceso dibattito intorno alle rilevanti questioni etiche e giuridiche e agli interrogativi sul concetto di persona umana, sul significato del corpo¹, sul tema della dignità e dell'autodeterminazione².

Ciò avviene per i significativi profili di bioetica di cui è intrisa la materia e a causa del coinvolgimento dei diritti fondamentali della persona, riguardanti la famiglia e la filiazione.

*Avvocato, specializzato in professioni legali, Dottore di Ricerca in Filosofia del Diritto e cultore della materia in Diritto Ecclesiastico e Diritti Confessionali presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II. Tutor di Diritto Costituzionale alla Scuola di Specializzazione per le Professioni Legali presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II nonché Tutor di Diritto Ecclesiastico presso l'Università Telematica Pegaso.

¹ M. M. MARZANO, *Il corpo tra diritto e diritti* in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 2, 1999, p. 549 e ss.; S. RODOTA', *Ipotesi sul corpo "giuridificato"*, in *Rivista critica del diritto privato*, n. 4, 1994, p. 489 e ss.

² S. MANGIAMELI, *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2009; F. FRENI, *La laicità nel biodiritto. Le questioni bioetiche nel nuovo incedere interculturale della giuridicità*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 3.

La complessa questione della procreazione medicalmente assistita solleva, così, numerose domande etiche e giuridiche³ che riguardano la natura ed i limiti dei diritti riproduttivi positivi, l'esistenza o meno di un diritto ad avere figli e dei limiti alla richiesta di accesso a tale tecnologia⁴.

Incertezze e possibili profili di criticità emergono in tutta la loro forza anche in ragione dell'attuale situazione socio-culturale, caratterizzata da una frammentazione delle identità e dalla vigenza di eterogenei codici etici⁵, che rendono più difficile la ricerca di punti minimi di condivisione al fine di garantire scelte *super partes* tra le pressioni esercitate, da un lato, dalla cosiddetta ideologia laica e, dall'altro, dalle visioni confessionali, le quali non omettono di fornire indicazioni sul valore ontologico della vita e della salute esprimendo, nel dibattito e nella prassi, dei precisi orientamenti⁶.

Non di rado, infatti, i differenti e, talvolta, inconciliabili paradigmi di natura etica, filosofica e morale, forniscono divergenti valutazioni sul problema della

³ cfr. P. ZATTI, «Natura» e «cultura» nella procreazione artificiale, in G. FERRANDO, *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, Cedam, Padova, 1989, p. 177 e ss.

⁴ Cfr. sul tema P. GIUSTINIANI, *Sulla procreazione assistita*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2005.

⁵ Cfr. sul tema L. SCOPEL, *La procreazione artificiale nei recenti documenti della Chiesa Cattolica*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), febbraio 2012; M. ARAMINI, *Persona e libertà nel dibattito tra bioetica laica e bioetica cattolica*, Mattioli, Fidenza, 2012; H. T. ENGELHARDT, *The foundation of Bioethics*, Oxford University Press, New York, 1986; M. MORI, *La bioetica: che cos'è, quand'è nata, e perché. Osservazioni per un chiarimento della 'natura' della bioetica e del dibattito italiano in materia*, in *Bioetica*, 1, 1993, pp. 115-143; P. SINGER, *Etica pratica*, Liguori Editore, Napoli, 1989; AA.VV., *Teologia e bioetica laica*, a cura di L. LORENZETTI, Dehoniane, Bologna 1994; L. PALAZZANI, *Bioetiche a confronto*, in *Iustitia*, 1996, n. 3, pp. 305-315; R. MORDACCI, *L'incerta vicenda della bioetica. Saggio di interpretazione sintetica*, in AA. VV., *La bioetica. Questione civile e problemi teorici sottesi*, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 21-53; P. GIUSTINIANI, *La questione bioetica tra scienza e fede*, in P. COLONNELLO, R. GALLINARO, P. GIUSTINIANI (a cura di), *L'albero della vita. Biotecnologie tra fede e scienze*, Editoriale Comunicazioni Soc., Napoli 2002, pp. 5-26; R. COPPOLA, *La questione bioetica nella visione laica e nei principi cattolici*, in *Dialogando- Riproduzione umana e prevenzione dei difetti congeniti tra biotecnologia, normativa ed etica*, 21 giugno 2003, pp. 33-36; G. FORNERO, *Bioetica cattolica e bioetica laica*, Mondadori, Milano, 2009; P. GIUSTINIANI, *Bioetica cattolica e bioetica laica. Nessun problema?*, in P. GIUSTINIANI (a cura di), *Discussioni di bioetica*, ECS-Pontificia Facoltà teologica sezione san Tommaso, Napoli 2009, pp. 9-54; M. F. MATERNINI, L. SCOPEL, *Bioetica e confessioni religiose, I e II*, Edizioni Università di Trieste, Trieste, 2014; C. FARALLI, *La bioetica e biodiritto. Problemi, casi e materiali*, Giappichelli, Torino, 2014.

⁶ Circa la posizione della Chiesa cattolica in tema di procreazione medicalmente assistita cfr. Congregazione per la Dottrina della Fede, Istruzione *Donum Vitae*, su il rispetto della vita umana nascente e la dignità della procreazione, 22 febbraio 1987, in AAS 80 [1988], pp. 70-102; Congregazione per la Dottrina della Fede, Istruzione *Dignitas Personae*, 8 settembre 2008, in AAS 100, [2008]; A. ZANOTTI, *Le manipolazioni genetiche e il diritto della Chiesa*, Giuffrè, Milano, 1980; D. TETTAMANZI, *L'etica della riproduzione umana artificiale*, in *Bioetica: Un'opzione per l'uomo*, Bologna, 1988.

separazione tra sessualità e procreazione dovuta all'eccessiva tecnicizzazione e proceduralizzazione del nascere (connessa all'uso delle tecnologie riproduttive), sulla possibilità di accesso alle tecnologie riproduttive quale atto di autodeterminazione indipendentemente da una obiettiva condizione terapeutica, sulla donazione di gameti o, ancora, sullo statuto dell'embrione umano⁷.

In ogni caso, le predette questioni, che possono diventare assai rilevanti in uno stato laico che però non svisciva la dimensione pubblica del fattore religioso⁸, si inseriscono anche nel processo di profonda e rapida trasformazione delle dinamiche che conformano sia le relazioni umane che, in particolare, quelle familiari. Del resto, nel corso degli ultimi anni si sono susseguiti, pur con le particolarità proprie delle diverse realtà ordinamentali⁹, numerosi interventi in materia familiare. Si pensi, ad esempio, nell'ottica di un graduale superamento del modello tradizionale di famiglia fondata sul matrimonio¹⁰, al riconoscimento di nuovi modelli familiari¹¹, quali la famiglia di fatto, monoparentale, ricostituita, allargata, di sangue, degli affetti¹². La diversa concezione culturale e giuridica che emerge, foriera anche di un inevitabile indebolimento del vincolo coniugale

⁷ L. D'AVACK, *Il progetto filiazione nell'era tecnologica*, Giappichelli, Torino, 2014; L. PALAZZANI, *Dalla bio-etica alla tecno-etica: nuove sfide al diritto*, Giappichelli, Torino, 2017.

⁸ S. DOMIANELLO, *Giurisprudenza costituzionale e fattore religioso: le pronunzie della Corte Costituzionale in materia ecclesiastica 1987-1998*, Giuffrè, Milano, 1999; E. DOLCINI, *La legge sulla fecondazione assistita, un esempio di 'sana laicità*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), marzo 2009; E. DOLCINI, *Legge sulla procreazione assistita e laicità dello stato: da sempre un rapporto difficile*, in *Diritto Penale contemporaneo*, novembre 2013.

⁹ Sul tema G. ALPA, *Alcune osservazioni sul diritto comunitario e sul diritto europeo della famiglia*, in *Famiglia*, 2003; N. LIPARI, *Riflessioni su famiglia e sistema comunitario*, in *Famiglia*, 2006, I, p. 8; W. PINTENS, *La famiglia e il diritto in Europa: sviluppi e prospettive*, in M. G. CUBEDDU, S. PATTI (a cura di), *Introduzione al diritto di famiglia in Europa*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 92 e ss.

¹⁰ Sul tema si veda C. A. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Annali del seminario giuridico dell'Università di Catania*, Napoli, 1949, P. ZATTI, *Famiglia, Familiae. Declinazione di un'idea*, I, *La privatizzazione del diritto di famiglia*, in *Famiglia*, 2002, p. 9 e ss.; A. CICU, *Il diritto di famiglia nello Stato fascista*, ora in *Scritti minori*, I, Giuffrè, Milano, 1965; F. SANTORO PASSARELLI, *Saggi di diritto civile*, I, Jovene, Napoli, 1961, p. 381 e ss.; A. RUGGERI, *Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2007, 4, p. 751 e ss., P. ZATTI, *Tratt. dir. fam.*, I, *Famiglia e Matrimonio*, Giuffrè, Milano, 2011; V. SCALISI, «Famiglia» e «famiglie» in Europa, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 15 e ss.; F. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 524 e ss.

¹¹ Cfr. R. PARSONS, *Famiglia e socializzazione*, Mondadori, Milano, 1974; D. COOPER, *La morte della famiglia*, Einaudi, Torino, 1977; A. L. ZANATTA, *Le nuove famiglie*, Il Mulino, Bologna, 1997; P. DONATI (a cura di), *Famiglia e capitale sociale nella società italiana. Ottavo rapporto sulla famiglia italiana*, San Paolo, Milano, 2003.

¹² Basti pensare all'art. 5 della legge n. 40 del 2004 che si situa nell'ormai consolidato e diffuso riconoscimento di una pluralità di modelli normativi di famiglia. Cfr. F. NADDEO, *Accesso alle tecniche*, in P. STANZIONE, G. SCIANCALEPORE, *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004, 57 e ss. e la dottrina *ivi* citata.

a fronte di un incremento delle separazioni, dei divorzi e di diversi percorsi familiari, impone dunque al diritto di offrire risposte adeguate che compongano armonicamente i diversi interessi coinvolti.

Tuttavia se in Italia, sul piano dei rapporti tra coniugi o partner, una prima risposta vi è stata con la disciplina delle convivenze e delle unioni civili¹³, in tema di filiazione (e, dunque, circa il legame che unisce genitori e figli) al consapevole valore apicale assunto nel nostro ordinamento dall'interesse del minore¹⁴, la recente riforma della filiazione, anche se tesa a garantire gli effetti del rapporto di filiazione in una visione egualitaria¹⁵, non è intervenuta su particolari aspetti che, per la loro delicatezza, avrebbero avuto necessità di una rivisitazione quali, ad esempio, la procreazione medicalmente assistita.

2. La procreazione medicalmente assistita e l'incerta filosofia di fondo della legge n. 40 del 2004.

Con l'espressione procreazione medicalmente assistita si richiamano diversi fenomeni quali l'inseminazione artificiale intracorporea e la fecondazione

¹³ In tema mi sia permesso rinviare a A. PALMA, *Matrimonio, unioni civili e nuovi modelli familiari alla luce della legge n.76 del 20 maggio 2016*, in *De Iustitia*, ottobre 2018; L. PRINCIPATO, *I profili costituzionali della famiglia, come canone ermeneutico, soggetto giuridico e fattispecie*, in *Giur. cost.*, n. 2, 2015; L. QUERZOLA, *Riflessioni sulla legge in materia di unioni civili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, n. 3, 2016, p. 843 ss.; C. CICERO, *Non amor sed consensus matrimonium facit? chiose sull'obbligo di fedeltà nei rapporti di convivenza familiare*, in *Dir. fam. pers.*, n. 4, 2016, p. 1095 e ss.; M. CANONICO, *Gli aspetti patrimoniali delle unioni civili e delle convivenze di fatto*, in *Dir. fam. pers.*, n. 4, 2016, p. 1108 e ss.; F. P. LUISO, *La convivenza di fatto dopo la l. 76/2016*, in *Dir. fam. pers.*, n. 4, 2016, p. 1083 e ss.; B. DE FILIPPIS, *Unioni civili e contratti di convivenza*, Cedam, Padova, 2016; AA. VV., *L'istituzione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso e la disciplina delle convivenze*, in *Fam. dir.*, n. 10, 2016, p. 845 e ss.; C. BIANCA (a cura di), *Le unioni civili e le convivenze. Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017, d.lgs. n. 6/2017; d.lgs. n. 7/2017*, Giappichelli, Torino, 2017.

¹⁴ G. SCIANCALEPORE, *L'interesse del minore nel giudizio di cui all'art. 274 c.c.*, in *Rass. dir. civ.*, 1992, p. 834 ss.; F. GALLETTA, *I nuovi assetti familiari e l'interesse del minore*, in *Scritti in onore di Cesare Massimo Bianca*, II, Giuffrè, Milano, 2006, p. 261 e ss.; L. FERLA, *Status filiationis ed interesse del minore: tra antichi automatismi sanzionatori e nuove prospettive di tutela*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 1575 e ss.; G. BALLARANI, P. SIRENA, *Il diritto dei figli di crescere in famiglia e di mantenere rapporti con i parenti nel quadro del superiore interesse del minore*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, p. 538 e ss.; G. CORAPI, *La tutela dell'interesse superiore del minore*, in *Dir. succ. fam.*, n. 3, 2017, p. 777 ss.

¹⁵ Cfr. C. BIANCA, *Tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico*, in *La riforma del diritto della filiazione (l. n. 219/12)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, p. 507 e ss.; M. SESTA, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Fam. dir.*, 2013, p. 231 ss.; R. PANE (a cura di), *Il nuovo diritto di famiglia*, ESI, Napoli, 2015; AA.VV., *La nuova disciplina della filiazione*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2015.

extracorporea che prevedono, sia nella tipologia omologa che eterologa, l'intervento artificiale nella prima fase della riproduzione umana¹⁶.

Tecniche i cui primi tentativi risalgono ormai già a molto tempo fa¹⁷ ma che hanno visto solo da qualche tempo, nel tentativo di armonizzare le varie legislazioni europee¹⁸, il Consiglio d'Europa intervenire sul tema dettando i punti essenziali della futura disciplina e raccomandando agli Stati membri, ai fini di tutela della donna e, se coniugata, anche del marito, di disciplinare tanto la procreazione omologa quanto quella eterologa, con particolare attenzione alla responsabilità del medico e alla gratuità della donazione del seme e dell'ovulo in modo da evitare la vendita del materiale genetico¹⁹.

Solo nel 2004, con l'entrata in vigore della legge n. 40, la procreazione medicalmente assistita, in forte ritardo rispetto alle altre realtà europee, dopo una *lunga marcia*²⁰, ha fatto ingresso nel panorama giuridico italiano, portando con sé le difficoltà insite nella regolamentazione di quanto più intimo vi è nell'essere umano²¹. Tale normativa, da molti auspicata per porre fine alle

¹⁶ Cfr. G.M. CARBONE, *La fecondazione extracorporea. Tecniche, valutazione morale e disciplina giuridica*, Edizioni Studio Domenicano, Bologna, 2005.

¹⁷ M. FACCIOLI, *Procreazione medicalmente assistita*, in *Dig. disc. priv., Aggior.*, III, Utet, Torino, 2007, p. 1051 ss.; I. CORTI, *La procreazione medicalmente assistita*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, Trattato diretto da G. FERRANDO, III, Zanichelli, Bologna, 2007, p. 530 e ss.; F. SCIA, *Indagini genetiche preimpianto e procreazione medicalmente assistita*, ESI, Napoli, 2012; M. D'AMICO B. LIBERALI, *Procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria della gravidanza: problematiche applicative e prospettive future*, ESI, Napoli, 2016.

¹⁸ Sul tema cfr. M. IACOMETTI, *La procreazione medicalmente assistita nell'ordinamento spagnolo*, in C. CASONATO, T. E. FROSINI (a cura di), *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 55 e ss.

¹⁹ Si vedano, ad esempio, la *Raccomandazione* n. 934, del 1982 e la n. 1100 del 1989 e il *Rapporto* n. 4776 del 18 settembre 1981, sull'inseminazione artificiale umana, in F. BUZZI, G. TASSI, *La procreazione medicalmente assistita. Normativa, giurisprudenza e aspetti medico legali*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 95 e ss.

²⁰ E. DOLCINI, *La lunga marcia della fecondazione assistita. La legge 40/2004 tra Corte costituzionale, Corte Edu e giudice ordinario*, in *Studi in onore di M. Romano*, 2011, vol. III, p. 1475 e ss.

²¹ L. PALAZZANI, *La legge italiana sulla procreazione assistita: aspetti filosofico-giuridici*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1999, pp. 746-760; U. SALANITRO, *I requisiti soggettivi per la procreazione assistita: limiti ai diritti fondamentali e ruolo dell'interprete*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1360 e ss.; E. DOLCINI, *La lunga marcia della fecondazione assistita: la legge 40/2004 tra Corte Costituzionale, Corte EDU e giudice ordinario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 428 e ss.; M. SESTA, *La procreazione medicalmente assistita tra legge, Corte costituzionale, giurisprudenza di merito e prassi medica*, in *Fam. dir.*, 2010, p. 845 e ss.; G. CASABURI, *Procreazione medicalmente assistita: "disco verde" giurisprudenziale alle coppie non sterili e non infertili*, in *Corr. merito*, 2010, p. 260 e ss.; M. DOSSETTI, M. LUPO, M. JABES MORETTI, *Cinque anni di applicazione della legge sulla procreazione assistita. Problemi e responsabilità*, Giuffrè, Milano, 2009; F. R. FANTETTI, *Illegittimità costituzionale della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Fam. pers. succ.*, 2009, p. 683; M. MORETTI, *La procreazione*

incertezze ed ai problemi di natura etica e giuridica sorti su tali questioni, cerca, in presenza di un quadro internazionale ed europeo molto frammentato e disomogeneo²² che ha determinato nel nostro Paese la prassi del *turismo procreativo*²³, di disciplinare le diverse forme di fecondazione assistita circoscrivendone il ricorso ad ambiti ridotti. Questa ha ammesso e disciplinato la cosiddetta fecondazione artificiale omologa, vietando quella eterologa. Il divieto è previsto espressamente dall'articolo 4, co. 3 e sanzionato dall'art. 12 co. 1 della medesima legge ai sensi dei quali la coppia, affinché possa accedere alla procreazione medicalmente assistita, deve essere sterile ma potenzialmente feconda. La tecnica ammessa, considerata in ogni caso ex art. 1 in termini di residualità rispetto alla normale procreazione e, comunque, retta dal rigoroso principio del consenso informato ex art. 6²⁴, si limita dunque a rimuovere un semplice ostacolo fisico alla fecondazione. Inoltre, ex art. 5, si prevede che alla procreazione medicalmente assistita possano accedere solo coppie formate da maggiorenni di sesso diverso, coniugati o conviventi, in età potenzialmente fertile. Dunque, la scelta di fondo di garantire la fecondazione omologa solo alle coppie eterosessuali (anche se solo conviventi, dando rilievo ai fenomeni delle famiglie di fatto e della convivenza *more uxorio*) è il frutto di un bilanciamento tra le opposte esigenze di garantire l'uso delle tecniche più moderne utili alla procreazione da parte di soggetti altrimenti naturalmente impossibilitati a tale pratica e quella di porre limiti all'uso della scienza medica, soprattutto al fine di vietare pratiche troppo lontane dal decorso naturale dei fenomeni di filiazione quali le pratiche eugenetiche e la clonazione²⁵.

La legge n. 40 del 2004 ha, tuttavia, sollevato numerose perplessità non solo in dottrina e in giurisprudenza ma anche nella società civile, nonostante abbia

medicalmente assistita, in *Tratt. dir. fam.*, III, Utet, Torino, 2007, p. 291 e ss.; R. VILLANI, *La procreazione medicalmente assistita*, in *Tratt. dir. fam.*, VII, Giuffrè, Milano, 2006; p. 263 e ss.; F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita*, Giuffrè, Milano, 2004.

²² R. TORINO, *Legittimità e tutela giuridica degli accordi di maternità surrogata nelle principali esperienze straniere e in Italia*, in *Famiglia*, n. 1, 2002, p. 179 e ss.

²³ J. LONG, *"Turismo" matrimoniale e procreativo: alcune riflessioni socio-giuridiche*, in *Genius*, n. 2, 2015, p. 163 e ss.

²⁴ In generale, sul principio del consenso informato si segnalano E. D. BUSNELLI, *Bioetica e diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2001; S. RODOTA', *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano, 2006; L. D'AVACK, *Sul consenso informato all'atto medico*, in *Dir. fam. e pers.*, 2008, p. 759 e ss.; P. BINETTI, *Il consenso informato*, Mondadori, Roma, 2010.

²⁵ In generale sull'esigenza e sulle tecniche del bilanciamento in materia di fecondazione assistita, V. BALDINI, *La disciplina della fecondazione assistita: un problema di diritto costituzionale?*, in L. CHIEFFI, *Bioetica e diritti dell'uomo*, Paravia, Torino, 2000.

superato lo scoglio del *referendum* abrogativo del 2005²⁶. E' stato, infatti, sostenuto che il testo normativo tutelerebbe in massimo grado l'embrione²⁷ a discapito del diritto alla salute della donna, impedendo al contempo la ricerca scientifica per la cura e la prevenzione di alcune gravi malattie²⁸. Sono poi stati oggetto di forte critica il divieto all'inseminazione eterologa, che limiterebbe il diritto della persona alla creazione di una famiglia con figli, in ossequio a tradizionali tendenze presenti nel nostro Paese²⁹; il paradossale incrementarsi del turismo procreativo verso Paesi in cui la fecondazione è permessa in un numero maggiore di casi, determinando una irragionevole discriminazione ed un netto contrasto con il principio di uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3 Cost.; così come l'art. 6 co. 3. che, vietando la revoca del consenso all'inseminazione dopo la fecondazione dell'ovulo, determinerebbe nel medico il dovere di procedere all'impianto contro la volontà della donna, circostanza che sarebbe senz'altro in contrasto con l'art. 32 Cost.

²⁶ In tema deve essere ricordato che, proprio la volontà da parte del legislatore di procedere con la legge n. 40 del 2004 al contemperamento di tutti gli interessi in gioco, viene richiamato dalla stessa Corte costituzionale che con la sentenza n. 45 del 2005 ha escluso l'ammissibilità del referendum abrogativo totale della legge, sulla base dell'argomento che si trattasse di una legge «costituzionalmente necessaria», in quanto coinvolge una molteplicità di interessi di rango costituzionale, i quali «nel loro complesso richiedono un bilanciamento tra essi che assicuri un livello minimo di tutela legislativa». Cfr. M. AINIS, *I referendum sulla fecondazione assistita*, Giuffrè, Milano, 2005.

²⁷ C. S. PASTORE, *L'embrione umano tra tutela della ricerca scientifica e diritti della personalità*, in *Rass. dir. civ.*, n. 3, 2014, p. 730 e ss.; C. BUCCELLI, *La tutela dell'embrione nella legge 40/2004*, in *Riv. it. med. leg.*, n. 1, 2006, p. 15 e ss.; C. M. PETTINATO, *I nuovi orizzonti giuridici della tutela dell'embrione*, in *Dir. eccl.*, n. 3, 2004, p. 299 ss.; A. BONPIANI, *Studi e saggi: La dignità del vivere: Quale tutela dell'embrione umano nella riflessione biogiuridica internazionale?*, in *Bioetica*, n. 1, 2001, p. 139 e ss.

²⁸ F. CARLINO, *La selezione preimpianto tra autodeterminazione procreativa e tutela del diritto alla salute della donna*, in *Resp. civ. prev.*, n. 1, 2018, p. 229 e ss.; E. DOLCINI, *La legge sulla procreazione assistita dieci anni dopo: la metamorfosi continua*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 4, 2014, p. 1669 e ss.; G. CARAPEZZA FIGLIA, *Tutela dell'embrione e divieto di brevittabilità: un caso di assiologia dirimente nell'ermeneutica della Corte di Giustizia*, in *Dir. fam. pers.*, n. 1, 2012, p. 3 e ss.; M. CASINI, *La dimenticanza del diritto alla famiglia del figlio concepito con le tecniche di Pma sotto il profilo dell'unitarietà delle figure genitoriali*, in *Dir. fam. pers.*, n. 1, 2011, p. 73 e ss.

²⁹ Cfr., in vario senso, LORENZO D'AVACK, *La legge sulla procreazione medicalmente assistita: un'occasione mancata per bilanciare valori ed interessi contrapposti in uno Stato laico*, in *Dir. fam. pers.*, 2004, p. 793 ss.; A. CELOTTO, *Legge sulla procreazione medicalmente assistita: quanti dubbi di costituzionalità*, in www.forumcostituzionale.it, p. 1; P. STANZIONE e G. SCIANCALEPORE (a cura di), *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 39. Invero si è ritenuto che "i politici cattolici, una volta che hanno spiegato chiaramente la propria posizione hanno il dovere di impegnarsi per ridurre gli effetti negativi e fare in modo che il testo di una legge sia il migliore possibile, tenendo conto degli equilibri e delle forze in gioco". E. SGRECCIA e A. FIORI, *Qualche riflessione sopra la legge italiana sulla procreazione assistita*, in *Medicina e Morale*, 2004, n. 1, p. 10.

Sullo sfondo, ancora, la critica alla *ratio* del divieto di fecondazione eterologa individuata dai sostenitori della prospettiva libertaria e laica (che pone al centro del ragionamento bioetico la scelta individuale, autonoma e soggettiva) nell'affermazione del paradigma proprio della concezione personalistica (e degli universi confessionali che, che in nome dei principi e dei valori su cui si fondano, pongono al centro della riflessione bioetica la dignità intrinseca della persona umana e definiscono anche i confini di legittimità dell'intervento dell'uomo sulla natura)³⁰. Così come, infine, non possono passare inosservati gli altri difetti di tecnica legislativa presenti nel testo legislativo³¹, quali, ad esempio, la vaghezza del testo, l'assenza di coordinamento tra le singole norme ed il più generale impianto di riferimento del diritto delle persone, l'intrinseca contraddittorietà e/o ambiguità della disciplina e delle sue reali finalità. Ambiguità tutte palesatesi con maggior evidenza dopo i vari interventi correttivi operati dalla Corte Costituzionale³².

³⁰ D. MILANI, D. ATIGHETCHI, *Intorno alla vita che nasce: diritto ebraico, canonico e islamico a confronto*, Giappichelli, Torino, 2013; G. FORNERO, *Bioetica cattolica e bioetica laica*, Dalai, Milano, 2009. In particolare il Magistero della Chiesa cattolica è intervenuto più volte al fine di chiarire e risolvere i problemi etici posti dalle nuove tecnologie biomediche e particolare rilevanza assume in proposito l'Istruzione *Donum Vitae* della Congregazione per la Dottrina della Fede datata 22 febbraio 1987. L'Istruzione predetta, citata numerose volte nel documento "Famiglia e Procreazione umana" del Pontificio Consiglio per la Famiglia datato 13 maggio 2006, è stata confermata ed aggiornata dall'Istruzione *Dignitae Personae* della Congregazione per la Dottrina della Fede, datata 8 settembre 2008. Cfr. E. SGRECCIA, *Il dono della vita*, Vita e Pensiero, Milano, 1987; L. SCOPEL, *La procreazione artificiale nei recenti documenti della Chiesa Cattolica*, in *Stato, Chiesa e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it); G. BIANCO, *La Chiesa cattolica in Italia e la disciplina sulla procreazione medicalmente assistita*, in www.bibliotekacyfrowa.pl; S. GROSSI, *Le tecnologie riproduttive nel magistero della Chiesa Cattolica*, in A. BUCCELLI (a cura di), *Produrre uomini: procreazione assistita: un'indagine multidisciplinare*, Firenze University Press, Firenze, 2005, p. 47 e ss.

³¹ Cfr. N. LIPARI, *Legge sulla procreazione assistita e tecnica legislativa*, Relazione al convegno "Procreazione assistita: problemi e prospettive", Roma, 31 gennaio 2005, Accademia dei Lincei, in www.laprocreazioneassistita.it.

³² Si vedano ad esempio le sentenze n. n. 151 del 2009, n. 162 del 2014, n. 96 del 2015, n. 229 del 2015 e n. 84 del 2016 della Corte costituzionale. Cfr. M. CASINI, *La sentenza costituzionale 151/2009: un ingiusto intervento demolitorio della legge 40/2004, nota a C. cost. 8 maggio 2009 n. 151*, in *Dir. fam. pers.*, n. 3, 2009, p. 1033e ss.; G. CASABURI, *La Corte costituzionale allarga (con qualche ambiguità) l'accesso alla procreazione medicalmente assistita. Osservazioni a Corte cost. 5 giugno 2015, n. 96*, in *Foro it.*, nn. 7-8, 2015, p. 2254 e ss.; M. CASINI, *Il "figlio a tutti i costi" e la procreazione medicalmente assistita. Così la Corte Costituzionale dimentica il primato degli interessi e dei diritti dei minori. La sentenza n. 162 del 2014 e il ritorno dell'eterologa in Italia*, in *Medicina e morale*, 3, 2014, p. 367 e ss.; F. VARI, *A proposito della sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale in materia di procreazione eterologa in Quad. dir. pol. eccl.*, n. 3, 2014, p. 617 e ss.; C. IAGNEMMA, *Diagnosi genetica preimpianto: problemi aperti in rapporto alla sentenza della Corte costituzionale n. 229/2015, nota a C. cost. 11 novembre 2015 n. 229*, in *Riv. it. med. leg.*, n. 1, 2016, p. 322 e ss.; P. SANFILIPPO, *La riscrittura giurisprudenziale della legge n. 40/2004: un caso singolare di eterogenesi dei fini*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2, 2015, p. 851 ss.;

3. I diversi interventi della Corte Costituzionale anche in tema di ammissibilità dell'inseminazione eterologa e di trascrivibilità dell'atto di nascita.

La legge sulla procreazione medicalmente assistita è stata sottoposta, nel corso degli anni, a molteplici censure non solo ad opera delle giurisdizioni di merito³³ e di legittimità ma anche da parte della Corte Costituzionale³⁴.

Così, con la sentenza n. 151 del 2009, per contrasto con l'art. 3 Cost. sotto il duplice profilo del principio di ragionevolezza e di eguaglianza, la Corte Costituzionale ha dichiarato la parziale incostituzionalità dell'art. 14, relativamente ai commi 2 e 3, nella parte in cui si prevede la produzione di non più di tre embrioni per volta da impiantare contemporaneamente³⁵. Inoltre,

A. IANNUZZI, *La Corte costituzionale dichiara l'illegittimità del divieto di accesso alla diagnosi preimpianto e alla procreazione medicalmente assistita per le coppie fertili e sgretola l'impianto della legge n. 40 del 2004. Osservazione a sentenza Corte Cost. 5 giugno 2015 n. 96*, in *Giur. cost.*, n. 3, 2015, p. 813 e ss.; C. CASINI, M. CASINI, *Soggettività dell'embrione, "contraccezione di emergenza", obiezione di coscienza: riflessioni dopo la sentenza costituzionale 84/2016*, in *Dir. fam. pers.*, n. 3, 2016, p. 863 e ss.; A. COSSIRI, *La l. n. 40/2004 ancora di fronte alla Corte: l'inammissibilità delle questioni sui divieti di revoca del consenso e di ricerca sugli embrioni (nota a C. cost. 13 aprile 2016 n. 84)*, in *Giur. cost.*, 2, 2016, p. 763 e ss.; G. CASABURI, *La Corte costituzionale e la l. 40/04: ritorno all'ordine?*, in *Foro it.*, n. 5, 2016, p. 1518 e ss.; L. CHIEFFI, *L'irragionevole obbligo di crioconservazione degli embrioni selezionati e abbandonati in seguito ad indagine genetica reimpianto, nota a C. cost. 11 novembre 2015 n. 229*, in *Giur. cost.*, n. 6, 2015, p. 2111 e ss.; F. SANTOSUOSSO, *La legge n. 40/2004 dopo gli interventi della Consulta*, in *Iustitia*, n. 2, 2010, p. 175 e ss.

³³ Basti ricordare alcuni degli interventi più significativi quali: le ordinanze di Tribunale Cagliari e Tribunale Firenze, la prima del settembre 2007 e la seconda del dicembre dello stesso anno, con le quali sono state disapplicate le Linee guida applicative della legge n. 40 ammettendo contestualmente alla diagnosi preimpianto le coppie sterili e portatrici di malattie genetiche trasmissibili. Immediatamente dopo è stata la volta del Tar Lazio (sez. III, 21 gennaio 2008, n. 398), che, basandosi sulle decisioni dei due Tribunali civili, ha annullato le Linee guida del 2004, le quali diversamente dalla legge sancivano espressamente il divieto di diagnosi preimpianto sugli embrioni in *vitro*, consentendo la sola indagine osservazionale. Da ultimo si ricordano le ordinanze del Tribunale di Bologna (2009) e di Salerno (2010), con le quali sono state ammesse alla diagnosi preimpianto anche le coppie portatrici di malattie genetiche ma non infertili.

³⁴ Sul tema si vedano, ad esempio, A. BALDASSARRE, *Le biotecnologie e il diritto costituzionale*, in M. VOLPI (a cura di), *Le biotecnologie: certezze e interrogativi*, Il Mulino, Bologna, 2001, p. 16 e ss.; M. VOLPI, *Lo statuto costituzionale dell'embrione*, in AA. VV., *La tutela dell'embrione*, ESI, Napoli, 2002, p. 35 e ss.; A. D'ALOIA, *Biotecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2005.

³⁵ Nella sent. n. 151 del 2009, il caso verteva sul divieto di produrre più di tre embrioni e sul loro contestuale impianto nell'utero della donna, e si concluse con la dichiarazione di illegittimità di un'altra norma simbolo della legge. Tale sentenza ha così implicitamente derogato al divieto di crioconservazione ex art. 14, co. 1 della legge n. 40 del 2004. Cfr. Corte cost. 1° aprile 2009 – 8 maggio 2009, n. 151, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 928 ss., con nota di E. DOLCINI, *Embrioni nel numero "strettamente necessario": il bisturi della Corte costituzionale sulla legge n. 40 del*

dovendo la legge in esame tutelare non solo il concepito ma tutti i soggetti coinvolti, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'articolo 14 nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni debba essere effettuato senza alcun pregiudizio per la salute della donna. Anche con la recente sentenza n. 162 del 2014 la Corte Costituzionale, in forza degli artt. 2, 3, 29, 31 e 32 Cost., è tornata sulla legge n. 40 del 2004 dichiarando l'incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa per tutti quei casi in cui sia stata diagnosticata alla coppia una patologia che sia causa di sterilità o di infertilità assolute e irreversibili³⁶. Così la Corte, non caducando in senso generale e onnicomprensivo il divieto di cui all'art. 4 co. 3 della legge n. 40 del 2004, permette che in presenza di tali patologie sia possibile il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita eterologa anche nel caso in cui esse abbiano colpito anche uno solo i componenti della coppia. Inoltre, con la decisione in esame, la Consulta non solo ha dichiarato incostituzionale l'art. 12 co. 1, che prevedeva la sanzione amministrativa pecuniaria in caso di fecondazione eterologa, e l'art. 9, co. 1 e 3 limitatamente alle parole «in violazione del divieto di cui all'art. 4, co. 3» facendo in modo che tale articolo non si riferisca più ad una pratica vietata ma ad un tipo di fecondazione (ormai) del tutto legittima, ma ha anche affermato che tutte le norme della legge in esame, in quanto riferite in generale al fenomeno della procreazione

2004. Si rinvia anche a M. CASINI, *La sentenza costituzionale 151/2009: un ingiusto intervento demolitorio della l. 40/2004*, in *Dir. famiglia*, 2009; G. RAZZANO, *L'essere umano allo stato embrionale e i contrappesi alla sua tutela. In margine alla sentenza della Corte cost. n. 151/2009 e all'ordinanza del Tribunale di Bologna del 29 giugno 2009*, in *Giur. it.*, 2010.

³⁶ Si vedano sul tema A. PORRACCIOLO, *Un divieto non giustificabile dall'ordinamento se ostacola la realizzazione della genitorialità (nota a Corte cost. 10 giugno 2014 n. 162)*, in *Guida dir.*, 27, 2014, p. 27 e ss.; C. CICERO, e E. PELUFFO, *L'incredibile vita di Timothy Green e il giudice legislatore alla ricerca dei confini tra etica e diritto; ovvero, quando diventare genitori non sembra (apparire) più un dono divino (nota a C. cost. 10 giugno 2014 n. 162)*, in *Dir. fam. pers.*, n. 4, 2014, p. 1290 e ss.; L. D'AVACK, *Cade il divieto all'eterologa, ma la tecnica procreativa resta un percorso tutto da regolamentare (nota a C. cost. 10 giugno 2014 n. 162)*, in *Dir. fam. pers.*, n. 3, 2014, p. 1005 e ss.; C. CASTRONOVO, *Fecondazione eterologa: il passo (falso) della Corte costituzionale (nota a C. cost. 10 giugno 2014 n. 162)*, in *Europa dir. priv.*, n. 3, 2014, p. 1117 e ss.; C. DALLA VILLA, *Brevi riflessioni in tema di procreazione medicalmente assistita a partire dalla sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista Telematica (www.statoechiese.it), dicembre 2014; A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iuris. A prima lettura sull'eterologa*, in *Consulta Online*, 13 giugno 2014; G. SORRENTI, *Gli effetti del garantismo competitivo: come il sindacato di legittimità costituzionale è tornato al suo giudice naturale (a margine di Corte cost. sent. n. 162/2014)*, *ivi*; A. RUGGIERI, *La Consulta apre all'eterologa ma chiude, dopo averlo preannunciato, al "dialogo" con la Corte EDU (a prima lettura di Corte cost. n. 162 del 2014)* in *Forum di Quad. cost.*, n. 5/2014; L. VIOLINI, *La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti adottati a sostegno della decisione*, in www.osservatorioaic.it, n. 2/2014.

medicalmente assistita, possono applicarsi alla ormai consentita fecondazione eterologa. A tale risultato si è giunti, comunque, dopo un difficile e accidentato percorso che ha visto la Corte, investita della medesima doglianza, dichiarare inammissibile la questione con la sentenza 12 marzo 2010 n. 97³⁷. La stessa Corte Costituzionale, con ordinanza del 7 giugno 2012 n. 150, in seguito alla sentenza del 2011 della Corte europea dei diritti dell'uomo sul caso S. H. e altri v. Austria³⁸, aveva poi ordinato la restituzione degli atti per un rinnovato esame ai giudici remittenti³⁹. La questione di incostituzionalità è stata, così, nuovamente sottoposta al vaglio della Corte Costituzionale dai Tribunali di Milano, di Firenze e di Catania con le ordinanze dell'8 aprile, del 29 marzo e del 13 aprile 2013⁴⁰,

³⁷ Cfr. I. PELLIZZONE, *Fecondazione eterologa e Corte europea: riflessioni in tema di interpretazione convenzionalmente conforme e obbligo del giudice del giudice di sollevare la questione di legittimità costituzionale*, in Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, luglio 2010; E. DOLCINI, *Strasburgo – Firenze – Roma: il divieto di fecondazione eterologa si avvia al capolinea?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1429 e ss.

³⁸ Con tale sentenza la Corte E.D.U. si è giudicando conforme alla C.E.D.U. la normativa austriaca che, seppur entro taluni limiti, ammette la fecondazione eterologa. La Corte di Strasburgo ha così riconosciuto che la scelta di una coppia di concepire un figlio ricorrendo alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, in quanto espressione del diritto al rispetto della vita privata e familiare, è protetta dall'art. 8 della Convenzione. Allo stesso tempo, però, la Corte E.D.U. ha anche riconosciuto che gli Stati membri detengono, anche se condizionato dai criteri di ragionevolezza e di proporzionalità, un ampio margine di discrezionalità in materia. Merita, inoltre, di essere sottolineato che la pronuncia in questione ha ribaltato la sentenza resa dalla prima Sezione il 1 aprile del 2010 con la quale la Corte europea aveva ritenuto che **il divieto di donazione di spermatozoi e di ovociti nei termini stabiliti dalla legge austriaca fosse discriminatorio per quelle coppie per le quali l'unico modo di concepire un figlio è quello di ricorrere ad un donatore esterno**. Giova ricordare, inoltre, che anche nel 2012 la Corte E.D.U. nel noto caso *Costa e Pavan c. Italia* (Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. II, ric. n. 54270/10) la Corte di Strasburgo ha accolto il ricorso di una coppia fertile esclusa, a norma della l. n. 40 del 2004, dalla diagnosi preimpianto, prima ancora che fossero stati esauriti i rimedi interni, come prescrive l'art. 35 della C.E.D.U., sulla base dell'argomento che, a fronte di una legge inequivocabile nel suo significato in merito al divieto, fosse superfluo procedere a esperire tutti i ricorsi interni. Cfr. C. NARDACCI, *La Corte di Strasburgo riporta a coerenza l'ordinamento italiano, fra procreazione artificiale e interruzione volontaria di gravidanza. Riflessioni a margine di Costa e Pavan c. Italia*, in www.rivistaaic.it, 22 marzo 2013.

³⁹ Cfr. A. RENDA, A. NICOLUSSI, *Corte costituzionale, ordinanza 7 giugno 2012, n. 150*, in *Europa dir. priv.*, n. 1, 2013, p. 196 e ss.; G. REPETTO, *Ancora sull'ordinanza n. 150 del 2012 della Corte costituzionale: alcune ragioni per fare di necessità virtù*, in www.diritticomparati.it; C. MURGO, *Il giudizio di legittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa dopo la decisione della Grande Chambre della Corte di Strasburgo (Commento a Corte cost., ord. 22.5.2012, n. 150)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, n. 10, 2012, p. 870 e ss.

⁴⁰ Trib. Milano, 8 aprile 2013, in *Foro it.*, n. 9, I, 2013; Trib. Firenze, 29 marzo 2013, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, con nota a sentenza di A. VERRI, *Anche il Tribunale di Firenze, dopo quelli di Milano e Catania, rimette alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale della fecondazione eterologa*; Trib. Catania, 13 aprile 2013, in *Foro it.*, n. 9, I, 2013.

in ognuna delle quali si riprendeva la decisione della Corte E.D.U. in tema di procreazione medicalmente assistita.

Così, la Corte Costituzionale, pur non essendo obbligata in forza del sistema C.E.D.U. in quanto – come si è detto – la Corte di Strasburgo aveva riconosciuto un ampio margine di discrezionalità ai Legislatori nazionali⁴¹, ha dichiarato l'incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa motivando la declaratoria esclusivamente mediante i parametri interni⁴² degli artt. 2, 3, 13, 29, 31 e 32 cost., unitariamente interpretati, in quanto la procreazione medicalmente assistita involge «plurime esigenze costituzionali, incidendo la normativa in esame su interessi di tale rango»⁴³.

In tal senso, in un delicato bilanciamento tra i beni giuridici ed i temi eticamente sensibili coinvolti, tra i passaggi significativi della Corte Costituzionale vi è *in primis* quello attinente alla libertà della coppia di autodeterminarsi alla formazione di una famiglia anche con figli che può essere limitata dalla legge solo in presenza di interessi contrastanti pari ordinati e nel limite del minor sacrificio possibile. Inoltre, pur non volendo considerare che «il progetto di formazione di una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli, anche indipendentemente dal dato genetico, è favorevolmente considerato dall'ordinamento giuridico in applicazione di principi costituzionali, come dimostra la regolamentazione dell'istituto dell'adozione», deve osservarsi che l'impossibilità di formare una famiglia con figli insieme al proprio partner, anche mediante fecondazione eterologa, può incidere negativamente sulla salute psichica sia del soggetto affetto da patologie riproduttive gravi che della coppia. La Corte poi afferma che il divieto di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologa non costituisce un'opzione consolidata nel tempo e neppure il frutto di obblighi derivanti da accordi internazionali e che, essendo in gioco gli aspetti più intimi della sfera di una coppia, appare sicuramente irragionevole la preclusione assoluta di accesso alla PMA di tipo eterologo. Infatti, la negazione assoluta del

⁴¹ Sul tema si veda A. RUGGIERI, *La Consulta apre alla eterologa ma chiude, dopo averlo preannunciato, al "dialogo" con la Corte Edu*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it, giugno 2014.

⁴² Volutamente la Corte non richiamato l'art. 8 della C.E.D.U. ritenendo preferibile risolvere la vicenda esclusivamente alla luce del dettato costituzionale. Cfr. G. CHIAPPETTA, *Gli status personae e familiae nella giurisprudenza delle Corti sovranazionali*, ESI, Napoli, 2012; ID., *Famiglie e minori nella leale collaborazione tra le Corti*, ESI, Napoli, 2011; F. GALLO, *Rapporti tra Corte costituzionale e Corte EDU*, in www.cortecostituzionale.it.

⁴³ Cfr. M. D'AMICO, *Sull'incostituzionalità del divieto di "fecondazione eterologa" fra principi costituzionali ed europei*, in M. D'AMICO, B. LIBERALI (a cura di), *Il divieto di donazione dei gameti. Fra Corte Costituzionale e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, 2012, p. 18 e ss.

diritto a realizzare la genitorialità, alla formazione di una famiglia con figli, oltre a costituire un grave *vulnus* alla salute psico-fisica della persona, determina un grave danno alle coppie affette da patologie più gravi. Così, le disposizioni sulla PMA eterologa, oltre a realizzare «un ingiustificato, diverso trattamento delle coppie affette dalla più grave patologia, in base alla capacità economica delle stesse che assurge intollerabilmente a requisito dell'esercizio di un diritto fondamentale, negato solo a quelle prive delle risorse finanziarie necessarie per poter far ricorso a tale tecnica recandosi in altri Paesi», tradisce anche quella che è la *ratio legis* della normativa. Pertanto, poiché l'impiego della tecnica in esame ha lo scopo di favorire la vita proprio in quei casi di sterilità o infertilità assolute, essa non solo costituisce strumento per attuare la stessa funzione che nel suo complesso la legge è chiamata a realizzare ma il suo divieto rappresenterebbe una soluzione manifestamente in contrasto con i principi di natura costituzionale.

La Corte Costituzionale, inoltre, per quanto riguarda le tutele predisposte dalla legge n. 40 del 2004 in favore delle persone nate con la tecnica eterologa, ha rilevato come non vi possa essere alcuna incertezza sullo *status* giuridico del nato, visto che la legge n. 40 del 2004 prevede che, a seguito del ricorso a tale tecnica, i nati acquistano lo *status* di figli, garantito dall'impossibilità di ricorrere in disconoscimento o all'impugnazione *ex art.* 263 del codice civile⁴⁴. Come, infatti, si è già avuto modo di precisare, poiché quella di tipo eterologo non è che una *species* del *genus* della procreazione medicalmente assistita, ad essa andranno applicate tutte le norme a quest'ultima riferibili. Così, ad esempio, l'art. 8 dovrà essere riferito anche al nato da inseminazione eterologa e lo stesso varrà per i principi di cui all'art. 9, una volta espunti i riferimenti al divieto di cui all'art. 4 comma 3. Pertanto, in forza dell'art. 9 si possono ritenere disciplinati i principali profili dello status giuridico del nato. Inoltre, non solo in caso di ovodonazione viene esclusa la possibilità dell'anonimato della madre ma resta ferma anche la previsione per la quale in questi casi la nascita non dà vita a relazioni giuridiche parentali tra il donatore dei gameti ed il nato.

⁴⁴ Risulta, quindi, confermata da un lato l'inammissibilità dell'azione di disconoscimento della paternità e, dall'altro dell'impugnazione *ex art.* 263 c.c. (il richiamo operato dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 162 del 2014 all'art. 235 c.c., a seguito delle modifiche operate dagli artt. 17 e 106 del d. lgs. 154 del 2012, deve ritenersi ora riferito all'art. 243 bis c.c.). E' tuttavia ammessa l'azione di disconoscimento per impotenza a generare nei casi in cui il ricorso alla fecondazione eterologa venga scoperta successivamente, essendo l'azione di disconoscimento unicamente volta a fare accertare l'insussistenza del legame biologico con il figlio nato nell'ambito del rapporto matrimoniale. Cfr. Cass. civ., sez. I, 26 ottobre 2016 - 28 marzo 2017, n. 7965.

Infine, in tema di trascrivibilità dell'atto di nascita in caso di fecondazione eterologa, la Corte di Cassazione, in un caso che ha visto due donne, una spagnola e l'altra italiana, coniugate in Spagna, chiedere la trascrizione dell'atto di nascita del figlio ottenuto grazie ad una tecnica di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologa, con sentenza n. 19599 del 2016 ha stabilito che «il riconoscimento e la trascrizione nei registri dello stato civile in Italia di un atto straniero, validamente formato in Spagna (atto di nascita), nel quale risulti la nascita di un figlio da due donne [...] nell'ambito di un progetto genitoriale realizzato dalla coppia coniugata in Spagna, non contrastano con le norme di ordine pubblico italiane per il solo fatto che il legislatore nazionale non preveda o vieti il verificarsi di una simile fattispecie nel territorio italiano, dovendosi avere riguardo al principio, di rilevanza costituzionale primaria, dell'interesse superiore del minore, che si sostanzia nel suo diritto alla continuità dello *status filiationis*, validamente acquisito in Spagna».

Del resto, il concetto di ordine pubblico deve essere valutato alla stregua dei principi costituzionalmente garantiti e, nel caso di specie, avendo riguardo al preminente interesse del minore che, seppur bilanciato con gli altri principi presenti nell'ordinamento italiano, presenta un rilievo costituzionale primario e quindi sovraordinato a valori confliggenti espressi dalla legislazione nazionale ordinaria. Dunque, l'atto di nascita straniero da cui risulti la nascita di un figlio da due madri a seguito di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologa non contrasta di per sé con l'ordine pubblico italiano (ai sensi degli artt. 16, 64 e 65 della L. 218 del 1995 e dell'art. 18 del D. P. R. 396 del 2000) per il fatto che la tecnica procreativa adottata non sia stata riconosciuta in Italia dalla legge n. 40 del 2004, la quale rappresenta una delle possibili modalità di attuazione del potere regolatorio attribuito al legislatore ordinario su una materia, pur eticamente sensibile e di rilevanza costituzionale, sulla quale le scelte legislative non sono costituzionalmente obbligate. In altri termini, per la Corte i principi di ordine pubblico devono essere ricercati nei principi supremi della nostra Carta Costituzionale, ciò significa che un contrasto con l'ordine pubblico non è ravvisabile per il solo fatto che la norma straniera sia difforme contenutisticamente da una o più disposizioni di diritto nazionale poiché il parametro di riferimento non è costituito dalle norme con le quali il Legislatore ordinario ha esercitato la propria discrezionalità in una determinata materia, ma esclusivamente da quei principi fondamentali vincolanti per lo stesso Legislatore ordinario.

Sulla questione si è pronunciata nuovamente la Corte di Cassazione che, nella sentenza n. 14878 del 2017, in modo conforme alla sentenza del 2016, ha precisato che «non esiste contrarietà all'ordine pubblico e che la trascrizione è dovuta, in considerazione del preminente interesse del minore, del suo diritto all'identità personale e alla conservazione dello *status* legittimamente acquisito all'estero»⁴⁵. Del resto, tale indirizzo giurisprudenziale appare tanto più ragionevole se si considera che lo stesso si pone sulla scia anche della più recente giurisprudenza europea dalla quale emerge un principio di favore per il riconoscimento degli atti stranieri di nascita formati all'estero, in conformità alla *lex loci*, quantomeno quando vi sia un legame genetico tra l'aspirante genitore e il nato, a prescindere dalla tecnica procreativa utilizzata⁴⁶.

4. Profili problematici e criticità ancora aperte a seguito delle pronunce della Corte Costituzionale.

La sentenza della Corte Costituzionale n. 162 del 2014, non ha sopito il dibattito intorno alla legge n. 40 del 2004 sia per le criticità in essa presenti sia per il fatto che nuovi e rilevanti problemi sono emersi in tema di procreazione medicalmente assistita.

Infatti, pur rappresentando un importante passo in avanti circa la realizzazione di un diritto alla procreazione cosciente e responsabile⁴⁷, tale sentenza non è esente da alcuni profili di criticità se si pensa che, negli ultimi anni, si è tentato di superare alcune di esse con un ampio ricorso alla decretazione, soprattutto da parte del Ministero della Salute⁴⁸. Per gli stessi motivi, si è inoltre provveduto ad emanare le nuove Linee guida contenenti le indicazioni delle procedure e

⁴⁵ In tema si veda anche Corte Cost. n. 162 del 2016 per la quale «il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia stessa». Così, ancora una volta, la Suprema Corte afferma la tesi secondo cui l'atto di nascita estero, validamente formato nel paese straniero, può essere trascritto in Italia qualora il nato sia portatore del patrimonio genetico di almeno uno dei componenti della coppia.

⁴⁶ Cfr. Corte Europea dei diritti dell'uomo, caso *Mennessonn e Labassee c. Francia* del 2014; Corte di Cassazione Federale tedesca del 10 dicembre 2014; Corte di Cassazione Francese, Assemblea Plenaria del 3 luglio 2015 n. 620 e Corte Federale svizzera del 21 maggio 2015 n.748 in Report of the February 2016 Meeting of the Expert's Group on Parentage/Surrogacy.

⁴⁷ G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Cedam, Padova, 1999.

⁴⁸ Si pensi in particolare Decreto del ministero della Salute, 15 novembre 2016, in G.U., Serie generale del 19 novembre 2016, n. 171, riguardante le procedure volte a verificare le norme di qualità e di sicurezza equivalenti dei tessuti e delle cellule importati; al Decreto del Ministero della Salute, 28 dicembre 2016, n. 265, in G.U., Serie generale, del 17 febbraio 2017, n. 40, recante norme in materia di manifestazione di volontà di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita in attuazione dell'art. 6, comma 3, l. n. 40 del 2004 (sul tema del consenso informato); al Decreto legislativo, 16 dicembre 2016, n. 256, in G.U., Serie generale, n. 10 del 13 gennaio 2017, riguardante prescrizioni tecniche relative alla codifica di tessuti e cellule umane.

delle tecniche di procreazione medicalmente assistita⁴⁹ con le quali in particolare si è stabilito che l'accesso alle tecniche è consentito soltanto alle coppie affette da sterilità e/o infertilità accertate e documentate da atto del medico il quale, tenendo presenti le peculiarità del caso concreto e le cause dell'infertilità e della sterilità della coppia, deve stabilire la gradualità degli interventi, utilizzando, in un primo momento le tecniche più semplici, meno invasive e onerose⁵⁰.

Si ribadisce, inoltre, che «sono consentite le tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, comprese quelle che impiegano gameti maschili e femminili entrambi donati da soggetti diversi dai componenti della coppia ricevente» e che, tuttavia, «un'anamnesi accurata e un corretto esame obiettivo rappresentano il primo passo di rilievo nell'ambito del primo colloquio con la coppia infertile/sterile. Durante questa fase, infatti, può emergere una specifica causa di infertilità/sterilità e ciò può aiutare a focalizzare le successive valutazioni diagnostiche sui fattori più probabilmente responsabili della infertilità/sterilità stessa». Così, «le cause di infertilità/sterilità devono essere ricercate in modo sistematico, efficace e devono essere identificati tutti i fattori rilevanti» in un'attenta valutazione clinica dei costi-benefici che tenga conto anche «dei desideri della coppia, dell'età della donna e del partner, della durata dell'infertilità/sterilità e dei dati personali emersi dall'anamnesi e dall'esame obiettivo». Inoltre, sono predisposte non solo attività di consulenza e di sostegno rivolte alla coppia ma anche una serie di garanzie e cautele affinché il consenso prestato dalla coppia in forma scritta appaia cosciente, responsabile ed informato⁵¹.

⁴⁹ Decreto del Ministero della Salute, 1 luglio 2015, Linee Guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, in G.U., Serie generale, del 14 luglio 2015, n. 161. In dottrina cfr. M. BERGO, *Il riconoscimento del diritto alla fecondazione eterologa e alla diagnosi preimpianto nel sistema italiano di "regionalismo sanitario"*, in Giur. cost., n. 5, 2015, p. 1738 e ss.; A. NICOLUSSI, *Lo sviluppo della persona umana come valore costituzionale e il cosiddetto biodiritto*, in *Europa dir. priv.*, n. 1, 2009, p. 1 e ss.

⁵⁰ Così, «Il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è consentito solo quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione ed è comunque circoscritto ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico, nonché ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico. Le tecniche di procreazione medicalmente assistita sono applicate in base ai seguenti principi: a. gradualità, al fine di evitare il ricorso ad interventi aventi un grado di invasività tecnico e psicologico più gravoso per i destinatari, ispirandosi al principio della minore invasività; b. consenso informato, da realizzare ai sensi dell'articolo 6».

⁵¹ Pertanto «il medico informa in maniera dettagliata i soggetti di cui all'articolo 5 sui metodi, sui problemi bioetici e sui possibili effetti collaterali sanitari e psicologici conseguenti all'applicazione delle tecniche stesse, sulla probabilità di successo e sui rischi dalle stesse derivanti, nonché sulle relative conseguenze giuridiche per la donna, per l'uomo e per il nascituro». Inoltre, «alla coppia

Spettano così al medico non solo tutte le decisioni sanitarie riguardanti la scelta, i tempi, le modalità delle varie fasi della tecnica ma anche i compiti relativi sia alla raccolta della documentazione e dell'autocertificazione dello stato di matrimonio o di convivenza della coppia⁵² sia quelli inerenti alla gestione della cartella clinica che deve contenere «ogni accertamento effettuato rilevante ai fini della diagnosi di infertilità e finalizzato all'accesso alle tecniche PMA, così come la certificazione di infertilità accompagnata eventualmente dalle sue cause».

Ciò nonostante, sono ancora molti i problemi in attesa di definizione. Ad esempio, è ancora solo uno schema il Regolamento che recepisce la Direttiva 2012/39/UE della Commissione del 26 novembre 2012 che modifica la Direttiva 2006/17/UE per quanto riguarda gli esami effettuati sui tessuti e sulle cellule umani e in tema di regolamentazione della donazione di gameti ai fini della procreazione eterologa⁵³.

Allo stesso modo, poi, risulta ancora da attuare il Registro nazionale dei donatori⁵⁴, strumento indispensabile per garantire in concreto la tracciabilità del

devono essere prospettati con chiarezza i costi economici dell'intera procedura qualora si tratti di strutture private autorizzate».

⁵² Al medico pertanto compete la raccolta e la custodia delle dichiarazioni rese dai coniugi o dai conviventi relative alla ricorrenza dei requisiti soggettivi richiesti dall'art. 5 della legge n. 40. Tuttavia, sulla veridicità e serietà delle dichiarazioni rese dalla coppia, nella forma dell'autocertificazione, non sono previsti, infatti, controlli di alcun tipo e ciò potrebbe ingenerare il sorgere di prassi fraudolente volte a sfuggire alla ricorrenza dei requisiti soggettivi richiesti dal dettato normativo.

⁵³ A tal fine è necessario procedere alla modifica dei corrispondenti allegati II e II del decreto legislativo 25 gennaio 2010 n. 16 con il quale è stata recepita la direttiva della Commissione 2006/17/CE. Modifiche che, necessariamente, devono tener conto del quadro nazionale delineato dalla legge n. 40 del 2004 nonché delle modifiche già apportate dal decreto legislativo 30 maggio 2012 n. 85. Cfr. sul tema la Relazione ex art. 15 della legge n. 40 del 2004 ogni anno il Ministro della Salute deve presentare al Parlamento sullo stato di attuazione della legge contenente norme in materia di procreazione medicalmente assistita (Legge 19 febbraio 2004, n. 40, articolo 15), Roma, 29 giugno 2017, consultabile su: <http://www.salute.gov.it/portale/documentazione>.

⁵⁴ Art. 1, comma 298, l. 23 dicembre 2014, n. 190, per il quale «al fine di garantire, in relazione alle tecniche di

procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, la tracciabilità del percorso delle cellule riproduttive dal donatore al nato e viceversa, nonché il conteggio dei nati generati dalle cellule riproduttive di un medesimo donatore, e' istituito, presso l'Istituto superiore di Sanità, Centro nazionale trapianti e nell'ambito del Sistema Informativo Trapianti (SIT) di cui alla legge 10 aprile 1999, n. 91, il Registro nazionale dei donatori di cellule riproduttive a scopi di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, ove sono registrati tutti i soggetti ammessi alla donazione, mediante l'attribuzione ad ogni donatore di un codice. A tal fine, le strutture sanitarie autorizzate al prelievo e al trattamento delle cellule riproduttive comunicano al Registro i dati anagrafici dei donatori, con modalità informatiche specificamente predefinite, idonee ad assicurare l'anonimato dei donatori medesimi. Fino alla completa operatività del Registro, i predetti dati sono comunicati al Centro nazionale trapianti in modalità cartacea,

materiale biologico e dei tessuti umani per risalire dal nato al donatore e viceversa.

Qualche passo in avanti, invece, è stato fatto con l'inserimento dell'eterologa nei livelli essenziali di assistenza sanitaria⁵⁵. Infatti, l'art. 49 del Decreto Presidente del Consiglio 12 gennaio 2017, pur senza indicare la precisa misura della contribuzione, ha previsto che «le coppie che si sottopongono alle procedure di procreazione medico assistita eterologa contribuiscono ai costi delle attività nelle misure fissate dalle Regioni e dalle Province autonome»⁵⁶.

Sempre in tema di nuovi e rilevanti problemi emersi dalle norme attualmente vigenti in tema di procreazione medicalmente assistita deve essere letta anche l'ordinanza in sede cautelare emessa dal Tribunale di Roma, sezione I, dell'8 agosto del 2014 in un caso di fecondazione eterologa da errore. Il caso, vedeva uno scambio di embrioni da parte degli operatori sanitari di una struttura ospedaliera alla quale si erano rivolte due coppie per la realizzazione di fecondazioni omologhe. In concreto, però, per un errore nell'esecuzione, venivano impiantati gli embrioni con il patrimonio genetico di una coppia nell'utero della donna dell'altra coppia e viceversa. Dopo essere andato a buon fine (con il parto di due gemelli dotati di patrimonio genetico dell'altra coppia) solo uno dei due trattamenti, i genitori biologici agivano ex art. 700 c.p.c. al fine di far valere i loro diritti sui nati e di essere riconosciuti legalmente come loro genitori. L'ordinanza di rigetto del Tribunale di Roma che si apre con «la peculiarità della vicenda, oltre che per le drammatiche implicazioni umane di tutti i soggetti coinvolti, discende dal fatto che il diritto non contempla e non disciplina in modo esplicito la fattispecie in esame»⁵⁷, richiama l'art. 269 co. 3

salvaguardando comunque l'anonimato dei donatori. Agli oneri derivanti dal presente comma, quantificati in euro 700.810,00 per l'anno 2015 e in euro 150.060,00 a decorrere dall'anno 2016, si provvede mediante corrispondente riduzione dell'autorizzazione di spesa recata dall'articolo 1, comma 1, lettera a), del decreto legge 29 marzo 2004, n. 81, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 marzo 2004, n. 138».

⁵⁵ Art. 49, Decreto Presidente del Consiglio 12 gennaio 2017, Definizione e aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza di cui all'art. 1, comma 7, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502.

⁵⁶ Cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto del minore all'assistenza: aspetti problematici ed attuativi*, in *Rapporti personali nella famiglia*, ESI, Napoli, 1979.

⁵⁷ Per il Tribunale ci si trova di fronte ad un'ipotesi di fecondazione eterologa da errore. La fattispecie, inoltre, potrebbe anche essere qualificata come surroga materna da errore ex art. 12 co. 6 della legge 40/2004. Tuttavia, è chiaro che l'ipotesi non appare disciplinata dalla legge e né potrebbero trovare applicazione le norme contenute nella legge n. 40 del 2004 poiché in questa fattispecie mancano sia la consapevolezza che il consenso informato.

c.c.⁵⁸ per il quale «la maternità è dimostrata provando l'identità di colui che pretende di essere figlio e di colui che fu partorito dalla donna, la quale si assume di essere madre». Inoltre, il Tribunale di Roma, oltre a ricordare che ex art. 239 c.c. vi è la possibilità di reclamare o contestare lo stato di figlio solo in caso di sostituzione di neonato o supposizione di parto⁵⁹ a nulla rilevando la circostanza che il concepimento ha avuto luogo con gameti non della coppia, si è soffermato sulla centralità che nel bilanciamento dei diritti delle persone coinvolte deve avere il criterio della centralità dell'interesse del minore⁶⁰. In conclusione, il Tribunale, pur riconoscendo i risvolti emotivi di una vicenda tragica, ritiene che l'interesse del minore debba sempre prevalere sul dato genetico e che, anzi, è lo stesso dato genetico ad essere recessivo rispetto a quello biologico e naturale del parto poiché «il diritto della personalità costituito dal diritto all'identità personale appare sempre più sganciato dalla verità genetica della procreazione e sempre più legato al mondo degli affetti ed al vissuto della persona cresciuta ed accolta all'interno di una famiglia»⁶¹.

5. Procreazione medicalmente assistita eterologa e nato: il diritto a conoscere le proprie origini.

Tra le questioni legate alla legge n. 40 del 2004 appare indubbiamente degna di riflessione quella dell'identità personale del nato, ovvero il diritto a conoscere le proprie origini biologiche ovvero a conoscere la propria storia parentale⁶². Del resto, l'identità, come corretta rappresentazione di se stessi, vive in una dimensione relazionale che si estrinseca nel modo in cui si viene rappresentati all'esterno ed è funzionale soprattutto alla costruzione che ciascuno ha di se

⁵⁸ Norma introdotta nel 1975 e mantenuta dal Legislatore con il d. lgs. 154 del 2013 di riforma della filiazione.

⁵⁹ E' evidente, dunque, la volontà del Legislatore di mantenere quale principio fondamentale dell'ordinamento la maternità naturale legata al fatto storico del parto.

⁶⁰ Cfr. sul tema le due sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo (del 26 giugno 2014 e diventate definitive il 26 settembre 2014 (Menesson c. Francia e Labassée c. Francia) nonché la Convenzione sui diritti dell'infanzia approvata dalle Nazioni Unite nel 1989 e ratificata dall'Italia nel 1991.

⁶¹ Appare evidente che nell'ordinamento giuridico vi è una netta prevalenza della maternità biologica o uterina su quella genetica come, del resto, si evince dalla vicenda sulla fecondazione eterologa. Così, il favore per una genitorialità biologica, oltre a far acquisire rilievo alla volontarietà del comportamento necessario per la filiazione e all'assunzione di responsabilità in ordine alla genitorialità piuttosto che al mero dato genetico, permette di affermare che il genitore genetico possa riconoscere il figlio solo qualora la madre uterina non l'abbia riconosciuto o in caso di successivo abbandono.

⁶² Sul tema si rinvia a R. PANE, *Ancora sul diritto di conoscere le proprie origini*, in *Dir. succ. fam.*, 2, 2015, p. 435 e ss.; ID., *Favor veritatis e diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini nella recente riforma delle adozioni*, in *Rass. dir. civ.*, numeri 1-2, 2003, p. 240 e ss.

stesso. Così, il bisogno di conoscere le proprie origini riguarda anche chi è stato generato tramite procreazione medicalmente assistita poiché costituisce un aspetto dell'identità che condiziona l'atteggiamento individuale, la vita di relazione e l'immagine di sé⁶³. Infatti, anche in questo caso, proprio come nelle vicende adottive e nel parto in anonimato⁶⁴, non vi è corrispondenza tra genitore sociale e naturale nel senso che con la donazione di gameti un genitore non ha un legame biologico con il figlio⁶⁵. In tema, la giurisprudenza⁶⁶ ha più volte sottolineato che il diritto del figlio a conoscere le proprie origini e la propria storia parentale costituisce un elemento significativo nel sistema costituzionale di tutela della persona⁶⁷. La conoscenza della verità biologica della procreazione costituisce – sempre secondo la Corte costituzionale – una componente essenziale dell'identità personale che implica la recessione dell'intangibilità dello *status*, qualora esso non corrisponda alla verità biologica e venga tempestivamente azionato⁶⁸.

⁶³ L. D'AVACK, *Il diritto alle proprie origini tra segreto, anonimato e verità nella PMA con donatori/trici di gameti*, in *Diritto di famiglia*, 2012, p. 815 e ss.; A. NICOLUSSI, *Fecondazione eterologa e diritto di conoscere le proprie origini. Per un'analisi giuridica di una possibilità tecnica*, in *Rivistaaiaic.it*, n. 1/2012, p. 8.

⁶⁴ Tuttavia, a differenza del parto in anonimato, in questo caso il figlio è stato certamente voluto e non ha subito l'esperienza dell'abbandono e del distacco, più o meno traumatico, dalla famiglia di origine.

⁶⁵ Sul tema si rinvia a A. D'ALOIA, *Quel che resta della legge 40*, in *Bio Law Journal - Rivista di BioDiritto*, n. 2/2014, p. 2 e ss.; F. ANGELINI, *Dalla fine di un irragionevole divieto al caos di una irragionevole risposta. La sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale, lo Stato e le Regioni sulla fecondazione assistita eterologa*, in *Le Istituzioni del federalismo*, 2015, p. 61 e ss.; P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita perde un altro "pilastro": illegittimo il divieto assoluto di fecondazione eterologa*, in *Forumcostituzionale.it*, 2015; G. SORRENTI, *Gli effetti del garantismo competitivo: come il sindacato di legittimità costituzionale è tornato al suo giudice naturale (a margine di Corte cost., sent. n. 162/2014)*, in *Consultaonline.it*, 2014; L. VIOLINI, *La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti adottati a sostegno della decisione*, in *Osservatorioaiaic.it*, 2014.

⁶⁶ Corte costituzionale sentenze n. 134 del 1985, n. 170 del 1999, nn. 112 e 216 del 1997, n. 278 del 2013 e n. 286 del 2016. Da ultimo la Corte costituzionale ribadisce nella sent. n. 272 del 2017, punto n. 4.1.6 del Considerato in diritto, che «la verità biologica costituisce una componente essenziale dell'identità personale del minore, la quale concorre, insieme ad altre componenti, a definirne il contenuto».

⁶⁷ Corte cost., sent. n. 278 del 2013 e sent. n. 272 del 2017.

⁶⁸ Cfr. in dottrina L. TRUCCO, *Introduzione allo studio dell'identità individuale*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 140 e ss.; V. ZENO-ZENCOVICH, *Identità personale*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sez. di diritto civile*, IX, Torino, 1993, p. 16; S. NIGER, *Il diritto all'identità personale*, in G. FINOCCHIARO (a cura di), *Diritto all'anonimato: anonimato, nome e identità personale*, Cedam, Padova, 2008, p. 125 e ss.; A. VIVIANI, *L'identità personale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Editoriale scientifica, Napoli, 2013, pp. 17-18; E. RAFFIOTTA, *Appunti in materia di diritto all'identità personale*, in *Forumcostituzionale.it*, 26.1.2010.

Tuttavia, benché l'esercizio del diritto a conoscere le proprie origini non sia caratterizzato da assolutezza, intercettando una pluralità di interessi e posizioni giuridiche differenziate che richiedono attento bilanciamento, frequenti appaiono le pronunce che pongono l'accento sull'eccessiva rigidità e dunque irragionevolezza delle disposizioni limitative dello *status filiationis*. Si pensi, ad esempio, alla recente giurisprudenza in tema di accesso ai dati personali in caso di parto anonimo che recentemente ha stabilito come «in caso di parto anonimo, per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 278 del 2013 e anche in assenza di una disciplina procedimentale attuativa di tale pronuncia, il giudice, su richiesta del figlio desideroso di conoscere le proprie origini, può interpellare la madre che abbia dichiarato alla nascita di non voler essere nominata, ai fini di una revoca della sua dichiarazione, con modalità procedimentali idonee ad assicurare la massima riservatezza e il massimo rispetto della dignità della donna. Il diritto del figlio trova però un limite insuperabile se la madre non fa marcia indietro rispetto alla sua dichiarazione iniziale»⁶⁹; o ancora, che «l'adottato ha diritto di conoscere le proprie origini accedendo alle informazioni concernenti non solo l'identità dei propri genitori biologici, ma anche quella delle sorelle e dei fratelli biologici adulti, previo interpello di questi ultimi mediante procedimento giurisdizionale idoneo ad assicurare la massima riservatezza ed il massimo rispetto della dignità dei soggetti da interpellare, al fine di acquisirne il consenso all'accesso alle informazioni richieste o di constatarne il diniego, da ritenersi impeditivo dell'esercizio del diritto»⁷⁰.

In caso di procreazione medicalmente assistita, l'assenza di indicazioni normative creano non pochi problemi nel caso in cui il nato voglia conoscere le proprie origini poiché, nonostante l'art. 30 Cost venga oggi inteso nel senso di riconoscere pienamente il principio del *favor veritatis* (finché esso coincide anche con l'interesse del minore) è anche vero che lo stesso consente al legislatore ordinario di prevedere, valutando quale sia la soluzione «più idonea per la

⁶⁹ Corte Cass., Sez. un., 25.01.2017, n. 1946 che ha dichiarato la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 28, co. 7 della legge 184/1983 nella parte in cui non consente al giudice di accertare se nel tempo permanga nella madre biologica l'intenzione a non essere nominata. Cfr. Corte di Cassazione, sentenza n. 15024 del 21.07.2016, n. 22838 del 2016, n. 3004 del 2008. B. CHECCHINI, *La giurisprudenza sul parto anonimo e il nuovo «istituto» dell'interpello*, in *Nuova giur. civ. comm.*, n. 9, 2017, p. 1288 e ss.; C. INGENITO, *Il diritto del figlio alla conoscenza delle origini e diritto della madre al parto anonimo alla luce della recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Giust. civ.*, n. 9, 2013, p. 1608 e ss.

⁷⁰ Cass. Civ., Sez. I, sentenza 20 marzo 2018, n. 6963, in *Foro it.*, n. 4, I, 2018.

realizzazione dell'interesse del figlio» nel rispetto anche degli altri valori di rango costituzionale, i limiti per la ricerca della paternità⁷¹.

In questa prospettiva sembra difficile poter riconoscere ai nati da procreazione medicalmente assistita eterologa il diritto a conoscere le circostanze inerenti alla propria nascita poiché – potendo il legislatore disporre solo limiti nel loro esclusivo interesse – l'art. 9 co. 3 della legge n. 40 del 2004 esclude qualsiasi tipo di responsabilità giuridica del donatore nei confronti del figlio biologico ed esclude il disconoscimento del figlio quando si acceda a tecniche di P.M.A. eterologa. Così, una volta intervenuta la nascita da inseminazione eterologa, la norma non prevede da parte della persona nata il diritto di conoscere la propria origine genetica⁷², garantendo invero l'anonimato del donatore. E questo in palese dispregio del diritto all'identità personale del soggetto, diritto che concorre a conformare in un'unica sfera semantica di significato lo stesso concetto di dignità umana, divenendone una sua concreta esplicazione. In tema, merita di essere segnalato che l'anonimato del donatore rappresenta, così, la regola anche per la donazione di gameti nella procreazione medicalmente assistita. Infatti, benché la Corte costituzionale nella sent. n. 162 del 2014 nel richiamare sul punto la disciplina contenuta nella legge n. 191 del 2007 secondo la quale la donazione di tessuti e cellule deve essere gratuita, volontaria e realizzata in condizioni di anonimato del donatore, abbia ammesso che in linea di principio la regola dell'anonimato (prevista dalla legge sulla donazione) deve essere temperata con il riconoscimento del diritto a conoscere le proprie origini⁷³ disciplinato dall'art. 28 l. adozione⁷⁴, ribadisce il principio dell'anonimato

⁷¹ Cfr. Corte cost. sent. n. 272 del 2017, punto n. 4.1.7 del Considerato in diritto. In tal senso si veda inoltre: Cass. civile, sez. I, 3.4. 2017, n. 8617; Cass. civile, sez. I, 22.12.2016, n. 26767; Cass. civile, sez. I, 30.5.2013, n. 13638.

⁷² A. NICOLUSSI, *Fecondazione eterologa e diritto di conoscere le proprie origini. Per un'analisi giuridica di una possibilità tecnica*, in *Rivistaaic.it*, n. 1/2012, p. 8.

⁷³ Invero aspetto valorizzato anche in due recenti proposte di legge: Proposta di legge C. 2627, del 10 settembre 2014, recante «Disposizioni in materia di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo» e Proposta di legge C. 263, del 15 settembre 2014, «Norme per la disciplina della procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo».

⁷⁴ L. POLI, *Il diritto a conoscere le proprie origini e le tecniche di fecondazione assistita: profili di diritto internazionale*, in *GenIus*, 2016, p. 45; D. ROSANI, *Il diritto a conoscere le proprie origini nella fecondazione eterologa: il caso italiano e l'esperienza estera*, in *Bio Law Journal - Rivista di BioDiritto*, n.1/2016, p. 211 e ss.; S. TONOLO, *Il diritto alla genitorialità nella sentenza della Corte costituzionale che cancella il divieto di fecondazione eterologa: profili irrisolti e possibili soluzioni*, in *Riv. di dir. internazionale*, 2014, p. 1123 e ss.; M. CASINI, C. CASINI, *Il dibattito sulla PMA eterologa all'indomani della sentenza costituzionale n. 162 del 2014. In particolare: il diritto a conoscere le proprie origini e l'adozione per nascita*, in *Bio Law Journal - Rivista di BioDiritto*, n.2/2014, p. 135 e ss.; C. CIRAULO, *Certezza e stabilità delle relazioni familiari nella procreazione medicalmente assistita*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2016, p. 812 e ss.

del donatore ed esclude il diritto del figlio nato con P.M.A. eterologa a conoscere le proprie origini biologiche⁷⁵.

Sul punto, infine, sono intervenuti dapprima la Conferenza delle Regioni e delle Province e le Linee guida ministeriali per l'attuazione della legge n. 40 del 2004, che aderendo alla scelta dell'anonimato, hanno anche stabilito le regole per rendere omogeneo l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita e, successivamente, la legge di stabilità del 2015 (l. n. 190 del 2014) che ha istituito presso il Centro nazionale trapianti e nell'ambito del Sistema informativo trapianti il registro nazionale dei donatori di gameti per la PMA di tipo eterologo in cui sono registrati i soggetti ammessi alla donazione, mediante l'attribuzione ad ogni donatore di un codice. A tal fine, le strutture sanitarie autorizzate al prelievo e al trattamento delle cellule riproduttive sono tenute a comunicare i dati anagrafici dei donatori con modalità volte a garantire l'anonimato dei medesimi.

Così, dal quadro normativo, per il generato attraverso l'inseminazione eterologa risulta chiara la possibilità di acquisire la conoscenza delle proprie origini biologiche. Questa, però, attualmente, non è volta a creare alcun tipo di relazione giuridica con il donatore del materiale genetico né ad attribuire a quest'ultimo alcuna responsabilità genitoriale quanto, piuttosto, a tutelare la salute del nato permettendogli, attraverso la conoscenza del proprio patrimonio genetico, di individuare e curare in modo più efficace alcune patologie genetiche o ereditarie⁷⁶.

⁷⁵ Sulle varie soluzioni prospettabili: M. A. IANNICELLI, *La fecondazione eterologa tra giudice e legislatore: una questione ancora aperta?*, in *Corriere giuridico*, 2015, p. 73 e ss.

⁷⁶ D. ROSANI, *Il diritto a conoscere le proprie origini nella fecondazione eterologa: il caso italiano e l'esperienza estera*, in *Bio Law Journal - Rivista di BioDiritto*, 2016, p. 211 e ss.

Cost, insurance and freight - Analysis and considerations.

di Sergio NAPOLITANO*

The aim of this work is to provide an analysis of the main characteristics of the C.I.F., probably the most used among all the Incoterms.

C.I.F. stands for "Cost, Insurance and Freight" because under this Incoterm, the seller charges a price which includes the cost of the goods, the freight and the insurance for the goods. As it is sustained by Dobson, a C.I.F. sale allows the parties to concentrate their business almost exclusively on documents¹.

As a matter of fact, it can be argued whether a C.I.F. sale can be considered as a sale of goods or as a sale of documents. Indeed, under this term, the role played by the documents is crucial, in fact, of utmost importance are: the bill of lading, the insurance policy and the commercial invoice.

According to Scrutton J. a C.I.F. sale is a sale of documents and not a sale of goods². Nevertheless, it shall also be added that albeit it can be considered as a sale of documents, it is still necessary the actual presence of the goods, without forgetting that the goods must obviously be merchantable and in good conditions.

It follows, therefore, that the documentary tender is absolutely essential. This implies that once the documents have been surrendered, the buyer is obliged to pay the price, even if the goods have not reached the buyer³. Consequently, as maintained by Todd, the buyer will carefully focus on the inspection of the documents once these have been tendered⁴.

In relation to the duties of the parties, the article will analyse first the duties of the seller and subsequently the duties of the buyer.

As it has been described in *Biddel Brothers*⁵, the seller must ship the goods which have to conform to the description of the contract. In addition, he has to provide the buyer with a contract of affreightment, a bill of lading, an insurance policy and a commercial invoice. Not only the goods must conform to the description

* Ph.D. Candidate, Trainee Lawyer, LL.M at Swansea University.

¹ P. DOBSON, *Sale of Goods and Consumer Credit* (Sixth Edition – Sweet & Maxwell 2000) 259.

² *Arnhold Karberg & Co v Blythe, Green, Jourdain & Co* [1915] 2 K.B. 379 at 388.

³ *Comptoir d'Achat et de Vente du Boerenbond Belge SA v Luis de Ridder Limitada* [1949] A.C. 293 at 312.

⁴ P. TODD, "Commodity sales and the compensatory principle", in *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly* [2017] 125.

⁵ *Biddel Brothers v E Clemens Horst Co* [1911] 1 K.B. 214.

of the contract, but they also have to remain merchantable for a reasonable time, and for reasonable time, it is intended the time required for normal transit and for disposal.

In relation to the contract of carriage, on principle, the route should be a customary and sea route⁶, therefore, this term only applies to sea or inland waterway.

As stated above, the seller is bound to give to the buyer three fundamental documents: the bill of lading, the insurance policy and the commercial invoice, which will now be analysed in more detail.

With regard to the bill of lading, only the main characteristics will be mentioned, as a deep analysis of the function of the bill of lading would go beyond the scope of this work.

First and foremost, it shall be highlighted that the said document must be genuine, hence, it must not be a forgery. It goes without saying that a bill of lading issued for goods never being shipped can be considered as a bad tender⁷. The same applies for a bill of lading containing a false date of shipment⁸ and for a bill of lading with a forged signature on behalf of the carrier⁹. It follows, therefore, that as submitted by Treitel, a C.I.F. buyer has the right to reject a bill of lading, which is not genuine¹⁰.

Moreover, the bill of lading must be proper and usual in the trade¹¹, although, this can be subject to contrary agreement. Additionally, the bill of lading must be issued "on shipment" or at least within a reasonable time after shipment and furthermore, it must provide continuous cover throughout the whole journey¹². Not only the bill of lading must have these characteristics, but it must also be clean¹³ and transferable¹⁴. For clean, it is intended that the goods are in apparent good order and condition, while for transferable, it is intended that the bill of lading must not be straight, hence it can be transferred from one person to another.

⁶ *Sutro (L) & Co and Heilbut, Symons & Co, Re* [1917] 2 KB 348.

⁷ *Hindley & Co Ltd v East Indian Produce Co Ltd* [1973] 2 Lloyd's Rep. 515.

⁸ *James Finlay & Co Ltd v NV Kwik Hoo Tong HM* [1929] 1 K.B. 400.

⁹ *Leather v Simpson* [1871] L.R. 11 Eq. 398.

¹⁰ G. H. TREITEL, "Damages for breach of a C.I.F. contract", in *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly* [1988] 457.

¹¹ *Geofizika DD v MMB International Ltd* [2010] 2 Lloyd's Rep. 1.

¹² *Hansson v Hamel & Horley Ltd* [1922] AC 36.

¹³ *Golodetz (M) & Co Inc v Czarnikow – Rionda Co Inc* [1980] 1 WLR 495.

¹⁴ *Soproma Spa v Marine and Animal By – Products Corporation* [1966] 1 Lloyd's Rep. 367.

In relation to the insurance policy, which the seller must provide to the buyer, this document must be enforceable by the buyer and it must provide cover against the usual risks. It is normally required minimum cover, that is, level C under the Institute Cargo Clauses.

As far as the duty of the seller to provide the insurance for the goods is concerned, it is still possible to have some variations to the basic rules of a C.I.F. sale. For instance, as it is suggested by Todd, it is possible that the person responsible for providing the insurance is the buyer¹⁵. In this case, the contract would not be on C.I.F. terms, but instead, it would be on C. & F. terms (Cost and Freight) because the insurance is provided by the buyer.

With respect to the insurance policy, one question seems to be still unsolved, this regards the possible use of insurance certificates in lieu of insurance policies. Following the *Diamond Alkali*¹⁶ case, which the author of this work believes represents old law which ought to be subject to reconsideration, only insurance policies would suffice, consequently the tender of an insurance certificate would be considered as a bad one.

On the other hand, a certificate of insurance would suffice under the North American Uniform Commercial Code 2-320(2) (C), under the GAFTA 100 A and additionally, under the Incoterms CIF A3(B). This implies that it would be more appropriate to allow the use of insurance certificates, as in practice the use of insurance certificates is allowed in the three different cases mentioned above.

In relation to the insurance policy, it should be underlined that this must be effective, namely, unconditionally enforceable by the buyer.

Not only it is required that the insurance policy must be effective, but it is also necessary that it provides continuous cover from the original place of shipment to the final port of discharge¹⁷.

In addition to the bill of lading and to the insurance policy, the seller must also tender the commercial invoice, which must describe the main characteristics of the goods being sold, including also its price.

This tender must normally be made either after shipment¹⁸ or on, or before the date of the payment against the documents¹⁹.

However, one further point shall be added, this regards the tender of defective documents. In this case, the seller is entitled to a second satisfactory tender,

¹⁵ P. TODD, *Cases and Materials on International Trade Law* (Sweet & Maxwell – 2001) 65.

¹⁶ *Diamond Alkali Export Corporation v Bourgeois* [1921] 3 KB 443.

¹⁷ *Belgian Grain and Produce Co Ltd v Cox & Co* [1919] 1 Lloyd's Law Rep. 256.

¹⁸ *Sanders Brothers v Maclean & Co* [1883] 11 QBD 327.

¹⁹ *Toepfer v Lenersan – Poortman NV* [1980] 1 Lloyd's Rep. 143.

provided that it is within the time allowed and that it is consistent with the contract of sale²⁰.

Still with reference to the duties of the seller, it shall be stressed that in a C.I.F. sale, the seller does not have a duty to make sure that the goods arrive at the discharging port²¹. As a matter of fact, the seller has only a duty to tender the documents and to ship the goods.

One additional duty which is clear under the Incoterms²² is the duty of the seller to provide the export licence. It would seem that the same duty exists under English law as well²³.

Focusing on the other party, on the buyer, the most significant duty he has, is to accept the documents tendered by the seller and consequently, to pay the price once the documents are handed over to him. As argued by Treitel, if the buyer refuses to pay on tender of conforming documents, his conduct is considered as a repudiatory breach of contract which allows the seller to rescind the contract²⁴.

Moreover, if the goods do conform with the contract, he must take delivery of the goods once they arrive at the final destination.

As far as the import licence is concerned, it is crystal clear that under the Incoterms²⁵, it is the buyer's duty to provide the import licence. It still appears to be the buyer's duty under English law²⁶, although it is not as clear as under the Incoterms.

Highly significant is also the right of rejection of the buyer. This can be twofold. As provided by McKendrick, the buyer is entitled to reject the documents if they do not conform with the contract and in addition, he is entitled to reject the goods if they do not conform with the contract as well.

However, it is necessary to underline that as held by Lord Diplock²⁷, the right of rejection of the documents and the right of rejection of the goods are "separate and successive rights". Nevertheless, this is not entirely true because the buyer

²⁰ *Borrowman, Phillips & Co v Free and Hollis* [1878] 4 QBD 500.

²¹ *Manbrè Saccharine Co Ltd v Corn Products Co Ltd* [1919] 1 KB 198.

²² C.I.F. (A2).

²³ *Sethia (K C) 1944 Ltd v Partabmull Rameshwar* [1951] 2 ALL E.R. 352.

²⁴ G. H. TREITEL, "Rights of rejection under C.I.F. sales", in *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly* [1984] 569.

²⁵ C.I.F. (B2).

²⁶ *Congimex Companhia Geral de Comercio Importadora e Exportadora SARL v Tradax Export SA* [1983] 1 Lloyd's Rep. 250.

²⁷ *Gill & Duffus SA v Berger & Co Inc* [1984] A.C. 382.

might lose his right to reject the goods in the case of acceptance of the documents when the non - conformity of the goods is apparent from the documents accepted. The same would not occur if the non - conformity is not apparent from the documents. Therefore, it can be seen that there is still a close connection between the right of rejection of the goods and the right of rejection of the documents.

An example of non - conformity of the goods might be a bill of lading which is clauded, because in that scenario the defects are apparent from the documents. With regard to the right of rejection of the documents, as maintained by McKendrick, the buyer loses it if he accepts the documents, if he waives it or if he is estopped from exercising it.

In relation to the passage of property and to the passage of risk, as argued by Treitel²⁸, property normally passes when the documents are transferred and taken up²⁹, while the risk is intended to pass on shipment of the goods.

In conclusion, as sustained by Lorenzon, although it is true that the seller takes the risk of a potential rise or fall in the cost of the goods, in the cost of transportation and in the cost of insurance, still the seller has the advantage of being in the position to obtain the payment from the buyer before the goods reach the final destination, and also in the event of loss or damage to the cargo. In addition, he can increase his profits by arranging the carriage and the insurance cover and moreover, once the goods are shipped, he is free from any risk.

The final issue of this article concerns the aspect of security, whereby it can be seen that the seller has a considerable security over the transaction by maintaining disposal of the goods until the payment is made. On the other hand, the buyer is clearly protected, as through the bill of lading, he can still trade the goods or pledge them.

²⁸ G. H. TREITEL, "Passing of property under C.I.F. contracts and the bills of lading act 1855", in *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly* [1990] 2.

²⁹ *Ross T. Smith & Co Ltd v T.D. Bailey, Son & Co* [1940] 3 ALL E.R. 60.

L'autenticazione ad accesso forte (*Strong Customer Authentication*) e la responsabilità del Prestatore del servizio di pagamento alla luce delle modifiche al d.lgs. n. 11 del 27 gennaio 2010.

*di Pierluigi MONTELLA**

SOMMARIO: **1.** L'Autenticazione ad accesso forte; **2.** Le nuove norme della Commissione Europea in tema di *Strong Customer Authentication*; **3.** La responsabilità dei Prestatori dei servizi di pagamento prima e dopo la Direttiva PSD2; **4.** Conclusioni.

1. L'Autenticazione ad accesso forte.

Una sentenza dell'anno appena trascorso del Tribunale di Milano (VI sez. civile, n. 7644 del 6 luglio 2018) ha affermato, ribadendo attuali orientamenti dell'Arbitro Bancario Finanziario, che "[in] *caso di operazioni di pagamento non autorizzate dal cliente, grava sul prestatore di servizi di pagamento l'onere di provare l'adozione di tutte le misure idonee a garantire la sicurezza degli strumenti offerti, rientrando il compimento di operazioni fraudolente nell'area del rischio professionale del prestatore medesimo, salvo dolo o colpa grave del cliente.*"¹.

Le operazioni di pagamento cui fa riferimento il Tribunale meneghino sono proprio quelle di cui si è già ampiamente occupato il legislatore europeo con la direttiva 2007/64/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 novembre 2007 (cd. *Payment Service Directive*² o PSD) relativa ai servizi di pagamento del mercato interno; operazioni, del resto, che troviamo disciplinate anche nella seconda "Direttiva pagamenti", nota come *Payment Service Directive 2* (PSD2)³. Tale Direttiva (2015/2366/UE) ha modificato, sotto molteplici profili, il sistema dei servizi di pagamento, sulla scia delle novità introdotte in materia a livello

* *Dottorando di Ricerca in "Diritto delle Persone, delle Imprese e dei Mercati" - Università degli Studi di Napoli "Federico II"*.

¹Tribunale di Milano, VI sez. civile, 6 luglio 2018, n. 7644, in *Redazione Giuffrè*, 2019.

² Per il testo completo della Direttiva, vd. il sito <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/it/TXT/?uri=CELEX:32007L0064>

³ Per il testo completo della nuova Direttiva, vd. il sito <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/IT/TXT/?qid=1549206560806&uri=CELEX:32015L2366>.

Per un'analisi abbastanza dettagliata delle più importanti innovazioni inerenti al tema della nuova Direttiva pagamento, sia consentito il rimando a P. MONTELLA, *La Direttiva PSD2: obiettivi della revisione e principali tratti di novità*, in *Innovazione e Diritto*, II, p. 129 e ss..

internazionale (soprattutto europeo) ed in ragione dell'evoluzione dell'industria nei sistemi di che trattasi.

Orbene, quest'ultima Direttiva condivide con quella immediatamente antecedente (la n. 2007/64/CE) lo scopo di assicurare, all'industria dei servizi di pagamento, un quadro giuridico moderno e coerente che garantisca parità di condizioni di accesso ed una medesima regolamentazione per tutte le imprese che prestino servizi di pagamento, riconoscendo al contempo a tutti i consumatori la possibilità di orientare la propria scelta del servizio. Questi ultimi, infatti, valendosi del contenimento dei costi che la disciplina comunitaria persegue, nonché dei vantaggi connessi al maggior livello di sicurezza ed efficacia rispetto agli standard esistenti a livello nazionale, ben potranno affidarsi al Prestatore del servizio capace di intercettare le loro esigenze nella maniera più efficace. E ciò si comprende ancor di più se si considera che la Direttiva in esame ambisce ad un rafforzamento delle dinamiche del mercato e della concorrenza: attraverso la predisposizione di un contratto dal contenuto minimo, ma dettagliato, il cliente potrà pragmaticamente svolgere un esame comparativo delle offerte a lui prospettate, mentre il singolo Prestatore del servizio sarà indotto a non praticare condizioni sfavorevoli perché chiamato a relazionarsi con un cliente "consapevole" e, dunque, pronto a preferire un altro intermediario⁴.

⁴ In particolare, cfr. i Considerando della Direttiva, per i quali tutti i servizi forniti dai Prestatori dei servizi di pagamento dovrebbero essere accompagnati da adeguata informazione, diversificata in base al destinatario della stessa: è chiaro, infatti, che un consumatore medio, tendenzialmente, abbisogna di una maggiore tutela rispetto ad un'impresa ovvero rispetto ad un libero professionista: il Considerando 54, ad esempio, esplicitamente statuisce che: "*La presente Direttiva dovrebbe specificare gli obblighi a carico dei prestatori di servizi di pagamento in materia di fornitura di informazioni agli utenti di servizi di pagamento; per poter fare scelte con cognizione di causa ed essere in grado di scegliere liberamente in tutta l'Unione, tutti gli utenti dovrebbero infatti ricevere informazioni chiare e di qualità elevata sui servizi di pagamento. Per assicurare la trasparenza, la presente Direttiva fissa i requisiti armonizzati indispensabili per garantire il livello necessario, sufficiente e comprensibile di informazione agli utenti dei servizi di pagamento per quanto riguarda sia il contratto di servizi di pagamento, sia le operazioni di pagamento. Al fine di promuovere il corretto funzionamento del mercato unico dei servizi di pagamento, gli Stati membri dovrebbero adottare solo le disposizioni in materia di informazione previste nella presente Direttiva.*"

Il tema della trasparenza nell'ambito dei servizi di pagamento, del resto, risale già alla prima Direttiva PSD. Sul punto, cfr. M. RISPOLI FARINA, *Informazione e servizi di pagamento*, in *Analisi giuridica dell'economia*, I, 2015, p. 175 e ss.. Secondo l'Autore, infatti, la Direttiva del 2007 ha posto l'accento in particolar modo sull'importanza dell'informazione nell'equilibrio generale della disciplina, al fine di consentire all'utente di operare scelte con cognizione di causa, spaziando tra le diverse possibilità consentite dagli ordinamenti europei che debbono adeguarsi ai requisiti indispensabili per garantire un livello minimo e sufficiente di tutela dell'utente, sia al momento della stipula del contratto e della sua esecuzione, che per ogni singola operazione da questi effettuata. Per ottenere ciò, è chiaro che i Prestatori dei servizi di pagamento dovranno fornire: informazioni chiare e di qualità elevata; proporzionate alla necessità degli utenti e comunicate in

Con l'espressione "[...] *misure idonee a garantire la sicurezza degli strumenti offerti [...]* ", il giudice meneghino intende riferirsi all'obbligo, gravante sui Prestatori dei servizi di pagamento, di attuare l'autenticazione degli utenti ai servizi di pagamento online; autenticazione che, del resto, ha trovato già una sua prima definizione nella direttiva pagamenti del 2007⁵, laddove la stessa veniva definita quale "[...] *procedura che consente al prestatore di servizi di pagamento di verificare l'uso di uno specifico strumento di pagamento, incluse le caratteristiche di sicurezza personalizzate* ". Definizione molto ampia, dunque, e pertanto atta ad essere agevolmente riempita con contenuti tra loro diversi ed eterogenei, motivo per il quale il legislatore della riforma ha preferito una dicitura diversa e maggiormente precisa, individuando tutte quelle operazioni necessarie a garantire che gli *account* degli utenti (e, quindi, la relativa disponibilità dei loro fondi) siano accessibili soltanto per i rispettivi titolari e non anche da parte di terzi malintenzionati.

Tale intento si è concretizzato con la nuova PSD2, in attuazione della quale il legislatore europeo ha affiancato alla definizione di autenticazione, pressoché mutuata dalla precedente PSD, quella di autenticazione forte del cliente, definita come: " *un'autenticazione basata sull'uso di due o più elementi, classificati nelle categorie della conoscenza (qualcosa che solo l'utente conosce), del possesso (qualcosa che solo l'utente possiede) e dell'inerenza (qualcosa che caratterizza l'utente), che sono indipendenti, in quanto la violazione di uno non compromette l'affidabilità degli altri, e che è concepita in modo tale da tutelare la riservatezza dei dati di autenticazione* "⁶.

Affinché l'autenticazione possa definirsi "forte", è necessario che, nel portare a compimento l'operazione di accesso, l'utente superi almeno due "ostacoli" tra quelli suindicati (ovverosia conoscenza, inerenza o possesso), ma non è chiaro se questi ultimi debbano riguardare la medesima categoria (ad esempio soltanto la conoscenza e il possesso, trascurando l'inerenza) oppure se occorre che ne siano distribuiti due per ogni *step* (e cioè almeno due per la conoscenza, almeno due per quanto riguarda il possesso, etc.). A parere di chi scrive, l'interpretazione preferibile è che il legislatore si sia "accontentato" di sistemi di accesso che

modo standardizzato; differenziate, a seconda che si tratti di informazioni concernenti singole operazioni o l'intero contratto quadro.

⁵ Precisamente, all'art. 4, co. 1, n. 19 della Direttiva PSD.

⁶ Art. 4, par. 30, della Direttiva PSD2.

richiedano almeno due delle tre categorie richieste⁷ e ciò al fine di non "appesantire" eccessivamente una procedura che comunque si rivolge ad un pubblico non sempre specializzato.

Alla luce delle ragioni già indicate, possiamo dire che una significativa novità della riforma dei servizi di pagamento, posta in essere dalla PSD2, è rappresentata dalla necessità di una maggior precisazione degli obblighi sussistenti per un accesso forte, delineati sì al Considerando n. 4 e dagli artt. 97 e 98 della Direttiva stessa, ma recepiti anche nel nostro ordinamento con il d.lgs. n. 218 del 15 dicembre 2017.

Del resto, a norma dell'art. 97 della nuova PSD2, il legislatore europeo chiaramente statuisce che gli Stati membri debbono provvedere affinché i Prestatori dei Servizi di pagamento⁸ applichino l'autenticazione forte del cliente nei seguenti casi: I) quando il pagatore accede al suo conto di pagamento *online*; II) quando il pagatore dispone un'operazione di pagamento elettronico; III) quando il pagatore effettua una qualsiasi altra operazione, rientrante nel *genus* dei servizi di pagamento, tramite un canale a distanza per il quale vi può essere un rischio di frode nei pagamenti o altre tipologie di abusi. Ai sensi del paragrafo 2 della norma in esame, infatti, i Prestatori dei servizi di pagamento dovranno assicurarsi che sia creato un *link* dinamico tra l'operazione, il soggetto pagatore ed il beneficiario: in tal modo, sarà assicurata la tracciabilità del pagamento e si eviteranno, del resto, intrusioni non autorizzate. Inoltre, nell'atto comunitario è inserito anche il riferimento ai Prestatori del Servizio di informazione sui conti⁹: anche per questi soggetti, infatti, è disposto l'obbligo di

⁷ Cfr. S. VANINI, *L'attuazione in Italia della seconda Direttiva sui servizi di pagamento nel mercato interno: le innovazioni introdotte da d.lgs. 15 dicembre 2017, n. 218*, in *Le nuove leggi civili e commerciali*, 4, 2018, p. 866 e ss..

⁸ Ai sensi dell'art. 1, par. 1, della Direttiva 2366/2015, i Prestatori dei servizi di pagamento sono costituiti da: a) gli enti creditizi quali definiti all'articolo 4, paragrafo 1, punto 1), del regolamento (UE) n. 575/2013, comprese le relative succursali quali definite al relativo punto 17), se tali succursali sono situate nell'Unione, indipendentemente dal fatto che le sedi centrali di dette succursali siano situate nell'Unione ovvero, conformemente all'articolo 47 della Direttiva 2013/36/UE e alla normativa nazionale, al di fuori dell'Unione; b) gli istituti di moneta elettronica quali definiti all'articolo 2, punto 1), della Direttiva 2009/110/CE, comprese - conformemente all'articolo 8 di detta Direttiva e al diritto nazionale - le relative succursali qualora queste siano situate nell'Unione e le loro sedi centrali siano situate al di fuori dell'Unione, nella misura in cui i servizi di pagamento prestati da dette succursali siano connessi all'emissione di moneta elettronica; c) gli uffici postali che hanno il diritto di prestare servizi di pagamento a norma del diritto nazionale; d) gli istituti di pagamento; e) la BCE e le banche centrali nazionali ove non agiscano in quanto autorità monetarie o altre autorità pubbliche; f) gli Stati membri o le rispettive autorità regionali o locali ove non agiscano in quanto autorità pubbliche.

⁹ Quest'ultimo rientra nei nuovi *players* del mercato dei pagamenti ed introdotti da parte di PSD2. Cfr. M. CATENACCI - C. FORNASARO, *PSD2: i prestatori di servizi d'informazione sui conti (AISPS)*,

accertarsi che chiunque acceda ai conti di pagamento debba necessariamente superare almeno due dei tre *step* previsti dalla *Strong Customer Authentication*. Del resto, a norma dell'art. 97 espressamente è statuito che il Prestatore del servizio di radicamento del conto (ovverosia un Prestatore di servizi di pagamento che fornisce e amministra un conto di pagamento per un pagatore) debba necessariamente richiedere, sia al Prestatore del servizio di disposizione di ordini di pagamento, sia al Prestatore del Servizio di informazione sui conti, la procedura di autenticazione forte per evitare accessi abusivi al conto del proprio cliente.

Giova evidenziare, tra l'altro, che l'art. 98 della Direttiva PSD2 ha conferito alla Commissione europea il potere di adottare¹⁰, previa presentazione di progetti di norme da parte dell'Autorità Bancaria Europea¹¹, atti delegati al fine di "[...] specificare i requisiti dell'autenticazione forte del cliente, le esenzioni dalla sua applicazione e standard aperti di comunicazione comuni e sicuri."¹². Tali regolamentazioni dovranno anche indicare tutte le misure che il Prestatore del servizio di pagamento dovrà adottare al fine di tutelare la riservatezza delle credenziali di accesso della sua clientela, nonché tutti i requisiti necessari affinché sia garantita la sicurezza delle comunicazioni e la trasmissione delle informazioni per tutti i soggetti coinvolti nel procedimento, quali i Prestatori di servizi di pagamento di radicamento del conto, i Prestatori di servizi di disposizione di ordini di pagamento, i Prestatori di servizi di informazione sui conti, i pagatori e i beneficiari. Tali regolamentazioni proposte dall'ABE alla Commissione, del resto, avranno lo scopo di assicurare un adeguato livello di sicurezza per gli utenti e i Prestatori dei servizi di pagamento mediante l'adozione

in *www.dirittobancario.it*, Aprile 2018: esso è nient'altro che un servizio online, il quale si occupa di fornire informazioni relativamente a uno o più conti di pagamento, detenuti da un qualsivoglia utente, presso uno o diversi prestatori di servizi di pagamento. Colui che fornisce tale servizio è definito AISP (*Account Information Service Provider*). È un servizio molto utile che viene fornito agli utenti al fine di permettergli di conoscere, in un dato momento, la sua situazione finanziaria (eventualmente, per coloro che forniscono un servizio qualitativamente più elaborato, anche diviso cronologicamente e per categoria di spesa).

¹⁰ A norma degli artt. 10 e ss. del Regolamento (UE) n. 1093/2010.

¹¹ Entro il 13 gennaio gennaio 2017.

¹² La Banca d'Italia, con il 16° Aggiornamento delle Disposizioni di Vigilanza per le Banche (Circolare 285/2013), aveva individuato le problematiche concernenti i sistemi di accesso sicuro, in particolare la tutela della riservatezza e dell'integrità delle credenziali dei clienti. In particolare, l'Autorità, preso atto dell'enorme volume di contenzioso che aveva investito le sedi arbitrali, raccomandava di limitare il rischio *phishing* ed altre attività fraudolente che potessero mettere a rischio i fondi degli utilizzatori. Tra i pericoli individuati, annoveriamo il furto e la modifica delle credenziali di accesso involontariamente trasmesse dall'utente (*phishing message, fraudulent websites o malware* sul computer) ovvero inviate tramite canali di comunicazione alternativi, quali linea telefonica e tecnologie radio non adeguatamente protette.

di requisiti tecnici tarati sul rischio delle singole operazioni, nonché garantire al massimo grado la concorrenza tra i singoli Prestatori. Codeste *Regulatory Technical Standards* hanno previsto, inoltre, come si vedrà *infra* nel proseguo di questo articolo, alcune esenzioni dall'applicazione della PSD2¹³ in alcuni casi ben specifici che la stessa direttiva indica, quali il livello di rischio connesso al servizio prestato; l'importo e/o la frequenza delle operazioni; il canale di pagamento eventualmente utilizzato per l'operazione.

2. Le nuove norme della Commissione Europea in tema di *Strong Customer Authentication*.

La Commissione Europea, in data 27 novembre 2017, ha approvato il Regolamento delegato relativo alle norme tecniche di regolamentazione concernenti l'autenticazione forte¹⁴, in primo luogo precisando quali esenzioni applicare per determinati tipi di operazioni e soffermandosi, poi, sui requisiti che le misure di sicurezza devono soddisfare per tutelare la riservatezza e l'integrità delle credenziali di sicurezza personalizzate di tutti gli utenti e gli standard di sicurezza previsti per tutti i soggetti coinvolti nello svolgimento di un'operazione di pagamento¹⁵.

Al Capo II del Regolamento (precisamente, agli artt. 6, 7 e 8 del testo) sono esplicitati gli elementi fondamentali che caratterizzano la *Strong Customer Authentication* e di cui si è già fatto richiamo in premessa: in particolare, i requisiti che devono possedere gli elementi classificati come "conoscenza", i quali devono essere contraddistinti da un tal livello di sicurezza da impedire a malintenzionati di venirne in possesso (si pensi ad interfacce web che memorizzano l'*username* o la *password* del cliente); l'art. 7, invece, stabilisce che i prestatori di servizi di pagamento devono adottare misure volte ad

¹³ Ex art. 98, par. 1, lett. b) della Direttiva.

¹⁴ Regolamento Delegato (Ue) 2018/389 della Commissione del 27 novembre 2017, disponibile nella G.U. dell'Unione Europea del 13 marzo 2018.

¹⁵ Interessante notare l'art. 4, Capo I, del Regolamento adottato, che parla di un codice di autenticazione, univoco e non "spendibile" per più di una volta, generato da almeno due dei tre elementi fra conoscenza, possesso e ineranza, e che il cliente del servizio di pagamento deve utilizzare al fine di poter accedere al suo conto di pagamento online, disporre un'operazione di pagamento elettronico o effettuare qualsiasi azione tramite un canale a distanza che possa comportare un qualsivoglia rischio di frode.

Tale codice di autenticazione dovrà essere tale da non poter risalire a nessuno dei due elementi per l'autenticazione in possesso del cliente, e dovrà essere difficile da contraffare; è altresì previsto, ed è un fatto di esperienza comune per chiunque provi ad interfacciarsi con un sistema di *home banking*, un sistema per bloccare prima in via temporanea, e poi permanentemente, l'accesso all'interfaccia messo a disposizione del prestatore dopo un predeterminato numero di tentativi.

attenuare il rischio che gli elementi dell'autenticazione forte del cliente classificati come "possesso" siano illecitamente utilizzati da soggetti non autorizzati (pensiamo ad una *smart card* che, una volta inserita in un computer, potrebbe essere clonata da un *malware* ed all'occorrenza utilizzata); infine, con specifico riguardo agli elementi classificati come "inerenza", è previsto che i Prestatori di servizi di pagamento provvedano ad assicurarsi che gli stessi non siano surrettiziamente riprodotti (un dispositivo che catturi la scansione ottica di un individuo, infatti, potrebbe illecitamente trasmettere la "lettura" dei dati ad un altro pc in maniera fraudolenta). Ma soprattutto, i Prestatori dei servizi di pagamento devono assicurarsi che laddove siano presenti dei dispositivi multifunzione per l'utilizzo combinato di due o più elementi, la compromissione dell'uno non deve essere atta ad inficiare anche l'altro.

Di notevole interesse, poi, risulta il Capo III del Regolamento, rubricato "Esenzioni dall'Autenticazione forte del cliente", ai sensi del quale sono, dunque, ricompresi tutti quei casi in cui i Prestatori del servizio di pagamento risultano autorizzati a non rispettare la procedura di *Strong Customer Authentication*. Si pensi, ad esempio, al caso in cui l'utente debba soltanto consultare il saldo di uno o più conti di pagamento ovvero consultare le movimentazioni concernenti il suo conto. La valutazione della Commissione europea, in questo caso, è stata quella di non considerare queste operazioni particolarmente pericolose, dato che l'utente, per accedere al proprio conto *online*, ha dovuto inserire almeno *username* e *password*. O, ancora, si pensi al caso in cui un cliente debba compiere una mera operazione ricognitiva del proprio saldo, senza disporre alcun pagamento; l'autenticazione forte dovrà, invece, obbligatoriamente tornare ad applicarsi laddove l'utente volesse consultare il proprio saldo per la prima volta ovvero dopo un lasso di tempo pari a 90 giorni.

Ancora, altra esenzione importante, volta a salvaguardare uno strumento di pagamento che ha trovato ampio spazio tra i consumatori, è quella afferente alla tecnologia delle carte di debito e credito (o prepagate) *contactless*, le quali devono essere soltanto avvicinate al dispositivo POS del beneficiario al fine di autorizzare il pagamento. Ebbene, in tal caso è prevista la possibilità di non digitare il PIN (il quale, insieme al *chip* elettronico, costituisce una misura di autenticazione forte del cliente), purché siano rispettate una serie di condizioni (art. 11): I) l'importo dell'operazione non deve superare i 50 euro; II) l'importo cumulativo delle precedenti operazioni *contactless* non deve superare la cifra complessiva di 150 euro ; III) il numero totale delle operazioni di pagamento senza digitazione del PIN deve essere pari o inferiore a cinque nella medesima

giornata. È chiara la finalità di un'esenzione qual è quella in esame. L'obiettivo è, evidentemente, quello di evitare che la carta di pagamento *contactless* venga utilizzata da soggetti i quali, una volta impossessatisi dello strumento, potrebbero utilizzarla più volte anche non conoscendo il PIN, date le peculiarità dello strumento, svuotando così progressivamente il conto dell'ignaro pagatore. Ancora, il Prestatore del servizio di pagamento non è tenuto ad applicare l'autenticazione forte del cliente se il pagatore dispone un'operazione di pagamento presso un terminale di pagamento incustodito allo scopo di saldare il pedaggio o il parcheggio (art. 12 del Regolamento). In questo caso, invero, la finalità di rendere più celeri le operazioni di transito combinata agli importi solitamente ridotti delle transazioni, hanno indotto la Commissione europea ad applicare la disciplina delle esenzioni anche a questo tipo di operazioni. Ciò posto, ad essere adombrato, da parte della Commissione, è il concetto di "abitualità". Infatti, se un pagatore compie una serie di operazioni ricorrenti, ovverosia di pari importo ed a favore del medesimo beneficiario, il legislatore europeo non sembra riconoscere, in tal caso, un pericolo per l'utilizzatore e, dunque, anche questo caso dovrebbe ritenersi sussumibile nel novero delle esenzioni di cui al Capo III del Regolamento. In tal caso, il rischio di un utilizzo fraudolento dei conti di pagamento sembrerebbe arginato dal fatto che, nell'organizzare per la prima volta il *set* di operazioni da disporre abitualmente, sia comunque richiesta l'autenticazione forte del cliente.

3. La responsabilità dei Prestatori dei servizi di pagamento prima e dopo la Direttiva PSD2 ¹⁶.

Alla luce dei mutamenti operati con la Direttiva 2366/2015, possiamo chiederci se possono rilevarsi cambiamenti per quel che concerne il regime della responsabilità civile dei Prestatori di servizi di pagamento¹⁷. Il che può anche

¹⁶ Amplessima la dottrina in materia: cfr. *La nuova disciplina dei servizi di pagamento*, Giappichelli, 2011, a cura di M. MANCINI, M. RISPOLI FARINA, V. SANTORO, A. SCIARRONE ALIBRANDI, O. TRAIANO; ma vedi anche C. BRESCIA MORRA, *Il diritto delle banche*, II ed., Il Mulino, 2016; *Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della Direttiva 2007/64/CE*, a cura di M. RISPOLI FARINA, V. SANTORO, A. SCIARRONE ALIBRANDI, O. TROIANO, Giuffrè, Milano, 2009; P. BONTEMPI, *Diritto bancario e finanziario*, Giuffrè, Milano, 2016; R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, Il Mulino, 2012; *Commentario al Testo Unico Bancario*, a cura di M. PORZIO, F. BELLI, G. LOSAPPPIO, M. RISPOLI FARINA, V. SANTORO, Giappichelli, Torino, 2010.

¹⁷ Molto cospicue sono state le pronunce dell'Arbitro Bancario Finanziario in materia, anche se non sono mancate differenziazioni sui vari orientamenti susseguitisi. L'ABF ha registrato una notevole inversione di tendenza rispetto agli ultimi anni rispetto alla posizione del consumatore che subiva l'utilizzo fraudolento dei propri strumenti di pagamento o che si vedeva sottratte le proprie credenziali di accesso ai sistemi di *home banking*: ad esempio, può rammentarsi una decisione del

Collegio di Milano, la n. 1555 del 2010, che aveva rigettato il ricorso di una cliente che aveva incautamente lasciato il proprio bancomat, insieme alle credenziali di accesso, all'interno della propria vettura lasciata senza sicura inserita. L'Arbitro, nonostante la signora avesse prontamente riferito di essere stata derubata anche del bancomat, ha ritenuto molto negligente il comportamento assunto dalla ricorrente, sulla quale grava l'obbligo di custodire con scrupolo e diligenza le credenziali di sicurezza dei propri dispositivi di pagamento. Ancora, nella decisione n. 2845 del 2011, veniva evidenziato e posto a carico del ricorrente, che si vedeva respingere il ricorso presentato dinanzi all'Arbitro, il sistema del cd. *lebanese loop*, mediante il quale un terzo malintenzionato riesce a clonare la carta inserita in un ATM ed a carpire con l'inganno i codici di autenticazione dall'ignaro utilizzatore (spiandolo mentre li digita sulla tastiera). In tal caso, il Collegio aveva ravvisato, ancora una volta, l'imprudenza dell'utilizzatore, il quale, in presenza di un estraneo, avrebbe forse dovuto porre più attenzione nell'inserimento del codice PIN.

La decisione del Collegio di Coordinamento dell'ABF del 24 giugno 2014 (n. 3947), pur mostrando già un primo temperamento alla severità nell'analisi della posizione dell'utilizzatore degli strumenti di pagamento, pone la propria attenzione sulla mancata diligenza del ricorrente, il quale aveva lamentato l'utilizzo non autorizzato della propria carta bancomat per un ammontare di oltre 7 operazioni non autorizzate. In tal caso, infatti, l'orientamento dell'Arbitro è stato sì quello di riconoscere l'inversione dell'onere della prova a carico dell'intermediario resistente (come già statuito dalla Direttiva PSD), ma anche quella di riconoscere oneri di diligenza, nella custodia del dispositivo di pagamento e del relativo PIN, abbastanza gravosi per l'utente; di fronte alle doglianze di parte ricorrente circa una supposta clonazione della propria carta bancomat, l'Arbitro ha accolto le controdeduzioni di parte resistente, il quale ha prodotto in giudizio una documentazione inerente l'impossibilità di clonare le carte con il cd. *microchip*. Ciò, unito al fatto che i prelievi presuntivamente abusivi erano tutti stati effettuati in zone limitrofe alla residenza di parte ricorrente, ha fatto propendere il Collegio ad imputare all'utilizzatore la colpa grave nel non aver custodito correttamente la carta di pagamento ed il relativo PIN.

Conformemente a quanto affermato dall'ABF, una sentenza del Tribunale di Milano del 26 settembre 2018, chiamato a decidere in secondo grado su una controversia avente ad oggetto la responsabilità civile della banca *ex art. 12 del d.lgs. n. 11/2010, vecchio testo (applicabile ratione temporis* dato che i fatti di cui è causa di riferimento al 2015, antecedentemente all'entrata in vigore dell'attuale PSD2) ha affermato, tramite presunzioni *ex art. 2729 c.c.*, la piena responsabilità dell'utilizzatore di una carta che si asseriva essere stata rubata, ma senza i relativi codici di accesso. Il proprietario del bancomat, in sostanza, aveva affermato di aver correttamente adempiuto gli obblighi di corretta custodia del PIN inerente allo strumento di pagamento, ma che ciononostante la carta bancomat era stata clonata e utilizzata per prelievi non autorizzati dal proprio conto corrente. La banca convenuta, invece, resistendo in giudizio, aveva prodotto uno studio commissionato ad esperti del Politecnico di Torino, sulla base del quale deve dedursi che la clonazione e conseguente estrapolazione delle nuove carte bancomat, dotate di PIN, risulta pressoché impossibile: da ciò il Tribunale di Milano aveva desunto che, in effetti, il codice segreto a cinque cifre doveva essere stato incautamente custodito dal cliente insieme al Bancomat, disattendendo completamente agli obblighi di diligente custodia degli stessi sancito dall'art. 7 del decreto. A seguito di ciò, il Tribunale ha deciso di riformulare la sentenza del Giudice di Pace (competente per il primo grado di giudizio) e di condannare l'utente alla ripetizione di quanto la banca aveva in un primo tempo rimborsato.

Dagli esempi citati è possibile desumere come i Collegi dell'ABF fossero alquanto attenti a riconoscere la responsabilità dei danni provocati all'utilizzatore dello strumento di pagamento in capo al Prestatore del servizio di pagamento negando, il più delle volte, le richieste di rimborso formulate dai clienti, ai quali veniva imputato un comportamento negligente o, quanto meno, imprudente.

Le più recenti decisioni, in ordine temporale, assunte dall'Arbitro Bancario Finanziario, paiono orientarsi diversamente, in quanto considerati i progressi della tecnologia, esso appaiono sempre

più propensi ad addossare il rischio di un utilizzo fraudolento dei sistemi di pagamento, e delle relative credenziali, in capo ai Prestatori dei servizi. Possiamo richiamare la decisione n. 17675/2017 del Collegio di Milano, laddove vengono citate le *Recommendations for the security of internet payments* emanate il 31 marzo 2013 dallo *European Forum on the Security of Retail Payments (Secure Pay)*, costituito presso la Banca Centrale Europea. Le citate *Recommendations*, nonostante risalgano a circa 6 anni fa, contenevano già indicazioni importanti sugli accorgimenti da adottare dai Prestatori dei servizi di pagamento per assicurare il corretto funzionamento delle operazioni.

Raccomandazioni poi riprese dagli Orientamenti in materia di sicurezza dei pagamenti tramite internet, emanati dall'Autorità Bancaria Europea nel dicembre 2014 che statuiscono dei cd. "principi guida" e definiscono i requisiti minimi di sicurezza per i servizi di pagamento prestati via internet; requisiti minimi che costituiscono il canone di diligenza professionale cui i prestatori dovevano adeguarsi.

Tra tali "principi guida" si annovera quello che richiede ai prestatori di servizi di pagamento di garantire che l'operatività via internet e l'accesso ai "sensitive payment data" (come tali dovendosi classificare non solo le credenziali di accesso, ma anche quelle dispositive) siano protetti dalla "Strong Customer Authentication". Le citate Raccomandazioni chiariscono poi che, affinché possa parlarsi di autenticazione forte, la procedura adottata dall'intermediario debba essere basata sull'impiego di due o più dei seguenti elementi: (i) qualcosa che il cliente conosce, (ii) qualcosa che il cliente possiede e (iii) qualcosa che caratterizza il cliente (per esempio una caratteristica biometrica) e almeno uno di detti elementi deve essere non riutilizzabile, non replicabile e non atto ad essere carpito via internet. Tale punto sembra essere notevole rilievo: a nulla serve introdurre differenti e costosi sistemi di protezione, se essi possono essere facilmente sottraibili tramite un messaggio di *phishing* dal quale il cliente, più o meno inesperto, può essere attirato a fornire le proprie credenziali.

Va ricordata in proposito un'altra decisione del 2017, la n. 15608, in cui il Collegio ABF aveva rilevato come fosse "inutile", nel caso di specie sottoposto alla sua attenzione, un sistema di autenticazione a due fattori, in quanto inadeguato alla protezione del soggetto, ritenendo non realizzatasi quella colpa grave del ricorrente, pur in presenza di un sistema a due fattori, conforme alle indicazioni del Collegio di Coordinamento (dec. 3498/2012). Il sistema di protezione a due fattori, dunque, non sempre risulta essere efficace, se inserito in un sistema informatico che comunque consente un accesso non autorizzato.

Si può rilevare che nella maggior parte delle decisioni fin qui prese dall'Arbitro, si afferma che sebbene sia stata adottata la misura di protezione a due fattori, se l'operazione è oggetto di attacco fraudolento, poiché sul Prestatore del servizio di pagamento ricade il rischio di impresa, su di esso incombe anche la sopportazione dei costi derivanti dalle pratiche di rimborso *uti singuli*, così da realizzare una vera protezione del cliente. Dottrina e giurisprudenza, in presenza di un sostanziale squilibrio di posizioni tra l'utente e il Prestatore del servizio di pagamento, ritengono ragionevole che esso venga sanato con la presunzione di responsabilità dei danni provocati all'utilizzatore a carico del Prestatore del servizio di pagamento.

In un'ottica ben diversa da quella della già menzionata decisione del 2014, la statuizione del Collegio di Coordinamento n. 16237 del 26 luglio 2018 ha definito in maniera chiara quelli che sono gli obblighi, gravanti sull'intermediario, di protezione, "[...] derivanti da un'interpretazione costituzionalmente orientata del combinato disposto degli artt. 1175 e 1375 c.c. data dalla giurisprudenza di legittimità". In sostanza, l'intermediario deve addossarsi il cd. rischio di impresa, gravante su chiunque eroghi servizi nei confronti di una clientela non sempre specializzata. Nel caso di specie, in particolare, l'intermediario è stato sanzionato per non essersi accorto del superamento del plafond della carta bancomat dell'utilizzatore, venendo meno proprio agli obblighi di diligenza e protezione contrattualmente previsti.

Volendo porre in essere una sintesi, insomma, è possibile affermare come l'Arbitro Bancario Finanziario, dopo un periodo di iniziale scetticismo di fronte alle richieste di rimborso degli utenti,

tradursi nella domanda: le modifiche hanno reso più semplice per i Prestatori dei servizi liberarsi dalla presunzione di responsabilità per i danni provocati agli utilizzatori degli strumenti di pagamento?

La direttiva PSD2 ha, in verità, confermato il regime di responsabilità gravante in capo ai Prestatori¹⁸, recepito dapprima nel d.lgs. n. 11/2010, ma successivamente modificato ed integrato dal d.lgs. 218/2017. Gli artt. 10 e 11 del d.lgs. 11/2010, nella loro formulazione originaria, delineavano già la responsabilità dei Prestatori di servizi di pagamento, i quali avevano l'obbligo di assicurarsi che *"tutti i dispositivi personalizzati forniti alla clientela non [fossero] mai accessibili a soggetti diversi dal loro legittimo titolare"*. In particolare, gli articoli succitati prevedevano, in caso di disconoscimento dell'operazione da parte dell'autore, un rimborso immediato a favore dell'utilizzatore di detti servizi, tranne che nel caso di motivato sospetto di frode e salva la possibilità, per l'intermediario, di dimostrare *ex post* che l'utilizzatore non aveva alcun diritto al rimborso¹⁹.

di cui si dichiarava spesso l'imprudenza, la negligenza o l'imperizia, ha in un certo senso anticipato quelle che sono state le novità, in tema di *Strong Customer Authentication*, recepite dapprima dal legislatore comunitario, e poi da quello nazionale, imputando sempre al Prestatore del servizio di pagamento la responsabilità dell'utilizzo fraudolento delle credenziali dei propri clienti.

¹⁸ Cfr. Considerando 86: *"È opportuno che il prestatore di servizi di pagamento del pagatore, [...] assuma la responsabilità della corretta esecuzione del pagamento, in particolare per quanto riguarda l'intero importo dell'operazione di pagamento e il tempo di esecuzione, nonché la piena responsabilità in caso di inadempienza di altre parti nella catena del pagamento fino al conto del beneficiario. In conseguenza di tale responsabilità, ove l'intero importo non sia accreditato al prestatore di servizi di pagamento del beneficiario o sia accreditato in ritardo, il prestatore di servizi di pagamento del pagatore dovrebbe rettificare l'operazione di pagamento o rimborsare senza indugio il corrispondente importo dell'operazione al pagatore, fatte salve altre eventuali richieste di rimborso ai sensi della normativa nazionale. Data la responsabilità del prestatore di servizi di pagamento, è opportuno che il pagatore o il beneficiario non si debbano fare carico di costi relativi al pagamento non corretto. In caso di mancata esecuzione o di esecuzione inesatta o tardiva di operazioni di pagamento, gli Stati membri dovrebbero assicurare che la data valuta dei versamenti di regolarizzazione dei prestatori di servizi di pagamento equivalga sempre alla data valuta relativa all'esecuzione corretta."*

¹⁹ R. FRAU, *Operazioni di home banking disconosciute dal correntista e responsabilità semioggettiva della banca*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 3, 2017, p. 855 e ss..

Reputiamo interessante porre la nostra attenzione sul commento fatto da FRAU alla decisione della Cassazione, I Sez. Civ., n. 10638 del 23 maggio 2016, la quale, oltre a porre la propria attenzione sul tema della responsabilità civile dell'Intermediario, analizza un tema scarsamente dibattuto nella dottrina: la tutela dei dati personali *sic et simpliciter*. Intendiamo dire: nel momento in cui si rileva un accesso non autorizzato nei conti correnti personali (o di pagamento) di un determinato soggetto, la problematica non concerne soltanto il possibile utilizzo fraudolento delle disponibilità monetarie di un soggetto, ma anche la problematica concernente il furto dei dati personalissimi quali nome, cognome, indirizzo di residenza, etc., i quali hanno trovato una tutela iniziale grazie alla prima legge sulla privacy (la n. 676 del 1996), per poi concretizzarsi nel cd. Codice sulla privacy

L'art. 10, in particolare, prevedeva che, qualora l'utilizzatore dei servizi di pagamento negasse di aver autorizzato un'operazione già eseguita ovvero sostenesse che la stessa non fosse stata correttamente eseguita, era onere del Prestatore provare che l'operazione di cui trattasi aveva avuto l'esito sperato, senza cioè patire le conseguenze derivanti da un malfunzionamento delle procedure necessarie per la sua esecuzione o da altri inconvenienti. Parimenti, l'utilizzo di uno strumento di pagamento offerto dall'intermediario non rappresentava un automatico riconoscimento della legittimità dell'operazione in parola o, ancora, non dimostrava che il cliente avesse agito fraudolentemente ovvero che questi non avesse adempiuto, con dolo o colpa grave, agli obblighi di utilizzo conforme degli strumenti in suo possesso.

Con il d.lgs. 218/2017, di attuazione della direttiva PSD2, che fa un espresso riferimento ai nuovi *players* del Mercato dei Pagamenti (quali il Prestatore del servizio di disposizione di ordini di pagamento, o il Servizio di informazione sui conti), il legislatore ancor più chiaramente statuisce quell'onere della prova, gravante sui soggetti intermediari, e che implicitamente era possibile desumere dalla formulazione del vecchio testo: attualmente, infatti, l'art. 10, ult. cpv., del d.lgs. 11/2010, così come modificato, sancisce che è onere del Prestatore dei servizi di pagamento, compreso, se del caso, il Prestatore di servizi di disposizione di ordine di pagamento, fornire la prova della frode, del dolo o della colpa grave dell'utente, al fine di far ricadere su quest'ultimo i costi dell'operazione non autorizzata.

Il recepimento della Direttiva PSD2 ha comportato anche la modifica dell'art. 11, il quale non si limita più a prevedere, genericamente, l'obbligo del rimborso²⁰ dei fondi illecitamente sottratti all'utente, ma cerca di dare tempi certi entro i quali dovrà avvenire: entro la medesima giornata in cui si è svolta l'operazione o, al

(d.lgs. 196/2003) ed infine nel Regolamento europeo sulla protezione dei dati personali n. 2016/679 (cd. GDPR).

L'art. 15 del d.lgs. 196/2003, prima della sua abrogazione, disponeva infatti che chiunque cagionasse ad altri un danno per illecito trattamento dei dati personali, ne dovesse rispondere in sede civile ai sensi dell'art. 2050 c.c.: la Cassazione, allora, nella vigenza di detto articolo, aveva statuito, nella sentenza 10638/2016, che laddove il cliente allegasse il danno ricevuto per l'effetto del furto delle proprie credenziali informatiche (considerate alla stregua di un dato personale come di quelli sopra esemplificati), alla controparte intermediaria spetterebbe l'onere di dimostrare che il furto è stato cagionato dalla trascuratezza, frode od errore del correntista.

In poche parole, la normativa ante PSD2 configurava una sorte di responsabilità oggettiva radicata in capo al Prestatore del servizio di pagamento, il quale risponde per il semplice fatto di non aver, evidentemente, apposto quelle misure idonee ad impedire l'illecita apprensione altrui delle credenziali di pagamento del proprio cliente.

²⁰ Cfr. R. FRAU, *Operazioni di home banking disconosciute*, cit., p. 866.

più tardi, entro la giornata operativa successiva²¹. Inoltre - ed è questa una previsione di ordine logico già sancita sotto la vigenza del vecchio testo dell'art. 11 - viene ribadita la possibilità, a favore del Prestatore di servizi chiamato ad effettuare il rimborso, di dimostrare, anche in un momento successivo al pagamento, che l'operazione a questi impartita è avvenuta correttamente (cioè, su disposizione del cliente intestatario dei fondi) con diritto alla ripetizione delle somme già elargite.

L'utilizzatore del servizio di pagamento, infatti, nel sistema previgente non sopportava alcuna perdita in ragione dell'utilizzo illecito dello strumento in suo possesso, eccetto una franchigia di un importo massimo pari a 150 euro, per tutte quelle operazioni anteriori alla comunicazione dell'avvenuto furto o smarrimento dello strumento al Prestatore del servizio di pagamento. In virtù dell'introduzione della *Strong Customer Authentication*, invece, l'utilizzatore ha sempre diritto alla restituzione integrale dell'importo addebitatogli senza autorizzazione, laddove il Prestatore di pagamenti non abbia adempiuto all'obbligo di esigere un'autenticazione forte del cliente. Ciò posto, anche il beneficiario del pagamento risponderà dell'utilizzo indebito dello strumento laddove non abbia adempiuto all'obbligo di richiedere l'autenticazione forte del pagatore. Negli altri casi, salvo che abbia agito in modo fraudolento ovvero che non abbia adempiuto a uno o più degli obblighi di cui all'articolo 7 del d.lgs. 11/2010, con dolo o colpa grave, (e cioè corretta custodia delle credenziali di autenticazione e comunicazione tempestiva di uso illecito delle stesse), il pagatore può sopportare, per un importo comunque non superiore a euro 50, la perdita relativa a operazioni di pagamento non autorizzate derivanti dall'utilizzo indebito dello strumento di pagamento conseguente al suo furto, smarrimento o appropriazione indebita.

È chiaro, allora, che alla luce di questa prospettiva, la garanzia costituita da un sistema di accesso forte si sostanzia nell'estrema difficoltà consistente nella violazione di un sistema di siffatta specie, per effetto del quale il legislatore

²¹ La modifica occorsa all'articolo, a causa delle modifiche introdotte da PSD2, ha tenuto anche in considerazione l'introduzione e la nascita di nuovi *players* del Mercato, quali il Prestatore di servizi di disposizione di ordine di pagamento ed il Prestatore di servizi di pagamento di radicamento del conto. È inoltre previsto, poi, sempre *ex art. 11* del d.lgs. 11/2010, che laddove questi abbia dovuto rimborsare, per ragioni di celerità, il pagatore, ma l'operazione "incriminata" era da imputare solo e soltanto al Prestatore di servizi di disposizione di ordine di pagamento, allora quest'ultimo dovrà rimborsare il primo (ancora una volta) entro la medesima giornata in cui è avvenuto il rimborso al pagatore, o al più entro la giornata successiva.

Medesimo meccanismo di rimborso, ovviamente, se l'operazione non autorizzata è avvenuta dietro responsabilità del Prestatore di servizi di pagamento di radicamento del conto.

nazionale, sulla scorta di quello europeo, ha previsto a carico del Prestatore il rimborso immediato e integrale "[...] in ogni caso al più tardi entro la fine della giornata operativa successiva a quella in cui prende atto dell'operazione o riceve una comunicazione in merito. Ove per l'esecuzione dell'operazione sia stato addebitato un conto di pagamento, il prestatore di servizi di pagamento riporta il conto nello stato in cui si sarebbe trovato se l'operazione di pagamento non avesse avuto luogo, assicurando che la data valuta dell'accredito non sia successiva a quella dell'addebito dell'importo". Del resto, nel caso in cui anche tali procedure, che di per sé dovrebbero essere le più sicure, venissero violate, il pagatore non sopporterà alcuna perdita.

Invero, atteso che tutti coloro che offrono un servizio di pagamento sono tenuti all'obbligo di operare attraverso interfacce web che consentano l'autenticazione forte del cliente, giova evidenziare come sia diventato estremamente più facile per l'utilizzatore di tali strumenti ottenere il rimborso di quanto illecitamente sottrattogli. La responsabilità del Prestatore del servizio (o di eventuali altri soggetti collegati, come i Prestatori del servizio di radicamento del conto, o coloro che semplicemente forniscono informazioni ad esso collegate) è diventata completamente di tipo oggettivo, data l'estrema difficoltà in cui incorrono detti soggetti nel fornire la prova del dolo o della colpa grave eventualmente sussistente in capo all'utilizzatore.

4. Conclusioni.

A parere di chi scrive, appare evidente che le leggi comunitarie di ultima generazione si pongono con maggior rigore nell'ottica di tutelare il consumatore e, in particolare, l'utilizzatore del servizio di pagamento, nonché il risparmio che i clienti depositano nei conti di pagamento ai fini di un utilizzo corretto e consapevole degli stessi.

Del resto, il Prestatore del servizio di pagamento è tenuto ad osservare i canoni di diligenza professionale, poiché nello svolgimento del contratto di *home banking*, in cui impera la *Strong Authentication*, l'Azienda di credito, in qualità di contraente professionale non è - né potrebbe mai essere - all'oscuro dell'evoluzione tecnologica, specie avuto riguardo ai rimedi per combattere le frodi²², ed è pertanto tenuta ad adeguarsi all'evoluzione dei nuovi sistemi di sicurezza, dovendo assumere come canone di comportamento quella "diligenza

²² Cfr. R. FRAU, *op. cit.*, pag. 867 e ss..

del buon banchiere”²³ che ha consentito, nel tempo, di riconoscere una responsabilità da *status* in capo al Prestatore del servizio; prestatore che è, d'altronde, quasi sempre una banca.

Tuttavia, è chiaro che la necessità di dotarsi di sistemi di autenticazione forte²⁴, poiché, in caso contrario, a norma del novellato art. 12 del d.lgs. 11/2010, spetterebbe un rimborso integrale ed immediato a favore dell'utilizzatore fraudolentemente depauperato dei propri fondi induce a chiedersi se quello in esame possa ancora dirsi un contesto connotato da una responsabilità cd. semi oggettiva ovvero oggettiva *tout court*, atteso che sarà sempre più difficile dimostrare l'inottemperanza di un soggetto al quale, ad esempio, sono stati rubati dati biometrici di per sé non smarribili, come impronte digitali o fattezze del viso. In tal caso, allora, è lecito chiedersi: a chi va imputata l'operazione non autorizzata? Al soggetto Prestatore del servizio di pagamento, o all'utilizzatore? E nel caso in cui l'utilizzatore di un servizio convenisse in giudizio il Prestatore del servizio di pagamento, per vedersi riconosciuto l'indebito oggettivo, la banca convenuta potrebbe forse citare in giudizio il realizzatore del *software* per l'autenticazione ad accesso forte al fine di rivalersi nei suoi confronti?

In effetti, nelle controversie nascenti tra l'utilizzatore di un *software* ed il fornitore del programma, un aspetto fondamentale, sul quale la dottrina ha molto dibattuto, riguarda proprio la distribuzione dell'onere probatorio relativamente ai difetti del servizio di *home banking* alla luce di un inadempimento contrattuale. Da un punto di vista processuale, infatti, l'art. 2697 c.c., comma 1, impone a colui che fa valere in giudizio un diritto l'onere di provare i fatti che ne costituiscono il fondamento: di conseguenza, spetterebbe alla banca, nel nostro caso, dover dimostrare che il fallimento della procedura di autenticazione forte è dipesa dall'inadempimento del produttore del *software*²⁵. Tuttavia, è noto come nel campo delle obbligazioni viga il principio secondo il quale una volta che il creditore abbia allegato l'inadempimento altrui, incombe sul debitore l'onere di provare l'esatto adempimento dell'obbligazione²⁶.

²³ Ampia la dottrina in materia che ha cercato di tratteggiare con maggior precisione tale imprescindibile qualità: come non ricordare i classici studi tra cui soprattutto G. FERRI., *La diligenza del buon banchiere*, in *Banca, Borsa e Titoli di credito*, 1958, I, p. 1 e ss..

²⁴ Poiché, in caso contrario, a norma del novellato art. 12 del d.lgs. 11/2010, spetterebbe un rimborso integrale ed immediato a favore dell'utilizzatore fraudolentemente depauperato dei propri fondi.

²⁵ Si veda in proposito P.G. CASALI, *I contratti del software: qualificazione, responsabilità e garanzie*, in *I Contratti*, IV, 2014, p. 389 e ss. relativamente ai rapporti tra produttore ed utilizzatore di *software* di uso comune.

²⁶ E ciò anche ai sensi dell'art. 2697 c.c., secondo comma.

Ciononostante, nel caso di specie da noi citato, ovvero sia una compravendita del *software* di *home banking*, giova precisare che la violazione della garanzia per tali vizi si traduce in una responsabilità negoziale speciale e diversa rispetto a quella ordinaria *ex artt.* 1218 e 1453 c.c., di talché l'onere probatorio graverebbe in capo alla banca utilizzatrice del programma, e non già al fornitore del *software*, dovendo la stessa provare l'esistenza di difetti e il verificarsi di conseguenze dannose che hanno condotto all'accesso non autorizzato ai fondi del pagatore. La banca, in quanto acquirente-utilizzatrice, come potrebbe, per parte sua, tutelarsi?

A parere di chi scrive, al fine di provare le conseguenze dannose di che trattasi, potrebbe essere utile spendere in sede processuale una decisione dell'Arbitro Bancario Finanziario ovvero della competente Corte territoriale di merito che abbiano accertato, seppur con efficacia giuridica di diversa specie e natura, la violazione del sistema di accesso forte, statuendo in ordine alla sussistenza di un diritto alla restituzione dell'indebito da parte del Prestatore a favore del cliente. Quanto ai meri difetti di fabbricazione, invece, basterebbe ricorrere all'ausilio di una consulenza tecnica o, nel caso in cui non si volessero attendere le lungaggini antecedenti l'inizio di un processo, chiedere un accertamento tecnico preventivo²⁷ ai sensi dell'art. 696 c.p.c..

È questa, forse, una delle tante possibili soluzioni cui la giurisprudenza di merito e, in ultima istanza, quella di legittimità, dovrà dare applicazione in concreto; del resto, onde evitare di far lievitare i costi a carico degli utenti dei servizi di pagamento (operazione necessaria per rientrare dalle perdite subite a causa dei rimborsi), dovrebbe essere concesso ai coloro che forniscono il servizio di poter avere una sorta di "prova liberatoria", che consentisse di dimostrare che in effetti la colpa dell'accaduto non sia a loro ascrivibile e che, quindi, possa agevolmente essere richiesto il risarcimento del danno, rappresentato dal rimborso erogato al loro utente.

Seppur pleonastico, è bene ricordare che ai sensi dell'art. 1223 del Codice civile, il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere la perdita subita dal creditore (il cd. danno emergente) ed il mancato guadagno (cd. lucro cessante), purché siano conseguenza diretta ed immediata del danno subito.

²⁷ P.G. CASALI, *ibidem*.

La continuazione tra delitti e contravvenzioni: l'approdo della giurisprudenza.

di Luciano PERSICO*

SOMMARIO: **1.** Introduzione e origine storica del reato continuato. **2.** L'articolo 81 c.p.: il *favor rei* della pena nel caso di reato continuato o concorso formale di reati. **3.** Problematiche applicative del cumulo giuridico per reati di specie o genere diversi: il cammino della giurisprudenza. **4.** Il caso sottoposto alla IV Sezione della Corte di Cassazione: l'ordinanza di remissione del 20 marzo 2018. **5.** La soluzione fornita dalle Sezioni Unite con la pronuncia n. 40983/2018. **6.** Osservazioni conclusive e profili critici della pronuncia.

1. Introduzione e origine storica del reato continuato.

L'istituto del reato continuato, quale strumento di commisurazione della pena per quei reati commessi in esecuzione di un medesimo disegno criminoso, connotati da una minore riprovevolezza del comportamento di colui che delinque e per tal motivo meritevoli di un più mite trattamento sanzionatorio, oggi riconosciuto nel comma secondo dell'articolo 81 c.p., ha origini antiche, pur non trovando approdo nel diritto romano.

Ed invero, nel diritto romano trovava applicazione il più rigido cumulo materiale delle pene¹, così come emerge dal Digesto 47.1.2: «*Numquam plura delicta concurrentia faciunt, ut ullius impunitas detur: neque enim delictum ob aliud minuit poenam*». Volgendo lo sguardo alla previsione del D.47.2.46.9 e D.47.2.57 che applicava il principio «*tot crimina, tot poenae*» al caso in cui il ladro si impossessava nuovamente della cosa già sottratta, si trae la conferma che in epoca romana l'istituto della continuazione non trovava riconoscimento alcuno².

Al netto di taluni statuti comunali, come quello di Narni (1371) che puniva come un solo reato chi avesse colpito taluno ripetutamente e quello di Roma che prevedeva un'unica pena per colui che avesse ingiuriato più volte taluno, una prima forma di reato continuato può dirsi essere stata teorizzata da Bartolo da

* Dottore in giurisprudenza, tirocinante ex art. 73 l. 98/13 presso la Procura della Repubblica di Nocera Inferiore.

¹ Cfr. sul punto, R. RAMPIONI, *Nuovi profili del reato continuato*, in *Riv. It. dir. Proc. pen.*, 1978, p. 614; V. ZAGREBELSKY, *Reato Continuato*, seconda edizione, Giuffrè, Milano, 1976, p. 2.

² Cfr. G. LEONE, *Del reato abituale, continuato e permanente*, Jovene, Napoli, 1933, p. 179.

Sassoferrato e da Baldo degli Ubaldi, ove il primo ravvisava l'unificazione di più reati quando è unico il tempo della commissione ed il fine dell'azione tenuta³; il secondo, più coerentemente alla disciplina oggi in vigore, riteneva che diversi reati della medesima o diversa tipologia, potevano essere unificati se tra gli stessi vi fosse unicità di scopo⁴.

Lo specifico tema che ci occupa ha ricevuto e riceve attenzione da quasi mezzo secolo – e precisamente dalla riforma del codice penale del 1974 – contornato da maglie interpretative piuttosto larghe che ha diviso dottrina e giurisprudenza, senza mai trovare soluzione univoca ed univocamente condivisa.

Ed invero, la questione concerne la portata applicativa dell'articolo 81 c.p. ed investe due specifici profili, riguardando, da un lato, l'estensione pratica del cumulo giuridico per le ipotesi di concorso o continuazione tra reati sanzionati con pene eterogenee e, dall'altro – in via subordinata alla positiva risoluzione della prima – le concrete modalità di determinazione della pena derivante dal cumulo.

Mentre il primo profilo, dopo iniziali difficoltà, è stato risolto e superato in senso affermativo, per il secondo vi sono state maggiori resistenze, che non hanno consentito di definire in maniera chiara la questione.

Ripercorrendo i vari momenti storico-giuridici che hanno coinvolto ed a tratti stravolto l'argomento, si può oggi affermare che – alla luce della recente pronuncia della Corte di Cassazione Sez. Unite n. 40983 – anche il secondo profilo ha trovato pratica soluzione. Infatti, la Corte, nella sua composizione più autorevole, ha enunciato un principio di diritto capace di definire i confini della questione, avendo cura di prospettare le soluzioni per una serie di ipotesi maggiormente complesse, o comunque di maggior interesse nella prassi applicativa.

2. L'articolo 81 c.p.: il *favor rei* della pena nel caso di reato continuato o concorso formale di reati.

L'attuale formulazione dell'articolo 81 c.p. è derivata dalla riforma intervenuta con la legge 7 giugno 1974 n. 220, che di fatto ha allargato le maglie del reato continuato (prima circoscritto alle sole ipotesi di violazioni della medesima disposizione di legge), ammettendone la ricorrenza ogni qual volta il reo violi la

³ "Si quidem plures testes producantur ad unum effectum, una est production, et pro uno tantum delictio punientur..." BARTOLO DA SASSOFERRATO, *Lucerna juris*, in Primam Digesti Novi paterni. Ad lib. XLVII Digest Lex XXVII.

⁴ BALDO DEGLI UBALDI, Perusini Iureconsulti, *Commentaria, Venetiis*, MDCXXVII.

stessa o di diverse disposizioni di legge, anche in tempi diversi, in esecuzione del «*medesimo disegno criminoso*», inteso quest'ultimo come necessaria rappresentazione da parte del soggetto dei singoli episodi criminosi sin dall'inizio dell'attività illecita; inoltre, con la novella legislativa è stato riconosciuto il regime di *favor* del cumulo giuridico, in luogo di quello materiale, anche nel caso di concorso formale di reati, dovendo intendersi per questo, la violazione di più disposizioni legislative con la medesima condotta, attiva od omissiva, estendendo quindi anche l'operatività del concorso formale di reati.

La *ratio* che ha ispirato la riforma, che porta con sé il riconoscimento di un più mite trattamento sanzionatorio anche in caso di concorso di reati, è da individuarsi nella considerazione di un minor disvalore sociale della condotta delittuosa tenuta dal reo, che delinque con una sola azione, o omissione, circoscritta ad un unico e solo momento temporale. Parimenti, anche l'esteso riconoscimento della continuazione nei casi di violazione di diverse disposizioni normative, risponde alla medesima *ratio* di minore pericolosità sociale mostrata dal soggetto che, nel tenere il comportamento delittuoso, persegue un fine criminoso unitario, prefigurandosi sin dall'inizio i singoli episodi che compongono l'attività illecita.

La novella normativa, introduce la distinzione tra concorso formale omogeneo ed eterogeneo⁵ che – sebbene quest'ultimo sia riferito semplicemente al riconoscimento della continuazione nel caso di violazione di diverse disposizioni, senza nulla prevedere circa la spinosa questione delle pene eterogenee – si pone come antecedente logico delle disputa che oggi ci occupa.

Infatti, considerati gli stringenti limiti che la formulazione ante riforma prevedeva, la continuazione poteva essere riconosciuta solo ed esclusivamente nel caso di violazione di una medesima disposizione normativa, il che se da un lato dava luogo ad un ingiustificata diversità di trattamento e, dall'altro, escludeva qualsivoglia questione sulla legalità della pena e sulle concrete modalità di applicazione del cumulo in caso di reati puniti con pene eterogenee. Deve essere precisato che prima della riforma, la Cassazione⁶ aveva ammesso l'applicazione della continuazione nei casi di delitti puniti con pena congiunta e di delitti puniti con la sola multa, precisando che l'aumento doveva essere operato sulla sola pena pecuniaria.

La lodevole intenzione che ha sorretto l'esteso riconoscimento del *favor* sanzionatorio del cumulo giuridico, ha lasciato però vuoti interpretativi di non

⁵ A seconda che vi sia stata la violazione della stessa o di diverse disposizioni di legge.

⁶ Cass. Pen. Sez. V, del 11 Marzo 1970, in *Giustizia Penale*, 1971, II, p. 471;

scarsa rilevanza, tanto che sulla questione si sono succedute innumerevoli pronunce giurisprudenziali, sia della Suprema Corte di Cassazione che della Corte Costituzionale, in quanto, la norma in commento non ha ben precisato quale fosse lo spazio di operatività dell'istituto, con specifico riferimento alle ipotesi di concorso di reati puniti con pene eterogenee per specie o per genere.

Il legislatore del 1974, avrebbe dovuto fare uno sforzo chiarificatore sul *modus operandi* di detta disciplina, indicando cioè in che modo avrebbe trovato spazio il cumulo giuridico in luogo di quello materiale, nel caso in cui il reato classificato più grave⁷, sanzionato con la reclusione (delitto – pena detentiva), risultava connesso per continuazione o per concorso con il reato satellite, sanzionato con multa (contravvenzione – pena pecuniaria). Tale precisazione sarebbe stata idonea ad evitare tutte le questioni che si sono profilate sul tema, dall'incostituzionalità per conflitto con gli articoli 3, 13 e 25 comma II Cost., fino alle problematiche applicative pratiche che hanno coinvolto il tema.

Ed invero, a conferma di quanto detto, solo qualche anno più tardi l'introduzione del testo derivante dalla riforma, la norma è stata oggetto di una questione di legittimità costituzionale che, a seconda dell'interpretazione estensiva o restrittiva dell'operatività del cumulo, si poneva in contrasto, alternativamente, con l'articolo 3 Cost., ovvero con gli artt.13 e 25 comma II della Costituzione.

A parere dei Pretori remittenti, nel caso in cui l'applicazione dell'articolo 81 c.p. fosse stata riconosciuta anche per il concorso di reati puniti con pene di specie diversa, sarebbe stato violato il principio di legalità della pena – di cui gli artt. 13 e 25 comma II Cost. costituiscono espressione costituzionale – nella misura in cui, con l'applicazione della pena più grave aumentata fino al triplo, sarebbe applicata una pena nuova per quei reati puniti meno gravemente, in quanto la pena ivi prevista, resterebbe assorbita dal cumulo operata sulla pena di specie diversa più grave. Di converso, un'interpretazione restrittiva della portata dell'articolo 81 c.p., diretta quindi ad escludere l'operatività del cumulo giuridico per i reati concorrenti puniti con pene eterogenee, avrebbe dato luogo ad un contrasto con l'articolo 3 Cost., poiché foriero di una ingiustificata disparità di trattamento.

La Corte Costituzionale⁸, richiamando l'orientamento giurisprudenziale consolidatosi in seno alle Sezioni Unite⁹, rigettava entrambe le censure, così

⁷ Sul punto si veda Cass. pen., S.U., del 28 Febbraio 2013 n. 25393.

⁸ Corte Cost. Sent. n. 34 del 1977.

⁹ Cass. Pen., S.U., del 23 Ottobre 1976, in *Riv. it. Dir. E proc. Pen.*, 1977, pp. 1553 ss.: "non può trovare applicazione il trattamento sanzionatorio previsto dall'art 81 c.p., in quanto l'unificazione di pene di specie diversa in una sola di unica specie comporterebbe la violazione dell'art 1 c.p.,

motivando per la questione concernente gli artt. 13 e 25 comma II Cost.: «*lo speciale criterio di determinazione della pena stabilito nel nuovo testo dell'art. 81 c.p. non sia applicabile quando renderebbe necessaria l'unificazione di pene di specie diversa in una sola di unica specie anche se dello stesso genere con aumento della pena unica ai sensi del primo e del secondo comma dell'art. 81 del codice penale*».

Analogamente, anche per la questione relativa alla disparità di trattamento che si sarebbe profilata in caso di interpretazione estensiva dell'articolo 81 c.p., asseritamente in contrasto con l'articolo 3 Cost., nell'evenienza in cui il cumulo giuridico non avesse trovato applicazione per i reati puniti con pene eterogenee, è stata così superata dalla Corte: «*è chiaramente infondato in quanto tra le due situazioni sussistono elementi di disparità sufficienti a giustificare il diverso trattamento punitivo e, quindi, ad escludere l'asserita violazione del principio di uguaglianza*».

Con questa pronuncia, la Corte Costituzionale ha sì escluso l'incostituzionalità della norma in commento, ma lo ha fatto fornendo un'interpretazione eccessivamente restrittiva che di fatto esclude l'operatività nel caso di concorso o continuazione di reati puniti con pene eterogenee, dando vita ad una decisione eccessivamente sbilanciata a tutelare il principio di legalità, sacrificando oltremodo quello di uguaglianza.

3. Problematiche applicative del cumulo giuridico per reati di specie o genere diversi: il cammino della giurisprudenza.

Superato positivamente il vaglio sulla costituzionalità dell'articolo 81 c.p., si deve ora focalizzare l'attenzione sulle questioni applicative che lo coinvolgono.

La prima problematica che ha investito il riconoscimento del cumulo giuridico per i reati puniti con pene di specie o genere diverse, riguarda la sua messa a sistema con il principio di legalità, principio cardine del diritto in generale, che acquisisce rilevanza penale dal combinato disposto degli articoli 25 Cost., 1 e 199 c.p., in virtù dei quali, sia il fatto criminoso in sé, sia la pena che la misura di sicurezza, devono essere previsti dal Legislatore prima della commissione del fatto.

perché avrebbe come effetto l'irrogazione per il reato, per il quale è prevista una pena di altra specie, di una sanzione, anche se quantitativamente ridotta, che non è quella comminata dalla legge e che non è congruabile con la prima».

Orbene, al fine di escludere l'incostituzionalità dell'articolo 81 c.p., la Corte Costituzionale nella pronuncia già richiamata¹⁰, avallata poi anche dalla dottrina¹¹, ha fornito un'erronea interpretazione del principio di legalità della pena, incentrata esclusivamente sulla lettera della norma, paventandone la violazione ogni qualvolta la pena in concreto irrogata fosse diversa da quella specificamente prevista dal Legislatore, così tralasciando che ciascun principio deve essere posto a sistema con l'intero complesso normativo di riferimento, omettendo di fatto di considerare la *ratio*

sottesa al riconoscimento del cumulo giuridico, ossia ammettere un *favor rei* per quegli episodi criminosi connotati, per espressa previsione *voluntas legis*, da una minore pericolosità sociale.

Così pronunciandosi il Giudice delle Leggi, complice anche la poca chiarezza normativa, ha disatteso completamente l'*intentio legislatoris*, circoscrivendo le novità introdotte dalla riforma, al solo riconoscimento della continuazione in caso di violazione di diverse disposizioni di norme, ed all'introduzione del cumulo per le ipotesi di concorso di reati.

Qualche anno più tardi, la giurisprudenza accortasi dell'errore interpretativo in cui era incorsa un decennio prima e che aveva dato luogo ad un'illogica limitazione, capace di disattendere il *favor rei* a cui l'intero sistema penalistico è ispirato, cominciò a mutare orientamento, dando le basi di tutta l'evoluzione ermeneutica che si è avuta fino ai giorni nostri.

Senza entrare nel merito della questione, i Giudici di Piazza Cavour¹², enunciarono il seguente principio di diritto: «*la continuazione è ammissibile in ogni ipotesi in cui le molteplici violazioni, della stessa o di diverse disposizioni di legge, siano state commesse in esecuzione di un medesimo disegno criminoso, anche quando siano diverse le specie di pena previste per i singoli reati; ed è così ammissibile anche nell'ipotesi di concorso tra reati comuni e militari*».

La rilevanza della pronuncia citata, appare in tutta la sua evidenza se si considera che solo qualche anno dopo la Corte Costituzionale¹³, nel conformarsi al mutato orientamento, la richiamava esplicitamente e, pacificamente ammettendo il rispetto del principio di legalità nel caso di applicazione dell'articolo 81 c.p. a fattispecie punite con pene di specie diverse, affermava: «*la giurisprudenza aveva ben chiarito che pena legale non è soltanto quella comminata dalle singole*

¹⁰ Vedi nota 4.

¹¹ Cfr. C. CALDERONE, *Reato continuato e principio di legalità*, in *Cassazione Penale Massimario Annotato*, 1978, p. 297.

¹² Cass. pen., S.U., del 26 maggio 1984 n. 6300, in *Foro Italiano*, 1985, II, pp. 172 ss.

¹³ Corte. Cost., del 10 marzo 1988 n. 312, in *Giur. Cost.*, 1988, I, p. 1306.

fattispecie penali. Lo è, infatti, anche quella risultante dall'applicazione delle varie disposizioni incidenti sul trattamento sanzionatorio; perciò, la pena unica progressiva, applicata come cumulo giuridico ex art. 81 cod. pen., è pena legale essa pure perché preveduta dalla legge».

In sintesi, con le due pronunce richiamate, vengono ampliati i confini applicativi dell'istituto del cumulo giuridico, con il riconoscimento della continuazione e del concorso di reati anche tra fattispecie punite con pene diverse, capovolgendo completamente quanto prima sostenuto sul rispetto del principio di legalità.

Superata, in senso affermativo, la *questio* relativa all'ammissibilità del cumulo, si è posto un problema ben più complesso, ossia quello dei criteri da seguire per la determinazione della pena in concreto da irrogare a seguito di cumulo giuridico per continuazione o concorso formale.

Anche tale ulteriore profilo, non trovando pacifica soluzione, ha interessato la giurisprudenza degli ultimi trent'anni, che a più riprese si è pronunciata sulla questione ritenendo che nei casi suesposti, i reati satellite resterebbero assorbiti, dal punto di vista sanzionatorio, dal reato più grave che sarà preso in considerazione come pena base su cui operare l'aumento.

Sul punto si sono registrati due filoni giurisprudenziali divergenti tra loro per ciò che concerne il metodo di determinazione della pena, che hanno tentato di dare interpretazione e forma alle modalità di determinazione del trattamento sanzionatorio.

Ebbene, secondo il primo orientamento¹⁴, i reati satellite, in caso di concorso formale o continuazione, perdono autonomia sanzionatoria e l'aumento deve essere operato sulla violazione ritenuta più grave, seguendo il metodo c.d. della pena unica progressiva per moltiplicazione. Ciò significa che, nel caso in cui il reato principale sia punito con pena detentiva e quelli assorbiti in continuazione con pena pecuniaria, dopo aver quantificato la pena pecuniaria da irrogare come aumento, questa deve essere convertita ex art. 135 c.p. in pena detentiva che si andrà a sommare a quella del reato presupposto.

Altro filone¹⁵, a dire il vero minoritario, utilizzando il metodo addizionale, ammetteva la continuazione solo quando le diverse fattispecie di reato erano sanzionate con pene eterogenee solo nella specie, ma dello stesso genere (entrambe detentive o entrambe pecuniarie), mediante la somma della pena determinata per la continuazione a quella prevista dal reato base.

¹⁴ Cass. pen., S.U., del 27 marzo 1993 n. 4901, in *Riv. Pen.*, 1992, p. 1059; Cass. pen., Sez VI, del 12 giugno 1997 n. 11462; Corte di Cassazione Sez. III del 30 settembre 2004 n. 44414;

¹⁵ Cass. pen., Sez. V, del 24 aprile 1996 n. 1953; Cass. pen., Sez. VI, del 30 ottobre 1996 n. 2973.

Tralasciando tale ultimo indirizzo giurisprudenziale, di cui si è detto solo per completezza espositiva, deve essere sottolineato che la tecnica di determinazione del trattamento sanzionatorio, così come prevista dal primo filone riportato, incorre nello stesso errore interpretativo che ha inciso, *ab origine*, sull'ammissibilità del cumulo per reati puniti con pene eterogenee.

Ed invero, anche in tal caso è Lapalissiana la lacunosa e superficiale considerazione del principio di legalità, il cui rispetto viene falsamente subordinato all'irrogazione di una sanzione identica, per specie e genere, a quella prevista per il reato presupposto, così rendendo necessaria l'unificazione delle diverse pene previste, in una con quella della sanzione più grave, ciò sull'erronea interpretazione letterale dell'articolo 81 c.p. nella parte in cui enuncia «*è punito con la pena che dovrebbe infliggersi per la violazione più grave...*».

Così facendo, disattendendo la *ratio* che informa l'istituto, si giungerebbe al paradosso nel caso in cui, per un reato satellite punito con la sola pena pecuniaria, questa dovrebbe essere convertita in pena detentiva, perché assorbita dal reato più grave.

In tale circostanza, infatti, l'istituto sarebbe in contrasto con il *favor rei*, a cui l'intera disciplina è ispirata, in quanto, l'imputato/condannato resterebbe pregiudicato dal cumulo giuridico, dovendo espriare una pena detentiva maggiore rispetto a quanto, invece, avrebbe dovuto espriare se avesse trovato applicazione il cumulo materiale, siccome quest'ultimo, alla pena detentiva prevista per il reato presupposto, avrebbe aggiunto la pena pecuniaria per il reato satellite.

Ex adverso, si può ritenere che una siffatta interpretazione dell'articolo 81 c.p. e delle tecniche di determinazione della pena, provocando una compressione della libertà personale, ulteriore e non prevista dal legislatore, provocherebbe una stortura del principio di legalità e di riserva di legge, in quanto, si finirebbe per irrogare una pena determinata non dal legislatore ma dal giudice.

Inoltre, sempre così argomentando sulle tecniche di determinazione della pena, risulterebbe violato sia il principio di proporzionalità, per il quale, ogni sanzione corrisponde esattamente alla retribuzione ritenuta necessaria dal Legislatore, a sopperire il disvalore arrecato con la condotta, ciò anche sul presupposto che, dai principi costituzionali, emerge con evidenza una maggiore gravità della pena detentiva rispetto a quella pecuniaria, sulla scorta della maggiore tutela riconosciuta alla libertà personale rispetto a quella patrimoniale; sia la finalità rieducativa della

pena, perché, ogni sanzione prevista dal legislatore ha una finalità rieducativa diversa dall'altra – infatti, se così non fosse a monte non vi sarebbe la

bipartizione delitti e contravvenzioni, pene pecuniarie e pene detentive – ed irrogando una pena di genere diversa da quella propria del reato commesso, questa non sarebbe né proporzionale, né tanto meno potrebbe dirsi rieducativa. La giurisprudenza¹⁶ negli anni ha mantenuto fermo l'orientamento ora esaminato, ad eccezione di due pronunce¹⁷ di pochi anni fa che, in maniera completamente difforme dall'indirizzo prevalente, hanno fatto un ragionamento non dissimile da quello poc'anzi proposto.

Ed invero, la Suprema Corte in due occasioni ha sottolineato che l'aumento di pena effettuato sul reato più grave, a prescindere da quale sia il reato satellite, potrebbe comportare un trattamento peggiorativo per il condannato e quindi disattendere il *favor rei* a cui è informata l'intera disciplina. In tal caso, ad avviso della Corte, dovrebbe escludersi l'operatività del cumulo proprio perché la sua applicazione comporterebbe un trattamento deteriore per il reo.

Le innumerevoli pronunce sul tema non sono riuscite a dare uniformità e coerenza applicativa all'istituto in questione con i principi cardine che reggono il diritto penale, motivo per il quale si è reso necessario l'intervento delle Sezioni Unite che pare siano riuscite, in linea di massima, a mettere un punto all'annosa questione, fornendo le direttive principali sui cui l'istituto si muove.

4. Il caso sottoposto alla IV Sezione della Corte di Cassazione: l'ordinanza di remissione del 20 marzo 2018.

Il caos interpretativo che ha coinvolto per mezzo secolo, la questione dell'articolo 81 c.p., ha indotto la IV Sezione della Corte di Cassazione ad investire le Sezioni Unite della vicenda, affinché definissero i confini applicativi del cumulo giuridico. Il ricorso originariamente proposto, pendente innanzi alla IV Sezione, verteva sull'aumento della pena detentiva, nonostante i reati satellite prevedessero la pena pecuniaria, in ossequio all'indirizzo giurisprudenziale consolidato.

Precisamente, la Corte d'Appello di Caltanissetta, già destinataria di sentenza¹⁸ di annullamento limitatamente al trattamento sanzionatorio determinato con la pronuncia di merito, in quanto carente di motivazione, aveva confermato la pena determinata dal Tribunale di Gela in primo grado, pari a mesi due e giorni 15 di reclusione e 15.000,00 euro di multa, per i reati ex art 44 comma I lett. b), 93, 94, 95 D.P.R. 380/2001 uniti dal vincolo della continuazione, ove per la stessa si

¹⁶ Cass. pen., S.U., del 28 febbraio 2013 n. 25939; Cass. pen., Sez. V, del 17 marzo 2015 n. 257324; Cass. pen., Sez. V, del 13 aprile 2017 n. 26450.

¹⁷ Cass. pen., Sez. V, del 3 ottobre 2016 n. 46695; Cass. pen., Sez. IV, del 20 settembre 2017 n. 46963.

¹⁸ Cass. pen., del 2015 sent. n. 32351.

è determinato un aumento di 15 giorni per la pena detentiva e 5.000,00 euro per la pena pecuniaria.

Nel caso di specie, trattandosi di tutti reati contravvenzionali, ove il più grave, ex art. 44, è punito con pena congiunta multa e ammenda, ed i reati satellite, puniti esclusivamente con pena pecuniaria, la determinazione fatta dal Giudice di merito non appare condivisibile neppure alla luce dell'orientamento maggioritario seguito, ciò in quanto, pur volendo ritenere necessaria l'unificazione delle pene sotto quella prevista per il reato più grave, nella fattispecie, l'aumento per

la continuazione doveva essere semplicemente determinato sulla sola pena pecuniaria, prevista congiuntamente a quella detentiva per il reato principale ed in via esclusiva per i reati satellite, senza stravolgere l'istituto nel rispetto del, pur non condivisibile, pensiero ermeneutico consolidatosi.

Proposto ricorso per Cassazione, articolato sull'inosservanza o erronea applicazione degli artt. 1 e 81 c.p. e 25 Cost., per violazione del principio di legalità della pena, i Giudici di Legittimità¹⁹, ripercorrendo i diversi indirizzi interpretativi che si sono succeduti negli anni ed evidenziando la disomogeneità dell'indirizzo maggioritario con la *ratio* dell'istituto, anche alla luce di ulteriori pronunce giurisprudenziali²⁰ – che, sebbene non specificamente riguardanti la *vexata quaestio* relativa all'operatività del cumulo per i reati puniti con pene eterogenee, contrastavano con l'orientamento dominante nella misura in cui preservavano l'autonomia dei reati satellite – hanno colto l'occasione per rimettere la questione al vaglio delle Sezioni Unite, affinché determinassero i limiti ed i confini applicativi del cumulo giuridico e dettassero un principio di diritto capace di fornire una guida applicativa agli operatori del diritto.

In tal modo sono stati formulati due quesiti al Supremo Consesso:

- «*se sia configurabile la continuazione tra reati puniti con pene eterogenee*»;
- «*se, nel caso in cui il reato più grave sia punito con la pena detentiva e quello satellite esclusivamente con la pena pecuniaria, l'aumento di pena per quest'ultimo debba conservare il genere di pena per esso prevista*».

¹⁹ Cass. pen., Sez. IV, del 20 marzo 2018 n. 16104.

²⁰ Cfr. Cass. pen., S.U., del 16 novembre 2018 n. 18 in tema di indulto, ha ritenuto che qualora taluno dei reati avvinti dalla continuazione possa beneficiare del suddetto beneficio, il reato unificato in punta di pena deve essere scisso per consentirne l'applicazione; Cfr. *Corte di Cassazione* Sez. Unite del 30 giugno 1999 n. 14, in tema di fruizione dei benefici penitenziari ha ritenuto scindibile i reati avvinti dal vincolo della continuazione al fine di consentirne la fruizione.

5. La soluzione fornita dalle Sezioni Unite con la pronuncia n. 40983/2018.

Il primo dei due quesiti posti all'attenzione della Suprema Corte nella sua massima composizione, relativo all'ammissibilità della continuazione tra reati puniti con pene eterogenee, non ha posto particolari difficoltà per la sua risoluzione, in quanto espressione di un quesito positivamente risolto dalla consolidata giurisprudenza, ove le contestazioni relative all'ammissibilità sono oramai datate e quindi ampiamente superate.

Inoltre, i Giudici di legittimità sottolineano che non si potrebbe addivenire a soluzione differente, in considerazione, sia del disposto letterale dell'articolo 81 cpv. c.p., che considera meritevole di continuazione il comportamento posto in violazione della medesima o di diverse disposizioni penali, sia della *ratio legis* sottesa all'istituto in parola che, si ripete, è volta a mitigare il trattamento sanzionatorio per quei comportamenti illeciti che, uniti dal medesimo disegno criminoso e quindi da unico fine delittuoso, sono espressione di una minore pericolosità del soggetto agente.

Dopo aver risposto al primo quesito, la Corte ha proseguito cercando di definire la tecnica applicativa da seguire per la commisurazione del trattamento sanzionatorio.

In primo luogo, viene censurato l'indirizzo ermeneutico consolidatosi con la pronuncia del 28 febbraio 2013 n. 25939, che teorizzava la necessaria omologazione dei reati satellite al genere ed alla specie del reato principale – nel senso che la pena per i reati connessi deve prima essere commutata ex art. 135 c.p. nella medesima pena prevista per il reato più grave e poi sommata a quest'ultima – in quanto, oltre ad essere lesiva dell'autonomia di ciascuna fattispecie incriminatrice, tale tecnica operativa non trova alcun appiglio normativo né una giustificazione logica a renderla necessaria. Ma vi è di più.

Tale modalità di computo per addizione, previa conversione della pena di specie diversa nella medesima prevista per il reato principale, porterebbe alla violazione del limite imposto dal terzo comma dell'articolo 81 c.p., ossia che la pena inflitta con il cumulo giuridico non può mai superare quella applicabile in caso cumulo materiale delle diverse pene previste per i reati commessi. Ed invero, sottolineano i Giudici di legittimità, se alla pena detentiva prevista per il reato principale si aggiungesse altra porzione di pena restrittiva della libertà personale derivante dalla conversione della pena pecuniaria sancita per il reato satellite, il risultato sarebbe quello di irrogare una sanzione detentiva superiore a quella irrogabile in caso di mero cumulo materiale.

Oltre quanto già rilevato, viene posto in evidenza che l'applicazione del metodo addizionale previa omologazione delle tipologie di pena, violerebbe in concreto pure il principio di proporzionalità, in quanto, un fatto reato per il quale il Legislatore ha ritenuto proporzionale punire il disvalore con una pena pecuniaria, risulterebbe punito con una pena detentiva frutto di conversione ed aumento per la continuazione.

Il percorso logico-giuridico seguito dalla Corte, ha portato all'affermazione del suddetto principio di diritto: *«La continuazione, quale istituto di carattere generale, è applicabile in ogni caso in cui più reati siano stati commessi in esecuzione del medesimo disegno criminoso, anche quando si tratti di reati appartenenti a diverse categorie e puniti con pene eterogenee. Nei casi di reati puniti con pene eterogenee (detentive e pecuniarie) posti in continuazione, l'aumento di pena per il reato satellite va comunque effettuato secondo il criterio della pena unitaria progressiva per moltiplicazione, rispettando tuttavia, per il principio di legalità della pena e del favor rei, il genere della pena previsto per il reato satellite, nel senso che l'aumento della pena detentiva del reato più grave andrà ragguagliato a pena pecuniaria ai sensi dell'art. 135 cod. pen.»*.

Oltre all'enunciazione del principio suesposto, capace di fornire adeguata soluzione ai più disparati casi profilabili nel quotidiano giudiziario, il Supremo Consesso si è premurato di individuare le soluzioni praticabili per una serie di casi maggiormente frequenti nella prassi applicativa, ossia:

- a) se il reato più grave è punito con pena detentiva e il reato satellite soltanto con pena pecuniaria, l'aumento di pena per quest'ultimo, da effettuarsi sulla pena detentiva, va ragguagliato a pena pecuniaria in applicazione dell'art. 135 cod. pen.;
- b) se il reato più grave è punito con pena detentiva e il reato satellite con pena congiunta, l'aumento si effettua con pena detentiva della specie di quella prevista per la violazione più grave;
- c) se il reato più grave è punito con pena congiunta e il reato satellite con la sola pena pecuniaria, saranno aumentate entrambe le pene previste per il primo reato, con ragguaglio a pena pecuniaria dell'aumento della pena detentiva;
- d) se il reato più grave è punito con pena congiunta e il reato satellite con pena alternativa, il giudice può operare l'aumento di pena in relazione ad una soltanto delle pene previste per la violazione più grave motivando la scelta ex art. 133 cod.;
- e) se il reato più grave è punito con pena congiunta e il reato satellite con pena detentiva, si aumentano entrambe le pene previste per la violazione più grave;

f) se il reato più grave è punito con pena alternativa e il reato satellite con pena pecuniaria, il giudice opererà l'aumento di pena in relazione ad una soltanto delle pene previste per la violazione più grave motivando la scelta ex art. 133 cod. pen. e, in caso di aumento della pena detentiva, esso andrà ragguagliato a pena pecuniaria in applicazione dell'art. 135 cod. pen.;

g) se il reato più grave è un delitto punito con la sola pena della multa e quello satellite una contravvenzione punita con pena congiunta, o alternativa, si aumenta soltanto la pena pecuniaria sub specie di multa.

6. Osservazioni conclusive e profili critici della pronuncia.

La pronuncia delle Sezioni Unite ha il pregio di aver fornito le coordinate ermeneutiche su di una questione che ha provocato non pochi problemi in tema di diverso trattamento sanzionatorio irrogato per il caso di diverse fattispecie di reato, punite con pene eterogenee per specie o genere, avvinte dal vincolo della continuazione.

Appare evidente che la questione non poteva trovare altra soluzione, in quanto la paventata omologazione delle pene previste per i diversi reati, con conseguente perdita di autonomia, seppur solo a livello sanzionatorio, avrebbe potuto creare non pochi problemi nell'applicazione di altri istituti del diritto penale come ad esempio nel caso della sospensione condizionale della pena. Tale istituto prevede due scansioni temporali differenti, a decorrere dai quali i reati per i quali è stata concessa la sospensione condizionale si estinguono, ovverosia due anni per le contravvenzioni e cinque per i delitti. Con la perdita di autonomia dei reati satellite contravvenzionali, assorbiti dalla natura delittuosa del reato principale, si negherebbe validità alla distinzione posta.

Deve però essere sottolineato che la soluzione fornita, seppur condivisibile e coerente con la *ratio legis* sottesa alla continuazione e con la formulazione dell'articolo 81 c.p. – che nella determinazione del trattamento sanzionatorio utilizza come metodo di computo quello della moltiplicazione – non appare coerente nel complesso, per quanto specificamente affermato alla lettera C) delle prospettazioni fornite dalla Corte.

Ed invero, i Giudici di legittimità, hanno ritenuto che in caso di reato satellite punito con la sola pena pecuniaria e reato principale punito con pena congiunta, devono essere aumentate entrambe le pene, con ragguaglio di quella detentiva a pecuniaria, ex art. 135 c.p.

Tale assunto, non è condivisibile ed appare in controtendenza con quanto affermato in sentenza dalla stessa Corte, in quanto, così operando verrebbe ad

essere violato il limite del terzo comma dell'articolo 81 c.p. nella misura in cui il cumulo giuridico – comprensivo non solo dell'aumento per la pena pecuniaria ma anche di quella ulteriormente determinata dal ragguaglio a quella detentiva – risulterebbe più svantaggioso del cumulo materiale, che avrebbe visto l'irrogazione della sola pena pecuniaria determinata per il reato satellite, alla luce delle considerazioni già svolte sul rispetto del principio di proporzionalità e sulla funzione rieducativa.

Non si è dovuto attendere molto affinché si potesse percepire l'effetto distonico che tale enunciazione avrebbe provocato sulle pronunce giurisprudenziali successive. Ed infatti, tale profilo ha tratto in inganno la Giurisprudenza di merito, avallata poi dalla Cassazione²¹ immediatamente successiva la pronuncia in esame, che operando una pedissequa applicazione dell'inciso in parola, ha provocato una stortura del sistema.

La questione sottoposta alla Corte, riguardava la guida in stato di ebbrezza punita dall'articolo 186 c.d.s. con la pena congiunta dell'arresto e dell'ammenda, aggravato ai sensi del comma II *bis*, che sanziona più gravemente il conducente che, in stato di ebbrezza, provoca un incidente stradale, con il raddoppio di entrambe le sanzioni di cui al comma 2; ed aggravato ai sensi del comma II *sexies*, perché il fatto è avvenuto tra le 22 e le 7, con l'aumento da 1/3 alla metà della sola ammenda. Nel caso di specie, il giudice di merito, facendo corretta applicazione dell'articolo 63 comma IV c.p., in tema di concorso di circostanze, procede in primo luogo all'aumento di entrambe le pene, pecuniaria e detentiva, ai sensi del comma II *bis* per poi operare, sulla pena così determinata, ulteriore aumento ai sensi del comma II *sexies*, aumentando entrambe le pene, nonostante la circostanza *de qua* prevedesse il solo aumento dell'ammenda.

In concreto, quindi, il Giudicante ha applicato un trattamento sanzionatorio più severo disattendendo la *ratio* insita nella previsione di cui al comma II *sexies*, tesa ad evitare l'irrogazione di una pena troppo alta all'esito della comminatoria dell'ulteriore circostanza aggravante.

La Corte di Cassazione, richiamando espressamente la pronuncia n. 40983/18, condivide il ragionamento fatto dal Giudice di merito, in quanto in linea con il principio di diritto enunciato nella sentenza, ritenendo solo necessario effettuare il ragguaglio della pena detentiva, così come aumentata, a pena pecuniaria.

Tale profilo di critica pone in luce la necessità di un intervento legislativo capace di colmare qui vuoti interpretativi capaci di concretizzarsi in un'illegittima diversità di trattamento a cui sarebbero sottoposti i consociati, giustificata

²¹ Cass. pen., sez. IV, del 25 settembre 2018, n.42500, in *Ilpenalista.it*, fasc. 29 ottobre del 2018

dell'orientamento di volta in volta ritenuto risolutivo dal Giudicante del caso di specie.

L'autonomia del delitto tentato nell'ambito della confisca "allargata" ex art. 12 *sexies* d.l. n. 306 del 1992

di Sisto MACCHIARELLI*

SOMMARIO: **1.** La morfologia giuridica del delitto tentato nel volto costituzionale del diritto penale; **2.** Confisca per sproporzione: presupposti e limiti operativi; **3.** La controversa applicabilità del sequestro preventivo finalizzato alla confisca "allargata" ex art. 12 *sexies* d.l. n. 306 del 1992 ai reati contemplati dalla norma anche nella forma del tentativo aggravato dall'art. 7 l. n. 203 del 1991; **4.** La soluzione accolta dalle Sezioni Unite con la pronuncia n. 40985/2018.

1. La morfologia giuridica del delitto tentato nel volto costituzionale del diritto penale

Lo sviluppo dell'*iter criminis* presenta una scansione multifasica, che viene convenzionalmente ripartita in cinque momenti: l'ideazione, sfornita di autonoma rilevanza penale in ossequio al principio compendiato dal brocardo "*cogitationis poenam nemo patitur*" ai sensi degli artt. 25, co. 2, Cost. e 115 c.p., la preparazione, l'esecuzione, il perfezionamento e la consumazione del reato.

In particolare quest'ultime due fasi vanno tenute distinte secondo la migliore dottrina¹, sebbene si tenda spesso ad equipararle come espressive del medesimo concetto.

Invero, mentre il perfezionamento allude all'integrazione di tutti gli elementi richiesti dal tipo legale descritto dalla norma incriminatrice, la consumazione, invece, attiene al piano dell'offesa, ricorrendo ogniqualvolta l'aggressione al bene protetto abbia raggiunto la massima intensità.

* Laureato con lode presso la Seconda Università degli Studi di Napoli con tesi in diritto penale, parte speciale, dal titolo "principio del *ne bis in idem* e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato, praticante avvocato, già tirocinante ex art. 73 d. l. n. 69 del 2013 presso Trib. Pen. Nap., Sez. II. Dottore in giurisprudenza, tirocinante ex art. 73 l. 98/13 presso la Procura della Repubblica di Nocera Inferiore.

¹ MANTOVANI, *Il Delitto tentato*, in *Diritto Penale, Parte generale*, Padova, Cedam, 2017, pp. 425 e ss.; di contrario avviso FIANDACA-MUSCO, *Delitto tentato*, in *Diritto Penale, Parte Generale*, Bologna, Zanichelli, 2010, pp. 459 e ss., in ragione del fatto che «nella pretesa differenziazione dei due concetti si annida un equivoco: si confonde, cioè, il profilo dell'integrazione della fattispecie con quello della valutazione della gravità dell'offesa, giudizio quest'ultimo rilevante in sede di dosimetria della pena ex art. 133 c.p.».

Prova tangibile di siffatta distinzione si rinviene nella dogmatica dei reati permanenti, come il sequestro di persona a mente degli artt. 605 e 630 c.p., per il quale la protrazione nel tempo della condotta antiggiuridica esprime una progressione nel detrimento dell'interesse presidiato, che raggiunge il massimo grado di lesività nell'attimo che precede la liberazione della persona offesa.

In questa prospettiva si ascrive l'orientamento² che qualifica il perfezionamento e la consumazione come gli estremi, iniziale e finale, del *tempus commissi delicti*, prima del quale la fattispecie criminosa non è stata ancora integrata e dopo del quale si è ormai esaurita.

Tali concetti assumono una notevole rilevanza sistematica dal momento che il tempo del commesso reato costituisce il presupposto per l'applicazione di molteplici istituti, come l'individuazione della norma applicabile al fatto nell'ambito della successione di leggi ai sensi dell'art. 2 c.p., ovvero il criterio della competenza territoriale ex art. 8 c.p.p.

Peraltro, l'integrazione di tutti elementi costitutivi decritti dal precetto segna il termine di riferimento rispetto alla distinta figura del delitto tentato, che idealmente abbraccia i momenti della preparazione e dell'esecuzione del proposito criminoso.

Difatti, al ricorrere delle rigorose condizioni previste dall'art. 56 c.p., il legislatore anticipa la soglia di tutela penale dei beni giuridici, comminando una sanzione avverso quei comportamenti che, pur non ledendoli, hanno concretamente esposto a pericolo gli interessi protetti.

Pertanto, il fondamento politico-criminale della punibilità del tentativo è ancorato, secondo la tesi prevalente³, su una valutazione di oggettivo disvalore della condotta che, in quanto caratterizzata da atti idonei e diretti in modo non equivoco a commettere il reato, esprime quel necessario sostrato di materialità e offensività ai sensi degli artt. 25, co. 2 e 27 Cost., tale per cui si giustifica la privazione della libertà personale proclamata inviolabile dall'art. 13 Cost., seppur in misura meno incisiva rispetto alle disposizioni di parte speciale.

² Sul punto, *amplius*, SALERNO, *Il tempus commissi delicti*, in *Il Sistema del diritto penale*, 3, *Le forme di manifestazione del reato*, Roma, Dike Giuridica Ed., 2016, pp. 4 e ss.

³ Sul punto, FIANDACA-MUSCO, *op. cit.*, pp. 461 e ss.; analogamente SALERNO, *op. cit.*, pp. 22 e ss. Per completezza è opportuno segnalare l'esistenza di autorevoli voci dottrinali che propendono per una diversa ricostruzione del fondamento politico-criminale della punibilità del delitto tentato. Tra i fautori della tesi soggettiva, che ricostruiscono il tentativo quale sintomo di pericolosità criminale nell'ottica del positivismo criminologico ottocentesco, si segnala SCARANO, *Il tentativo*, Napoli, Libreria ed. Treves di Leo Lupi, 1960, pp. 45 e ss.; viceversa, tra i sostenitori della tesi mista, che pone l'accento tanto sulla manifestazione di una volontà criminosa, quanto sull'esposizione a pericolo del bene protetto, si segnala MANTOVANI, *op. cit.*, pp. 429 e ss.

In conseguenza della minore aggressività del tentativo rispetto alla forma consumata, sembrerebbe meritevole di accoglimento la tesi che qualifica la fattispecie come un *minus*, ossia una sorta di "delitto imperfetto".

Questa lettura non viene condivisa dalla giurisprudenza e dalla dottrina prevalenti sulla base di plurime argomentazioni.

In primo luogo per ragioni di carattere strutturale, atteso che il delitto tentato presenta tutti gli elementi che contraddistinguono l'essenza di un autonomo reato, connotandosi in termini propri sia sul piano della tipicità/offensività, sia su quelli dell'antigiuridicità e della colpevolezza.

Inoltre, il titolo dell'illecito è frutto della combinazione di due norme, quella incriminatrice di parte speciale unita all'art. 56 c.p., che estende la punibilità a comportamenti che non addiventano alla soglia del perfezionamento, funzionando alla stregua di una clausola moltiplicatrice delle fattispecie, come gli istituti disciplinati dagli artt. 40, co. 2 e 110 c.p.

Il corretto inquadramento dell'ambito operativo dell'istituto, secondo il volto costituzionale del diritto penale, sconta difficoltà esegetiche dovute all'interpretazione dei suoi due elementi costitutivi.

In particolare è problematica la determinazione del momento in cui inizia l'attività punibile, seppur il codice attualmente vigente abbia superato, rispetto alla normativa pregressa, la distinzione tra atti meramente preparatori e atti esecutivi, in forza della quale si attribuiva rilevanza penale al solo al "cominciamento dell'esecuzione"⁴.

La predetta impostazione si è rivelata incerta, soprattutto in relazione ai reati causalmente orientati, come l'omicidio, rispetto ai quali l'alea derivante dal concetto di atto esecutivo rischiava di avanzare eccessivamente (i.e. irragionevolmente) la soglia di protezione del bene/interesse.

Difatti, proprio l'episodio storico dell'attentato fallito a Mussolini ha originato l'attuale formulazione dell'art. 56 c.p. che, anche in forza di una logica autoritaria non più condivisibile, prevede esclusivamente il requisito della direzione univoca. Siffatta modifica, tuttavia, rischia di scadere in una mera petizione di principio, laddove si ponga mente a quella scuola di pensiero che fa ritornare nella stessa formula definitoria accolta dal legislatore del '30 la distinzione summenzionata,

⁴ Disponeva, infatti, l'art. 61, co. 1, del cod. Zanardelli "Colui che, al fine di commettere un delitto, ne comincia con mezzi idonei l'esecuzione, ma per circostanze indipendenti dalla sua volontà non compie tutto ciò che è necessario alla consumazione di esso, è punito con la reclusione non inferiore a dieci anni, ove la pena stabilita per il delitto sia l'ergastolo, e negli altri casi con la pena stabilita per il delitto diminuita dalla metà a due terzi".

accedendo ad un'esegesi del requisito di marca prettamente soggettiva⁵, tale per cui la non equivocità finalistica dell'atto starebbe a indicare l'elemento psicologico della fattispecie tentata.

Appare preferibile l'orientamento che, in disparte di sterili questioni nominalistiche, avalla un'interpretazione a carattere oggettivo volta a scongiurare «manipolazioni illiberali dell'istituto»⁶, prevenendo incriminazioni di condotte che, in concreto, non sono suscettibili di realizzare un'esposizione a pericolo del bene presidiato.

D'altronde, si osserva, depone per questa soluzione anche il tenore letterale dell'art. 56 c.p., vieppiù in considerazione del fatto che l'elemento psicologico del tentativo è governato dalla medesime regole che valgono per qualsiasi altro reato, con esclusivo riferimento al coefficiente del dolo, essendo la colpa strutturalmente incompatibile con l'istituto.

Analoghe criticità involgono l'accertamento dell'idoneità, che il legislatore storico ha elevato rispetto alla normativa previgente, riferendola non al mezzo ma al complesso degli atti posti in essere dal soggetto agente.

Acclarata la necessità di mettere in pratica il modello della prognosi postuma su base *ex ante*, onde scongiurare l'effetto *abrogans* che deriverebbe dall'applicazione del modello condizionalistico, risulta controverso se l'interprete debba tener conto delle sole circostanze note o conoscibili dall'agente (c.d. prognosi a base parziale), ovvero se debbano essere valorizzate anche tutte quelle esistenti (c.d. prognosi a base totale).

Si orienta nel primo senso l'approccio maggioritario, accolto anche dalla manualistica tradizionale⁷, che tende a contemperare la dimensione di concreta pericolosità del tentativo con esigenze di prevenzione generale, nell'ottica della filosofia politico-criminale che vuole evitare l'impunità al ricorrere di circostanze eccezionali e imprevedibili tali da far scemare il reale disvalore della condotta.

La dottrina più recente⁸, tuttavia, prospetta un giudizio di idoneità su base totale, che tenga conto di tutte le circostanze esistenti al momento dell'azione, seppur verificate successivamente mediante la prognosi postuma.

⁵ Cfr. PETROCELLI, *Il delitto tentato*, Padova, Cedam, 1966, pp. 75 e ss.; analogamente VANNINI, *Il problema giuridico del tentativo*, Milano, Giuffrè, 1956, p. 26

⁶ Cit. FIANDACA-MUSCO, *op. cit.*, p. 467

⁷ In questa direzione ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, Milano, Giuffrè, 1989, pp. 427 e ss.

⁸ FIANDACA-MUSCO, *op. cit.*, p. 469; analogamente MARINUCCI-DOLCINI, *Diritto Penale, Parte Generale*, Milano, Giuffrè, 2017, pp. 470 e ss.

Si osserva, invero, che la teleologia dell'istituto non è data dal «mero scuotimento del sentimento di sicurezza della vittima e della società»⁹, bensì dal reale pericolo di commissione del delitto consumato, che realizza un'aggressione al bene giuridico meritevole di reazione penale.

In questo modo si concepisce l'atto idoneo come un atto offensivo, individuando una netta demarcazione tra l'ambito operativo del delitto tentato e quello del reato impossibile di cui all'art. 49, co. 2, c.p., nel quale confluiscono non solo le ipotesi di inesistenza assoluta dell'oggetto *in rerum natura*, ma anche quelle attestate sulla mancanza occasionale *ex ante* non riconoscibile dal soggetto agente.

2. Confisca per sproporzione: presupposti e limiti operativi

Fino agli anni '80 del secolo scorso la confisca si connotava, in un'ottica special-preventiva, come strumento per l'ablazione di un bene in ragione del nesso di pertinenzialità sussistente con il reato, in base al modello di cui all'art. 240 c.p. A partire dal settore delle misure di prevenzione patrimoniali, a far data dalla l. n. 646 del 1982, ha preso avvio una stagione di legislazione emergenziale che è culminata nell'emanazione del d. l. n. 306 del 1992, con il quale, all'indomani degli attentati a noti esponenti della magistratura italiana, sono state predisposte diverse misure per rendere più incisivo il contrasto alla criminalità organizzata di stampo mafioso.

In particolare, siffatta riforma ha introdotto l'art. 12 *sexies* che, sulla falsariga della confisca di prevenzione – oggi disciplinata dall'art. 24 d.lgs. n. 159 del 2011 –, delinea un modello di confisca "allargata" applicabile, nei casi di condanna o di patteggiamento *ex art.* 444 c.p.p. per un vasto contingente di illeciti, al denaro, ai beni o alle altre utilità di cui il condannato non può giustificare la provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulta essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato rispetto al reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica.

Il provvedimento definitivo può essere preceduto dalla misura temporanea del sequestro ai sensi dell'art. 321, co. 2, c.p.p.

La disposizione pone in primo piano, analogamente all'art. 24 cod. ant., la sproporzione tra reddito dichiarato e valore dei beni, ma non richiede alcuna

⁹ Cit. GAROFOLI, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale, XII Ed.*, Nel Diritto Editore, Molfetta, 2016, p. 1159.

prova indiziaria della derivazione illecita della cosa, qualificandosi come misura patrimoniale penale che segue una condanna, non l'accertamento della pericolosità del soggetto¹⁰.

Peraltro, la recente riforma posta in essere dalla l. n. 161 del 2017 ha allineato le due normative, sancendo che anche ai fini dell'art. 12 *sexies* d. l. n. 306 del 1992 il condannato non può giustificare la provenienza dei beni sul presupposto che siano stati acquistati con il provento o il reimpiego dell'evasione fiscale.

In questo modo si attenua il legame tra la *res* e il reato, seppur non fino al punto da mutare la natura giuridica della fattispecie, che permane nell'orbita special-preventiva delle misure di sicurezza, a differenza della confisca di valore che, invece, ha natura penale ai sensi dell'art. 7 CEDU.

Piuttosto, il requisito della sproporzione fonda una presunzione *iuris tantum* di illecita accumulazione che giustifica l'apprensione del bene al fine di evitarne il reimpiego nel tessuto economico.

Ad avviso della dottrina più recente¹¹ sarebbe tuttavia auspicabile un'interpretazione del requisito alla stregua di un elemento a carattere processuale, ossia come un indizio per l'ablazione dei soli proventi di origine illecita, onde evitare l'aggressione dei beni di cui il reo è titolare *secundum legem*.

In altre parole, l'art. 12-*sexies* andrebbe letto, seguendo questa scuola di pensiero, come una norma che non obbliga a confiscare tutti i beni dal valore sproporzionato rispetto al reddito o all'attività svolta, ma solo il denaro o i beni che derivano geneticamente dal delitto, così circoscrivendo la misura entro chiari confini di compatibilità costituzionale e convenzionale ai sensi degli artt. 42 Cost. e 1, Prot. 1, CEDU.

Va rilevato, inoltre, che all'esito delle recenti riforme del 2017-2018, la disposizione in commento è stata riscritta, confluendo, in forza del principio della riserva di *codex*, nell'art. 240 *bis* c.p., con l'indicazione nominativa di un numero significativo di delitti, anche quelli previsti dall'art. 51, co. 3-*bis* c.p.p., per i quali, in caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti ai sensi dell'art. 444 c.p.p., è disposta la confisca, diretta o in forma equivalente.

¹⁰ Sul punto, *amplius*, MENDITTO, *Il sequestro e la "confisca allargata": ambito di applicabilità, presupposti*, in *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 650 e ss., secondo il quale le due misure si distinguono ulteriormente perché per quella di prevenzione «può prescindersi dalla misura personale (confisca disgiunta) e dall'esistenza in vita del prevenuto».

¹¹ Per un maggiore approfondimento critico si rimanda a FINOCCHIARO, *La Corte Costituzionale sulla ragionevolezza della confisca allargata. Verso una rivalutazione del concetto di sproporzione?*, su www.penalecontemporaneo.it, 26 febbraio 2018.

In precedenza la norma presentava una diversa intelaiatura, imperniata sulla distinzione delle ipotesi disciplinate dai primi capoversi: il primo comma prevedeva l'applicabilità della confisca a una serie di reati indicati *nominatim*, come l'estorsione *ex art. 629 c.p.*; il secondo comma, invece, estendeva la misura ai soggetti autori di delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'*art. 416 bis c.p. (c.d. metodo mafioso)*, ovvero al fine di agevolare le attività svolte dalle consorterie criminose, nonché ai condannati per reati in materia di contrabbando nei casi previsti dall'*art. 295, co. 2, d.p.r. n. 43 del 1973*.

Rispetto a quest'ultimo quadro disciplinare è divampato il contrasto pretorio circa la possibilità di disporre il sequestro preventivo finalizzato alla confisca "allargata" nel caso di reati contemplati dalla legge anche nella forma del tentativo aggravato dall'*art. 7 l. n. 203 del 1991*, che le Sezioni Unite hanno ha composto positivamente con la recente pronuncia n. 40985/2018.

3. La controversa applicabilità del sequestro preventivo finalizzato alla confisca "allargata" *ex art. 12 sexies d.l. n. 306 del 1992* ai reati contemplati dalla norma anche nella forma del tentativo aggravato dall'*art. 7 l. n. 203 del 1991*

La dibattuta questione ha visto nascere tre diversi orientamenti, ciascuno sostenuto anche da recenti sentenze della Suprema Corte, con particolare riguardo al delitto di tentata estorsione aggravata dal c.d. metodo mafioso.

Una prima scuola di pensiero¹² accoglieva la soluzione negativa facendo leva sull'autonomia del delitto tentato rispetto a quello consumato, con la conseguenza che allorquando la norma menziona la fattispecie di reato richiamando l'articolo che lo disciplina, si riferisce alla sola ipotesi consumata.

Pertanto, questa interpretazione restrittiva sarebbe risultata l'unica conforme ai principi di legalità e tassatività che, in base agli artt. 25, co. 3, Cost. e 199 c.p., valgono anche per le misure di sicurezza, ossia il *genus* al quale si ascrive la *species* della confisca "allargata", onde scongiurare il rischio di interpretazioni analogiche in *malam partem* vietate dalla legge.

La conclusione, inoltre, veniva giudicata ragionevole tenuto conto della *ratio* della misura ablatoria, che mira ad eliminare dal circuito economico beni dal valore sproporzionato rispetto all'ammontare del reddito di un soggetto condannato per reati di particolare allarme sociale, tra i quali il legislatore non

¹² Tra le sentenze più recenti Cass. Pen., Sez. V, 17 febbraio 2015, n. 26433; Cass. Pen., Sez. V, 12 giugno 2013, n. 2154.

ricomprendeva il delitto tentato, ancorché aggravato ai sensi dell'art. 7 l. n. 203 del 1991.

In questo modo si garantiva anche la conformità dell'ordinamento all'obbligo di tutela del diritto di proprietà imposto dagli artt. 42 Cost. e 1, Prot. 1, CEDU.

L'orientamento predetto è stato ulteriormente ribadito con la precisazione che, sebbene il secondo comma dell'art. 12 *sexies* d. l. n. 306 del 1992 facesse riferimento, prima della novella, ai delitti aggravati dal metodo mafioso, comunque la misura non avrebbe potuto trovare applicazione rispetto al delitto tentato aggravato, perché quando la legge indica il solo lemma "delitto", il medesimo deve essere riferito solo al reato consumato, stante la natura autonoma del tentativo¹³.

La tesi opposta sosteneva, invece, la piena operatività della confisca rispetto alla fattispecie tentata, atteso che, in mancanza di ulteriori specificazioni, la norma non autorizzava alcuna distinzione tra le diverse forme di manifestazione del reato¹⁴.

In particolare il dato positivo veniva ritenuto chiaro nel non consentire l'operazione testé indicata, vieppiù in considerazione del fatto che la misura ablatoria non presuppone alcun collegamento al provento o il profitto del reato oggetto di condanna, operando su beni dal valore sproporzionato rispetto al reddito e di cui il reo non può giustificare la provenienza lecita.

In questa prospettiva i delitti indicati dalla norma costituiscono semplicemente la spia di una complessiva attività illecita, che giustifica la confisca anche nel caso di delitto tentato aggravato dal metodo mafioso, in quanto sintomatico di notevole allarme sociale.

Nel solco del dibattito sin qui delineato si è infine formato un terzo orientamento, in un certo senso intermedio tra quelli precedenti.

In particolare questo indirizzo pretorio¹⁵ affermava la compatibilità della misura prevista dall'art. 12 *sexies* d. l. n. 306 del 1992 con i soli delitti tentati aggravati dall'art. 7 d.l. n. 152 del 1991, atteso che al ricorrere della predetta circostanza, anche i reati rimasti allo stadio del tentativo dovevano considerarsi "delitti" ai sensi del co. 2, a differenza di quanto previsto dal primo capoverso per gli illeciti espressamente richiamati.

¹³ Sul punto Cass. Pen., Sez. II, 21 settembre 2017, n. 47062.

¹⁴ In materia Cass. Pen., Sez. I, 28 maggio 2013, n. 27189.

¹⁵ Cass. Pen., Sez. 1, 12 febbraio 2016, n. 45172; analogamente Cass. Pen., Sez. I, 12 febbraio 2016, n. 45173; Cass. Pen., Sez. I, 12 febbraio 2016, n. 45174; Cass. Pen., Sez. I, 12 febbraio 2016, n. 45175.

Questo approccio esegetico condivideva con il primo orientamento l'affermazione dell'impossibilità di un'interpretazione estensiva del primo comma, perché avrebbe ampliato in *malam partem* la portata precettiva della disposizione vulnerando il principio di legalità *ex art. 25, co. 2 Cost.*, ma, al contempo, applicava con maggiore coerenza il principio dell'autonomia del tentativo, facendo rientrare anche l'istituto *ex art. 56 c.p.* nelle ipotesi previste dal secondo comma, in forza della generica indicazione relativa al delitto aggravato dal metodo mafioso.

4. La soluzione accolta dalle Sezioni Unite con la pronuncia n. 40985/2018.

Con il recente intervento nomofilattico la Suprema Corte ha condiviso la tesi prospettata dall'ultimo degli orientamenti summenzionati, atteso che «lungi dall'essere una soluzione estemporanea, la diversa interpretazione dell'indicazione nominativa di uno specifico delitto, come comprendente solo l'ipotesi consumata, rispetto a quella dell'indicazione generale di una categoria di delitti, come comprendente sia i delitti tentati che quelli consumati»¹⁶ fa buongoverno dei criteri ermeneutici indicati dall'art. 12 preleggi, attribuendo alla norma il senso fatto palese dal significato proprio dalle parole, senza ulteriori specificazioni.

La predetta impostazione esegetica è coerente con la soluzione accolta dalla Cassazione in altri settori disciplinari.

Si consideri, esemplificativamente, il dibattito relativo all'art. 649, ult. co., c.p., che limita l'operatività della causa di non punibilità regolata dai capoversi precedenti.

La formulazione della norma è analoga a quella dell'art. 12 *sexies* d. l. n. 306 del 1992 nella versione antecedente alla novella, atteso che dopo l'indicazione specifica dei reati ai quali non si applica la misura (gli artt. 628, 629 e 630 c.p.), è menzionato "ogni altro delitto contro il patrimonio che sia commesso con violenza alle persone".

Ebbene, molteplici sentenze¹⁷ hanno chiarito che la causa di non punibilità, in forza del generico riferimento a "ogni altro delitto", non trova applicazione

¹⁶ Cit. Cass. Pen., Sez. Un., 19 aprile 2018, n. 40985

¹⁷ Tra le più recenti Cass. Pen., Sez. II, 17 novembre 2016, n. 53631; Cass. Pen., Sez. II, 9 luglio 2010, n. 28686. In argomento si veda anche FIANDACA-MUSCO, *Diritto Penale, Parte Speciale, II, I delitti contro il patrimonio*, Bologna, Zanichelli, 2015, pp. 41 e ss.

neppure riguardo ai delitti tentati contro il patrimonio per i quali la violenza sia un elemento costitutivo o una circostanza aggravante, in ossequio all'autonomia della fattispecie tentata, nonostante l'effetto sfavorevole che ne deriva per il reo. In termini analoghi è stata interpretata la previsione di cui all'art. 303, co. 1, lett. a) n. 3 e lett. b) n. 3-*bis* c.p.p., relativamente alla durata massima della custodia cautelare.

Poiché la norma menziona i delitti di cui all'art. 407, co. 2, lett. a) c.p.p. e, a sua volta, tale disposizione richiama sia nominativamente taluni reati, sia i delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416 *bis* c.p.p., nell'ambito operativo della fattispecie si fanno rientrare anche i delitti tentati aggravati dal c.d. metodo mafioso¹⁸.

Gli Ermellini hanno precisato, inoltre, che la tesi in parola non solo è pienamente conforme ai principi di legalità e tassatività *ex artt.* 25, co. 2, Cost. e 14 preleggi, giacché non propone un'interpretazione analogica, bensì un'esegesi letterale della norma, ma risulta altresì compatibile con l'obbligo costituzionale e convenzionale di tutela del diritto di proprietà.

Difatti, si esclude, ragionevolmente, la possibilità di applicare la confisca ai delitti tentati di minore allarme sociale, dai quali vanno esclusi quelli aggravati dall'art. 7 d. l. n. 152 del 1992, che evocano collegamenti con la criminalità organizzata, risultando idonei a fungere da spia di una significativa attività delittuosa che produce un illecito arricchimento¹⁹.

Questa ricostruzione appare corretta anche alla luce della normativa sopravvenuta.

All'esito delle recenti riforme pure il nuovo art. 240 *bis* c.p. non contiene alcun riferimento alla distinzione tra reati consumati e tentati, proponendo un'indicazione nominativa di delitti, ad eccezione di quelli commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine costituzionale.

La disposizione, inoltre, ricomprende anche le fattispecie di particolare gravità previste dall'art. 51, co. 3-*bis*, c.p.p., che a sua volta menziona sia i reati consumati che i delitti tentati aggravati dal c.d. metodo mafioso.

¹⁸ Questa conclusione è avallata anche da una parte della dottrina. Si veda sul punto, *amplius*, TONINI, *Manuale di Procedura Penale*, XIV Ed., Milano, Giuffrè, 2013, pp. 459 e ss.

¹⁹ Del medesimo avviso RAPELLA, *Le Sezioni Unite riconoscono l'applicabilità della confisca "allargata" in caso di delitto aggravato ai sensi dell'art. 7 l. n. 203/91*, su www.penalecontemporaneo.it, 16 ottobre 2018, secondo il quale «la soluzione appare coerente anche dal punto di vista della politica criminale in senso lato, dal momento che esclude la possibilità della confisca per i delitti tentati di minore gravità, mentre la consente proprio in questa specifica ipotesi, che evoca collegamenti con la criminalità organizzata anche se il delitto non viene portato a compimento».

Sulla base di questa esplicitazione si sarebbe indotti a sostenere, ad avviso del Supremo Consesso, che avendo il legislatore specificato il riferimento al tentativo in forza del predetto richiamo, per gli altri reati la confisca è applicabile solo alla forma consumata, nonostante l'art. 240 *bis* c.p. faccia generico riferimento anche ai delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine costituzionale.

La coerenza sistematica viene recuperata osservando che la disposizione del codice di rito ha natura meramente processuale ed assolve a una funzione ultronea rispetto alla *ratio* della misura ablatoria nel cui ambito disciplinare è stata inserita, ossia quella di delimitare, con esaustiva precisione, la competenza della Direzione Distrettuale Antimafia rispetto a reati di particolare allarme sociale.

D'altronde, la specificazione in ordine alla natura consumata o tentata di taluni delitti è una caratteristica tipica delle norme che regolano la competenza, com'è confermato dagli artt. 4, 5 e 8 c.p.p. in ordine all'attribuzione delle controversie al tribunale in composizione collegiale.

Sulla base dei rilievi che precedono le Sezioni Unite hanno enunciato il seguente principio di diritto: «*il sequestro preventivo finalizzato alla confisca prevista dall'art. 12-sexies decreto legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito dalla legge n. 356 del 1992 (attuale art. 240-bis cod. pen.) può essere disposto per uno dei reati presupposto anche nella forma del tentativo aggravato dall'art. 7 legge 203 del 1991*».

La tutela dei terzi titolari di diritti reali di garanzia nel procedimento di prevenzione.

di Michele LAURIOLA*

SOMMARIO: **1.** Premessa. **2.** Il vero "lato oscuro" della prevenzione. **3.** La tutela dei terzi nella prevenzione patrimoniale: uno sguardo diacronico. **4.** La tutela dei terzi a livello sovranazionale. **5.** La natura non innovativa dell'art. 52 comma 1 lett. b). **6.** Critiche alla tesi della natura non innovativa dell'art. 52 comma 1 lett. b). **7.** La portata innovativa e peggiorativa dell'art. 52 comma 1 lett. b). **8.** L'art. 52 comma 1 lett. b) viola il principio di uguaglianza. **9.** L'art. 52 comma 1 lett. b) viola il principio di ragionevolezza. **10.** L'art. 52 comma 1 lett. b) viola il principio di libertà di iniziativa economica. **11.** L'art. 52 comma 1 lett. b) viola il principio di determinatezza. **12.** L'art. 52 comma 1 lett. b) viola il principio del giusto processo. **13.** L'art. 52 comma 1 lett. b) viola il diritto di proprietà come ricostruito nella Convenzione europea dei diritti umani. **14.** L'art. 52 comma 1 lett. b) come ipotesi di diritto penale d'autore. **15.** Una norma anti-banche dal sapore populistico. **16.** Una possibile soluzione ragionevole: invocare la saggezza interpretativa.

1. Premessa.

Le misure di prevenzione sono state per molto tempo guardate con sospetto dai penalisti¹, ma negli ultimi anni stanno riscuotendo un notevole successo, non tanto o non solo in dottrina dove si cerca di razionalizzare ciò che di buono è presente nell'attività di prevenzione², quando nella legislazione e

* Dottore in giurisprudenza presso l'Università degli Studi di Foggia.

¹ T. PADOVANI, *L'impatto sulla libertà e sui beni dei cittadini avrà effetti pericolosi*, in *Guida al Diritto*, 2017, 49-50, p. 16

² G. FIANDACA, *Il progetto per la riforma delle sanzioni patrimoniali della Commissione Fiandaca*, in *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: Reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*, a cura di A. M. MAUGERI, Milano 2008, 341 ss.; C. VISCONTI, *Contro le mafie non solo confisca ma anche "bonifiche" giudiziarie per imprese infiltrate: l'esempio milanese (working paper)*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 20.1.2012; G. FIANDACA, C. VISCONTI, *Presupposti teorici e politico-criminali di un modello europeo di confisca "allargata" nell'ambito della criminalità organizzata*, in *Towards a european criminal law against organised crime*, a cura di V. MILITELLO, B. HUBER, Freiburg, 2001, 221 ss.; G. FIANDACA, C. VISCONTI, *Il "Codice delle leggi antimafia": risultati, omissioni e prospettive*, in *Legislazione Penale 2012*, p. 181.

nell'applicazione³. Sull'onda populistica il legislatore del 2017 ha fatto sfoggio di simbolismo penale nell'estendere il sistema di prevenzione antimafia anche a fenomeni, come la corruzione, seppur in forma associativa, e la truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche, addirittura senza la previa forma associativa, fenomeni criminali del tutto diversi ed eterogenei rispetto al *genus* criminalità mafiosa⁴.

La l. 17 ottobre 2017 n. 161, pur presentando alcune luci⁵, mantiene o aggiunge alcune ombre a quelle già esistenti, specie con riguardo alla compressione dei diritti dei terzi⁶.

Si è sempre guardato con sospetto al sistema della prevenzione, soprattutto quella personale⁷, ma da ultimo anche quella di carattere patrimoniale⁸, pur se non sono mancati suggerimenti volti a dimostrare come sia possibile coniugare prevenzione e garanzie⁹. Qualcuno ha accostato il sistema della prevenzione antimafia al diritto penale del nemico¹⁰, per segnalare le deroghe rispetto ai principi penalistici classici. Tanti gli argomenti volti a criticare questa teoria e a predicarne inattuabilità, fra questi si potrebbe aggiungere che la messa in opera di un diritto penale del nemico presupporrebbe un diritto civile del nemico¹¹.

Ebbene, non vorrei che il legislatore stia intraprendendo la via per costruire una sorta di diritto civile del nemico, da affiancare al diritto penale. Il sistema della prevenzione antimafia è sempre stato additato come eccezionale e incompatibile

³ N. D'ANGELO, A. DI TULLIO D'ELISIIS, *Riforma del codice antimafia*, Rimini 2017.

⁴ C. VISCONTI, *Codice antimafia. Luci e ombre della riforma*, in *Diritto penale e processo*, 2018, 145 ss.; M. Pelissero, *I destinatari delle misure di prevenzione praeter delictum: la pericolosità da prevenire e la pericolosità da punire*, in *Rivista italiana diritto e procedura penale*, 2017, 439 ss.; A.M. Maugeri, *I destinatari delle misure di prevenzione tra irrazionali scelte criminogene e il principio di proporzionalità*, in AA.VV., *La giustizia penale preventiva*, Milano, 2016, 27 ss.; Id., *La riforma delle misure di prevenzione patrimoniali ad opera della l. 161/2017 tra istanze efficientiste e tentativi incompiuti di giurisdizionalizzazione del procedimento di prevenzione*, in www.archiviopenale.it, 29 marzo 2018.

⁵ G. TONA, C. VISCONTI, *Nuove pericolosità e nuove misure di prevenzione: percorsi contorti e prospettive aperte nella riforma del codice antimafia*, in www.lalegislazionepenale.eu, 14.2.2018.

⁶ V. CONTRAFATTO, *L'oggetto della confisca di prevenzione e lo standard della prova*, in *Le misure patrimoniali contro la criminalità organizzata*, Milano, 2011, pp. 88 ss.

⁷ Ampi riferimenti a questa tematica in A. MARTINI, *Essere pericolosi. Giudizi soggettivi e misure personali*, Torino, 2017, pp.81 ss.

⁸ D. PETRINI, *La prevenzione inutile: illegittimità delle misure praeter delictum*, Napoli, 1996,

⁹ La posizione sembra essere quella di G. FIANDACA, *Le misure patrimoniali nelle fonti internazionali ed europee e il sistema penale italiano*, in AA.VV., *Misure patrimoniali nel sistema penale: effettività e garanzie*, Milano, 2016, p. 11.

¹⁰ A. MANNA, *Il lato oscuro del diritto penale*, Pisa, 2017; B. MIGLIUCCI, *Il sistema delle misure di prevenzione tra esigenze di garanzia e diritto penale del nemico*, in *Rivista italiana diritto procedura penale*, 2017, p. 485.

¹¹ T. PADOVANI, *Diritto penale del nemico*, Pisa, 2014.

con principi come la tassatività e la colpevolezza, oggi il sistema della prevenzione, soprattutto patrimoniale, raddoppia il suo lato oscuro.

2. Il vero "lato oscuro" della prevenzione.

Questa affermazione si spiega in quanto al lato oscuro della prevenzione rivolto ai destinatari classici o alle *new entry*, i quali sono percepiti dalla collettività come "meno innocenti" degli altri, si affianca il lato oscuro della prevenzione che si rivolge agli innocenti, cioè ai terzi, coloro che non sono coinvolti direttamente, perché non sono destinatari diretti della misura preventiva¹². Si pensi al creditore o al titolare di un diritto di garanzia che meriterebbero la tutela civilistica o fallimentare e che, invece, vedono restringere i suoi spazi di tutela per il solo fatto di entrare in contatto con un soggetto indiziato di appartenere ad associazione di tipo mafioso (v. *infra*).

È lecito chiedersi fino a che punto la logica dell'efficienza possa prevalere sulle garanzie dei terzi in buona fede, così ad esempio, a tutto concedendo il creditore si vedrà comunque riconosciuto soltanto il 60% del suo credito (art. 53), il che non costituisce certo un messaggio rassicurante e che crea fiducia nei consociati verso le istituzioni¹³. Inoltre, la sfiducia che l'ordinamento continua a porre nei confronti di alcuni, i principali, creditori si evidenzia col fatto che le banche, che soprattutto nel sistema economico italiano, risultano decisive per erogare il credito e la continuità aziendale, non siano coinvolte nei «tavoli provinciali permanenti sulle aziende sequestrate e confiscate, presso le prefetture-uffici territoriali del Governo, ex art. 41-ter»¹⁴.

3. La tutela dei terzi nella prevenzione patrimoniale: uno sguardo diacronico.

¹² Ad essere criticati sono anche i presupposti politico criminali del procedimento di prevenzione, con riferimento alla tutela dei terzi, mutuato dal procedimento fallimentare e troppo orientato verso il soddisfacimento dei crediti, rispetto alla tutela delle esigenze statuali, v. F. MENDITTO, *Confisca di prevenzione e tutela dei terzi creditori. Un difficile bilanciamento di interessi*, in www.penalecontemporaneo.it, 7.7.2015; Id., *Le luci e le (molte) ombre del c.d. Codice Antimafia*, in *Cassazione penale*, 2012, 722 ss; A. BALSAMO, C. MALTESE, *Il codice antimafia*, Milano, 2011, pp. 56 ss.

¹³ A. AIELLO, *Brevi riflessioni sulla disciplina del Codice antimafia in tema di tutela dei terzi alla luce dell'ultima proposta di riforma*, in www.penalecontemporaneo.it, 20.4.2016; S. CALVIGIONI, *Confisca e tutela dei creditori: sulla proposta di modifica dell'art. 52, lett. b), del codice antimafia*, in www.penalecontemporaneo.it, 4.7.2017; G. Pignatone, *Mafia e corruzione: tra confische, commissariamenti e interdittive*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015, 4, p. 263.

¹⁴ A. M. MAUGERI, *La riforma delle misure di prevenzione patrimoniali ad opera della l. 161/2017 tra istanze efficientiste e tentativi incompiuti di giurisdizionalizzazione del procedimento di prevenzione*, in www.archiviopenale.it, 29.3.2018.

La l. 31 aprile 1965 n. 575 non faceva minimamente riferimento alla tutela dei terzi creditori, per crediti sorti prima del sequestro, il che trovava giustificazione nei pericoli che la tutela dei creditori può comportare, cioè consentire al proposto, simulando l'esistenza di crediti o diritti reali di garanzia preesistenti, di tornare in possesso dei beni oggetto di confisca¹⁵. Inoltre, la confisca è inquadrata, per la dottrina civilistica, come un acquisto della proprietà a titolo originario, per cui il proposto, non perdendo la capacità di agire continua a rispondere con il resto del patrimonio alle obbligazioni assunte con i terzi.

La giurisprudenza minoritaria e parte della dottrina avevano tentato di creare uno spiraglio di tutela delle ragioni creditorie, soprattutto criticando l'inquadramento della confisca come acquisto a titolo originario, dal momento che presuppone comunque un collegamento con l'attività e la pericolosità del preposto. La Corte costituzionale, investita della questione relativa all'assenza di una disciplina *ad hoc* a tutela dei terzi, ha giudicato non illegittima questa assenza di regolamentazione, dal momento che si tratta di una valutazione discrezionale del legislatore con colmabile dalla Corte¹⁶, in quanto esistono variegate soluzioni alla problematica e dunque la decisione della Corte non può essere considerata "a rime obbligate"¹⁷.

Con la l. 31.3.2010, n. 50 si modifica l'art. 2 *ter* della l. 575 del 1965 inserendo al comma 5 una disciplina a tutela dei terzi creditori in buona fede o che versano in un affidamento incolpevole¹⁸. Successivamente, il d.lgs. 6.9.2011 n. 159 introduce invece espressamente la tutela dei creditori in buona fede, con una formulazione molto simile nei contenuti all'art. 43 *bis* della Commissione Fiandaca del 1998. L'art. 52 comma 1 lett. b) introdotto dal d.lgs. 159 del 2011 stabiliva che la confisca non pregiudica i diritti di credito o i diritti reali di garanzia dei terzi in presenza di una serie di condizioni, cioè i suddetti diritti devono essere sorti anteriormente al sequestro; il debitore non deve avere altro patrimonio, diverso da quello su cui grava il sequestro, aggredibile; il credito non deve

¹⁵ *Amplius*: F. MENDITTO, *Confisca di prevenzione e tutela*, cit., p. 15; A. MAISANO, *Profili commercialistici della nuova legge antimafia*, in *Rivista diritto penale*, 1984, p. 430 ss; in senso critico, v. V. MAIELLO, L. DELLA RAGIONE, *Misure di prevenzione, tutela dei terzi e procedure concorsuali*, in V. MAIELLO (a cura di), *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, Torino 2015, pp. 575 ss.

¹⁶ Corte cost., 19.5.1994, n. 190, in *Giustizia costituzionale*, 1990, p.1676.

¹⁷ S. MAZZAMUTO, *La tutela dei terzi di buona fede nella confisca antimafia: le ultime novità legislative e giurisprudenziali*, in *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, Milano 2015, p. 410 e bibliografia ivi richiamata.

¹⁸ A. M. MAUGERI, *Misure di prevenzione patrimoniale: tutela dei terzi e nozione di buona fede*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 12 settembre 2011.

risultare strumentale all'attività illecita o costituirne il frutto o il reimpiego «*a meno che il creditore dimostri di avere ignorato in buona fede il nesso di strumentalità*». Soluzione ripresa, con alcuni adattamenti e restrizioni, nella l. 24.12.2012 n. 228 che estende la garanzia dei terzi anche alle misure di prevenzioni cui non si applica il d.lgs. 159 del 2011¹⁹. La Cassazione ha poi altresì avallato una interpretazione estensiva degli artt. 52 e ss. del d.lgs. 159 del 2011 a tutte le ipotesi di confisca, anche non di prevenzione, per reati di cui all'art. 51 comma 3 *bis* c.p.p.²⁰.

L'art. 52, a seguito della novella del 2017, pur mantenendo sostanzialmente fermi i primi due criteri, eliminando il c.d. *beneficium excussionis*²¹, modifica il terzo, nel senso che «*il credito non sia strumentale all'attività illecita o a quella che ne costituisce il frutto o il reimpiego, sempre che il creditore dimostri la buona fede e l'inconsapevole affidamento*». La disposizione diminuisce, senza alcuna ragione apparente, la tutela del creditore in buona fede, riscrivendo l'art. 52 comma 1, lett. b) del d.lgs. n. 159 del 2011. Non a caso, la sua natura afflittiva (*rectius* più sfavorevole) ha già condotto le prime pronunce di legittimità a ritenerla normativa non applicabile retroattivamente²².

La l. 161 del 2017 considera fra l'altro buona fede e l'incolpevole affidamento come concetti diversi, ma non risulta sempre agevole distinguerli²³.

I due concetti, certamente finitimi, sono considerati diversi ed autonomi anche dalla giurisprudenza antecedente al 2017.

La buona fede viene intesa come assenza della consapevolezza dell'attività illecita del contraente al momento della concessione del credito o della stipula del diritto reale di garanzia²⁴. Il comma 3 dell'art. 52 elenca alcuni indici probatori

¹⁹ M. PETRINI, *La prevenzione patrimoniale: la tutela dei diritti dei terzi*, in *La giustizia patrimoniale penale*, Torino, 2011, pp. 521 ss.

²⁰ Cass. pen. 15.2.2016 n. 12362, in www.giurisprudenzapenale.com; S. TREGLIA, *Confisca e tutela dei terzi creditori in buona fede*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2016, 6.

²¹ Sul punto vi è qualche voce critica, volta a preferire la formulazione presente nel Codice Antimafia del 2011 che prevedeva la preventiva escussione del restante patrimonio del proposto, in modo da garantire la soddisfazione delle pretese dello Stato e l'effettività della misura di prevenzione. F. MENDITTO, *Confisca di prevenzione e tutela*, cit., p. 6.

²² Cass. pen., 15.1.2018, DoBank s.p.a., in www.archivopenale.it, 2018; S. FURFARO, *Opponibilità alla confisca e buona fede del creditore: brevi rilievi su un'irragionevole previsione*, in www.archivopenale.it, 2018, 1; C. Forte, *Il "nuovo" codice antimafia e la tutela dei terzi*, in www.penalecontemporaneo.it, 17.11.2017.

²³ S. Calvigioni, *op. cit.*, 15 ss.

²⁴ Cass. pen. 11.2.2005 n. n. 12317, in *Cassazione penale*, 2006, 638.

della buona fede²⁵, tralasciando invece cosa debba intendersi per affidamento incolpevole, rimesso in toto all'elaborazione giurisprudenziale²⁶.

L'affidamento incolpevole consiste invece nell'applicazione, in sede contrattuale, di un livello di media diligenza, da rapportarsi al caso in esame, teso a escludere qualunque rimprovero di tipo colposo²⁷.

4. La tutela dei terzi a livello sovranazionale.

L'art. 52 nella formulazione del 2011 rappresenta il giusto bilanciamento fra tutela delle ragioni statuali, cioè sottrarre ricchezza illecita da soggetti socialmente pericolosi, e tutela dei creditori e di chi vanta diritti reali di garanzia sui beni oggetto di sequestro e confisca²⁸. Non si tratta di un bilanciamento scontato se si pensa a come si è giunti a questo punto di equilibrio, partendo da una normativa che nulla prevedeva a garanzia dei terzi.

La tutela dei terzi in buona fede è principio presente anche a livello sovranazionale, sia nella Convenzione ONU contro il traffico di sostanze stupefacenti, sia nella Convenzione di Strasburgo contro il riciclaggio sia nella Direttiva 2014/42/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 3 aprile 2014²⁹ ed è principio recepito anche dalle Sezioni Unite della Cassazione³⁰. Gli atti

²⁵ L. MODICA, *Note in tema di tutela dei diritti dei terzi nei cosiddetti "pacchetti sicurezza"*, in MAZZARESE, AIELLO (a cura di), *Le misure patrimoniali antimafia*, Milano, 2010, 349 ss., che critica una lettura esclusivamente soggettiva della buona fede. Simile accezione della buona fede oblitererebbe la tutela anche rispetto ai lavoratori dipendenti dell'imprenditore mafioso, comunque estranei all'attività illecita del proposto, v. A. Cairo, *Le misure di prevenzione patrimoniali. Gestione giudiziaria, situazioni debitorie e crisi dell'impresa. La tutela dei terzi*, Napoli, 2007, 101 ss.; Id., *Le misure di prevenzione patrimoniale*, in R. TARTAGLIA (a cura di), *Codice delle confische e dei sequestri*, Roma, 2012, 1247.

²⁶ Cass. pen., 29.4.2011 n. 30326, in *CEDCass*, m. 250910; Cass. pen., 27.11. n. 45260, Italfondario s.p., in *CEDCass*, m. 257913; Cass. pen., 12.9.2014 n. 37597, Banca Popolare di Bergamo S.p.A., inedita; Cass. pen., 27.2.2014 n. 34039, Ferrari e altri in *CEDCass*, m. 261192; Cass. pen., 13.3.2015 n. 10999, Banca popolare dell'Emilia Romagna, inedita; Cass. pen., 13.3.2015 n. 10770, Island Refinancing S.r.l., inedita.

²⁷ Cass. pen., 08.11.2013 n. 45260, in *CEDCass*, m. 257913; Corte cost. 20.11.1995, n. 487, Agnello, in *CP* 1996, 1063.

²⁸ Corte cost., 28.5.2015, n. 94, in *FI* 2015, 3036; Corte cost., 5.6.2015, n. 101, in *www.giusrcost.org*; C. VINCENTI, *La confisca e la tutela dei terzi*, in S. MAZZARESE, A. AIELLO (a cura di), *Le misure patrimoniali antimafia. Interdisciplinarietà e questioni di diritto penale, civile e amministrativo*, Milano, 2010, 322 ss.

²⁹ A. M. MAUGERI, *La lotta contro l'accumulazione di patrimoni illeciti da parte di organizzazioni criminali: recenti orientamenti*, in *Rivista trimestrale diritto penale dell'economia*, 2007, 487 ss.; F. MENDITTO, *La confisca di prevenzione e la tutela*, cit., 13.

³⁰ Cass., S.U., 28.4.1999, BACHEROTTI, in *CP* 1999, 2823; Cass. pen., 19.6.2007, n. 35105, in *CEDCass*, m. 23678.

internazionali prevedono, quindi, il sequestro e la confisca anche nei confronti di terzi purché ciò non pregiudichi il loro diritto di difesa e la loro buona fede. Non si comprendono allora le ragioni che hanno indotto il legislatore della riforma del 2017 a modificare l'art. 52, su di un punto pacificamente accolto dalla dottrina e dalla giurisprudenza, quindi, immeritevole di modifica e soprattutto in termini ingiustificatamente sfavorevoli per i creditori di buona fede, tenuto altresì conto che il principio «dell'affidamento incolpevole, che permea di sé ogni ambito dell'ordinamento giuridico e dal quale scaturisce anche la regola generale della circolazione dei mobili nel nostro sistema di mercato (art. 1153 c.c.), ponendosi in contrasto con l'art. 27 Cost. qualsiasi forma presuntiva di malafede a carico del terzo»³¹.

5. La natura non innovativa dell'art. 52 comma 1 lett. b).

Tra i primi commentatori vi è chi ritiene la norma abbia fatto solo chiarezza: optando per l'indirizzo giurisprudenziale che accollava l'onere probatorio circa l'assenza di strumentalità e la buona fede in capo al creditore³². Secondo altri non vi sarebbe stata una sostanziale modifica dal momento che pur nella diversità delle disposizioni, sia la precedente, sia l'attuale, risultano incomplete e da riempire ad opera della giurisprudenza³³. In altri termini, il legislatore con l'espressione buona fede e incolpevole affidamento, frutto dell'elaborazione giurisprudenziale del "buon senso" ante riforma del 2011, avrebbe utilizzato dei concetti disposizionali, rinviando alla prassi la concretizzazione degli stessi. Si tratterebbe così di norme che detterebbero soltanto delle linee guida (si pensi al comma 3 dell'art. 52), bisognosi di essere riempite dal giudice³⁴. Tale orientamento riprende quanto stabilito dalle Sezioni unite, sia civili sia penali³⁵, secondo cui i parametri del comma 3 dell'art. 52 sono obbligatori ma non tassativi, quindi il giudice può considerare anche altri parametri non tipizzati, nonché disattendere, previa congrua ed adeguata motivazione, quelli tipizzati. D'altronde, l'elenco di cui al comma 3 non può in alcun modo ritenersi un numero chiuso di casi, dal momento che altrimenti ragionando si violerebbe il principio del divieto di prove legali.

³¹ D. FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale: ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone fisiche e giuridiche*, Bologna 2007, 412 ss.

³² F MENDITTO, *Le misure di prevenzione e la confisca allargata*, in *Il penalista*, 2018, 97 ss.

³³ C. Forte, *op. cit.*, 17 ss.

³⁴ Cass. pen., 23.4.2015 n. 17015, Banca delle Marche SpA, in *CEDCass*, m. 263315.

³⁵ Cass. S.U., 7 maggio 2013, n. 10532, in *www.neldiritto.it*; Cass. pen., 30.1.2015, n. 4448, Sicilcassa S.p.A., in *CEDCass*, m. 206096. Sul punto, v. anche S. MAZZAMUTO, *Gli aspetti civilistici della confisca dei beni alla criminalità organizzata*, in *Contr. impr.*, 2012, 1387 ss.

6. Critiche alla tesi della natura non innovativa dell'art. 52 comma 1 lett. b).

Tali letture volte a minimizzare la portata innovativa e a glissare sul peggioramento delle garanzie a favore dei terzi non sono accoglibili.

La norma confermerebbe l'indirizzo giurisprudenziale che addossa l'onere probatorio in capo al creditore³⁶ rispetto alla prova dell'assenza di strumentalità e di buona fede e incolpevole affidamento³⁷. Sul punto all'indomani del d.lgs. 159 del 2011 vi era una spaccatura nella giurisprudenza di merito e di legittimità, ma l'attuale formulazione sembrerebbe confermare la tesi dell'inversione dell'onere probatorio³⁸. L'argomento utilizzato prende le mosse dalla formulazione letterale della disposizione che descrive la posizione giuridica del titolare del diritto di credito o garanzia.

Tale soluzione non è comunque scevra da critiche, infatti, la dottrina eccepisce come questa *deminutio* in termini di garanzie, dovuta alla difficoltà di dare la prova negativa della mala fede, vada a colpire un terzo innocente e incolpevole³⁹. Si rischia così di legittimare una violazione degli artt. 24 e 27 comma 1 della Cost., nonché di un più generale principio di giustizia distributiva «alla stregua del quale la misura sanzionatoria non può ritorcersi in ingiustificati sacrifici delle posizioni giuridiche soggettive di chi sia rimasto estraneo all'illecito»⁴⁰. L'inversione dell'onere probatorio tipico del sistema della prevenzione patrimoniale rischia, altresì, di contrastare con l'art. 3 della Cost., sotto il profilo del principio di uguaglianza, dal momento che in tema di misure di sicurezza

³⁶ S. FURFARO, *op. cit.*, 3; S. CALVIGIONI, *op. cit.*, 15 ss.

³⁷ In dottrina è emerso l'orientamento per cui il nesso di strumentalità è elemento costitutivo della fattispecie la cui prova negativa deve gravare su chi invoca la tutela, v. F. CASSANO, *La tutela dei terzi nel sistema della prevenzione*, in Id., *Le misure di prevenzione patrimoniali dopo il "pacchetto sicurezza"*, Roma 2009, 359.

³⁸ La tesi dell'inversione dell'onere probatorio è costante in giurisprudenza, anche precedente all'intervento del 2017, v. Cass. S.U., 7.5.2013, n. 10532, cit.; Cass. pen., 12.2.2015 n. 6291, Bancaintesa San Paolo SPA, inedita; Cass. pen. 13.3.2015, n. 10770, Island Refinancing S.r.L., inedita; Cass. pen., 13.3.2015 n. 10999, Banca popolare dell'Emilia Romagna, inedita.

³⁹ A. M. MAUGERI, *La riforma delle sanzioni patrimoniali: verso un'actio in rem?*, in AA.VV., *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, Torino 2008, 174 ss.; P. V. MOLINARI, *Un passo avanti nella tutela dei terzi in buona fede titolari di un diritto reale di garanzia sui beni oggetto di confisca antimafia*, in *Cassazione penale*, 2006, 48; A. MAGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, Padova, 2001, 410; R. AQUAROLI, *Ricchezza illecita tra tassazione e confisca*, Roma 2012, 150. In senso contrario, T. EPIDENDIO, *La confisca nel diritto penale e nel sistema della responsabilità degli enti*, Padova 2011, 188.

⁴⁰ S. MAZZAMUTO, *La tutela dei terzi*, cit., 410; A. AIELLO, *La tutela civilistica dei terzi nel sistema della prevenzione patrimoniale*, Milano, 2005, 206.

patrimoniali è il pubblico ministero a dover dimostrare che la *res* non appartiene⁴¹ a persona estranea al reato⁴².

Questo però non basta a spiegare il significato della disposizione, perché non spiega per quali ragioni il legislatore abbia modificato quel «a meno che» in «sempre che». Così pure, sostenere che buona fede e incolpevole affidamento non sono criteri tassativi, ma a questi se ne aggiungono altri rimessi all'elaborazione giurisprudenziale, significa affermare che le ragioni creditorie sono rimesse alla "saggezza del giudicante". Il che non è detto sia un male, visto che la giurisprudenza si è interrogata sulle sorti dei crediti sorti in data anteriore al provvedimento di sequestro, anche prima che il legislatore intervenisse espressamente. Affermare ciò oggi significherebbe però riportare indietro le "lancette" della storia, visto che il vantaggio di avere un testo normativo⁴³ sta nel fatto che una volta e per tutti vengono sanciti i presupposti in forza dei quali prevalgono le ragioni dei creditori su quelle statuali.

7. La portata innovativa e peggiorativa dell'art. 52 comma 1 lett. b).

La modifica del 2017 ha reso i criteri dell'assenza di strumentalità o della buona fede sull'esistenza della strumentalità da alternativi a cumulativi, ciò si evince apertamente dai lavori preparatori.

In altri termini, se prima il creditore, pur se oggettivamente il denaro prestato fosse stato strumentale all'attività illecita del preposto, poteva comunque recuperare la somma dimostrando la sua buona fede, allo stato, invece, tale soluzione è decisamente preclusa, dal momento che l'esistenza oggettiva di un nesso di strumentalità fra denaro e attività illecita del proposto esclude la possibilità di opporre il credito allo Stato⁴⁴. Ma vi è di più, il terzo titolare di un diritto di credito o di garanzia sarà sempre obbligato a dimostrare, dunque anche in assenza di un rapporto di strumentalità fra credito e illecito, la sua buona fede. La buona fede e l'incolpevole affidamento devono essere sempre

⁴¹ Sul concetto di appartenenza, v. A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali fra funzionalità e garantismo*, Milano 2001, 127; E. NICOSIA, *La confisca, le confische. Funzioni politico-criminali, natura giuridica e problemi ricostruttivo-applicativi*, Torino, 2012, 88 ss.

⁴² R. AQUAROLI, *Ricchezza illecita tra tassazione e confisca*, cit., 150 ss.; la giurisprudenza, al contrario anche in tema di misure di sicurezza ritiene che sia il terzo a dimostrare la buona fede e l'effettività del titolo di acquisto della proprietà: Cass. pen., 8.10.2003 n. 45083, Banco di Sicilia c. Calvi, in *Guida al diritto*, 2004, 8, 79; Cass. pen., 17.1.2013 n. 9579, in *CEDCass*, m. 254749; Cass. pen., 2.12.2015 n. 12473, in *CEDCass*, m. 266482.

⁴³ Sulla preferibilità del testo normativo allo stesso diritto vivente, da ultimo, v. Corte cost., 12.1.2012, n. 230, in *Ddiritto penale processo*, 2013, 29 ss.

⁴⁴ A. AIELLO, *op. cit.*, 15 ss.

dimostrati, a seguito della nuova formulazione letterale dell'art. 52. Non sono mancati dunque i dubbi di legittimità costituzionale, sollevati sulla nuova formulazione legislativa.

8. L'art. 52 comma 1 lett. b) viola il principio di uguaglianza.

Escludere la tutela giuridica del terzo creditore o titolare del diritto di garanzia, anche quando il suo rapporto con le attività del proposto non presenti alcun nesso di strumentalità, viola l'art. 3 della Cost., sotto il profilo dell'uguaglianza⁴⁵. Tale possibilità non sarebbe ammissibile nel sistema delle misure di sicurezza patrimoniali, dal momento che la confisca non opera nei confronti di persona estranea al reato e tale deve intendersi colei che non ha agevolato neanche colposamente il reato (*id est* assenza di strumentalità) o risulta in buona fede sulla strumentalità del credito col reato⁴⁶. Si dubita così che il meno garantito procedimento di prevenzione patrimoniale, basato sull'accertamento della pericolosità in forza di sufficienti indizi e/o della sproporzione tra il patrimonio e le fonti lecite di guadagno, possa «prescindere dalla ricorrenza del nesso di collegamento tra l'altrui diritto ed il fatto illecito da cui il bene origina»⁴⁷.

9. L'art. 52 comma 1 lett. b) viola il principio di ragionevolezza.

Il vecchio testo dell'art. 52, come attestato dalla stessa Corte costituzionale nel 2015, esprimeva un ragionevole bilanciamento fra l'interesse dello Stato a che il proposto o il reo non tornasse indirettamente in possesso della *res* e l'esigenza di tutela del terzo a vedere soddisfatto il suo credito⁴⁸, il che giustificava anche la deroga al regime civilistico della presunzione relativa di buona fede⁴⁹. La novella del 2017 richiedendo invece la prova cumulativa dell'assenza di strumentalità del credito all'attività illecita e della buona fede o dell'incolpevole affidamento, espone il creditore ad un aggravio probatorio di dubbia ragionevolezza, prima ancora che di difficile attuazione, dato che se non vi è strumentalità con l'attività illecita, l'erogazione è sotto ogni profilo da considerarsi lecita⁵⁰.

⁴⁵ A. AIELLO, *op. cit.*, 5 ss.

⁴⁶ Cass. 24.10.2008 n. 42741, in *Giurisprudenza italiana*, 2009, 2276; Cass. pen., 29.9. 2009 n. 42178, in *Giustizia penale*, 2010, II, 55.

⁴⁷ A. AIELLO, *op. cit.*, 5.

⁴⁸ Cass. pen., 16.6.2015, Banca Ragusa, in Mass. Uff., 264373.

⁴⁹ Cass. pen., 30.4.2015, Banca Monte Dei Paschi Di Siena S.p.a., in Mass. Uff., 265606; Cass. pen., 3.10.2016, Banca Del Lavoro Del Piccolo Risparmio S.p.a. Gruppo Popolare Pugliese, in Mass. Uff., 268418.

⁵⁰ A. AIELLO, *op. cit.*, 3.

La dottrina manifesta giustificate riserve su di una norma che ponendo questo obbligo irragionevole, poi non specifica «quale debba essere il fatto rispetto al quale deve essere dimostrata la buona fede, tale non potendo essere il motivo che ha indotto all'erogazione», stante la sua irrilevanza dato che l'operazione è estranea all'agire *contra legem* del proposto⁵¹.

Si viola altresì la *par condicio creditorum* perché si rischia di sovvertire l'ordine dei privilegi e di tutelare soltanto quei creditori che, muniti o non muniti di privilegi, siano considerati al giudice penale e dall'amministratore giudiziario in buona fede⁵².

10. L'art. 52 comma 1 lett. b) viola il principio di libertà di iniziativa economica.

Non a caso, non è mancato chi ha dubitato della legittimità costituzionale della norma in esame, ad esempio, perché compromette irragionevolmente la tutela della libertà di iniziativa economica e di contratto (art. 41, comma 2 e 3 Cost.)⁵³. In dottrina si sostiene che il giudizio di ragionevolezza deve prendere in considerazione «la proporzionalità dei mezzi prescelti [...] rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità che si intende perseguire»⁵⁴, orbene l'assenza di strumentalità del credito con l'attività illecita richiesta dalla norma non lascia comprendere quali altre ragioni o interessi di rilievo costituzionale giustificano la prova comunque della buona fede per superare il principio della tutela del credito lecito rispetto alla pretesa dello Stato⁵⁵.

11. L'art. 52 comma 1 lett. b) viola il principio di determinatezza.

La norma poi risulta ulteriormente censurabile sotto il profilo della legittimità costituzionale, per violazione del principio di determinatezza.

Non si tratterebbe della determinatezza di cui si è occupata la Corte europea dei diritti umani nella sentenza De Tommaso⁵⁶, cioè riferita all'intelligibilità dei

⁵¹ S. FURFARO, *op. cit.*, 3.

⁵² G. BONGIORNO, *Tecniche di tutela dei creditori nel sistema delle leggi antimafia*, in *Rivista diritto e processo*, 1998, I, 445 ss.

⁵³ S. FURFARO, *op. cit.*, 3; S. CALVIGIONI, *op. cit.*, 15.

⁵⁴ S. FURFARO, *op. cit.*, 4.

⁵⁵ S. FURFARO, *op. cit.*, 4.

⁵⁶ C.G.U.E., 23.2.2017 n. 43295, in www.archiviopenale.it; F. Viganò, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in *DPC 2017*, 370 ss.; A. M. MAUGERI, *Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la Corte Europea condanna l'Italia per la mancanza di qualità della "legge", ma una rondine non fa primavera*, in *DPC 2017*, 15 ss.

precetti, quanto ad un'accezione della stessa in chiave processuale⁵⁷. La norma sarebbe incostituzionale nella parte in cui enuclea concetti quali buona fede e incolpevole affidamento, che, se possiedono una loro intelligibilità ed un loro significato (v. *antea*), lo perdono nel momento che essi vengono resi privi di oggetto. In altri termini, la norma risulterebbe incostituzionale perché pone ad oggetto fatti che non possono essere provati nel processo.

Quale buona fede dovrà dimostrare il creditore nelle ipotesi in cui manchi il nesso di strumentalità col reato? Come potrà il creditore dimostrare la sua buona fede visto che il titolo di credito sarebbe comunque svincolato dai fatti illeciti per cui è disposta la misura di prevenzione. Il dubbio è che si voglia modificare l'oggetto di questa buona fede, cioè non più rivolta alla strumentalità del credito verso il reato, bensì sulla mera "mafiosità" del proposto. Si tende quindi a tutelare una sorta di moralità negli affari più che evitare che attraverso terzi creditori il proposto rientri in possesso dei beni confiscati. Tale considerazione si evince dal fatto che con l'applicazione di una misura di prevenzione, il proposto non perde la capacità d'agire e pertanto ha la facoltà di contrarre validamente ed efficacemente con terzi⁵⁸.

Una simile disciplina sacrifica i diritti di quanti, pur estranei alle attività illecite del debitore, conoscendo (o potendo conoscere) la sua estrazione socio-criminale, abbiano comunque deciso di intrattenere con questo rapporti giuridici, accettando il rischio delle conseguenze giuridiche fondate però su di un giudizio di disvalore di tipo prettamente morale⁵⁹.

12. L'art. 52 comma 1 lett. b) viola il principio del giusto processo.

Il dover provare la buona fede del creditore anche in assenza di strumentalità con l'attività illecita del proposto potrebbe essere letta e giustificata come il "maldestro" recepimento di quell'indirizzo giurisprudenziale che escludeva la buona fede per il solo fatto di sapere o potere sapere delle precedenti

⁵⁷ Corte cost. 9.4..1981 n. 96, in *GCost.* 1981, I, 806 s.; S. FIORE, *La teoria generale del reato alla prova del processo*, Napoli 2007, *passim*.

⁵⁸ A. AIELLO, *op. cit.*, 6. A conferma di ciò si può citare l'art. 25 del d.lgs. 159 del 2011 che prevede la confisca per equivalente dei beni di provenienza lecita ceduti a terzi in buona fede (A. Aiello, *I terzi e le misure di prevenzione patrimoniali: una storia (in)finita?*, in G. Fiandaca, C. Visconti (a cura di), *Scenari di mafia*, Torino 2010, 404), la norma sarebbe superflua perché se il terzo fosse in mala fede si applicherebbe la confisca di cui all'art. 20 e che potrebbe essere applicata direttamente al terzo in mala fede. L'art. 25 costituirebbe invece una norma punitiva nei confronti del proposto con una sorta di incapacità giuridica a contrarre (A. M. MAUGERI, *Misure di prevenzione patrimoniale: tutela dei terzi e nozione di buona fede*, in www.penalecontemporaneo.it).

⁵⁹ A. AIELLO, *op. cit.*, 6.

vicissitudini giudiziarie che hanno interessato il proposto⁶⁰. Infatti, la Cassazione nei primi arresti successivi alla riforma del 2011, ha «stabilito come la notoria pericolosità malavitosa deve allertare le banche, dal momento che operatori bancari, particolarmente fiscali e attentissimi nella elargizione dei prestiti, operando secondo le prassi creditizie dovrebbero accertare senza difficoltà le qualità sociali ed economiche tanto particolari, soprattutto presso agenzie poste nell'ambito di municipalità a ridotte dimensioni demografiche (26.000 abitanti), regolandosi di conseguenza rispetto a suddetti mutui»⁶¹.

A prescindere dalla soluzione del caso concreto, in cui può evidenziarsi o evincersi l'appartenenza del soggetto a un sodalizio criminoso, per il resto sembra eccessivo richiedere alle banche o a qualsiasi altro soggetto di erogare il credito solo se non sia possibile desumere, dalle indagini condotte in sede di istruttoria del prestito, che il soggetto non sia affiliato ad associazioni criminali⁶². Mi sembra conferire uno *standard* probatorio in capo alle banche che è proprio invece del pubblico ministero quando esercita l'azione penale per il reato di cui all'art. 416 *bis*, quindi un livello probatorio molto più elevato di quello sufficiente per l'applicazione invece della misura di prevenzione patrimoniale, risolvendosi in una ennesima violazione dell'art. 3 della Cost. e del principio della parità delle armi nel processo (art. 111 Cost.).

Questa problematica relativa al "potere di indagine" delle banche e più in generale dei soggetti terzi titolari di diritti di garanzia è ulteriormente acuita proprio in forza dell'estensione dell'art. 4 del d.lgs. 159 del 2011 ad opera della legge 161 del 2017, in quanto, attualmente, fra le ipotesi di pericolosità specifica,

⁶⁰ A. AIELLO, *op. cit.*, 6.

⁶¹ Cass. pen. 8.7.2011 n. 33796, S. G. e altri, in *Fisco on line*, 2011; Trib. Palermo, 18.1.2011, Sicilcassa, in *www.penalecontemporaneo.it*, 12.9.2011, orientamento condiviso da G. TONA, *Gestire o liquidare? I dilemmi dell'amministratore giudiziario e le aspettative dei creditori nei grovigli del Codice antimafia (d.lgs. 6.9.2011 n. 159: artt. 35-44, 52-65)*, in LP 2012, 223 ss.

⁶² In dottrina si è proposto di utilizzare alcuni indici probatori legati ai fenomeni relazionali fra i soggetti coinvolti, v. G. FICHERA, F. BRIZZI, G. CAPECCHI, *Misure di prevenzione patrimoniali e tutela dei terzi*, Torino 2013, 175, quali: 1) il concorso nel reato; 2) l'appartenenza allo stesso gruppo criminale; 3) l'intestazione fraudolenta; 4) le relazioni personali; 5) la relazione di riconoscenza; 6) la condizione di soggezione; 7) la condivisione di interessi, ecc., criteri però difficilmente applicabili quando il terzo è un istituto di credito e soprattutto alcuni caratterizzati da una portata semantica ampia. Si tratta di indici probatori che vengono anche utilizzati o mutuati per provare la disponibilità da parte del proposto della res. Inoltre, alcuni di questi indicatori, ad esempio il n. 6, rischiano di pregiudicare il terzo che risulta vittima del mafioso, v. L. MODICA, *Note in tema di tutela dei diritti dei terzi nei cosiddetti "pacchetti sicurezza"*, in S. MAZZARESE, A. AIELLO (a cura di), *Le misure patrimoniali antimafia. Interdisciplinarietà e questioni di diritto penale, civile e amministrativo*, Milano, 2010, 343 ss.; critico su criteri di accertamento fattuali: A. AIELLO, *La tutela civilistica dei terzi nel sistema di prevenzione patrimoniale antimafia*, Milano, 2005, 109 ss.

cui è possibile applicare le misure di prevenzione patrimoniale, vi rientrano anche soggetti estranei al contesto mafioso o del crimine organizzato, e cioè la criminalità, in forma associativa semplice, legata ai reati contro la PA e i truffatori di cui all'art. 640 bis, anche in forma non associativa. Non è mancato chi ha subito evidenziato possibili ripercussioni sul sistema economico dovuto all'estensione delle ipotesi di pericolosità specifica, specie nei confronti degli autori di reati contro la PA⁶³.

13. L'art. 52 comma 1 lett. b) viola il diritto di proprietà come ricostruito nella Convenzione europea dei diritti umani.

L'idea di modificare l'oggetto della buona fede e dell'incolpevole affidamento, cioè dalla strumentalità al reato del proposto alla figura stessa del proposto, rischia, altresì, di contrastare col diritto penale del fatto, risolvendosi in una riedizione del diritto penale d'autore. Il terzo creditore o titolare di un diritto reale di garanzia viene, infatti, "punito" soltanto per i suoi rapporti economici, poco raccomandabili o poco commendevoli, con soggetti "chiacchierati". In estrema sintesi è di questo che si tratta, dal momento che se il proposto ha avuto condanne o ha avuto procedimenti penali, seppur terminati con assoluzione, è ben possibile che gli sia applicabile una misura di prevenzione, non così nell'ipotesi del soggetto incensurato ma "chiacchierato".

Nel caso di operazione vantaggiosa per la banca, di assenza di strumentalità con un qualunque reato presupposto o operazione illecita, dovrà prevalere l'interesse economico della Banca oppure quel «*venticello, un'auretta assai gentile che insensibile, sottile, leggermente, dolcemente incomincia a sussurrare*», vale a dire la calunnia?

Il diritto penale d'autore non è automaticamente incostituzionale⁶⁴, ma, come ribadito dalla Corte costituzionale, lo è nella misura in cui si costruisce il reato tutto sul disvalore soggettivo dell'autore⁶⁵. In questo caso la giustificazione della *deminutio* delle garanzie dei creditori è da individuare esclusivamente in un mero *status* soggettivo del terzo, come contraente con il sospetto mafioso. Normativa

⁶³ P. PERRONE, *la legge n. 161/2017 e le sue modifiche al d.lgs. 159/2011 in tema di applicazione di misure di prevenzione patrimoniali agli indiziati di reati contro la PA. Un invito alla magistratura: adelante con iudicio*, in *Questione giustizia*, 2017, 13 ss.

⁶⁴ G. BETTIOL, *Stato di diritto e «Gesinnungsstrafrecht»*, in Id. *Scritti giuridici* (1966-1980), Padova 1980, 129 ss.

⁶⁵ Corte cost., 08/07/2010, n. 249, in *Diritto penale processo*, 2010, 9, 1055; G. MARINUCCI, *Il tipo normativo d'autore: inquadramento dogmatico ed esperienze giurisprudenziali*, in AA.VV., *Il soggetto autore del reato: aspetti criminologici, dogmatici e di politica criminale*, Padova, 2013, 75 ss.

che non tutela più un interesse di natura oggettiva, vale a dire impedire che il proposto attraverso atti simulati rientri in possesso dei beni vanificando la misura di prevenzione, bensì una sorta di morale negli affari. La natura punitiva in senso lato della normativa in esame è poi testimoniata anche dal fatto che il creditore, a tutto concedendo si vedrà comunque riconosciuto soltanto il 60% del suo credito (art. 53), il che testimonia come il terzo anche se in buona fede è per un 40% rimproverabile.

14. l'art. 52 comma 1 lett. b) come ipotesi di diritto penale d'autore.

La nuova formulazione dell'art. 52, introducendo un peggioramento delle ragioni del creditore, potrebbe riportare in auge anche quelle critiche che, già sotto la vigenza della versione del 2011, sostenevano che le misure di prevenzione costituivano celate forme di espropriazione del credito che causavano una lesione del diritto di proprietà⁶⁶ così come ricostruito dalla giurisprudenza convenzionale⁶⁷. Su questi aspetti in passato si sono già pronunciate le Sezioni Unite civili⁶⁸, dal momento che non rinvergono una preclusione a livello di diritto europeo e convenzionale all'utilizzo di misure di prevenzione, purché, a conti fatti, si garantisca al «ricorrente una "speranza legittima" di ottenere il godimento effettivo di un diritto di proprietà»⁶⁹. Nel caso in esame, premesso che ci vorrà una valutazione caso per caso, ma è estremamente difficile garantire una legittima speranza di poter dimostrare la buona fede del terzo nell'ipotesi in cui manchi un nesso di strumentalità con l'attività illecita del preposto. Sarà agevole contestare al terzo che, pur in assenza di un nesso di strumentalità, egli

⁶⁶ Cfr. C. App. Napoli, 14.3.2017, in www.penalecontemporaneo.it, 31 marzo 2017; D. Pulitanò, *Relazione di sintesi: Misure di prevenzione e problema della prevenzione*, in *RIDPP* 2017, 636; F. Viganò, *Illegittime le misure di prevenzione personali e patrimoniali fondate su fattispecie a pericolosità generica? Una prima ricaduta interna della sentenza De Tommaso*, in *DPC* 2017, 296 ss.

⁶⁷ La nozione di proprietà (art. 1 del Protocollo addizionale n. 1 Cedu) ricomprende i beni esistenti, i valori patrimoniali e i crediti. S. MAZZAMUTO, *op. cit.*, 434; M.L. PADELLETTI, *sub art. 1 Prot. n. 1 Cedu*, in *Commentario breve alla Cedu*. A cura di BARTOLE, DE SENA, ZAGREBELSKY, Padova 2012, 791 ss

⁶⁸ Cass. S.U., 7 maggio 2013, n. 10532, cit.

⁶⁹ C. eur. 21.2.2008, Maurice c. Francia, in https://www.economie.gouv.fr/files/directions_services/daj/publications/lettre-daj/2011/lettre92/ravon.pdf; C. eur., 18 maggio 2010, Plalam S.p.A. c. Italia, in [https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.page;jsessionid=-Wu10eUKI98EYz+h8lURzp4T?facetNode_1=1_2\(2010\)&facetNode_2=1_2\(201005\)&facetNode_3=1_2\(20100518\)&contentId=SDU521470&previousPage=mg_1_20](https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.page;jsessionid=-Wu10eUKI98EYz+h8lURzp4T?facetNode_1=1_2(2010)&facetNode_2=1_2(201005)&facetNode_3=1_2(20100518)&contentId=SDU521470&previousPage=mg_1_20); C. eur., 31.5.2011, Maggio e altro c. Italia, in <http://www.unionedirittiumani.it/wp-content/uploads/2014/11/maggio-e-altri.pdf>; C. eur., 7 giugno 2011, Agrati e altri c. Italia, in https://www.cortecostituzionale.it/documenti/bollettini/BollettiniCSE/Bollettino_Cse_201109.pdf.

conosceva o poteva conoscere la caratura criminale del proposto. Ciò sarà addebitabile alla formulazione ambigua della norma che disgiunge la buona fede dalla strumentalità, il che può condurre la disposizione ad essere censurata in sede convenzionale, dal momento che la Corte ha rilevato una violazione dell'art. 1 Protocollo addizionale n. 1 in ipotesi di "imprecisione" della normativa nazionale⁷⁰.

15. Una norma anti-banche dal sapore populistico.

La spiegazione di un inasprimento del regime di opponibilità può trovare una giustificazione nella previsione del comma 3 *bis* dell'articolo 52, secondo cui il decreto di rigetto della domanda di ammissione al passivo, quando riferito all'istanza presentata da un soggetto sottoposto alla vigilanza della Banca d'Italia, deve essere comunicato a quest'ultima per le opportune verifiche. Ai sensi dell'art. 9 del d. lgs. 21.12.2017, n. 231, la Banca d'Italia ha ampi poteri di controllo o di ispezione per il contrasto del riciclaggio. Il combinato disposto degli articoli citati impone una certa prudenza nell'erogazione del credito, dati i numeri elevati di opposizioni di credito rigettate a causa di operazioni bancarie opache⁷¹. È ovvio che non è possibile generalizzare, ma gli indici probatori elaborati dalla giurisprudenza circa la prova della buona fede pre-riforma del 2017 fanno emergere atteggiamenti della banche a volte "leggeri"⁷². Secondo la Relazione 2010 – 2011 dell'Agenzia Nazionale per l'Amministrazione e la Destinazione dei beni sequestrati e confiscati è l'iscrizione ipotecaria in favore delle banche a gravare sui beni oggetto di misura di prevenzione. Il dato è significativo ma non decisivo considerato che il capitalismo italiano vede fortemente utilizzato il capitale delle banche, in vece del proprio, inoltre, il rimprovero non è di aver finanziato mafiosi, ma soggetti indiziati di appartenere ad associazioni mafiose, perciò persone incensurate o magari con piccoli precedenti, poco significativi, che *ex post* vengono gravati da indizi di mafiosità. Questo però non giustifica l'attuale assetto della normativa che rischia di violare anche il principio di

⁷⁰ C.G.U.E., 6.12.2011, Rafiq Aliyev c. Azerbaijan; C.G.U.E., 13.12.2011, Vasilyev e Kuvton c. Russia, citate da E. Guido, Coercizione reale preventiva e diritti umani, in www.laegislazionepenale.eu 8.2.2018; C.G.U., 30.8.2016, Turturica e Casian c. Repubblica di Moldavia e Russia, in www.penalecontemporaneo.it 11.11.2016; C.G.U.E., 7.7.2016, Zosymov c. Ucraina, in www.penalecontemporaneo.it, 11.11.2016.

⁷¹ F. MENDITTO, *Le misure di prevenzione e la confisca allargata*, cit. 90 ss.

⁷² Sulla necessità di una responsabilizzazione delle banche, v. A.M. MAUGERI, *Misure di prevenzione patrimoniale: tutela dei terzi e nozione di buona fede*, in www.penalecontemporaneo.it, 12.9.2011.

proporzionalità⁷³. È noto come il rispetto di tale principio passa attraverso il rispetto di tre criteri cumulativi cioè «la capacità, in astratto, di raggiungere l'obiettivo; il minor sacrificio possibile, nel senso che lo scopo prefissato non potrebbe essere perseguito con un mezzo altrettanto efficace ma più mite (necessarietà); infine, non deve essere tale da gravare in maniera eccessiva sull'interessato al punto da risultare intollerabile (proporzionalità in senso stretto) »⁷⁴. Nel caso in esame lo strumento appare sproporzionato rispetto al fine perseguito, che sembrava raggiunto già con la precedente e meno gravosa formulazione legislativa a quanto si evincerebbe dalle citate statistiche.

16. Una possibile soluzione ragionevole: invocare la saggezza interpretativa.

Un'alternativa alla proposizione delle questioni di legittimità costituzionale potrebbe essere quella di considerare, come in passato, i criteri alternativi e non cumulativi. Si tratta nuovamente di invocare la saggezza, il buon senso del giudice, vale a dire, ammettere l'errore del legislatore e conferire razionalità in via ermeneutica al testo di legge⁷⁵, riconoscendo, ora come in passato, meritevole di tutela anche il creditore in buona fede sulla strumentalità del denaro all'attività del proposto.

A prescindere però dalla preferibilità politico-criminale di tale soluzione, bisognerà verificare se essa sia spendibile attraverso una interpretazione sistematica che dimostri che la modifica legislativa, cioè il passaggio dalla alternatività dei criteri alla cumulatività, sia un errore. In questo senso, che non sia essenziale la buona fede rispetto ai crediti non strumentali lo testimonierebbe l'art. 54 *bis*.

In effetti, ad esempio, alcuni creditori avranno la possibilità di vedersi riconosciuto il credito nelle ipotesi di cui all'art. 54 *bis*, vale a dire il pagamento dei crediti strategici. Il comma 1 infatti consente all'amministratore giudiziario, autorizzato dal giudice delegato, di pagare, in tutto o in parte e/o in maniera

⁷³ M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in www.cortecostituzionale.it.; E. GUIDO, *Coercizione reale preventiva e diritti umani*, in www.la legislazione penale.eu, 8 febbraio 2018, 14 ss.; M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014, pp. 5 ss.

⁷⁴ M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità*, cit.

⁷⁵ Superare insomma l'interpretazione letterale per esperire un tipo di interpretazione teleologica, v. O. DI GIOVINE, *Induzione alla prostituzione minorile: un caso esemplare di 'decontestualizzazione' del tipo legislativo ad opera del giudice di legittimità*, in *Cassazione penale*, 2007, pp. 2412 ss.

rateale, crediti relativi a rapporti commerciali essenziali per la prosecuzione dell'attività.

Ciò avviene prima e a prescindere dalla dimostrazione della buona fede e dell'incolpevole affidamento del creditore. Non si può escludere però che anche i crediti strategici siano stati o possano essere, prima dell'intervento del sequestro preventivo, strumentali all'attività illecita del proposto. Così se il credito è strumentale al reato o ad altra attività illecita del proposto non vi potrà essere alcun tipo di riconoscimento; se il credito strategico non è strumentale potrà essere pagato in via provvisoria senza la dimostrazione della buona fede o dell'incolpevole affidamento.

Ciò significa conferire un ampio potere all'amministratore giudiziario ed al giudice delegato, cioè pagare senza la dimostrazione dei presupposti soggettivi, potere che invece è escluso in fase di giudizio per l'applicazione del sequestro⁷⁶.

⁷⁶ Esprime un giudizio critico sull'art. 54 *bis* A. AIELLO, *op. cit.*, pp. 12 ss.

Scetticismo critico e ragionevole verità: argomentare i fatti nell'ambito del giudizio.

di Francesco Saverio BACCO*

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. I contesti dell'epistemologia giudiziaria. 2.1. Fatto, prova e verità. 2.2. L'errore epistemico. 2.3. La corrispondenza ai fatti. 3. Jerome Frank e il realismo giuridico. 3.1. I *Critical Legal Studies*, la verità politica. 3.2. Il postmodernismo, la verità decostruita. 3.3. Il pragmatismo, la verità utile. 4. Il realismo diretto. 4.1 *Defeasible reasoning* e abduzione. 4.2. *Inference to the best explanation*. 4.3. Bayes e la verità probabile. 5. Il giustificazionismo. 5.1. Scetticismo critico. 6. Conclusione.

1. Premessa.

Obiettivo della seguente trattazione è esporre una rivisitazione dello scetticismo radicale formatosi attorno al concetto di verità nell'era postmoderna; la tesi alternativa che si propone è uno scetticismo critico che consenta un impiego pragmatico del valore della verità.

I maggiori benefici di tale approccio possono rinvenirsi nel campo della epistemologia giudiziaria ed in particolare nel settore dell'argomentazione epistemica sul fatto; sul punto, lo scetticismo può costituire un'efficace strumento di auto-correzione tanto per l'investigatore in fase di scoperta tanto per il magistrato in sede di giustificazione.

La miglior approssimazione alla verità si ottiene tramite forme eterogenee di ragionamento tra le quali in primis annoveriamo il sillogismo deduttivo; a questo si aggiungono forme *defeasible* ossia defettibili, come l'inferenza abduzione, in grado di condurre a conclusioni meramente probabili.

Il binomio vero-falso risulta declinabile in modo rigoroso quando impieghiamo il sillogismo deduttivo in quanto le premesse comprendono in sé la conclusione; tale caratteristica fa della deduzione una inferenza non ampliativa bensì meramente riflessiva di conoscenza già posseduta.

Il tentativo di estendere l'area di conoscenze comporta l'impiego di informazioni dirette tratte dalla memoria, dalla percezione sensoriale o derivate, ricavate tramite inferenze non monotone; le inferenze non monotone quali induzione e

*Dottore in giurisprudenza con lode, Università degli studi "Aldo Moro" di Bari.

deduzione guidano verso conclusioni non implicite nelle premesse consentendo l'accrescimento conoscitivo al prezzo dell'incertezza.

La verità raggiungibile diviene dunque soltanto probabile, lasciando spazio ai teorici "nemici della verità"¹ i quali con varia forza sostengono che parlare di verità sia inutile o talune volte addirittura dannoso.

La forma principale di scetticismo che si intende esaminare è il *fact skepticism*, introdotto da Jerome Frank nel contesto del realismo giuridico ed in seguito sviluppato dai filosofi e giuristi postmoderni.

Il quesito che il giudice contemporaneo deve porsi è come ridurre lo spettro di incertezza ad un livello marginale, tollerabile ma soprattutto ragionevole nel contesto di un ordinamento giuridico liberale; la risposta a tale domanda può essere data assumendo come punto iniziale una teoria della conoscenza il più adeguata possibile alle esigenze dell'empirismo e del *defeasible reasoning*.

La teoria qui proposta è quella del realismo diretto, nella versione più recente elaborata dal filosofo John Pollock; il realismo diretto consente di opporre argomentazioni solide agli scettici radicali ed al contempo riconduce il pensiero scettico ad una funzione critico-revisionista, orientata al perseguimento del vero e non alla sua decostruzione.

Tale riflessione viene applicata da Franca D'agostini al contesto dell'epistemologia giudiziaria dove la funzione V (verità) è esplorata nei suoi molteplici usi tra quali in primis quello ispettivo e controversiale; l'autrice torinese conferisce fiducia al concetto di verità, arrivando a definire il rito penale una sorta di "spettacolo atletico" in cui la verità sembra essere protagonista indiscussa.

Ultimo argomento che si intende presentare è quello offerto dal giurista Michele Taruffo, posto al termine della trattazione in quanto rappresenta la miglior risposta giuridica al *fact skepticism*; allo stesso tempo tale tesi conferisce maggior forza al ragionamento giuridico quale strumento di scoperta oltre che giustificazione.

Taruffo utilizza l'espressione "semplice verità", una verità pragmatica cui investigatori e giudici devono orientarsi affinché il processo diventi sede autentica di costruzione della giustizia.

2. I contesti dell'epistemologia giudiziaria.

Il processo penale nell'ambito degli ordinamenti liberali è orientato al perseguimento della giustizia nel rispetto di una pluralità di norme a presidio del

¹ Vedi M. LYNCH, *La verità e i suoi nemici*, Milano, R. Cortina, 2007.

valore della libertà personale; l'azione di investigatori, avvocati e giudici si muove entro una sequenza probatoria circoscritta dal tempo e dal confine ideale del garantismo.

Il valore della verità si pone su di un piano antecedente a quello della giustizia e ne rappresenta un fondamento logico intuitivo in quanto nessun consociato percepirebbe come giusta una sentenza basata su una ricostruzione errata dei fatti; ci si rende conto al contempo che nessuna decisione può essere assunta se per verità si intende l'esatta narrazione del fatto passato nella sua integrale complessità: il giudice sarebbe costretto ad un perenne revisionismo ed il consociato ad un'attesa povera di speranze concrete.

Giulio Ubertis ha riconosciuto il ruolo fondazionale del giudizio di verità² a prescindere dalla teoria politica della giustizia che si intenda adottare ed ha al contempo affermato che i due valori vanno ben distinti sul piano cognitivo poiché la verità è condizione soltanto necessaria e non sufficiente per la giustizia.

Tale distinzione cognitiva è il presupposto etico che ha condotto la dottrina giuridica ad accogliere la partizione tra contesto di scoperta e contesto di giustificazione formulata dal positivismo logico agli inizi degli anni '30.

Il contesto di scoperta secondo Hans Reichenbach è estraneo all'analisi logica e non esistono regole epistemiche che possono colmare la dimensione aleatoria dell'intuizione³; in altri termini, Reichenbach esclude che possa esistere una "macchina della scoperta" in grado di formulare ipotesi attendibili senza prima fallire con innumerevoli tentativi vani.

È proprio del metodo scientifico procedere con vari esperimenti prima di giungere ad una tesi in grado di resistere alla falsificazione ed essere dunque accettata nel paradigma dominante; ciò posto tuttavia, adottare un valido modello di ragionamento consente di evitare il confronto con ipotesi implausibili. Sul punto, la tesi di Reichenbach risente dello sviluppo ancora inadeguato degli studi concernenti le logiche non classiche ed il *defeasible reasoning*; in particolare non considera le potenzialità dell'inferenza abduttiva nella versione di "inferenza alla miglior spiegazione"⁴.

Il tentativo di portare la logica nella scoperta processuale risulta comprensibile se riflettiamo sulla portata immediata che le decisioni dei giudici hanno sulla vita

²G. UBERTIS, *Profili di epistemologia giudiziaria*, Milano, Giuffrè, 2015, pp. 2 ss..

³H. REICHENBACH, *The Rise of Scientific Philosophy*, Berkeley, University of California Press, 1951, p. 230.

⁴La prima elaborazione di tale concetto si avrà infatti soltanto nel 1965 ad opera del prof. Gilbert Harman dell'Università di Princeton. Dell'autore si veda il saggio *The inference to the best explanation*, *The philosophical review*, Vol. 74, n. 1, January, 1965.

dei consociati; mentre la sentenza errata potrà essere corretta entro un limitato arco temporale, nulla può impedire alla comunità scientifica di riconsiderare anche tra secoli i paradigmi oggi accettati.

Ubertis ha valorizzato le peculiarità del fatto giuridico affermando che la sequenza scientifica bipartita (scoperta-giustificazione) non raffigura ciò che realmente accade nel processo⁵.

Il giurista propone una sequenza quadripartita ordinata sui contesti di scoperta, ricerca, decisione e giustificazione; in particolare ritiene che il contesto di scoperta e ricerca corrispondono a due momenti diversi, altrimenti definibili come istruzione primaria e secondaria.

Nel contesto di scoperta si avrà la formulazione delle ipotesi di parte ricorrendo in primis all' *inference to the best explanation*; nel contesto di ricerca tale inferenza sarà invece impiegata dal giudice sulla scorta del materiale probatorio formatosi nella dialettica dibattimentale.

2.1. Fatto, prova e verità.

La ricostruzione di un fatto giuridico viene svolta servendosi di enunciati linguistici riguardanti le prove; il sistema di enunciati probatori evolve attraverso i contesti epistemici analizzati acquisendo forma organica e definitiva con la motivazione.

La giuridicità di un fatto determina la possibilità che questo diventi oggetto di un'indagine processuale; al giudice spetta ricostruire delle fattispecie concrete sussumendole in fattispecie astratte previamente selezionate dal legislatore.

Non può certo escludersi che nel processo emergano eventi in sé non giuridici legati da un rapporto causale o finalistico al fatto che si intende accertare: si tratta dei cosiddetti fatti semplici la cui ricostruzione è inevitabile nel contesto della scoperta in quanto le ipotesi sui fatti giuridici non sono state ancora formulate.

L'esperienza sensibile viene elaborata dall'uomo ed organizzata in forme intelleggibili nonché trasmissibili ad altri soggetti: tali forme sono definite dal senso comune ricordi e consentono di *preservare* il passato; attraverso la categoria del fatto è poi possibile conferire ai ricordi sensibili una sistemazione narrativa coerente che permette di rievocare il passato nell'esperienza presente. Quando pensiamo ad un evento certo del passato è facile notare come la nostra descrizione possa risultare appena diversa da quella fornita da altre persone che

⁵ Cfr. G. UBERTIS, op. cit., pp. 29 ss..

condividono con noi quel ricordo; in altri termini, le narrazioni pur non entrando in conflitto potrebbero non fornire le stesse informazioni.

Possiamo raffigurarci il fatto come una sfera i cui infiniti punti sono liberamente percorribili dal narratore sia lungo la superficie che in profondità verso il vertice; i punti, ossia le informazioni, sono coordinati in modo armonico tra loro ma le linee espositive vengono di volta in volta variate.

L'ascoltatore sarà dunque portato a chiedersi se ha correttamente individuato il fatto di cui si sta parlando e se le linee espositive contengono davvero informazioni congruenti.

Il problema dell'individuazione è ben esposto dal giurista Michele Taruffo il quale ritiene che ogni fatto sia sottoponibile ad un processo di scomposizione sia qualitativa che quantitativa⁶.

La scomposizione qualitativa individua i frammenti diversi della stessa situazione, ossia le porzioni fenomeniche emergenti dai vari angoli prospettici; la scomposizione quantitativa invece attiene all'approfondimento verticale, vale a dire il grado di precisione con cui i dettagli sono riportati.

Le possibilità esplicative offerte dal linguaggio vengono drasticamente ridotte nel momento in cui si inizia a costruire una sequenza probatoria sul fatto⁷ in quanto soltanto alcune proposizioni potranno comporre la linea espositiva.

Il ragionamento probatorio è proprio una relazione tra proposizioni⁸ selezionate e organizzate in modo da superare determinati standard epistemici; risulta dunque chiaro che della nostra sfera rimarranno soltanto talune sezioni che nella dinamica processuale diventeranno l'unico oggetto di interesse del giudice.

Nel contesto della scoperta verranno elaborate le proposizioni attinenti i singoli elementi di prova i quali rappresentano il materiale conoscitivo sul quale le parti formulano le proprie ipotesi; molte di tali proposizioni potrebbero essere giudicate dal giudice superflue, irrilevanti e potrebbero dunque non accedere al contesto della ricerca.

In tale contesto saranno formulate proposizioni circa i mezzi di prova all'esito di un confronto dialettico tra le parti in presenza del giudice: è soltanto su questo materiale che il giudice potrà sviluppare le proprie inferenze utili al contesto della decisione e della successiva motivazione.

⁶ M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1992, pp. 71 ss..

⁷ L'idea di sequenza probatoria viene ripresa da UBERTIS, op. cit., pp.80 ss..

⁸ Tale tesi in particolare è sostenuta da P. GARBOLINO in *Probabilità e logica della prova*, Milano, Giuffrè, 2015, p. XII.

Giova precisare che il giudice non opera una mera combinazione di enunciati già predisposti in quanto egli non è obbligato a seguire il filo narrativo delle parti: il giudice costruisce una storia autonoma, l'unica rispetto alla quale è sensato pretendere l'aspirazione alla verità.

Risulta implicito che il carattere della verità non può essere associato ai meri fatti bensì alle proposizioni probatorie utilizzate per ricostruirli; i fatti appartengono ad un universo fenomenico totalmente disgiunto dal linguaggio e rispetto agli stessi ha senso soltanto affermare se sono o meno accaduti.

La concezione di verità da cui ha senso partire è dunque quella offerta già da Platone di corrispondenza tra asserto ed entità extralinguistica: riprendendo il noto esempio di Alfred Tarski, dire che 'la neve è bianca' è vero sul piano nominale soltanto se la neve è bianca sul piano fisico.

Come rilevato da Ubertis⁹ tale convinzione è debole sul piano epistemologico in quanto non indaga se è possibile raggiungere la verità delle cose ma si limita ad ipotizzare che queste esistano al di fuori di noi; l'effetto minimo che la teoria semantica suggerisce è dunque una congettura sull'esistenza della realtà esterna ma nulla dice sul distacco tra questa e la relativa rappresentazione.

La decisione giudiziale deve fondarsi su proposizioni probatorie che soddisfino in primis il requisito della corrispondenza intesa come corretta rappresentazione verbale del mondo fisico; l'affidabilità della rappresentazione dipenderà dai paradigmi scientifici utilizzati e dall'opportunità con cui questi sono inseriti nella dinamica processuale.

2.2. L'errore epistemico.

Un paradigma scientifico rappresenta il complesso di conoscenze verificate ed accreditate nella comunità in un dato momento storico; in ambito processuale esso è dato dall'insieme di scienze forensi cui il giudice attinge attraverso la lettura delle relazioni peritali.

La verità processuale trova un appoggio concreto nelle leggi scientifiche in quanto forniscono le nozioni per riconoscere l'insistenza di rapporti di causalità tra diversi fatti; tale apporto ha un valore epistemico superiore a quello offerto dalle massime esperienziali in quanto queste raramente sono sottoposte ad una sistematica revisione falsificazionista.

L'esperienza comune risulta utile al fine di orientare comportamenti, decisioni nonché per esprimere giudizi sulle azioni altrui; come tuttavia rileva Garbolino¹⁰

⁹ Cfr. UBERTIS, op. cit., p. 17.

¹⁰ Cfr. P. GARBOLINO, op. cit., p. 18.

l'impiego di "storie tipiche" in sede processuale può alterare la comprensione dei fatti.

Le narrazioni che compongono la memoria collettiva di un gruppo sono costruite seguendo generalizzazioni o analogie spesso prive di riscontri critici; lo stereotipo rappresenta un'antagonista del ragionamento probatorio e può essere smentito soltanto tramite proposizioni valide sul piano scientifico.

L'errore giudiziario è spesso conseguenza di errori epistemici commessi nel contesto della scoperta e non corretti in sede argomentativa; in altri termini, l'errore epistemico diventa responsabile dell'assenza di verità se riesce a deviare il libero convincimento del giudice.

Oltre all'errore epistemico consistente nel fraintendimento di storie tipiche, le pratiche investigative correnti mostrano con quanta frequenza gli inquirenti concorrono nel viziare la ricerca commettendo errori materiali, percettivi e logici¹¹.

L'evenienza di tali errori è certo una conseguenza di quella che Eligio Resta chiama "temporalizzazione della verità"¹² ossia il processo di logoramento di una sostanza, il fatto, che nei tempi del processo pare divenire pian piano invisibile. Ci si trova dinnanzi al paradosso per il quale un'inchiesta troppo breve risulta soltanto lambire il passato mentre una ricerca oltre modo estesa va incontro al «...possibile sopraggiungere di un oblio nel ricordo della vicenda o di influenze contrarie alla verità...»¹³.

L'*errore materiale* consiste nella alterazione o disorganizzazione degli elementi di prova rispetto alla originaria manifestazione; quando tale trasformazione è realizzata volontariamente gli inquirenti sono soliti parlare di *staging* ossia di inscenamento di un evento in realtà mai accaduto.

E' ben più frequente che siano il caso o il tempo ad inquinare le tracce e che l'investigatore subito rilevi come i segni ora visibili siano in realtà l'esito di processi causali aggiuntivi rispetto a quelli di interesse giuridico.

L'*errore percettivo* segue ad una cattiva recezione sensoriale del dato empirico al momento dei rilievi o ad una erronea valutazione dello stesso in fase di accertamento tecnico¹⁴; la descrizione statica delle tracce può essere liberata da

¹¹ La distinzione viene ripresa in parte da D. CURTOTTI - L. SARAVO, *L'errore tecnico scientifico sulla scena del crimine*, Archivio Penale, 2011, n°3.

¹² Cfr. E. RESTA, *La verità e il processo*, Bologna, Il Mulino-Politica del diritto / a. XXXV, n. 3, settembre 2004.

¹³ F. IMPOSIMATO, *L'errore giudiziario*, Milano, GIUFFRÈ, 2009, p. 20.

¹⁴ Sul punto cfr. D. CURTOTTI - L. SARAVO, op. cit., p. 18.

queste imprecisioni attraverso la rigida osservanza delle norme di primo intervento e dei protocolli scientifici d'analisi.

L'*errore logico* riguarda la descrizione dinamica del contesto ed è provocato da inferenze abduttive affrettate, fondate sugli impulsi emotivi anziché sulle relazioni di causa ed effetto; trattasi di una circostanza frequente in quanto il percorso a ritroso dagli effetti alle cause comporta difficoltà espositive più serie rispetto all'eziologia ordinaria.

L'impiego dell'abduzione nella ricostruzione logica di un fatto va coordinato con le inferenze deduttive ed induttive allo scopo di orientarne la creatività; in altre parole, attraverso uno sviluppo prospettico esteso della prima ipotesi è possibile rinvenire le fallacie occultate dall'incompletezza del *set* di conoscenze.

Svolta in questi termini, l'ipotesi investigativa risulta *ad initio* ben fondata, capace di raccontare una porzione del passato in maniera organica e non contraddittoria.

2.3. La corrispondenza ai fatti.

La costruzione di una buona narrazione del passato è l'elemento che avvicina il lavoro del giurista a quello dello storico; al pari del giurista lo storico indaga fatti attraverso fonti, commette talvolta errori epistemici, sviluppa metodi di inchiesta che gli consentano di avvicinarsi alla verità.

Come rileva Ferrer, la ragione per cui storia e diritto presentano molteplici similitudini è da ricondurre all'appartenenza di entrambe al campo delle scienze ideografiche¹⁵; tali scienze a differenze di quelle nomotetiche come la fisica, studiano eventi irripetibili e dunque unici.

A tal proposito non deve essere fraintesa la finalità dell'esperimento giudiziale, collocato dal legislatore tra i mezzi di prova tipici: questo infatti consente la riproduzione di un fatto simile a quello oggetto del giudizio senza tuttavia poterne celare la diversità ontologica.

Il quesito dell'irripetibilità è stato avanzato nella riflessione giuridica sulla scorta delle considerazioni poste dal relativismo storico; tale corrente rigetta l'idea che la storia possa riportare i fatti esattamente come sono accaduti accantonando le pretese di oggettivismo e completezza rivendicate dalla Scuola della Storiografia. La narrazione storica è condizionata dal soggetto¹⁶ attraverso le proprie forme linguistiche e cognizioni a posteriori; l'intera coscienza sociale guida il lavoro dello storico il quale è figlio di un'epoca e da questa non può astrarsi.

¹⁵ J. F. BELTRÀN, *La valutazione razionale della prova*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 20.

¹⁶ Cfr. A. D'ORSI, *Piccolo manuale di storiografia*, Milano, Mondadori, 2002, p. 36.

William Twining¹⁷ individua nei relativisti Carl Becker e Charles Beard le argomentazioni di base per lo sviluppo del *fact skepticism*; per Twining, la reazione del relativismo storico alla scienza storiografica è assimilabile a quella del realismo giuridico contro il formalismo.

Il processo di frazionamento del fatto descritto nel paragrafo 2.1 presenta una forte analogia con ciò che Becker chiama "*selection-interpretation-arrangement*"¹⁸ inteso come il *modus operandi* tipico dello storico; ciò che Becker critica è l'unitarietà dei fatti, tramandati soltanto per convenienza come entità omogenee a seguito di generalizzazioni che cancellano in modo pretestuoso infinite di dettagli.

Beard sposta in avanti l'obiettivo affermando che l'impossibilità di utilizzare il metodo scientifico esclude garanzie circa la verità degli asserti storici: la verità è un "nobile sogno", un "atto di fede" il cui valore è circoscritto al contesto in cui si è formata.

Proviamo ora ad applicare il *criterio corrispondentista* di verità alle proposizioni storiche, limitandoci ad affermare che "la neve *era* bianca" soltanto se *la neve era bianca*. Come nella versione originaria formulata da Tarski, rimane irrisolto il quesito metafisico circa la natura del secondo elemento dell'equazione; mentre "la neve era bianca" è per certo una proposizione, *la neve era bianca* è uno stato di cose esterno all'osservatore e di incerta consistenza.

In 2.1 abbiamo accettato di non affrontare per il momento il problema dell'anti-realismo costruttivista e di ritenerci persuasi circa l'alterità di questo "stato di cose" sulla base delle sole evidenze sensibili; nella versione al passato dell'equazione Tarskiana invece non potremmo affidarci a nessuna evidenza sensibile presente in quanto il fatto che la neve era bianca si è ormai consumato. A questo punto non possiamo non chiederci da cosa è garantita la verità della proposizione "la neve era bianca" valutando seriamente l'opposizione di Beard riguardante la natura soltanto contestuale delle verità storiche.

Restiamo nel corrispondentismo assumendo che in realtà abbiamo evidenze sensibili per verificare la verità della proposizione "la neve era bianca"; queste consistono nelle fonti storiche (ad. es. una foto) la cui funzione è del tutto assimilabile a quella delle tracce in una inchiesta giudiziaria.

Resta qualche perplessità in quanto le fonti sono evidenze sensibili presenti di fatti relazionabili solo in via inferenziale con il fatto passato; la retroduzione

¹⁷ TWINING, saggio *Some Scepticism About Some Scepticisms*, in *Journal of Law & Society* Vol. II, Number 2, Summer 1984.

¹⁸ Cfr. TWINING, op. cit., p. 152.

inferenziale peraltro diviene sempre più incerta maggiore è la distanza tra il fatto cui è riferibile l'evidenza presente ed il fatto passato.

Utilizzando un esempio, pensiamo ad una foto con un bianco paesaggio innevato; questa è evidenza presente del fatto che una foto è stata scattata ma si può dubitare del fatto che la neve fosse davvero bianca?

Procediamo quindi a ritroso e interroghiamo l'autore dello scatto considerando il suo racconto una evidenza presente del fatto che ricorda di essere stato sul posto e che attraverso le lenti della sua macchina fotografica la neve risultava bianca.

Siamo ancora scettici e ascoltiamo il racconto di un gruppo di sciatori che si trovava in zona al momento della foto: il loro racconto è evidenza presente del fatto che ricordano di essere in quel luogo al momento della foto e che la neve attraverso i loro occhi risultava bianca¹⁹.

La logica corrispondentista può rappresentare a rigore ciò che accade in sede dibattimentale; qui si formano le prove, ossia evidenze presenti di fatti che sono davanti al giudice come stato di cose direttamente percepibile. Sulla scorta di tali evidenze il giudice dovrà poi formulare delle proposizioni probatorie della cui verità e falsità darà conto in motivazione riferendo ciò che egli ha conosciuto nel dibattimento.

Parafrasando Beard, la verità così raggiunta avrà valore soltanto nel contesto del processo? È verosimile, ma tanto basta anche per il più scettico dei giudici.

3. Jerome Frank e il realismo giuridico.

Qualsiasi forma di scetticismo sul fatto non può che tradursi in una critica più o meno severa alla possibilità di raggiungere la verità; se affermiamo che il giudizio si limita a produrre una narrazione credibile riconosciamo di non poter soddisfare a pieno il corrispondentismo.

Come già rilevato, il paradigma Tarskiano accosta ad una proposizione linguistica uno stato di cose la cui consistenza ontologica è incerta; il problema viene affrontato da vari autori²⁰ quali Russel, Austin nonché da Armstrong con la teoria dei *Truth Makers* arrivando ad approdi oggi significativi.

Ciò posto, è evidente che l'analisi della verità-corrispondenza si è svolta in primis in sede metafisica e logica ed i suoi riscontri in campo giuridico verranno

¹⁹ La testimonianza orale è certo una fonte privilegiata cui non sempre lo storico può accedere; per questo motivo, il suo percorso inferenziale potrebbe fermarsi molto dopo, ad un grado di incertezza molto più elevato.

²⁰ Cfr. sul punto F. D'AGOSTINI, *Introduzione alla verità*, Torino, Bollati Boringhieri, 2011, p. 82 ss..

sviluppati soltanto negli anni '60 da parte di autori analitici quali Hart e Bobbio. Tale ritardo si spiega, tra gli altri motivi, con la direzione pragmatica assunta da alcune delle maggiori accademie americane tra cui la *Yale Law School*.

Nei primi decenni del '900 i giuristi pratici anglosassoni si confrontarono con le carenze del sistema Langdelliano ed in particolare con la difficoltà di conferire dignità scientifica al lavoro dei giudici; il realismo giuridico si affrancò quindi in modo radicale dalle pretese veritative del sillogismo giudiziario, liberandosi del concetto di verità senza individuarne dei validi sostituti.

Il giudice Americano Jerome Frank fu uno degli esponenti più autorevoli del realismo giuridico ed assieme a Karl Llewellyn elaborò una critica radicale del sistema dell'*adjudication* applicato nelle corti.

L'obiettivo principale dei due giuristi fu la confutazione dell'interpretazione formalista dell'ordinamento e dei presupposti sui quali esso si riteneva fondato; in particolare si escludeva²¹ che il sistema legale fosse onnicomprensivo, completo ed al contempo si negava l'esistenza di un ordine concettuale rigido da cui inferire le regole del caso concreto.

Come rileverà Roscoe Pound, il realismo giuridico sembrava animato da uno spirito d'opposizione teorica alla letteratura accademica ortodossa ed era mosso da un approccio pragmatico assimilabile allo strumentalismo di Holmes²².

Mentre Llewellyn si orienterà verso il cosiddetto "*rule skepticism*" evidenziando l'assenza di univocità interpretativa delle norme giuridiche, Frank guarderà al fatto e alla possibilità che di questo possa darsi una ricostruzione attendibile in sede giudiziaria.

L'argomento principale²³ offerto da Frank consiste nell'inadeguatezza dell'*adversary system* ossia del modello accusatorio di giustizia, impostato sul libero confronto delle parti come metodo di affermazione della verità; egli ritiene che una verità oggettiva non sia raggiungibile in quanto le parti deviano il processo affinché sia dimostrata la fondatezza della propria tesi.

Sussiste dunque una divergenza ontologica tra lavoro delle parti e quello del giudice il quale si ritrova a gestire con pochi strumenti una vera e propria lotta alla conquista della massima utilità.

Altro profilo di debolezza della struttura processuale è rappresentato secondo Frank dalle "*exclusionary rules*" ossia quelle norme attinenti le prove che limitano

²¹ Cfr. sul punto M. MANGINI, *Il ragionamento giuridico tra formalismo e retorica*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 43 ss.

²² Vedi G. MINDA, *Teorie postmoderne del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2001, p.47.

²³ L'analisi di tali argomenti è in parte ripresa da William Twining, op. cit., p. 160.

la ricerca del vero in forza di aspirazioni garantistiche; l'esito applicativo il più delle volte manifesta l'intento elusivo dei difensori nonché la pretestuosità con cui si rivendica la matrice costituzionale di tali norme.

All'ostilità delle norme probatorie va aggiunta inoltre la carenza di un vero impianto logico che vincoli il giudice e le giurie nell'assunzione delle decisioni; le criticità si riscontrano in particolare nell'atto della posizione delle premesse, guidato dall'ispirazione più che da un'analisi concettuale.

Tale componente intuitiva diviene palese nel momento in cui si chiede al singolo membro della giuria di motivare il proprio voto; questi anziché commentare la sequenza delle proposizioni probatorie proverà ad esporre considerazioni emotive o al più politiche di scarso valore epistemico.

Al pari delle giurie i giudici risentono della propria identità ideologica sia nella scelta che nella interposizione degli argomenti; dinnanzi ad una realtà complessa e mutevole il giudice si limita a svolgere un'azione di costrizione e contenimento sociale servendosi della propria gerarchia di valori.

Frank evidenzia il ruolo politico dei giudici in quanto esclude la possibilità che un fatto possa ricostruirsi sulla base di rigide leggi deterministiche; al pari dei relativisti storici egli rifiuta il materialismo e riconosce il carattere probabilistico delle inferenze probatorie.

La vaghezza dei fatti viene così colmata con proposizioni esperienziali che hanno origine in una analogia dei fini con il caso passato: tale analogia teleologica è l'unica speranza di prevedibilità del contenuto della decisione.

3.1. I *Critical Legal Studies*, la verità politica.

La frattura determinata dal realismo giuridico verrà portata alle conseguenze più estreme dal movimento dei *Critical Legal Studies*, in forma abbreviata "*Crits*"; tale movimento esaspera l'antagonismo avverso la dottrina dominante in quanto ritenuta espressione esclusiva del pensiero liberale.

La prima generazione di *Crits* avrà una chiara aspirazione sociale condividendo lo stesso percorso politico della controcultura di sinistra degli anni 60²⁴; la prospettiva assunta sarà quella della contestazione dell'establishment giuridico accusato di aver prodotto, interpretato e applicato norme in funzione egemonica. Tale considerazione viene estesa sia al campo privatistico che pubblicistico e dunque interessa istituti eterogenei che nell'ordinamento vigente vengono elaborati in modo da garantire un'esistenza complementare: pensiamo ad istituti

²⁴ Cfr. G. MINDA, op. cit., p. 183.

quali il diritto di proprietà ed il reato di furto, il diritto al lavoro ed il licenziamento, i servizi collettivi e la contribuzione fiscale.

Allo studioso del diritto la complementarietà può apparire neutrale o al più l'esito di un bilanciamento di valori di immanenza Costituzionale; ammettendo che un bilanciamento vi sia, è incontestabile che il giudizio di prevalenza sia l'esito di un contrasto tra forze sociali animate dal perseguimento ciascuna del proprio benessere.

Il rifiuto dell'organicità nella produzione accademica ha reso il movimento dei *Crits* un grande bacino culturale in cui ciascun autore ha approfondito un filone autonomo di ricerca: pensiamo ad esempio alla teoria femminista del diritto, alla tesi del diritto come narrazione, alla teoria della differenza razziale. Tali sviluppi tuttavia condividono uno sfondo comune consistente nel metodo strutturalista, volto appunto a smentire l'indifferenza delle norme alle gerarchie sociali.

Il processo in quanto sede privilegiata in cui il diritto si anima non può restare esente da tale critica; questo rappresenta una forma di esercizio del potere, orientata al controllo sociale più che alla affermazione della giustizia. In sede penale in particolare, ciò che rileva non è una costruzione oggettiva o veritiera del fatto bensì un'interpretazione utile a risolvere il contrasto tra ordinamento e deviante; la funzione rieducativa della pena ad esempio non è il modo in cui il deviante riconsidera la propria struttura morale bensì la strategia del potere per imporre la propria visione.

L'assenza di neutralità delle norme si combina con l'indeterminatezza interpretativa sperimentata dal giudice in sede di motivazione; le norme hanno dunque un contenuto politico forte ed al contempo una struttura linguistica talmente debole da consentire di argomentare con piena logica giuridica conclusioni del tutto opposte.

L'indeterminatezza ha certo il pregio di garantire l'elasticità delle norme ed è irrinunciabile se assegniamo un minimo di valore creativo all'attività del giudice, pur tuttavia la preoccupazione maggiore dei *Crits* è che la discrezionalità risulti ancora uno strumento di potere e non di garanzia.

Come rilevano Tushnet e Jaff²⁵ della discrezionalità può abusarsi in vari livelli dell'amministrazione della giustizia; inoltre l'abuso può essere commesso da soggetti con funzioni eterogenee quali ufficiali di polizia, pubblici ministeri, cancellieri, giudici. In via esemplificativa pensiamo all'inquirente che in mala fede decide di sviluppare un filone di indagine sbagliato, al pubblico ministero che

²⁵ Vedi M. TUSHNET, J. JAFF, *Critical legal studies and criminal procedure*, 35, Catholic University Law Review, 361, 1986, p. 377.

effettua una derubricazione inopportuna della fattispecie incriminatrice o ancora al funzionario che riorganizza i fascicoli in modo che per alcuni si proceda con minor speditezza.

Ancora, l'esercizio della discrezionalità a varie intensità può svolgersi in modo da indirizzare l'attività di soggetti che si trovano ad un livello subordinato nella gerarchia burocratica; tale indirizzo secondo i *Crits* si svolge solo occasionalmente per fini garantistici e in modo sistematico per esigenze di consolidamento della propria posizione.

L'indeterminatezza delle norme e la discrezionalità degli utenti si aggiungono al carattere probabilistico dell'inferenza probatoria già evidenziato da Frank; la delegittimazione del giurista istituzionale ed il disfacimento delle premesse in fatto ed in diritto determinano la "reificazione del ragionamento giuridico"²⁶ e la crisi del sillogismo come strumento logico di verità.

3.2. Il postmodernismo, la verità decostruita.

La percezione che i *Crits* trasmettono ai propri contemporanei è l'inadeguatezza del sistema giuridico, ridotti ad un coacervo di concetti oramai simbolici e rituali, incapaci di percepire le effettive urgenze sociali.

Tale lettura è tuttavia ancora sostenuta da un'impostazione metodologica, lo strutturalismo, il quale postula che una migliore organizzazione dei rapporti tra gerarchie possa di riflesso elevare la riflessione giuridica a scopi più nobili della mera conservazione.

La seconda generazione di *Crits* respinge anche quest'ultima ipotesi abbandonando lo strutturalismo ed adottando la decostruzione come processo di dissolvimento di tutte le "Grandi Narrazioni", *in primis* quella di verità; il "decostruzionismo" è l'immagine con cui taluni autori quali Derrida e Lyotard²⁷ hanno voluto raffigurare lo stato della cultura contemporanea, priva di ogni riferimento epistemico e disseminata in modo caotico nel mondo globale.

La ragione primaria per cui il sapere è in tali condizioni consiste nella crisi del rapporto tra io e mondo intesa come disvelamento delle influenze reciproche tra gli stessi e dunque perdita della percezione di limiti ben definiti; la decadenza di ogni forma di sapere fondazionale ha portato alla frammentazione dell'io e all'accettazione di verità multiple.

²⁶ L'espressione è di Peter Gabel.

²⁷ Per una esposizione esaustiva sul punto si guardi a J. F. LYOTARD, *La condizione postmoderna. Rapporto sul sapere*, Milano, Feltrinelli, 2002.

Giulio Ubertis individua due tesi²⁸, una scientifica ed una logica, che ben illustrano le difficoltà del giurista postmoderno nel raggiungere una conoscenza giudiziaria oggettiva.

In primis il teorema di indeterminatezza di Heisenberg ha dimostrato che l'osservatore modifica a livello subatomico gli oggetti osservati e dunque non può esserci alcuno studio senza conseguenti alterazioni; l'altra tesi consiste nel teorema di incompletezza di Gödel che postula all'interno di un sistema linguistico l'esistenza di proposizioni indimostrabili.

Diversi autori hanno istituito un paragone tra il sistema linguistico di Gödel ed il processo penale evidenziando come questo garantisca coerenza della decisione ma non completezza proprio a causa delle proposizioni indimostrabili.

De Luca²⁹ spiega come un discorso coerente si limiti a non violare il principio di non contraddizione a prescindere dalla verità degli asserti; potrebbero esistere argomentazioni coerenti sul piano sintattico ma inattendibili sul piano semantico in quanto affermano falsità.

Una decisione giusta dovrebbe fondarsi su argomentazioni quantomeno coerenti sul piano semantico oltre che sintattico riportando quindi in motivazione affermazioni vere. Ciò che per certo il processo non riuscirà a garantire è la completezza semantica, ossia l'enunciazione di tutte le verità attinenti un fatto; come già detto infatti qualsiasi sistema probatorio non è in grado di fornire una descrizione totalizzante di un fatto passato.

La coerenza semantica potrebbe sembrare un buon compromesso tra i due fuochi rappresentati da falsità coerenti e verità indimostrabili. Ciò posto andrebbe tuttavia valutato quali siano le verità indimostrabili estromesse dalla narrazione processuale e quale ruolo avrebbero avuto nell'economia della decisione; in altri termini, si giunge ad una decisione ingiusta se il fatto è frazionato in modo irrazionale, salvando proposizioni vere ma del tutto decontestualizzate.

L'idea di verità intesa come sufficiente coerenza semantica è spesso abbinata dai postmoderni ad una posizione epistemica anti-realista³⁰; l'anti-realismo o costruttivismo nega l'esistenza o almeno l'accessibilità a fatti esterni all'io: uno stato di cose esterno potrebbe esistere ma ciò con cui ci confrontiamo è una costruzione linguistica di esso. Tale costruzione è appunto un'opera di selezione di ciò che è dimostrabile e in seguito di ciò che utile; trattasi di una

²⁸ Vedi G. UBERTIS, op. cit., p. 4.

²⁹ Vedi P. DE LUCA, *Da Pitagora al mostro di Firenze*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 360 ss..

³⁰ Cfr. sul punto F. D'AGOSTINI, op. cit., p. 56.

semplificazione grazie alla quale il fatto si eleva da fenomeno grezzo a narrazione umana per esigenze di intellegibilità.

Più radicale infine la posizione dei costruttivisti anti-metafisici che negano totalmente l'esistenza di un mondo esterno affermando che l'unico termine di confronto dell'io è la mente; il soggetto sperimenta dunque una forma di solitudine epistemica in cui l'unica difesa dalla deriva nichilista consiste nella condivisione delle proprie rappresentazioni³¹ con altri simili.

3.3. Il pragmatismo, la verità utile.

La decostruzione delle "Grandi Narrazioni" ha generato in vari autori tra i quali Vattimo³² e Lewis forme di "*veriphobia*"³³ ossia di avversione alla verità come valore oggettivo; ciò che può dirsi della verità è il suo carattere intersoggettivo di esperienza condivisa all'interno di un contesto racchiuso. La circoscrizione della verità avviene oltre che nei luoghi anche nel tempo considerata la sua essenza mutevole; la mutevolezza deriva dall'instabilità del consenso umano che la genera e dal dinamismo con il quale un corpo sociale evolve.

La fondazione della verità su uno stato di cose oggettivo che non sia il consenso comporta un'assunzione di responsabilità di pochi soggetti, siano essi scienziati, filosofi, giudici; questi, considerate le difficoltà epistemiche del corrispondentismo e della scoperta del "mondo come è" saranno indotti a ripiegare sul normativo e ad imporre il "mondo come deve essere".

Secondo Vattimo una idea forte di verità non può che essere una produzione del potere protesa alla prevaricazione dei soggetti a questo estranei. In ambito giudiziale si dovrebbe porre il quesito della autorità del potere giudiziario e dunque dell'esistenza di un accordo democratico in forza del quale il giudice sia davvero legittimato a farsi interprete privilegiato del fatto passato; in assenza di un'effettiva base volontaristica cosa distinguerebbe il giudice contemporaneo da un tiranno? Dire che la giustizia è amministrata in nome del popolo deve significare che la comunità delega spontaneamente la produzione di verità rimanendone al contempo unica detentrica.

Il discorso condotto da Vattimo ha in senso lato una matrice politica che lo conduce ad evidenziare i potenziali danni connessi ad un'esasperazione dell'idea pragmatica di verità; la tesi pragmatica tuttavia rappresenta l'alternativa più

³¹ Vedi F. D'AGOSTINI, op. cit., p. 237.

³² Si guardi in particolare G. VATTIMO, *Addio alla verità*, Milano, Booklet, 2009.

³³ Cfr. sul punto M. TARUFFO, *La semplice verità*, Bari, Laterza, 2009, p. 76.

naturale al corrispondentismo e al coerentismo³⁴ e consente al contempo un immediato riscontro nel quotidiano.

I pragmatisti sostengono che sono vere quelle proposizioni che risultano utili, efficaci nella prospettiva dinamica dell'azione; il soggetto agente non ricerca uno stato di cose a sé estraneo bensì conferme circa la validità delle proprie scelte. Hilary Putnam ha fornito una delle interpretazioni più valide del pragmatismo attraverso l'idea di "successo predittivo"; tale concetto esemplifica la tendenza umana ad orientare le scelte future sulla scorta delle ipotesi che in passato sono risultate vincenti. La verità non viene collocata in un mondo di fatti estraneo all'uomo bensì in una dimensione linguistica rappresentativa di virtù cognitive sulle quali l'uomo fa affidamento.

La prospettiva del giurista pragmatico è lontana dalla riflessione metafisica ed il giudizio sul fatto storico non consiste in una incomprensibile analisi ontologica del passato; il confronto tra inquirente e fatto è inoltre condizionato in quanto la ricostruzione è influenzata dai protocolli logici e scientifici impiegati.

Putnam accosta la verità alla 'accettabilità razionale' di una tesi, garantita dall'impiego di virtù cognitive quali la coerenza, la semplicità, l'efficacia strumentale³⁵. Anche tali virtù hanno un peso relativo al contesto in cui sono descritte, la stessa razionalità vive un percorso evolutivo nella comunità scientifica; ciò non toglie tuttavia che essa sia sempre percepibile in quanto riflesso dell'idea di bene che i consociati hanno sino a quel momento sviluppato³⁶.

L'approccio descritto è stato definito da taluni critici come "internismo" o "realismo internista" in quanto manca una negazione circa l'esistenza del mondo esterno ma al contempo si esclude che i dati empirici siano riflessi nella mente così come sono; trattasi di una lettura della conoscenza fortemente cooperativa che riconosce la funzione organizzativa del linguaggio rispetto alle molteplici esperienze sensoriali.

Una versione più radicale di pragmatismo è infine presentata da Richard Rorty³⁷ il quale rifiuta l'inquadramento tra realisti o anti-realisti e fa decadere la verità a mero rafforzativo retorico della proposizione cui l'aggettivo "vero" è abbinato. Per Rorty esiste un'analogia tra la ricerca a tutti i costi della realtà "com'è" e la

³⁴ Vedi F. D'AGOSTINI, op. cit., p. 62.

³⁵ Cfr. sul punto H. PUTNAM, *Ragione, verità e storia*, Milano, Il Saggiatore, 1985, pp. 149 ss.

³⁶ Cfr. H. PUTNAM, op. cit., p. 5.

³⁷ Vedi in particolare P. ENGEL - R. RORTY, *A cosa serve la verità?*, Bologna, Il Mulino, 2007.

ricerca di Dio, ritenendo improduttivo un discorso su ipotetici fatti collocati su una dimensione disgiunta dai bisogni e contingenze umane.

Aldilà dell'enfasi esclamativa la parola vero non contiene alcuna "proprietà sostanziale"³⁸ ed un approccio pragmatista dovrebbe ritrarsi da dibattiti sulla verità il cui esito non apporti alcuna utilità sociale³⁹; ciò che è sensato per Rorty è una riduzione della verità alla giustificazione intesa questa come condivisione di una credenza comunitaria⁴⁰.

4. Il realismo diretto.

Una teoria della conoscenza applicata al contesto processuale non può prescindere dall'analisi del quesito cardine dell'epistemologia, ossia cos'è la conoscenza. La definizione migliore che la tradizione filosofica ha prodotto è di conoscenza come "credenza vera giustificata"⁴¹; possiamo affermare dunque di conoscere il contenuto proposizionale di una prova quando tale proposizione, oltre che vera, è l'esito di un procedimento argomentativo consapevole e non fortuito.

L'epistemologia giudiziaria può essere affrontata ad almeno due livelli attinenti, il primo, lo studio delle singole inferenze mentre il secondo la struttura cognitiva d'insieme. Il piano delle inferenze è certo di immediato riscontro pratico in quanto ci suggerisce come una proposizione probatoria viene formata nonché il modo in cui viene legata ad altre; lo studio della struttura cognitiva d'insieme interessa sul piano etico in quanto ci consente di dare una posizione al valore di verità.

Il realismo interno di Hilary Putnam asserisce che la realtà non è frutto di una costruzione linguistica ma è al contempo oggetto di un'interpretazione razionale che crea un forte connubio tra fatto e persona; non viene invece indagata la metafisica delle cose in quanto tale riflessione sarebbe priva di risvolti concreti. Questa visione sembra un buon punto iniziale per descrivere il secondo livello epistemico del processo in quanto assegna un ruolo guida alle virtù cognitive e accosta la verità all'accettabilità razionale intesa come idea di bene comune ai consociati. Il processo è infatti in primis la sede pratica in cui delle virtù vengono esercitate per il bene della comunità, ossia la soluzione giusta.

³⁸ L'espressione è utilizzata da Engel per raffigurare il pensiero di Rorty.

³⁹ Cfr. P. ENGEL - R. RORTY, op. cit., p. 52.

⁴⁰ Cfr. sul punto G. MINDA, op. cit., p. 386.

⁴¹ Vedi G. VOLPE, *Teorie della conoscenza*, Milano, R. Cortina, 2015, pp. 15 ss..

Una teoria realista della conoscenza viene elaborata anche da John Pollock il quale nella sua opera "*Contemporary theories of knowledge*" svolge assieme a Joe Cruz una delle trattazioni più ampie nell'ambito della meta-epistemologia. Nell'opera viene posta una partizione tra teorie interniste ed esterniste nonché tra doxastiche e non doxastiche; al contempo si offre un resoconto di come funzionano la normatività epistemica ed il processo di giustificazione.

Il realismo diretto di Pollock si fonda sulla concezione che l'io sia di continuo stimolato da percezioni sensoriali che provengono dal mondo esterno; il mondo esiste aldilà di noi e le percezioni che ne derivano consentono di attivare direttamente delle inferenze senza la mediazione di alcuna conoscenza basica privilegiata⁴².

Il carattere internista consiste nella natura interna della giustificazione: ciò significa che possiamo dire di conoscere se abbiamo seguito un corretto procedimento cognitivo; non è sufficiente assumere l'esistenza di una relazione esterna tra credenza e mondo se non diamo conto del percorso con il quale tale credenza si è formata. L'aspetto non doxastico riguarda la rilevanza che tale teoria assegna a modalità epistemiche diverse dalla credenza quali la percezione sensoriale e la memoria; se la conoscenza in senso stretto riguarda dunque le "credenze vere giustificate" il processo giustificativo si muove su stati epistemici eterogenei.

La giustificazione⁴³ secondo Pollock è organizzata in argomenti intesi come sequenze finite di proposizioni su credenze e stati non doxastici. Gli argomenti fondati sulla logica deduttiva, se veri, sono indefettibili in quanto la verità delle premesse si trasmette alle conclusioni; lo stesso non può dirsi di argomenti induttivi, abduttivi o soltanto percettivi in quanto è sempre possibile la presentazione di *defecate* che recidano il rapporto razionale con la conclusione.

4.1. *Defeasible reasoning* e abduzione.

La non doxasticità nonché il carattere internista e *defeasible* della giustificazione rappresentano il secondo livello epistemico entro il quale giudice si muove; il primo livello epistemico del processo attiene più da vicino il ragionamento probatorio ed in particolare la sequenza inferenziale abduzione-deduzione-induzione con cui si ripercorrono i punti costitutivi del fatto.

⁴² Vedi J. POLLOCK - J. CRUZ, *Contemporary theories of knowledge*, Plymouth, Rowman&Littlefield, 1999, pp. 201 ss..

⁴³ Cfr. J. POLLOCK - J. CRUZ, op. cit., p. 197.

L'abduzione consiste nel concepimento di una ipotesi operando in maniera retroduttiva (dagli effetti alle cause) sui dati raccolti nelle fasi pre-processuali e processuali; è un momento fortemente ampliativo della conoscenza ed è protagonista assoluto della *quaestio facti*.

Attraverso la deduzione l'ipotesi verrà proiettata nelle sue possibili conseguenze: il suo esito è una tesi la cui verità o falsità dipende dalle premesse; l'aggiunta o sottrazione di informazioni darà alla tesi connotati diversi, in particolare, una buona deduzione è quella che coglie il numero più elevato di conclusioni implicite.

Infine l'induzione è il momento di verifica delle conseguenze tratte dall'ipotesi; il movimento induttivo è contrario a quello abduttivo e conduce dalla causa all'effetto.

È in particolare la presenza dell'inferenza abduttiva ad imprimere al ragionamento giuridico il carattere distintivo della *defeasibility*, defettibilità o se vogliamo 'ritrattabilità, rivedibilità'; essa come sappiamo consiste nella possibilità che alla conclusione raggiunta si oppongano contestazioni.

Su un piano tecnico, la *defeasibility* si spiega inoltre con la 'non-monotonicità' della abduzione, ossia l'incompletezza informativa congenita a questa inferenza; l'incompletezza informativa a sua volta implica il carattere probabile e non certo dell'abduzione.

La partecipazione a questa qualità è spiegata da diversi fattori quali: la vaghezza delle norme, il bilanciamento dei principi e in generale dalla caoticità con cui si sovrappongono i piani conoscitivi nel corso di una indagine.

Il ragionamento giuridico, visto dalla prospettiva della logica applicata al *quid facti*, punta a ricostruire il singolo fatto tramite cicli e spirali inferenziali nonché a stabilire connessioni causali tra più fatti; capire quale fatto precedente possa essere qualificato come causa di un successivo è un problema abduttivo in quanto si va a porre come risultato (o segno) l'intero fatto posteriore dal quale si ipotizzerà il fatto anteriore.

L'interesse per l'inferenza abduttiva sorge nella seconda metà dell'ottocento grazie al matematico e filosofo Charles Sanders Peirce al quale si deve la trattazione più organica e completa⁴⁴; Tuzet distingue due fasi chiave nello studio della abduzione⁴⁵: la fase scientifica che copre tutto l'arco del '900 e la fase cognitiva in cui si collocano tutti gli studi contemporanei.

⁴⁴ Vedi C. S. PEIRCE, *Collected Papers*, 8 voll Belknap Press, 1958.

⁴⁵ Vedi G. TUZET, *La prima inferenza. L'abduzione di C.S. Peirce fra scienza e diritto*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 3.

La prima fase ha prodotto come ultima conclusione un affiancamento del metodo ipotetico di Peirce al metodo induttivo di Bacone già dichiarato insufficiente nelle critiche mosse da Popper al Circolo di Vienna; la seconda si incentra sulle applicazioni utili dell'abduzione nel campo della medicina, dell'apprendimento, nel campo linguistico, giuridico e della intelligenza artificiale: materie ibride come l'informatica giuridica tentano di unire gli esiti di queste ricerche autonome.

Una inferenza rappresenta il collettore informativo che garantisce l'organizzazione e l'espressione ordinata della conoscenza: senza di esse non saremmo in grado di utilizzare in modo sensato le proposizioni.

Lo scopo della logica inferenziale è proprio svolgere un controllo attivo sulle proposizioni, un controllo che chi espone delle argomentazioni (soprattutto in giudizio) compie nel modo più rigoroso possibile per resistere agli attacchi di un avversario.

Nel 1867 Peirce compie il primo passo significativo nello studio dell'inferenza abduttiva servendosi di tre categorie astratte "regola, caso, risultato" per esprimere il suo sviluppo; le tre categorie saranno poi associate agli elementi classici del sillogismo:

Premessa Maggiore REGOLA.

Premessa Minore RISULTATO.

Conclusione CASO.

L'ipotesi o abduzione è dunque l'inferenza che da un regola ed un risultato conduce ad un caso. In altri termini, consente che dai segni visibili del risultato si comprendano, tramite una legge, i segni non visibili di un caso; se da un risultato si passa ad un caso è evidente che stiamo invertendo l'ordine temporale e si capisce dunque perché l'abduzione venga anche definita "retroduzione".

Oltre alla retroattività del pensiero abduttivo altro carattere peculiare consiste nella probabilità della conclusione; nello specifico, si tratta di una probabilità soggettiva se considerata in rapporto a chi ha compiuto l'inferenza, oggettiva se misurata su di un piano statistico.

La differenza focale tra l'inferenza abduttiva e deduttiva sta nella ampliatività, ossia l'accrescimento informativo della conclusione rispetto alle premesse; se nella deduzione a prezzo della ampliatività si garantisce la certezza (nel vero o nel falso), nella abduzione a prezzo della certezza si garantisce l'ampliatività.

4.2. *Inference to the best explanation.*

Abbiamo evidenziato quanto in un processo sia determinante che il giudice dia una spiegazione dei fatti non solo "accettabile" ma anche "razionale" giacché

questa sarà materia di successivi dibattiti in nuova sede giudiziaria ed in contesti ben meno equilibrati come quello mediatico.

Questa esigenza spiega il perché il giudice non possa considerarsi un mero assemblatore di quanto di meglio le difese propongono, in quanto non è detto che il cumulo di ciò che è buono sia buono anch'esso.

Salvi alcuni limiti processuali, il giudice tende alla migliore spiegazione del fatto appoggiandosi ai protocolli seguiti dai periti, testimoni, consulenti tecnici, parti, difensori; il suo protocollo ha natura originale e composita e non ha che due vincoli da rispettare: il vincolo formale di rispetto della legge (art. 101 comma 2 Cost.) e, ribadiamo, il vincolo operativo della tendenza al meglio possibile: in termini tecnici, l'abduzione del giudice, cruciale nella costruzione del fatto, è una *Inference to the Best Explanation*.

L'espressione, spesso abbreviata con l'acronimo I.B.E., viene coniata dal prof. Gilbert Harman della Università di Princeton nel 1965 in un saggio omonimo⁴⁶ che rappresenta il punto più significativo negli studi sulla abduzione dai tempi di Peirce.

Per Harman una spiegazione è migliore o più garantita di un'altra se più semplice, plausibile, più inclusiva, meno "ad hoc" ossia se non è ritagliata appositamente per il caso osservato⁴⁷; sulla consistenza di tali parametri tuttavia lo stesso Harman evita ulteriori profusioni onde evitare di cadere in campi meno amici come quello della psicologia cognitiva.

Particolare rilievo è dato ai "lemmi", ossia le proposizioni intermedie dell'inferenza; Harman li intende principalmente come proposizioni descrittive, preliminari appunto all'*explanation*: per far sì che questa sia la migliore, i lemmi devono essere il più possibile verosimili.

Una distinzione tra garanzia della spiegazione e verità dei lemmi presuppone che questi 2 termini possano non coesistere nell'inferenza, dando luogo a casi insidiosi di tal sorta:

- spiegazione garantita (in quanto semplice, inclusiva etc.) ma falsa perché le proposizioni descrittive da cui siamo partiti non erano vere.
- verità dei lemmi ma spiegazione non garantita in quanto risulta troppo complessa o ad esempio fatta ad arte per il caso.

⁴⁶Vedi G.HARMAN, *Inference to the Best Explanation*, Princeton University Press, 1965.

⁴⁷ Si rileva la forte assonanza con la "accettabilità razionale" di Putnam.

Se l'I.B.E. di Harman si fonda sul solo binomio garanzia-verità, un'analisi più organica e più vicina al ragionamento giuridico viene proposta da Peter Lipton nella omonima opera monografica⁴⁸.

Immaginando una struttura esplicativa a cerchi concentrici, nel cerchio più ampio il giudice collocherà le spiegazioni logicamente compatibili con tutte le osservazioni o con almeno la maggior parte di esse: si tratta delle cosiddette "live options" o dei "serious candidates for an actual explanation"⁴⁹.

Circa l'*Actual Explanation* Lipton pone un'ulteriore distinzione tra "loveliest explanation" e "likeliest explanation", collocate al cerchio immediatamente successivo; si intende per la prima l'ipotesi più comprensibile, più consueta, per la seconda l'ipotesi più solida su un piano probabilistico.

Il giudice dovrebbe tendere in primis alla "loveliest explanation" (ed in questo Lipton si riallaccia ad Harman ed alla spiegazione semplice, plausibile, inclusiva, non *ad hoc*) ciò non comporta tuttavia una rinuncia alle inferenze numerico-statistiche; in altri termini se la "loveliness" (garanzia) è una guida semi-automatica verso la "likelihood" (probabilità) il contrario, utilizzare la probabilità come strumento di garanzia, non pare adeguato.

La "best actual explanation" rappresenta l'ultimo cerchio, ossia il traguardo ottimale circa il quale non si ha mai una certezza ultima; se tuttavia è pretestuoso dire "questa è la migliore spiegazione" non lo è di certo dire "questa è una buona spiegazione" o una "pregevole" spiegazione come ci si attende dai giudici.

4.3. Bayes e la verità probabile.

Il carattere probabilistico dell'inferenza abduittiva nonché dell'*inference to the best explanation* lasciano intendere come il ragionamento giuridico si sottragga alla logica bivalente vero-falso e sia più prossimo a logiche *fuzzy* o probabilistiche. Come rileva D'Agostini⁵⁰ la logica probabilistica costituisce una estensione della logica classica cui è necessario ricorrere nelle circostanze in cui non si hanno certezze circa la posizione delle premesse; si può dire che il ragionamento probabile è valido se, considerate certe premesse, la probabilità di una determinata conclusione è più alta rispetto a quella della sua negazione. Il probabilismo è l'approccio utilizzato in situazioni di incertezza o incompletezza informativa e consente di assegnare ad una proposizione un relativo grado di

⁴⁸ Vedi P. LIPTON, *Inference to the best explanation*, Londra, Routledge, 2004.

⁴⁹ Vedi P. LIPTON, op. cit., pp. 59 ss..

⁵⁰ Cfr. F. D'AGOSTINI, op. cit., p. 176.

credenza: tale grado deve essere tanto più prossimo al valore 1 quanto più sono elevate le esigenze garantistiche.

Gli studi del matematico Thomas Bayes hanno una applicazione immediata tanto nella logica della prova quanto nello studio della causalità e consentono di formalizzare una serie di concetti quali conferma, credenza, preferenza, in termini numerici.

Quando si parla di probabilità semplice di un'ipotesi H, questa è data dal quoziente tra numero di casi favorevoli e numero di casi possibili; la probabilità condizionata di un evento H rispetto a E è la probabilità che si verifichi H assumendo come verificata una evidenza E.

Bayes ha dimostrato come calcolare l'impatto che una evidenza E ha su una ipotesi H sul piano della credenza razionale⁵¹; in altri termini tramite l'omonimo teorema è possibile determinare la verosimiglianza di una ipotesi H considerato l'elemento di prova E.

Il rapporto un elemento di prova E ed una ipotesi H in genere può dare origine a tre possibilità:

- *indipendenza stocastica*, ossia la probabilità che sia vero H dato E è uguale alla probabilità che si verifichi H dunque il verificarsi di E non incide su H.

- *dipendenza stocastica negativa*, ossia la probabilità che sia vero H dato E è più bassa della probabilità generica di H, dunque aver riscontrato E è un cattivo segnale per il verificarsi di H.

- *dipendenza stocastica positiva*, la probabilità che sia vero H dato E è maggiore della probabilità semplice che si verifichi H, dunque il fatto che si sia verificato E è un buon segnale per il verificarsi di H⁵².

Ciò che interessa all'inquirente è dimostrare che tra gli elementi di prova raccolti e l'ipotesi formulata vi è una alta dipendenza stocastica in senso positivo.

Nel teorema di Bayes si istituisce una equivalenza tra la verosimiglianza a posteriori di H dato E ed il prodotto tra la verosimiglianza a priori di H con la forza probatoria di E. La verosimiglianza a priori di H è calcolata indipendentemente da E come rapporto tra le probabilità semplici di H e la sua negazione; la forza probatoria di E è invece data dal rapporto tra la probabilità di E condizionata ad H e la probabilità di E condizionata alla sua negazione.

Parafrasando questa logica, diremo che H è tanto più attendibile visto E quanto più è verosimile a priori che una situazione di fatto H produca l'effetto E.

⁵¹ Vedi J. DELLA TORRE, *Il teorema di Bayes fa capolino al tribunale di Milano*, Diritto Penale Contemporaneo, Ottobre 2015, pp. 3 ss..

⁵² Cfr. sul punto P. GARBOLINO, op. cit., pp. 94 ss.

5. Il giustificazionismo.

L'esistenza di una realtà fenomenica esterna è oggetto di severa contestazione da parte degli scettici radicali; questi ritengono che non esistono fatti o cose al di fuori delle proposizioni linguistiche e che sia insostenibile una concezione corrispondentista della verità. Viene dunque adottato un approccio anti-realista riguardo le percezioni sensoriali che si ritiene giungano al soggetto in forma costruita, ossia rivisitata dalle categorie linguistiche e logiche; parlare di verità ha senso solo in termini di coerenza narrativa ed impiego utile.

L'impostazione riassunta comporta una grande rinuncia sul piano etico consistente nell'estromettere dal discorso sulla giustizia una idea forte di verità; l'onere del giudizio è fortemente ridimensionato in quanto per il giudice sarebbe sufficiente una buona narrazione del fatto, non contraddittoria ed utile a pacificare il disagio sociale.

L'obiezione degli scettici al corrispondentismo è stata in parte superata con la teoria dei "Truth Makers"; questa evidenzia l'asimmetria tra linguaggio e fatti ed al contempo afferma che la verità-falsità delle proposizioni è resa tale da circostanze esterne non auto-generate. Questa tesi si fonda su una forma di autoevidenza del tempo presente la cui immanenza consente di percepire ben chiara la distinzione tra sé e mondo; la circostanza che tale esperienza sia condivisa da tutti ci assicura di non essere vittima di un dio ingannatore o che, se lo fossimo, non avremmo modo di cogliere l'inganno.

Quando ci confrontiamo con un fatto passato, viene perduta la garanzia di immanenza e la verità degli asserti che lo descrivono non sempre si radica su evidenze dirette. Pensiamo all'escussione di un testimone da parte di un giudice, il primo possiede evidenze dirette dell'evento mentre il secondo dovrà affidarsi ad una narrazione, appunto la testimonianza; per il giudice la testimonianza è evidenza presente diretta del fatto che qualcuno sta raccontando mentre è solo evidenza indiretta del fatto storico descritto.

Micheal Dummett ha cercato di discostarsi dalla posizione antirealista sul passato⁵³ senza tuttavia accogliere un pieno realismo. Questi sostiene la tesi giustificazionista, ritenendo che la verità di una proposizione venga determinata sulla base dell'argomentazione posta a suo sostegno; rifiuta all'opposto la teoria condizionale secondo la quale la verità dipende dalle condizioni che una proposizione deve soddisfare⁵⁴.

⁵³ Vedi M. DUMMETT, *Verità e passato*, Milano, R. Cortina, 2006.

⁵⁴ M. DUMMETT, op. cit., p. XI.

A differenza di quanto visto con Rorty, viene ben distinta la verità dalla sua giustificazione ponendole in un rapporto funzionale anziché di identificazione: pur valorizzando il linguaggio come uso, Dummett non aderisce alla prospettiva pragmatista del significato.

La ragione per cui non possiamo essere in pieno realisti sul passato secondo Dummett consiste nell'esistenza di proposizioni indecidibili, rispetto alle quali non possiamo predicare la verità o falsità; viene dunque ancora una volta superata la logica bivalente riconoscendo il carattere incompleto della ricerca storica e la natura indeterminata del linguaggio.

Fatta eccezione per le proposizioni indecidibili, Dummett ritiene che gli asserti sul passato possano dirsi veri-falsi se pronunciati da qualcuno che ha osservato i fatti correlati al tempo appropriato; tramite le evidenze dirette il passato diviene parte della realtà contribuendo alla crescita della dimensione del tempo presente.

Tornando all'analogia con il processo, il punto su cui è bene riflettere è se il giudice ha a disposizione tali evidenze dirette al pari dei testimoni; la risposta è di certo negativa in quanto come detto egli ha evidenze dirette soltanto di fatti presenti, le narrazioni, che pure tuttavia assomigliano ai fatti passati in quanto tentano di riprodurli.

Possiamo immaginare il quadro cognitivo del giudice come una biblioteca costituita da migliaia di volumi, i fatti presenti, a lui direttamente accessibili. Egli sa che le stanze della biblioteca sono molte più di quelle cui ha accesso e che in tali stanze chiuse vi sono ulteriori volumi, i fatti passati, la cui consultazione è preclusa; l'unico modo per conoscere il contenuto dei libri inaccessibili è cercarne riferimenti tra quelli presenti.

Servendosi dell'abduzione il giudice retrocederà dalle evidenze dirette a quelle indirette disegnando una mappa ipotetica delle stanze chiuse e di come i libri sono ivi disposti; nulla potrà provare con certezza assoluta che la mappa corrisponde a quanto c'è oltre le porte, ciò nonostante la logica seguita nel disegnarla sarà una buona garanzia di verosimiglianza.

Il rifiuto dell'antirealismo sul passato è possibile anche in sede giudiziale se si accetta che le evidenze dirette formatesi al tempo appropriato vengano integrate da proposizioni di secondo grado; tramite le inferenze il giudice restringe l'area dell'indecidibile, estromette le proposizioni false e giustifica ragionevolmente la propria narrazione.

5.1. Scetticismo critico.

La semplice metafora della biblioteca è utile a capire la distinzione tra realismo aletico e realismo metafisico; il primo è quello cui si rivolgono gli utenti del diritto, interessati al profilo espressivo-linguistico del fatto e non alla sua consistenza ontologica⁵⁵. La prospettiva aletica del realismo rappresenta la risposta più credibile alle tesi coerentiste, pragmatiste, nonché l'alternativa più solida rispetto al nichilismo gnoseologico.

Franca D'Agostini individua la matrice di questa forma di realismo nel semi-costruzionismo Kantiano⁵⁶ entro il quale coesistono realismo ed empirismo: gli stati esterni sono recepiti, interpretati e giudicati dal soggetto che opera in modo fortemente cooperativo con il mondo istituendo delle corrispondenze.

Ci si rende conto che siamo ben lontani dal dogmatismo e dunque non è fondato il timore che la verità corrispondentista possa ridursi a strumento del potere; all'opposto, riferirsi alla verità è un istinto spontaneo proprio quando questa pare mancare. D'agostini ha evidenziato il ruolo scettico della verità, riferendosi a questa come un'arma critica per smentire quanto di falso viene prodotto dall'informazione globale.

Quanto detto in 4.4. intorno a Bayes ed all'idea di verità probabile non deve apparire in contrasto con le considerazioni circa il realismo aletico; l'autrice infatti ritiene necessario il probabilismo nel giudizio in quanto funzionale a contrastare i casi di sotto-determinazione o sovra-determinazione informativa⁵⁷.

L'impiego della verità è anzitutto funzionale ad un'ascesa semantica⁵⁸ ossia un passaggio dal mondo al linguaggio avvicinando la realtà all'uomo; in casi di sotto-determinazione la verità funge da ideale regolativo per la ricerca di dati mentre in caso di sovra-determinazione estromette ciò che è superfluo o peggio falso.

La sovra-determinazione è la normale condizione in cui si ritrova la fase dibattimentale; in tale contesto infatti il giudice seleziona il materiale segnando un'asimmetria tra contesto di scoperta-ricerca da un lato e contesto di decisione-motivazione dall'altro. Tale selezione consente di ridurre l'impatto del cosiddetto "spinning" processuale⁵⁹, ossia la circolazione di fatti volutamente distorti o non genuini che mirano alla persuasione retorica o emotiva degli uditori; in tale contesto, anche una verità incompleta, accostata in modo equivoco ad un contesto può generare false credenze.

⁵⁵ Cfr. sul punto F. D'AGOSTINI, op. cit., p. 91.

⁵⁶ Cfr. F. D'AGOSTINI, op. cit., pp. 193 ss.

⁵⁷ Vedi F. D'AGOSTINI, *L'uso scettico della verità*, Napoli, Jovene, 2014.

⁵⁸ L'espressione è di W.V.O. QUINE.

⁵⁹ Cfr. F. D'AGOSTINI, (2014), p. 54.

Il realismo aletico non esclude l'ipotesi di errori epistemici e dunque ammette che la verità nel tempo possa essere revisionata sulla base di nuove ricerche; se per gli scettici radicali l'errore è conferma della fallacia dell'idea di vero, per i realisti è la dimostrazione che una verità esiste e che ha senso cercarla tramite strumenti probabilistico-inferenziali.

In sintesi, ha senso pretendere che inquirenti e giudici siano scettici nella loro attività se per scetticismo intendiamo un'attitudine critica verso la conoscenza acquisita, un disincanto analitico verso le storie che altri vogliono imporre.

Lo scetticismo come attitudine viene difeso da Richard Posner⁶⁰ in antitesi allo scetticismo teorico-filosofico in quanto ritenuto stimolante per l'inchiesta giudiziaria; l'attitudine scettica inoltre non è legata ad una epistemologia anti-realista o pragmatista e può essere adottata ragionevolmente dai pratici del diritto senza che ciò conduca a derive nichiliste. Posner si distanzia dall'approccio cinico dei *Critics* ed al contempo esclude che il ragionamento giuridico possa condurre nei casi difficili ad un'unica risposta corretta;⁶¹ ciò che si contesta è l'esistenza di una metodologia 'distintiva'⁶² del ragionamento giuridico rispetto al ragionamento pratico.

Il compito del giudice è ottenere il risultato che nel contesto appare più ragionevole⁶³ senza tuttavia arrogarsi il ruolo di legislatore. Non esistono formule che applicate al materiale normativo-investigativo consentano di estrarre sentenze, il dominio decisionale resta ad ogni modo fondato sul libero convincimento; la consapevolezza di tale responsabilità deve indurre il giudice all'autocorrezione delle inferenze compiute nonché all'impiego ponderato di logiche *fuzzy* che colmino le carenze della logica classica.

6. Conclusione.

Le inferenze probabilistiche vanno coordinate con gli standard probatori oltre i quali un fatto può dirsi provato. Sussiste un'evidente divergenza tra lo standard valido nel processo civile e quello adottato in sede penale; nel primo si parla di "prova preponderante" o "prova chiara e convincente" mentre nel secondo lo standard consiste nel "oltre ogni ragionevole dubbio"⁶⁴.

Non esiste un corrispondente numerico stabile di tali espressioni, pur tuttavia è facile intuire che "oltre ogni ragionevole dubbio" postula una certezza solida,

⁶⁰ Vedi R. A. POSNER, *The Jurisprudence of Skepticism*, 86 Michigan Law Review 827, 1988.

⁶¹ La tesi è di R. DWORKIN.

⁶² Vedi R. POSNER, op. cit., p. 859.

⁶³ Vedi R. POSNER, op. cit., p. 862.

⁶⁴ Cfr. G. TUZET, (2013), p. 105.

prossima all'assoluto; il dubbio che può insidiare l'impianto accusatorio deve essere consistente, conseguenza di un approccio ragionevolmente scettico.

Tuzet analizza il ragionevole dubbio evidenziando come questo nella prassi coinvolga non soltanto le "ragioni per credere" ma anche le "ragioni per agire"⁶⁵; con tale distinzione si evidenzia l'incidenza di valutazioni etico-pratiche sul contesto della decisione, ossia di considerazioni circa il bilanciamento dei valori in gioco nonché gli effetti in proiezione della sentenza.

Sarebbe dogmatico ritenere che il giudice guardi alla sola dimensione epistemica e che la giustizia si esaurisca nel perseguimento della verità; d'altra parte si comprende come la componente intuitiva o emotiva può condurre ad errori ben più gravi di quelli logici o statistici.

Un atteggiamento separatista che dissocia le ragioni per credere da quelle per agire annulla i tentativi di costruire un'argomentazione il più possibile logica; non si comprende infatti perché il giudice dovrebbe spendere energie nel controllo delle inferenze quando potrebbe limitarsi ad una spiegazione utilitaristica della decisione.

La prospettiva corretta secondo Tuzet è quella unionista che colloca il ragionevole dubbio nella sola dimensione epistemica ed al contempo riconosce alle valutazioni pratiche la funzione di segnare la soglia di giustificazione, ossia lo standard probatorio.

L'unionismo ben si concilia con il modello garantista di giudizio penale in cui la verità rappresenta l'area epistemica su cui fondare considerazioni di opportunità; in altri termini, una conoscenza estesa delle tesi proposte e dunque un intenso lavoro cognitivo limitano le possibilità che il giudice sfoci nell'arbitrio riducendo la giustizia a mero esercizio del potere.

Il garantismo rappresenta lo sfondo etico dell'intero sistema processuale e la ricerca della verità deve svolgersi su questa direttrice; non esiste un contrasto ideale tra affermazione del vero e tutela della libertà, piuttosto la verità processuale poiché controllata, ostacola decisioni irrispettose di tale valore.

Verità e garantismo restano in armonia se si accettano alcune specificazioni di senso individuate da Ferrajoli e Tuzet⁶⁶: la verità è discussa circa fatti individuati dalla legge; la verità si fonda su prove disciplinate da norme; la verità ha natura probabilistica; il ragionevole dubbio è sufficiente ad assolvere.

⁶⁵ Cfr. G. TUZET, (2013), p. 292.

⁶⁶ Vedi G. TUZET, (2013), p. 110.

Come afferma Michele Taruffo⁶⁷ il concetto di verità muta a seconda del contesto culturale considerato nonché dei metodi impiegati per ricercarla. Nel contesto processuale la verità ha assunto la chiara identità di "verità ragionevole" al contempo probabile e garantista; quanto ai metodi, l'analisi del linguaggio e la componente logico-scientifica si coordinano con gli elementi discorsivo-retorici. Il processo è un fenomeno sociale di immediata evidenza pubblica sul quale si riversano le aspettative di giustizia di una comunità. Quando tali aspettative sono soddisfatte risulterà irrobustito il quadro di valori etici che il diritto è volto a presidiare; all'opposto, la negazione della giustizia determina sfiducia, sottrazione del consenso alle istituzioni, disorientamento morale. Perseguire la verità ragionevole non significa cercare l'affermazione di una narrazione qualsiasi bensì individuare la migliore. Il giudicato processuale al pari della storia è parte delle fondamenta democratiche di un ordinamento: l'affermazione del vero renderà trasparente la natura del passato consentendo nel quotidiano una sincera e partecipata dialettica dei diritti.

⁶⁷ Vedi M. TARUFFO, *La semplice verità*, Bari, Laterza, 2009, pp. 80 ss.