

DE IUSTITIA - Rivista giuridica scientifica – [www.deiustitia.it](http://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 Ilaria 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](http://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

*L'attualità del ruolo dello Stato nei c.d. settori strategici.*  
di Emilio Boccia **Pag. 4**

*La tutela del terzo controinteressato nell'ambito della S.C.I.A.  
Interviene la Corte costituzionale.*  
di Edvige Centore **Pag. 31**

*Il riordino delle Province e la riscoperta della sussidiarietà orizzontale  
in un'ottica di ridimensionamento della spesa pubblica.*  
di Giada Lieto **Pag. 64**

### PARTE II – DIRITTO CIVILE

*"Oblio 4.0" tra identità digitale e cancellazione dati: quale diritto?*  
di Alessia Palladino **Pag. 75**

*Le linee guida in materia di Intelligenza Artificiale:  
alla ricerca di un'"etica by design" nel nuovo scenario digitale*  
di Daniela Messina **Pag. 87**

*Iura novit curia, usura bancaria e risvolti processuali. Brevi  
osservazioni a margine di una recente ordinanza della Corte di  
Appello di Napoli.*  
di Gianluca Cascella **Pag. 105**

## PARTE III – DIRITTO PENALE

*L'incostituzionalità della pena per le droghe "pesanti" ex art. 73 co. 1 D.P.R. 309/90 alla luce della pronuncia n. 40 del 2019. Obbligo da parte del Pubblico Ministero di attivazione ex officio del procedimento di esecuzione?*

*di Luciano Persico*

**Pag. 121**

*Le operazioni sotto copertura: agente infiltrato e agente provocatore. Profili e limiti di legittimità dell'undercover agent. Un caso aperto: l'(in)applicabilità nella vicenda "Fanpage" - "Bloody Money".*

*di Maria Esposito*

**Pag. 141**

*Il concorso del terzo estraneo nel delitto di autoriciclaggio ex art. 648 ter 1 c.p.*

*di Roberta Chiummariello e Cristina Lauretano*

**Pag. 177**

## PARTE IV – FOCUS

*La "giurisprudenza creativa" tra vulnus legislativo ed esigenze di tutela. La responsabilità del direttore di una testata giornalistica telematica.*

*di Antonia Foglia*

**Pag. 189**

*La solidarietà generazionale alla luce della sentenza n. 18 del 2019 della Corte Costituzionale*

*di Giacomo Palombino*

**Pag. 205**



## L'attualità del ruolo dello Stato nei c.d. settori strategici.

*di Emilio BOCCIA\**

**SOMMARIO:** 1. Il ruolo dello Stato nell'economia. 2. Il periodo delle privatizzazioni delle partecipazioni statali. 3. Dalla *golden share* alla *golden power*. 4. Conclusioni.

**ABSTRACT:** *The aim of this work is to investigate on the role of the State in the economy and, particularly, on the evolutions occurred after the period of the privatization of the 1990's. This paper will specifically analyze the institutes of the golden rule and of the golden share in light of the recent legislative evolutions.*

### 1. Il ruolo dello Stato nell'economia.

Il ruolo dello Stato nell'economia è stato oggetto di interessanti controversie storiografiche e al centro di un lungo dibattito, tutt'altro che concluso, da parte degli studiosi<sup>1</sup>, in quanto fenomeno antico, nelle varie forme politiche che lo Stato stesso ha adottato nel corso del tempo<sup>2</sup>.

L'attenzione è posta sui soggetti che operano all'interno del processo economico, in particolare sulle famiglie, sulle imprese, sullo Stato e sul resto del mondo nonché sul ruolo che ognuno di essi svolge, e che, frutto di

---

\* Avvocato.

<sup>1</sup> Il tema dell'intervento dello Stato nell'economia si pone tra il diritto e l'economia nei rispettivi significati e nei diversi periodi storici. Nel XVIII secolo sia in Francia, con Francois Quesnay che in Inghilterra con Adam Smith, si avverte l'esigenza di limitare il ruolo dello Stato nell'economia del paese. Esigenza che segnerà l'inizio delle lotte per ridurre il potere dei sovrani assoluti e per introdurre nuove forme di governo democratico. Ciò darà luogo al liberalismo economico e al liberalismo politico e dunque allo Stato liberale. Tra i tanti, sulla tematica, cfr. F. MERUSI – G. C. SPATTINI, *Economia (intervento pubblico nell')*, in *Dizionario di diritto pubblico* diretto da S. CASSESE, III, Milano, 2006, 2084 ss.; E. PESCIARELLI, *Introduzione a Adam Smith, Lezioni di Glasgow*, Milano, 1989. In tema di politica economica ed in particolare nell'ambito di una riforma tributaria, risale al 301 d.C. con l'emanazione dell'*Edictum de pretiis rerum venalium*, da parte di Diocleziano, "il primo tentativo da parte dello Stato di regolare la circolazione col fissare dei prezzi massimi" cfr. S.I. KOVALIOV, *Storia di Roma*, II, Roma, 1990.

<sup>2</sup> Il rinvio può andare al fenomeno della regolazione dei flussi irrigui nelle grandi pianure alluvionali dell'Egitto della Mesopotamia dell'India citato da K. A. WITTFOGEL, *Geopolitik, geographische Materialismus und Marxismus*, 1985. Cfr. altresì C.M. CIPOLLA, *Introduzione alla storia economica*, Bologna, 1988.

determinate scelte politiche ed economiche, risulta differente a seconda del diverso tipo di sistema economico nel quale si opera<sup>3</sup>.

L'evoluzione della presenza del ruolo dello Stato nell'economia, costituita da ascese e da declini ciclici, è dipesa, spesso, dai cambiamenti che ha vissuto il nostro ordinamento, dall'Unità d'Italia, al periodo fascista, dall'entrata in vigore del codice civile e della Costituzione alla integrazione giuridica comunitaria e alle molteplici vicende storiche ed economiche, verificatesi nel corso del tempo e che hanno dato vita a direttrici contrapposte tra loro<sup>4</sup>.

L'intervento del pubblico potere nella vita economica del paese, che si fonda, dunque, sull'importanza fondamentale di particolari attività economiche in relazione al soddisfacimento di determinati bisogni e interessi pubblici, spesso, nel corso degli anni, è stato oggetto di critiche sempre più consistenti volte ad individuarne "il carattere perturbatore e destabilizzante"<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Si ricorda che nell'ambito del sistema liberista minimo è il ruolo dello Stato, massimo appare in quelli collettivisti e di coesistenza, tra privati e Stato, nei sistemi misti. E ancora che "non risponde alla realtà storica l'affermazione che "l'intervento" dello Stato nell'economia sarebbe una vicenda caratterizzante il nostro tempo; è vero invece che da quando si ha testimonianza della costituzione di ordinamenti generali, si constata che essi sempre si sono occupati di regolare la materia attinente all'economia del loro tempo" così M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 20, 1993.

<sup>4</sup> Sul concetto di "ingerenza dello Stato" nell'economia che avrebbe caratterizzato il passaggio dall'ottocento liberista al successivo secolo interventista, non si trova riscontro nell'analisi degli storici. Si ritiene infatti che sia necessario una riflessione critica sull'idea "che Stato ed economia siano contrapposti e che, dove si espande l'uno, l'altra si ritrae (e viceversa)". Cfr. S. CASSESE, *Stato e mercato, dopo privatizzazioni e deregulation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1991, 378 ss.; J. M. CARRIÉ, *Le riforme economiche da Aureliano a Costantino*, in *Storia di Roma. L'età tardoantica. Crisi e trasformazioni*, Torino, 1993, 282 ss.; M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1993; A. RONCAGLIA, *La ricchezza delle idee. Storia del pensiero economico*, Roma-Bari, 2001; S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, 2005, Roma-Bari, 7 ss.; M. CLARICH, *L'organizzazione*, in *Appunti per le lezioni di diritto amministrativo, a.a. 2012-2013*. Interessante l'esposizione della stratificazione storica di tre esperienze diverse di un Autorevole studioso secondo il quale "la prima che va, grosso modo, dall'ultimo decennio del secolo scorso alla fine della prima guerra mondiale; la seconda dal primo dopoguerra al 1930-33, cioè alla risoluzione della grande crisi economica; infine la terza che arriva sino ad oggi, e già si preannuncia una quarta fase" così M.S. GIANNINI, *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Riv. delle soc.*, Milano, 1958, 228. Sulla necessità dell'intervento pubblico a sostituzione o a correzione del mercato cfr., inoltre, G. BROSIÒ, *Economia pubblica moderna*, Torino, 2010, 13.

<sup>5</sup> "A queste critiche si associa la riaffermazione dei meccanismi operativi della "economia di mercato", il cui funzionamento efficace richiederebbe una riconsiderazione radicale dell'azione pubblica nel campo economico" così F. CAFFÈ, *L'economia contemporanea*, Roma, 1981, 129. Secondo parte della dottrina l'intervento dello Stato tende ad incidere sia sul piano della efficienza che su quello della distribuzione, agendo così in quei settori ove il mercato non è in grado di autoregolarsi. Sul punto più ampiamente cfr. U. MATTEI - A. GALLARATI - S. PUGNO - A. ROSBOCH, *I monopoli pubblici, i giudici della legge e la Costituzione economica*, in R. DI RAIMO e V. RICCIUTO (a cura di), *Impresa pubblica ed intervento dello Stato nell'economia*, Napoli, 2006.

Sulla spinta storica di nuove ideologie e di nuove esigenze, lo Stato, inizia, progressivamente, a intervenire nell'economia e in maniera sempre più organica. Al fine di soddisfare specifici bisogni legati ad interessi pubblici, lo Stato basandosi sulla rilevanza strumentale di determinate attività economiche, si limita ora, con un intervento indiretto, ad organizzare le attività private a mezzo di appositi strumenti quali ad esempio i controlli, ora con intervento diretto, sostituendosi ai privati nell'esercizio delle attività economiche, dando luogo alla nascita della cd. impresa pubblica<sup>6</sup>.

E' innegabile che l'intervento pubblico nell'economia comporti una modifica dell'assetto naturale del mercato<sup>7</sup>.

All'ordinamento giuridico si attribuisce, dunque, *"la funzione di una disciplina delle scelte economiche, in virtù della quale il principio economico viene coordinato con un sistema di valori autonomi rispetto all'economia, e che è compito del diritto di realizzare nell'esperienza economica"*. Ciò comporta la nascita del nuovo concetto di "Costituzione economica", quale determinazione di un ordine dell'economia in linea con i principi direttivi fissati nella Costituzione<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> Per una chiara esposizione sulla differenza tra interventi diretti ed indiretti dello Stato nell'economia cfr. S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, 2005, Roma-Bari, 27 ss. Secondo altra parte della dottrina, l'intervento dello Stato nell'economia "è il risultato di una nuova configurazione del rapporto fra diritto ed economia, per cui a una concezione puramente formale, che assegna al diritto il ruolo di mera forma esteriore del comportamento economico, è venuta sostituendosi una concezione finalistica, che vede nella norma giuridica una componente strutturale dell'attività economica, condizionante e a sua volta condizionata, onde diritto ed economia costituiscono parti integranti, e fra loro interdipendenti, di un'unica realtà", così G. SANTANIELLO, *Profili giuridici dell'impresa pubblica*, in *Rass. dir. pubb.*, 1965, 2.

<sup>7</sup> Per quanto riguarda la ricerca delle motivazioni dell'intervento pubblico, si ritiene che "i fattori e le situazioni che danno origine ad intervento pubblico si possono distinguere in tre grandi categorie. La prima è costituita dai servizi che possiamo chiamare istituzionali: servizi che sono connessi, perché indispensabili, all'esistenza di uno Stato o, quanto meno, di una collettività politicamente organizzata. La seconda grande categoria di interventi del settore pubblico trova giustificazione e spiegazione nelle imperfezioni del funzionamento del meccanismo di mercato. La terza categoria di interventi e di produzioni pubbliche trova infine origine e/o giustificazione nella qualità delle produzioni stesse o nella qualità dell'ambiente sociale complessivo che esse contribuiscono a formare. Il mercato funziona bene, in questi casi, ma il suo funzionamento incide ad esempio, sulla distribuzione dei redditi in una direzione che la collettività giudica non accettabile e che cerca di correggere tramite l'intervento pubblico" e ancora che "il funzionamento efficiente del mercato presuppone costi di transazione ridotti, un livello sufficiente di concorrenza fra le imprese, adeguata informazione e prontezza degli operatori nell'adeguarsi alle nuove situazioni. Quando queste condizioni non si verificano in misura sufficiente, si apre la via per l'intervento pubblico" così G. BROSIO, *Economia e finanza pubblica*, 2005, Roma, 63 ss.

<sup>8</sup> Cfr. G. SANTANIELLO, *Profili giuridici dell'impresa pubblica*, in *Rass. dir. pubb.*, 1965, 2 ss. La costituzione economica può essere oggetto di studio da più angolazioni, sociologico, politico,

Ne consegue che l'ordine economico è visto come effetto di una decisione dell'intera comunità politico-sociale e che l'idea che il diritto, ha solo il compito di garantire un assetto naturale dell'economia, appare oramai superata.

La P.A. assume, dunque, non più solo una funzione correttiva e sussidiaria ma essenzialmente propulsiva dell'intero processo economico "che assoggetti il comportamento individuale e di gruppo a un vincolo immanente di destinazione a finalità superindividuali"<sup>9</sup>.

La costituzione economica riconoscendo l'azione da parte di più gruppi sociali ed economici, quali entità autonome e indipendenti e viste come "potenze d'ordine dell'economia", in realtà presuppone il pluralismo economico. Nell'ambito della nostra costituzione economica, l'impresa pubblica si pone, dunque, come un modello essenziale e "qualificata da una decisione consapevole della comunità politico-sociale circa la distribuzione del potere economico e dall'assunzione, da parte dello Stato, del compito di coordinamento e di mediazione propulsiva delle forze economiche"<sup>10</sup>.

Nell'ipotesi di intervento diretto, lo Stato assume la veste di proprietario, di imprenditore ed eroga servizi, assumendo ora il ruolo di impresa-organo, ora di impresa-ente pubblico, ora di impresa-società per azioni con partecipazione statale o pubblica. Svolge, invece, funzioni di indirizzo e di direttive e funzioni di controllo sull'economia privata, a mezzo di disposizioni condizionali, nelle ipotesi di intervento indiretto.

---

storico "dal punto di vista giuridico (e nella specie, del diritto pubblico) non ci si può limitare alla constatazione dell'assetto assunto dai fattori economici in un dato equilibrio sociale e del sistema economico così raggiunto, dovendosi invece ribaltare l'ottica: si dovrà, infatti, studiare l'ordine costituzionale di una società organizzata relativamente ai rapporti tra i fattori economici, per vedere se e in che misura sia legittimata una qualsivoglia forma di ingerenza, guida, direzione da parte del potere costituito in relazione al loro modo di essere e di svilupparsi" così P. BILANCIA, *Modello economico e quadro costituzionale*, Torino, 1996, 1 ss.

<sup>9</sup> Così G. SANTANIELLO, *Profili giuridici dell'impresa pubblica*, in *Rass. dir. pubb.*, 1965, 4.

<sup>10</sup> Cfr. G. SANTANIELLO, *Profili giuridici dell'impresa pubblica*, in *Rass. dir. pubb.*, 1965, 4. Secondo l'Autore, in questa prospettiva l'impresa pubblica assume una propria fisionomia ed un nuovo ruolo "essa va vista non solo nella sua forma tradizionale di partecipazione dello Stato al processo produttivo (produzione e distribuzione di beni), ma va riguardata soprattutto quale strumento attraverso il quale l'intervento pubblico si esplica nella costituzione di nuovi centri di forza economica, capaci di esercitare un potere di equilibrio nei confronti delle imprese private." Cfr. più ampiamente sul punto L. MENGONI, *Forme giuridiche dell'economia contemporanea in Italia*, in *Iustitia*, 1962, 19 ss.



Appare, pertanto, condivisibile il pensiero di chi, analizzando sul piano storico e normativo, l'intervento dello Stato nell'economia ritiene non di "ingerenza" debba parlarsi ma di vero "ruolo economico dello Stato"<sup>11</sup>.

## 2. Il periodo delle privatizzazioni delle partecipazioni statali.

Il cambiamento del modo di intervenire dello Stato nell'economia ed in particolare, nei c.d. settori strategici è stato, come è noto, fortemente influenzato dai processi di privatizzazione delle imprese pubbliche.

Alla fine del XX secolo, nella fase di transizione dalla gestione pubblicistica delle imprese a quella di un mercato concorrenziale, il rapporto intercorrente tra le privatizzazioni stesse ed i poteri straordinari riservati all'azionista pubblico, posti a garanzia degli interessi nazionali, risulta particolarmente delicato.

Partire dal fenomeno delle privatizzazioni aiuta a comprendere più facilmente la ricostruzione della disciplina dei c.d. poteri speciali riconosciuti allo Stato nell'ambito di determinati settori economici e di rilevanza strategica.

In assenza di una normativa unitaria nell'Unione Europea sui poteri speciali, le iniziative legislative dell'Italia e degli altri Stati membri, non sempre risultano in linea con i Trattati comunitari. Nel corso di quasi un ventennio, diversi sono gli interventi che si registrano da parte del nostro legislatore e che portano ad una profonda modifica della disciplina in oggetto e alla nascita di uno strumento denominato *golden power*<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> Cfr. sul punto più ampiamente tra gli altri, F. BENVENUTI, *L'attività amministrativa e la sua disciplina generale* in *Atti del Convivium regionale di Studi giuridici*, Trento, 1958, 49; J.E. STIGLITZ, *Il ruolo economico dello Stato*, Bologna, 1992;

<sup>12</sup> La disciplina sulla *golden share* è introdotta dall'art.2 del d.l. 31 maggio n.322 del 2004, conv. in l. 474/2004 e poi, più volte modificata. Sul tema della *golden share* cfr. tra i molti, F. MERUSI, *La Corte di Giustizia condanna la golden share all'italiana e il ritardo del legislatore*, in *Dir. pubb. comm. eur.*, 2000, 1236; A. PERICU, *Il diritto comunitario favorisce davvero le privatizzazioni dei servizi pubblici ?*, in *Privatizzazioni e regioni*, a cura di BUONOCORE – RAGUGNO, MILANO, 2003; A. SACCO GINEVRI, *La nuova golden share: l'amministratore senza diritto di voto e gli altri poteri speciali*, in *Giur. comm.*, 2005, II, 707; F. SANTONASTASO, *Dalla "golde share" alla "poison pill": evoluzione o involuzione del sistema?*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 383; E. FRENI, *Golden share, ordinamento comunitario e liberalizzazioni asimmetriche: un conflitto irrisolto*, nota a Corte di Giustizia delle Comunità europee, sentenza 28 settembre 2006, cause riunite C-282/04 e C-283/04 – Commissione /Regno dei Paesi Bassi, in *Gior. Dir. Amm.*, 2, 2007, 145; F. SANTONASTASO, *La saga della golden share tra libertà e movimento di capitali e libertà di stabilimento*, in *Giur. comm.*, 2007, I, 302; C. CAVAZZA, *Golden share, giurisprudenza comunitaria ed abrogazione dell'art. 2450 c.c. in Le nuove leggi civ. comm.*, 2008, 1193; S. M. CARBONE, *Golden share e fondi sovrani: lo Stato nelle imprese tra libertà comunitarie e diritto statale*, in *Dir. comm. int.*, 2009, 503; L. SCIPIONE, *La "golden share" nella giurisprudenza comunitaria: criticità e contraddizioni di una roccaforte inespugnabile*, in *Società*, 2010, 856; I.

L'istituto della *golden share*, peraltro presente anche negli ordinamenti giuridici di diversi Stati europei, nasce, dunque, in Italia negli anni '90 a seguito dei primi processi di privatizzazione delle aziende pubbliche e comporta il progressivo trasferimento delle imprese dallo Stato ai privati<sup>13</sup>. Il nuovo istituto riserva particolare attenzione ai vincoli previsti nelle ipotesi di vendita di partecipazioni dirette o indirette dello Stato in società esercenti "pubblici servizi" riformulando le condizioni e l'ambito di esercizio dei poteri speciali dello Stato su quelle società che operano nei settori della difesa e della sicurezza nazionale e nei settori di rilevanza strategica dell'energia elettrica, dei trasporti e delle comunicazioni.

L'esigenza di tutela degli interessi vitali della nazione, nel settore economico, è soddisfatta con l'attribuzione al Governo di speciali poteri di intervento sulla gestione delle società strategiche che sono sottoposte al processo di privatizzazione.

La specialità dei poteri si desume dall'attribuzione allo Stato di poteri decisionali sulle imprese strategiche che risultano "sproporzionati" rispetto al rischio economico assunto dallo stesso, attribuzione che ha lo scopo di evitare che al monopolio pubblico si sostituisca un potenzialmente pericoloso monopolio privato, e di contemperare i poteri speciali di controllo che lo Stato vuole continuare a mantenere.

Nel tracciare la linea evolutiva dell'istituto, che ha attirato l'attenzione della dottrina e della giurisprudenza comunitaria, un ruolo fondamentale è svolto dalla Corte di Giustizia che ne mette in discussione la sua legittimità con riferimento alla compatibilità dello stesso con i vari diritti nazionali per le importanti deroghe rispetto al regime del diritto societario e per la violazione ai principi fondamentali del diritto di stabilimento e dei principi fondamentali della libera circolazione di capitali, sanciti dal diritto comunitario<sup>14</sup>.

---

DEMURO, *Società privatizzate*, in *Diritto commerciale* a cura di Abriani, *Dizionari del diritto privato promossi* da N.Irti, Milano, 2011, 905; A. SACCO GINEVRI – F. M. SBARBARO, *La transizione dalla golden share nelle società privatizzate ai poteri speciali dello Stato nei settori strategici: spunti per una ricerca*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2013, 109.

<sup>13</sup> In merito alla tendenza evolutiva della *golden share* "improntata a un progressivo abbandono del ruolo di congegno propedeutico alla privatizzazione sostanziale delle imprese un tempo pubbliche per divenire, invece, dispositivo di vigilanza esterna in grado di influenzare gli assetti proprietari e l'operatività (potenzialmente) di tutte le imprese operanti nei settori strategici ogni qual volta gli interessi pubblici essenziali siano gravemente minacciati" cfr. ; A. SACCO GINEVRI – F. M. SBARBARO, *La transizione dalla golden share nelle società privatizzate ai poteri speciali dello Stato nei settori strategici: spunti per una ricerca*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2013, 147.

<sup>14</sup> Cfr. G. SARCHILLO, *Dalla golden share al golden power: la storia infinita di uno strumento societario: Profili di diritto europeo e comparato*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2, 2015, 619

La vendita delle partecipazioni dirette o indirette dello Stato avente ad oggetto il trasferimento del controllo di società che operano nel settore dei servizi pubblici, è soggetta alla disciplina di particolari norme che tutelano gli interessi degli utenti, gli interessi generali dello Stato e la promozione della concorrenza nonché la trasparenza di tutta la procedura della vendita stessa<sup>15</sup>.

Si parla dunque di "poteri speciali" per indicare quanto già previsto dall'ordinamento inglese con la "*golden share*" o dall'ordinamento francese con "*l'action spécifique*" con riferimento non ai normali poteri dell'azionista ma a quelli che risultano strumentali alle prerogative che l'Autorità intende mantenere in particolari settori con interessi pubblici particolarmente sensibili quali quello della difesa, dei trasporti, delle telecomunicazioni, delle fonti di energia.

Si chiarisce così la *ratio* della *golden share*. Rendere la normativa italiana compatibile con quella europea e salvaguardare gli interessi vitali dello Stato con la sopravvivenza di poteri speciali in una società nella quale lo Stato non è più azionista di maggioranza, rispondendo "ad imprescindibili motivi di interesse generale, in coerenza con gli obiettivi in materia di privatizzazioni e di tutela della concorrenza e del mercato".

L'istituto, individuato con il termine di origine britannica *golden share*, originariamente contenuto nel decreto-legge 31 maggio 1994, n. 332 convertito con modificazioni dalla legge 30 luglio 1994, n. 474, sta dunque ad indicare il potere dello Stato di introdurre nell'ambito dello statuto delle società che sono oggetto di privatizzazione, e prescindendo da qualunque forma di partecipazione azionaria, determinati poteri speciali (tra l'altro di nomina e di veto all'acquisizione di partecipazioni rilevanti) e/o vincoli statutari (limiti al possesso azionario, tetti ai diritti di voto obbligo di controllo nazionale) che, attraverso il Ministro dell'economia e delle finanze, il Governo può esercitare

---

secondo il quale la corte di Giustizia ha "vestito i panni di giudice protagonista in un conflitto che ha visto contrapporsi, da un lato gli Stati Membri, impegnati a rivendicare il proprio diritto alla salvaguardia dei "supremi" interessi nazionali e, dall'altro, la Commissione europea, la quale non ha mancato di sanzionare qualsiasi disposizione, sia essa di natura privata o pubblica, non compatibile con i "supremi" principi del diritto comunitario. Gli stessi organi comunitari hanno, nel tempo, espressamente ricondotto all'espressione *golden share* qualsiasi strumento giuridico che consenta di mantenere un controllo e/o un'influenza pubblica all'interno di singole società private."

<sup>15</sup>Cfr. F. BONELLI- M. ROLI, *Privatizzazioni*, in *En. Dir., Agg.*, IV, Milano, 2000, 1006 ss.

anche dopo che è stato ceduto il controllo delle società, a tutela di interessi generali su alcune decisioni c.d. strategiche<sup>16</sup>.

L'inserimento di tali poteri comporta una deroga alle regole del diritto delle società e alle limitazioni della libertà di circolazione dei capitali, e pur permettendo la tutela degli interessi generali in quei settori definiti strategici quali, per esempio, l'energia o la difesa, tutela giustificata alla luce degli principi e delle regole dell'ordinamento sovranazionale, è molto criticato in quanto determinante comunque una discriminazione tra gli operatori. Tale strumento, tra l'altro, per l'ambito di operatività completamente discrezionale, per lo svincolo dal possesso anche solo di un'azione all'interno delle società privatizzate, per la mancata indicazione dei criteri di esercizio di tali poteri, è oggetto di diverse critiche da parte della dottrina e della Commissione europea, provocando non pochi contrasti tra l'Unione Europea ed i singoli Stati membri.

L'istituto, anche se giustificato da "imprescindibili motivi di interesse generale", è così oggetto, ripetutamente, di censure formulate dalla Corte di giustizia UE riguardante la sua compatibilità con i principi dei Trattati europei. In particolare si critica "l'invadenza" della presenza dello Stato nelle nuove società per azioni privatizzate, la compatibilità della legge in oggetto sia con i principi in tema di società per azioni sia con la normativa comunitaria, il contrasto con l'idea di un Mercato unico propugnato dall'Unione europea, la discriminazione a danno di cittadini comunitari.

Si critica l'idoneità di poteri speciali al fine di limitare gli investimenti all'interno dell'Unione Europea perché contrastanti con i principi della libertà di

<sup>16</sup> La disciplina sui poteri speciali, così come stabilito dal 3 comma dell'articolo 2 del decreto in esame ha validità anche per le società controllate dagli enti pubblici, territoriali ed economici, che operano nei settori dei trasporti e degli altri servizi pubblici. Anche se apparentemente *ex art. 2 comma 1 l. 474/1994*, l'introduzione dei poteri speciali sembra essere obbligatoria, in realtà è facoltativa dal momento che spetta allo Stato individuare con apposito decreto del Presidente del Consiglio dei ministri le società nei cui statuti introdurre i poteri speciali. Sul punto più ampiamente cfr. F. FRENI, *Golden share e principio di proporzionalità: quando il fine non giustifica i mezzi*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 10, 2002, 1049; ID, *L'incompatibilità con le norme comunitarie della disciplina sulla golden share*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 11, 2001, 1145; F. BONELLI-M. ROLI, *Privatizzazioni*, in *En. Dir., Agg.*, IV, Milano, 2000, 1007 ss.; C. IBBA, *La tipologia delle privatizzazioni*, in *Giur. Comm.*, 2001, I, 464; T. BALLARINO-L. BELLODI, *La golden share nel diritto comunitario*, in *Riv. Società*, 2004, 2, ss; S. GOBBATO, *Golden share ed approccio uniforme in materia di capitali nella recente giurisprudenza comunitaria*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. comun.*, 2004, 427; G.C. SPATTINI, *Poteri pubblici dopo la privatizzazione*, Torino, 2006; E. FRENI, *Golden share, ordinamento comunitario e liberalizzazioni asimmetriche: un conflitto irrisolto*, nota a Corte di Giustizia delle Comunità europee, sentenza 28 settembre 2006, cause riunite C-282/04 e C-283/04 – Commissione /Regno dei Paesi Bassi, in *Gior. Dir. Amm.*, 2, 2007, 145.

stabilimento e della libera circolazione dei capitali, principi presenti nel Trattato sul funzionamento dell'unione Europea<sup>17</sup>.

Nonostante il legislatore italiano si sia adoperato, più volte, per superare le critiche e i rilievi mossi dall'Unione Europea<sup>18</sup>, la Corte di Giustizia condanna le modalità di intervento dell'Italia e di altri paesi europei, quali il Portogallo, il Regno Unito, la Francia, la Spagna, la Germania e indica i requisiti necessari perché l'intervento dello Stato, attraverso l'esercizio dei poteri speciali, possa considerarsi compatibile con le libertà fondamentali dell'Unione europea. Le infrazioni riguardano soprattutto la violazione del principio di proporzionalità e si precisa che lo Stato può essere titolare di poteri speciali sempre che gli stessi siano esercitati per il conseguimento dell'obiettivo perseguito. La condanna riguarda il contrasto della normativa sui poteri speciali con le disposizioni in materia del diritto di stabilimento *ex art. 43 Trattato CE, ora 49 TFUE*, della libera prestazione dei servizi *ex art. 49* e della libera circolazione dei capitali *ex art. 56, ora art. 63 TFUE*. La Corte ritenendo che i poteri speciali riconoscano allo Stato un potere di limitare discrezionalmente ed in maniera illimitata la libera circolazione dei capitali all'interno della comunità e dunque di influire sul diritto di stabilimento delle imprese, condanna la Repubblica italiana per aver violato, attraverso l'adozione degli artt. 1, c. 5 e 2 della legge 474/1994, gli obblighi ad essa imposti dagli artt. 43, 49 e 56<sup>19</sup>.

La legislazione europea con tali censure ha, quindi, determinato un progressivo depotenziamento del potere dello Stato sulle società strategiche privatizzate ed impone una profonda trasformazione al ruolo dello Stato nell'economia. Il ruolo di garante degli interessi vitali dell'intera collettività non può essere utilizzato al

---

<sup>17</sup> Cfr. F. BONELLI- M. ROLI, *Privatizzazioni*, in *En. Dir., Agg.*, IV, Milano, 2000, 1008 ss.; E. FRENI, *Golden share, ordinamento comunitario e liberalizzazioni asimmetriche: un conflitto irrisolto*, nota a Corte di Giustizia delle Comunità europee, sentenza 28 settembre 2006, cause riunite C-282/04 e C-283/04 – Commissione /Regno dei Paesi Bassi, in *Gior. Dir. Amm.*, 2, 2007, 145.

<sup>18</sup> Si ricorda che il 4 maggio 1999 il Presidente del Consiglio dei ministri ha emanato una direttiva, il cui contenuto, ribadito anche dalla legge 488/1999, prevede l'indicazione degli "obiettivi" che giustificano l'introduzione dei "poteri speciali" nell'ambito degli statuti delle società per azioni privatizzate.

<sup>19</sup> Il riferimento è alla decisione della Commissione UE del 24 novembre 2011 che deferisce l'Italia alla Corte di Giustizia per infrazioni che riguardano l'Eni, l'Enel, la Finmeccanica e la Telecom Italia. Cfr. Corte di Giustizia, UE 23 maggio 2000, causa C-58/99, Commissione c. Repubblica italiana in *Giur. It.*, 2000, 1967 secondo la quale "tali poteri possono scoraggiare l'esercizio delle libertà fondamentali del Trattato, e devono soddisfare quattro requisiti, cioè devono applicarsi in modo non discriminatorio, devono essere giustificati da motivi imperativi d'interesse generale, devono essere idonei a garantire il conseguimento dell'obiettivo perseguito e non devono andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo".

fine di influenzare la vita delle società partecipate, pena la violazione dei principi stabiliti dal Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea.

La risposta del Governo italiano, in termini di assunzione di impegno a procedere, in tempi rapidi, ad una nuova regolamentazione, al fine di rendere "i poteri speciali" conformi alla disciplina comunitaria e dunque, rispettosa delle statuizioni della Corte di giustizia, non si è fatta attendere. Il legislatore con la legge 24 dicembre 2003, n. 350 art. 4 commi 227-231, interviene sul disposto dell'art.2 del d.l. 31 maggio 1994, n. 332, convertito con l. 30 luglio 1994, n. 474 e più tardi con D.P.C.M. del 10 giugno 2004 che sostituisce il precedente D.P.C.M. 11 febbraio 2000, fissa "i criteri di esercizio dei poteri speciali"<sup>20</sup>.

Le modifiche alla normativa nazionale sui poteri speciali, apportate dalla legge 350/2003, determinano il passaggio da un sistema di autorizzazione preventiva ad uno di opposizione, rispondente ai principi del diritto comunitario. I poteri speciali si trasformano così da strumento preventivo a strumento di controllo successivo, esercitabili solo ed esclusivamente in presenza di anomalie del procedimento di formazione delle delibere delle società e di concreto pregiudizio per gli interessi vitali dello Stato e tramite un provvedimento adeguatamente motivato. La normativa in esame intende ridefinire i poteri speciali come poteri da esercitarsi non sulla gestione ordinaria delle imprese privatizzate ma su quelle modificazioni dell'atto costitutivo che possano in qualche modo ledere gli interessi vitali dello Stato e garantire così al Governo, seppure solo "a posteriori", un intervento protettivo degli stessi. La nuova versione dell'art. 2 introdotta dalla legge 350/2003 trasforma così il potere speciale dello Stato da "potere di gradimento preventivo" in "potere di opposizione" ed è legato alla presenza di un "pregiudizio agli interessi vitali dello Stato", che deve essere ben analizzato nel provvedimento motivato da parte del Ministero dell'economia e delle finanze. I poteri speciali dello Stato devono, dunque, esercitarsi solo ed esclusivamente in ipotesi potenzialmente in grado di arrecare nocimento agli interessi vitali della nazione, interessi sottesi allo svolgimento di determinate attività economiche fondamentali<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> Cfr. D.P.C.M. 10 giugno 2004 sulla "Definizione dei criteri di esercizio dei poteri speciali, di cui all'art.2 del decreto legge 31 maggio 1994, n. 332, convertito, con modificazioni, con legge 30 luglio 1994, n. 474.

<sup>21</sup> Per quanto riguarda, invece, "l'applicabilità dell'istituto dell'invalidità ovvero dell'inefficacia, non pare possano sussistere dubbi sul fatto che la stessa norma prevede che i patti in essa contemplati siano validi ed efficaci sin dall'inizio - sia pur con le limitazioni all'esercizio di alcuni diritti nascenti dalla qualità di socio, limitate all'esiguo periodo di dieci giorni fissato dalla norma per l'esercizio del potere di opposizioni in esame - e che siano sottoposti ad una condizione risolutiva espressa fissata *ex lege* e costituita dall'esercizio da parte del ministero competente di

L'art. 1, 1. del D.P.C.M. del 10 giugno 2004, in tema di criteri di esercizio dei poteri speciali, al fine di sanare la situazione di pregiudizio creatasi, prevede che " i poteri speciali di cui all'art. 2 del decreto-legge n. 332 del 1994, siano esercitati esclusivamente ove ricorrano rilevanti e imprescindibili motivi di interesse generale, in particolare con riferimento all'ordine pubblico, alla sicurezza pubblica, alla sanità pubblica e alla difesa, in forma e misura idonee e proporzionali alla tutela di detti interessi, anche mediante l'eventuale previsione di opportuni limiti temporali, fermo restando il rispetto dei principi dell'ordinamento interno e comunitario, e tra questi in primo luogo del principio di non discriminazione."

La disciplina dei "criteri di esercizio dei poteri speciali", da un lato, riesce a dare risposta alle innumerevoli eccezioni sollevate dalla Commissione Europea al Governo italiano sulla scarsa chiarezza dell'esposizione dei criteri di esercizio e, dall'altro, precisa che tale esercizio non può essere fondato su generici obiettivi di politica economica ed industriale, ma su determinati motivi di ordine pubblico, sicurezza pubblica e difesa. La previsione di *golden share*, oramai fonte di conflitto tra le ragioni dello Stato miranti al controllo delle società privatizzate e le ragioni della Comunità europea volte all'eliminazione dei vincoli alla libera circolazione dei capitali e alla promozione della circolazione dei capitali all'interno di un mercato unico, è sempre più al centro dell'attenzione delle pronunce della Corte di Giustizia ed il conflitto tende sempre più ad espandersi<sup>22</sup>.

Nel 2005 dopo una prima fase di tolleranza e di apertura verso gli *special right* da parte della Comunità europea, si assiste ad un cambiamento di rotta in termini di inasprimento. L'orientamento comunitario non riesce più a giustificare la presenza di tali poteri, laddove, gli interessi a fondamento degli stessi possono essere perseguiti per altre vie meno incidenti sulla libertà di

---

opposizione" così C. SAN MAURO, *La disciplina della golden share dopo la sentenza della Corte di giustizia C-326/07 in Astrid*, ANNO, 11

<sup>22</sup> Più volte la Corte di Giustizia è intervenuta dichiarando l'incompatibilità delle *golden shares* con il diritto comunitario: dalla legge italiana alle leggi portoghese, francese, belga, spagnola e inglese. Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 23 maggio 2000 Commissione/Repubblica italiana, in *Racc. giur.*, 2000, 3811; Corte di Giustizia sentenza 4 giugno 2002 Commissione/Repubblica Portoghese, in *Racc. giur.*, 2002, 4731; Corte di Giustizia sentenza 4 giugno 2002 Commissione/Francia, in *Racc. giur.*, 2002, 4781; Corte di Giustizia sentenza 4 giugno 2002 Commissione/Regno del Belgio, in *Racc. giur.*, 2002, 4808; Corte di Giustizia 13 maggio 2003 Commissione/Regno di Spagna in *Racc. giur.*, 2003, 4581; Corte di Giustizia, sentenza 13 maggio 2003 Commissione/Regno Unito e Irlanda del nord, in *Racc. giur.*, 2003, 4641.



circolazione dei capitali<sup>23</sup>. L'atteggiamento non è di chiusura verso le imprese pubbliche ma di apertura verso un mercato dei capitali libero e quindi verso la presenza di imprese a partecipazione pubblica non soggette ad un potere dello Stato discrezionale ed imprevedibile. Il conflitto in atto in questi anni, sembra, dunque, destinato ad accentuarsi.

Diversi gli interventi del giudice comunitario con i quali si dichiara l'incompatibilità dei "poteri speciali" per violazione degli artt. 43 e 56 del Trattato CE. Per la Corte di giustizia il decreto del 2004 non specificando sufficientemente "i criteri di esercizio dei poteri speciali", non consente agli investitori un'adeguata conoscenza sull'utilizzo degli stessi, nel rispetto dei principi dell'ordinamento interno e comunitario, primo fra tutti il principio di non discriminazione<sup>24</sup>. In questo periodo, ulteriore strumento per le società partecipate è la c.d. *poison pill* introdotta dall'art. 1, commi 381-384, della legge 23 dicembre 2005, n. 266, in base alla quale è introdotta "la facoltà per le società in cui lo Stato detenga una partecipazione rilevante di emettere azioni e strumenti finanziari partecipativi che attribuiscono il diritto a chiedere l'emissione di nuove azioni o strumenti partecipativi muniti di diritto di voto. In concreto, nel caso di offerta pubblica di acquisto riguardante società partecipate dalla mano pubblica, tale strumento permette di deliberare un aumento di capitale, grazie al quale l'azionista pubblico può accrescere la propria quota di partecipazione, contrastando così il tentativo di scalata ostile<sup>25</sup>".

---

<sup>23</sup> Il riferimento è al documento adottato dalla Commissione nel luglio del 2005 nel quale sono indicati, tra l'altro, anche i criteri da adottare per dichiarare compatibili i poteri speciali con l'ordinamento comunitario. Cfr. sul punto Commissione UE, *Special rights in privatised companies in the enlarged Union - a decade full of developments* Commission staff working documents del 22 luglio 2005, in [http://ec.europa.eu/internal\\_market/capital/framework/reports\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/capital/framework/reports_en.htm)

<sup>24</sup> Nella *querelle* l'attenzione si sposta anche sul problema della difesa dei "campioni nazionali" e delle liberalizzazioni asimmetriche. "Nelle numerose pronunce adottate in materia, la Corte di Giustizia ha sempre condotto un'analisi volta a verifica se le restrizioni alla libera circolazione dei capitali, previste dagli Stati in nome di "imperative ragioni di interesse generale", potessero considerarsi giustificate alla luce dei principi e delle regole dell'ordinamento sovranazionale. Tale analisi è stata basata sul cosiddetto test di proporzionalità, che serve a stabilire se le restrizioni introdotte siano idonee al conseguimento dell'obiettivo di interesse generale e non vadano oltre quanto necessario per il suo raggiungimento.", così E. FRENI, *Golden share, ordinamento comunitario e liberalizzazioni asimmetriche: un conflitto irrisolto*, nota a Corte di Giustizia delle Comunità europee, sentenza 28 settembre 2006, cause riunite C-282/04 e C-283/04 – Commissione/Regno dei Paesi Bassi, in *Gior. Dir. Amm.*, 2, 2007, 145.

<sup>25</sup> Così D. SICLARI, *Le privatizzazioni nel diritto dell'economia*, in *Corso di diritto pubblico dell'economia*, a cura di M. PELLEGRINI, Padova, 2016, 425.



Negli anni a seguire, e ponendosi nel solco di altre azioni della Commissione Europea contro la *golden share* di Spagna, Gran Bretagna, Paesi Bassi e Portogallo, la disciplina della *golden share*, in Italia, subisce nuovi interventi da parte della Corte di Giustizia per infrazioni riguardanti il diritto di stabilimento (art.43) e la libera circolazione dei capitali (art.56)<sup>26</sup>. La Corte di Giustizia giudica contrarie alla libertà di stabilimento e a quella di circolazione di capitali sia le disposizioni di cui al d.l. 332/1994 che il successivo decreto del 2004 e ritiene i criteri stabiliti "generici ed imprecisi" e che "l'assenza di un nesso" tra i criteri di esercizio dei poteri speciali ed i poteri stessi, aumenta l'incertezza sui casi in cui le facoltà possono essere attivate conferendole carattere discrezionale, spesso sproporzionato agli obiettivi perseguiti.

Gli interventi dell'Unione Europea, alla luce delle nuove sfide globali che vedono un'elevata competizione economica internazionale ed una maggiore concorrenzialità tra gli operatori del mercato, pur tenendo conto delle preoccupazioni degli Stati membri nel voler conservare un'influenza sulle imprese inizialmente pubbliche e successivamente privatizzate, sono volti ad un ridimensionamento dell'intervento dei singoli Stati nella gestione delle imprese e conducono verso una riforma del sistema.

La Commissione Europea, nel riconoscere la legittimità della previsione dei poteri speciali posti a salvaguardia degli interessi vitali dello Stato, si sofferma, tra l'altro, sulla genericità dei poteri stessi, sull'incertezza delle condizioni del loro esercizio, sulla non proporzionalità delle misure rispetto allo scopo,

---

<sup>26</sup> Con sentenza del 26 marzo 2009 la disciplina italiana della *golden share* è dichiarata dalla Corte di Giustizia in contrasto con le disposizioni del Trattato CE perché ritenuta restrittiva della libertà di stabilimento e della libera circolazione dei capitali, cfr. Corte di Giustizia UE, 26 marzo 2009, causa 326/07, Commissione c. Repubblica italiana, in <http://curia.europa.eu/>. Secondo la Corte "La Repubblica italiana, avendo adottato le disposizioni di cui all'art. 1, 2° comma, d.p.c.m. 10 giugno 2004, recante definizione dei criteri di esercizio dei poteri speciali (attribuiti dal possesso della golden share), di cui all'art.2 d.l. 31 maggio 1994 n.332, convertito, con modifiche, dalla l. 30 luglio 1994 n. 474, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti: - in forza degli artt. 43 Ce e 56 Ce, nella misura in cui dette disposizioni si applicano ai poteri speciali previsti dall'art. 2, 1° comma, lett. a) e b), predetto decreto legge, come modificato dalla l. 24 dicembre 2003 n. 350, recante disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2004), e - in forza dell'art. 43 Ce, nella misura in cui dette disposizioni si applicano al potere speciale previsto dal citato art.2, 1° comma, lett.c)" cfr. C. SAN MAURO, *La disciplina della golden share dopo la sentenza della Corte di giustizia C-326/07 in Astrid*, ANNO, al quale si fa riferimento per una chiara esposizione del quadro normativo italiano in tema di poteri speciali e della posizione dell'Unione europea sul punto Cfr. inoltre M. COLANGELO, "Golden share", *diritto comunitario e i mercanti di Venezia*, nota a Corte di Giustizia delle Comunità Europee 26 marzo 2009 (causa C-326/07), in *Foro it.* 2009, 5, 224.

sull'eccessiva discrezionalità attribuita all'autorità amministrativa nell'esercizio del potere<sup>27</sup>.

Lo Stato italiano pur adeguandosi alle indicazioni della Corte di Giustizia sulla rimozione delle barriere alla circolazione dei capitali avverte la necessità di garantire il perseguimento degli obiettivi di carattere politico che includono, tra l'altro, la difesa del carattere economico e finanziario del sistema economico e delle società privatizzate dalla prevalenza di asimmetrie e chiare regole di reciprocità.

L'Italia e gli altri Stati membri, a seguito delle contestazioni sollevate dalla Commissione Europea e tendo conto della giurisprudenza della Corte di giustizia, si adeguano e modificano la struttura dei loro meccanismi al fine di proteggere gli assetti delle società che sono operanti nei settori strategici e di interesse nazionale.

A seguito del decreto del Presidente del consiglio dei Ministri del 20 maggio 2010 che porta all'abrogazione dell'articolo 1, comma secondo, del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 10 giugno 2004, si registra un nuovo intervento sui poteri speciali dello Stato e si avverte la necessità di un intervento radicale non più procrastinabile. Con il d.l. 15 marzo 2012 n.21, convertito in l. 11 maggio 2012, n.56, il legislatore ridisegna, quindi, tutta la disciplina dei poteri speciali dello Stato e realizzando un assetto della materia profondamente diverso da quello precedente sostituisce l'intera disciplina sui poteri speciali *ex art.2 del d.l. 332/1994*, convertito in l. 474/1994 e successivamente modificato dalla l. 350/2003. Si registra così il passaggio dalla *golden share* alla *golden power*<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> "La nuova disciplina si inserisce in un processo normativo più ampio, attraverso il quale negli ultimi anni il legislatore italiano ha cercato di definire una strategia di tutela delle società operanti in settori considerati strategici per l'economia nazionale (si vedano su tutti, oltre al d.l. n.332/94, la l. 350/2003)" così C. SAN MAURO, *I poteri speciali del governo nei confronti delle società che operano nei settori strategici: dalla golden share ai golden powers*, in *Il foro amm.*, II, 2015, 2955.

<sup>28</sup> Il D.P.C.M. del 20 maggio 2010 abroga i poteri speciali che erano stati introdotti a garanzia dell'approvvigionamento nazionale dei prodotti petroliferi ed energetici, della garanzia del livello minimo di servizi di telecomunicazione e di trasporto che potevano risultare un grave pericolo per la difesa del paese. A seguito della Commissione europea del 16 febbraio 2011 che ritiene che la legge italiana sui poteri speciali fosse in evidente posizione di violazione del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea dovuto ad atteggiamento dissuasivo nei confronti degli investimenti esteri, il d.l. 21/2012, convertito in l. 11 maggio 2012 n. 56, recante *Norme in materia di poteri speciali sugli assetti societari nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, nonché per le attività di rilevanza strategica nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni*, sostituisce la precedente disciplina in tema di poteri speciali prevista dall'art. 2 del d.l. 332/1994.

Con il d.l. 21 del 2012 e con i successivi decreti attuativi per rispondere alle contestazioni sollevate dalla Commissione Europea in ordine alla compatibilità della precedente *golden share* con la legislazione europea, il legislatore provvede ad indicare le aree di riferimento, assenti nella precedente disciplina, ed attribuisce al Governo i poteri speciali per intervenire in determinate imprese strategiche e a prescindere da una attuale o pregressa partecipazione dello Stato o di enti pubblici al relativo capitale di rischio<sup>29</sup>. Le clausole presenti negli statuti societari delle società privatizzate cessano così di avere efficacia. Il d.l. 21/2012 convertito nella l. 56/2012 rappresenta la fase finale di un lungo processo evolutivo dei poteri speciali. Si parte, infatti, dall'art. 2, comma 1, lett.a) del d.l. 332/1994 nel quale si prevede il potere di ingerenza pubblica caratterizzato da un gradimento pubblico nei trasferimenti delle partecipazioni rilevanti, per passare al potere di opposizione pubblica ai trasferimenti di partecipazioni rilevanti ex l. 350/2003 che modifica la precedente lettera a) dell'art. 2, comma 1, del d.l. 332/1994 ed arrivare al potere di opposizione ai trasferimenti partecipativi che possano compromettere gli interessi di settori ex d.l. 21/2012 convertito nella l. 56/2012<sup>30</sup>. Si evidenzia così "una tendenza evolutiva della *golden share* improntata a un progressivo abbandono del ruolo di congegno propedeutico alla privatizzazione sostanziale delle imprese un tempo pubbliche per divenire, invece, dispositivo di vigilanza esterna in grado di influenzare gli assetti proprietari e l'operatività (potenzialmente) di tutte le imprese operanti nei settori strategici ogni qual volta gli interessi pubblici essenziali siano gravemente minacciati"<sup>31</sup>.

### **3. Dalla golden share ai c.d. golden power.**

I nuovi poteri speciali dello Stato, ora noti con il termine di *golden powers*, permettono allo Stato di prevenire l'ingresso di operatori stranieri che risultano meno controllabili nel mercato nazionale e di intervenire sulla circolazione delle

<sup>29</sup> Secondo la precedente disciplina, infatti, in assenza di una definizione dello specifico campo di applicazione tutti gli interventi risultavano di "rilevanza strategica". Sul ruolo della *golden share* negli altri paesi europei cfr., tra gli altri, anche A. SACCO GINEVRI – F. M. SBARBARO, *La transizione dalla golden share nelle società privatizzate ai poteri speciali dello Stato nei settori strategici: spunti per una ricerca*, in *Le nuove leggi civ. comm.*,1, 2013, 109. Sulle ragioni che hanno spinto il legislatore italiano

<sup>30</sup> Cfr. A. SACCO GINEVRI – F. M. SBARBARO, *La transizione dalla golden share nelle società privatizzate ai poteri speciali dello Stato nei settori strategici: spunti per una ricerca*, in *Le nuove leggi civ. comm.*,1, 2013, 116.

<sup>31</sup> Così A. SACCO GINEVRI – F. M. SBARBARO, *La transizione dalla golden share nelle società privatizzate ai poteri speciali dello Stato nei settori strategici: spunti per una ricerca*, in *Le nuove leggi civ. comm.*,1, 2013, 147.

azioni e sulle operazioni straordinarie poste in essere dalle società che operano nei settori strategici economici della difesa, della sicurezza nazionale, dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni, indipendentemente da una attuale o pregressa partecipazione azionaria, prescindendo dalla partecipazione dello Stato nella compagine azionaria delle società<sup>32</sup>.

L'intervento dello Stato che si sposta da un livello privatistico ad uno meramente pubblicistico appare compatibile con le prescrizioni dell'Unione Europea<sup>33</sup>. Lo Stato restando estraneo alla struttura societaria, interviene in maniera eccezionale ed esercita i suoi poteri speciali in tutte le società, private e pubbliche, impegnate in attività nei diversi settori strategici, individuati dai pubblici poteri, preservando così il principio della concorrenzialità dell'impresa e non limitando più gli stessi poteri alle sole società privatizzate o in mano pubblica così come stabiliva la precedente disciplina *ex d.l. 332/1994*. L'intento del legislatore è superare il precedente obiettivo che, a seguito della perdita del controllo societario sulle imprese operanti nei diversi settori strategici, mirava al mantenimento del controllo dello Stato sulle stesse, a beneficio di una ben più ampia tutela dell'interesse pubblico essenziale, con la finalità di consentire un'ingerenza dello Stato in tutti i casi in cui, a prescindere dalla natura del titolare, ci sia pericolo per il funzionamento delle attività economiche strategiche. Il legislatore, dunque, svalutando la strumentalità della *golden share* alla conservazione del potere pubblico *post* dimissione del controllo sulle società privatizzate e con la trasformazione dei poteri pubblici posti a salvaguardia di interessi pubblici essenziali, dunque di più ampio respiro, fa registrare un passaggio di grande rilevanza strategica: quello dalla privatizzazione alla regolamentazione. A salvaguardia degli assetti reputati strategici e di interesse nazionale e anche al fine di rispondere alle censure sollevate in sede europea, il legislatore disciplina, dunque, nuovamente e organicamente tutta la materia in tema di poteri speciali esercitabili dal Governo in tali settori, ridefinendo l'ambito soggettivo e oggettivo, la tipologia, le condizioni e le procedure di esercizio di tali poteri. E' dunque una riforma radicale, rispetto alla normativa precedente, che disciplina materie sulla libertà

<sup>32</sup> Settori regolamentati dai D.P.R. 25 marzo 2014 n. 85 e n. 86 e dal D.P.R. 6 giugno 2014 n. 108, aggiornabili ogni tre anni.

<sup>33</sup> Cfr. tra gli altri G. D'ALPA, *La golden share e i golden powers nel diritto europeo*, in [www.sicurezza nazionale.gov.it](http://www.sicurezza nazionale.gov.it); A. COMINO, *Golden powers per dimenticare la golden share: le nuove forme di intervento pubblico sugli assetti societari nei settori della difesa, della sicurezza nazionale, dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2014, 5, 1019.

individuale, i principi costituzionali e dell'Unione Europea, il diritto alla concorrenza, la libertà di iniziativa economica, il diritto di proprietà e le esigenze prioritarie di interesse pubblico quali quelle della difesa e della sicurezza nazionale<sup>34</sup>. L'obiettivo è tutelare i settori strategici dell'economia chiaramente delineati (la difesa, la sicurezza nazionale, l'energia, le comunicazioni e in trasporti), da progetti di pianificazioni che ignorino gli interessi vitali dello Stato rendendo compatibile la disciplina nazionale in tema di poteri speciali del Governo con la normativa europea ed evitare così ulteriori censure da parte della Corte di Giustizia. Evidentemente tale obiettivo aiuta a comprendere l'attuale composizione normativa della *golden power* che permette allo Stato di essere "un interlocutore privilegiato" ogni volta che un'operazione societaria abbia ad oggetto un'attività economica strategica per il Paese. La *ratio politica* del *golden power* va ricercata nella volontà sia di prevenire l'aggressione di operatori stranieri, non controllabili, nel mercato nazionale e che potrebbero rivelarsi speculativi e potenzialmente pregiudizievoli per gli interessi pubblici essenziali, sia nella volontà di adeguare il nuovo testo normativo con la legislazione comunitaria al fine di superare le censure sollevate dalla Corte di Giustizia UE. La differenza sostanziale con la precedente disciplina della *golden share* è l'ampliamento della sfera delle attività economiche strategiche che potenzialmente possono essere soggette ai poteri speciali dello Stato, indipendentemente da una partecipazione azionaria dello stesso. La precedente disciplina prevede poteri speciali dello Stato di natura autorizzatoria e discrezionale con una sfera applicativa di tipo soggettivo, caratterizzato cioè dalla presenza delle imprese pubbliche. Il *golden power* attribuisce, dunque, allo Stato un nuovo potere, con un ambito di applicazione di tipo oggettivo, oppositivo e prescrittivo e solo successivamente

<sup>34</sup> Da un punto di vista soggettivo le prerogative dello Stato non dipendono più dalla partecipazione azionaria pubblica bensì dalla presenza di società operanti in determinati settori strategici, mentre da un punto di vista oggettivo ha ad oggetto acquisizioni superiori a soglie determinate. Cfr. A. FORTE, *I poteri speciali sugli assetti societari nei settori della difesa e della sicurezza nazionale*, in *Nomos*, 3, 2014. Per quanto riguarda i criteri di esercizio dei poteri, la nuova normativa prevede che "siano di competenza della fonte primaria (vale a dire, nel caso di specie, del decreto legge), a differenza di quanto previsto dalla previgente disciplina, secondo la quale la determinazione dei criteri di esercizio dei poteri speciali era affidata a una norma secondaria (decreto del Presidente del consiglio dei Ministri del 10 giugno 2004, e successive modifiche), prevedendo che l'esercizio degli stessi fosse limitato ai soli casi di pregiudizio degli interessi vitali dello Stato" così C. SAN MARCO, *I golden powers tra legislazione e applicazione concreta*, in *Astrid*, 15, 2017.

di tipo interdittivo. L'esercizio è previsto solo con riferimento ad interessi nazionali e con adeguate e proporzionali forme al reale pregiudizio<sup>35</sup>.

Pur allargando la sfera di influenza, la nuova riforma riduce la discrezionalità del Governo al quale sono offerti strumenti che sono proporzionati al rischio concreto. L'intervento dello Stato nell'economia, al fine di limitare la libera circolazione dei capitali, deve essere ben motivato e riguardante i soli settori ove esistano interessi strategici di rilevanza nazionale. Con la *golden power* si presenta con un ambito applicativo più ampio e con una tipizzazione dei poteri speciali che possono essere esercitati nei confronti di tutte le società, pubbliche e private, che operano nei settori strategici della difesa e della sicurezza nazionale e a quelle che esercitano attività di rilevanza strategica nell'ambito dei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni e non più soltanto nei confronti delle società privatizzate o in mano pubblica<sup>36</sup>. Diversamente dalla normativa sulla *golden share* nella quale per i poteri speciali dello Stato si ritiene necessaria una previsione inserita nello statuto delle società privatizzate, quella sulla *golden power*, pur sollevando qualche dubbio applicativo, si ricava solo dalle norme applicabili e può essere esercitato attraverso l'emanazione di decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri<sup>37</sup>. Inoltre la fissazione dei criteri di esercizio dei poteri speciali è ora di esclusiva competenza delle fonti primarie e dunque sottratta alla discrezionalità del Governo. Le condizioni, i requisiti e le modalità di esercizio dei poteri speciali

<sup>35</sup> "Sotto altro profilo è opportuno ricordare che i Trattati europei consentono l'intervento dello Stato tramite strumenti di diretta proprietà. E' possibile, ad esempio, utilizzare la Cassa Depositi e Prestiti e i suoi Fondi per interventi nell'economia, anche attraverso la partecipazione al capitale d'impresa" così C. SAN MAURO, *I poteri speciali del governo nei confronti delle società che operano nei settori strategici: dalla golden share ai golden powers*, in *Il foro amm.*, II, 2015, 2955.

<sup>36</sup> Sui criteri di compatibilità europea dell'intera disciplina dei poteri speciali, un'apposita Comunicazione della Commissione europea chiarisce che l'esercizio dei poteri speciali del governo deve essere giustificato da "motivi imperiosi di interesse generale" e deve essere attuato senza alcuna discriminazione. Con è stato adottato il regolamento che individua. Quanto all'individuazione delle attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale si rinvia al regolamento adottato con il D.P.C.M. 30 novembre 2012, n. 253.

<sup>37</sup> "In particolare, ci si riferisce all'assenza – rispetto al passato – di indici formali incontestabili (quali, ad esempio, gli statuti sociali delle imprese strategiche) da cui desumere l'assoggettamento delle società di cui trattasi all'eventuale esercizio dei poteri statali. Non è casuale che le soluzioni legislative in commento abbiano visto la luce in un momento storico in cui "il sistema Italia" ha corso il rischio di dover dismettere, con modalità e tempi repentini, attività economiche strategiche in favore di investitori per lo più esteri, potenzialmente animati da intenti speculativi e pregiudizievoli per gli interessi vitali dello Stato" così A. SACCO GINEVRI, *I golden powers dello Stato nei settori strategici dell'economia*, in *www.federalismi.it*, 22, 2106. Nel 2014 i D.P.R. stabiliscono le attività di rilevanza giuridica per il sistema della sicurezza nazionale e della difesa aggiornabili ogni tre anni.

sono oramai riconducibili solo alla legge. La caratteristica principale di questa nuova disciplina è rappresentata dalla previsione di due discipline differenziate in ordine al settore in cui la società esplica la sua attività: all'art. 1 della legge 56/2012 sono disciplinati i settori della difesa e della sicurezza nazionale, all'art. 2 quelli dell'energia, dei trasporti e delle telecomunicazioni

E' opportuno chiarire che i poteri speciali che lo Stato può esercitare nell'ambito dei settori della difesa e della sicurezza nazionale ex art. 1 d.l.21/2012 appaiono sicuramente più forti ed invasivi rispetto a quelli che lo stesso può esercitare nell'ambito dei settori dell'energia elettrica, dei trasporti e delle comunicazioni ex art. 2 d.l. 21/2012. La maggiore intensità dell'esercizio dei poteri speciali nell'ambito dei settori della difesa e della sicurezza nazionale, per tradizione di competenza della nazione, è dovuto al fatto che, nella scala degli interessi da tutelare, questi appaiono sicuramente preminenti, e, dunque, rispetto ad altri settori meno duttili all'armonizzazione a livello europeo. L'ingerenza dello Stato nei settori della difesa e della sicurezza nazionale prescinde dalla natura comunitaria o extracomunitaria dei soggetti coinvolti<sup>38</sup>.

Ai sensi dell'art.1 l'esercizio dei poteri speciali, subordinato alla sussistenza di una minaccia di un grave pregiudizio per gli interessi essenziali della difesa e della sicurezza nazionale, permette al Governo, tenendo presente i principi della proporzionalità e ragionevolezza, di imporre specifiche condizioni all'acquisto di partecipazioni di imprese strategiche nel settore della difesa e della sicurezza; di opporsi all'acquisto di partecipazioni azionarie nei casi in cui l'acquirente sia diverso dallo Stato italiano, da enti pubblici italiani o da soggetti da questi controllati e ove possa vantare una partecipazione azionaria tale da compromettere gli interessi della difesa e della sicurezza nazionale; di far valere il veto all'adozione di delibere riguardanti operazioni straordinarie adottate da siffatte imprese. L'imposizione di specifiche condizioni in caso di acquisto e l'opposizione all'acquisto limitano il principio dell'autonomia negoziale dei soci per quanto riguarda la circolazione delle partecipazioni, mentre il potere di veto all'adozione delle delibere societarie delimita, fortemente, l'autonomia imprenditoriale degli organi delle imprese strategiche. La disciplina sui *golden powers* troverà, dunque, applicazione solo in presenza

---

<sup>38</sup> "Il perimetro di applicazione dei *golden powers* nei settori in parola è definito da uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, con cui sono individuate le attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale, ivi incluse le "attività strategiche chiave" così A. SACCO GINEVRI, *I golden powers dello Stato nei settori strategici dell'economia*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)



di uno dei presupposti idonei a permettere l'esercizio dei poteri speciali da parte dello Stato e solo dopo la valutazione dell'esistenza di una minaccia di grave pregiudizio per la difesa e la sicurezza nazionale in base ai criteri indicati dalla legge, la valutazione della possibilità di esercitare il diritto di veto in base, tra l'altro, alla rilevanza strategica dei beni o delle imprese oggetto di trasferimento, la valutazione della minaccia di un grave pregiudizio agli interessi pubblici essenziali alla luce di argomenti di natura economica, finanziaria, tecnica e a volte anche politica.

L'esercizio dei poteri speciali nell'ambito dei settori dell'energia elettrica, dei trasporti e delle comunicazioni è invece disciplinato dall'art. 2 del d.l. 21/2012 il quale oltre ad enunciare disposizioni simili a quelle previste dall'art.1, prevede anche che il Governo può far valere il veto all'adozione delle delibere che riguardano *asset* strategici; può porre particolari condizioni all'efficacia dell'acquisto di partecipazioni da parte di soggetti esterni all'UE che detengono attivi "strategici"<sup>39</sup>. La disciplina dei poteri speciali nei settori indicati dall'art.2 del d.l. 21/2012, se non del tutto coincidente è molto simile a quella prevista nell'art.1 anche se il legislatore ha previsto un regime più restrittivo ed un maggior controllo nei confronti delle società che operano nei settori della difesa e della sicurezza nazionale. Nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni al fine di bloccare l'operatività di una delibera o di una operazione societaria si richiede la presenza di una situazione eccezionale, non disciplinata dalla normativa nazionale ed europea di settore che minacci un grave pregiudizio per gli interessi pubblici relativi alla sicurezza e al funzionamento delle reti e degli impianti e alla continuità degli approvvigionamenti. Per l'esercizio dei poteri speciali previsti dall'art. 1 è dunque sufficiente "la minaccia di un grave pregiudizio per gli interessi della difesa nazionale" mentre per quelli disciplinati dall'art. 2 le condizioni per l'esercizio degli stessi devono essere tali da determinare "una situazione eccezionale, non disciplinata dalla normativa nazionale ed europea di settore, di grave pregiudizio per gli interessi pubblici". L'interesse nazionale è il parametro di riferimento per la rilevanza strategica delle reti e degli impianti e

---

<sup>39</sup> "Gli attivi strategici che possono comportare l'assoggettamento della società che li detiene ai poteri speciali in disamina devono essere concretamente individuati tra i seguenti *asset*: le reti e gli impianti, ivi compresi quelli necessari ad assicurare l'approvvigionamento minimo e l'operatività dei servizi pubblici essenziali, i beni e i rapporti di rilevanza strategica per l'interesse nazionale nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni". A. SACCO GINEVRI – F. M. SBARBARO, *La transizione dalla golden share nelle società privatizzate ai poteri speciali dello Stato nei settori strategici: spunti per una ricerca*, in *Le nuove leggi civ. comm.*,1, 2013, 121.



lo Stato esercita tali poteri sulla base di criteri oggettivi e non discriminatori e con riferimento alla natura dell'operazione e a criteri di natura economica e politica il Governo è in grado di agire in maniera mirata e protezionistica<sup>40</sup>.

L'analisi dei decreti attuativi D.P.R. 25 marzo 2014, n.86 e D.P.R. 25 marzo 2014, n. 85, lascia intendere ancora una volta la volontà del legislatore di prevedere una protezione più intensa nei settori della sicurezza nazionale e della difesa, riducendo l'ambito di applicabilità dei *golden powers* nei settori previsti dall'art. 2. Le motivazioni di un ridimensionamento del controllo dello Stato nell'ambito dei settori dell'energia, dei trasporti e delle telecomunicazioni "sono da ricercarsi non solo nella volontà da parte del Governo italiano di non incorrere nuovamente in condanne da parte della Corte di Giustizia europea (considerato che la nuova disciplina dei *golden powers* è tuttora al vaglio della Commissione europea), ma anche quale risposta ai pareri sfavorevoli da parte della dottrina, dell'AGCOM e del Consiglio di Stato, che auspicavano una revisione della disciplina stessa"<sup>41</sup>. Occorre chiarire, tuttavia, che la nuova disciplina in tema di *golden powers*, in linea con la normativa comunitaria, ha inteso, in definitiva, regolamentare e non impedire l'esercizio di poteri speciali da parte dello Stato nell'economia.

Alla luce di questo breve *excursus* sull'evoluzione del ruolo dello Stato nell'economia ed in particolare della *golden share*, sembra potersi affermare che il legislatore italiano nel recepire le indicazioni della Commissione europea e della Corte di giustizia, ed elaborato una disciplina nel pieno rispetto dei principi di carattere formale e procedurale, abbia contribuito all'auspicabile armonizzazione della disciplina in oggetto in Europa, al fine di garantire gli interessi nazionali di ciascuno Stato nell'ambito di un'economia sempre più globalizzata. Si rende necessario focalizzare l'attenzione, a tutela della

<sup>40</sup> Sul punto più ampiamente cfr. A. SACCO GINEVRI – F. M. SBARBARO, *La transizione dalla golden share nelle società privatizzate ai poteri speciali dello Stato nei settori strategici: spunti per una ricerca*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 1, 2013, 114 secondo i quali "sia nei settori regolati dall'art. 1 del d.l. n.21/12, sia in quelli indicati nell'art.2, il *corpus* normativo può essere analizzato secondo la seguente tripartizione: (i) individuazione del perimetro applicativo in cui l'influenza pubblica è consentita; (ii) descrizione dei singoli poteri speciali spettanti allo Stato; e (iii) illustrazione della disciplina d'esercizio di ciascun potere speciale."

<sup>41</sup> Così G. SCARCHILLO, *Dalla Golden share al Golden power: la storia infinita di uno strumento societario. Profili di diritto europeo e comparato*, in *Contratto e impresa/ Europa*, 2, 2015, 656, al quale si fa rinvio per una chiara esposizione del meccanismo della c.d. *poison pill* o pillola avvelenata, conosciuta con tale nome nell'ambito dei mercati finanziari a causa dei c.d. "blocchi" che essa può comportare per un investitore che si appresti a tentare l'acquisizione di una società quotata e per le considerazioni in ordine al futuro e all'utilità della *golden power*.

concorrenza fra gli Stati, sulla creazione di un chiaro quadro giuridico e di grandi progetti di sviluppo favorevoli per gli investitori nazionali e stranieri.

Vale la pena sottolineare che l'adozione del nuovo strumento di tutela, ben motivato, opponibile in sede giurisdizionale e limitato solo ai settori con interessi strategici di rilevanza nazionale, posto al fine di dare risposta alle censure mosse dalla Corte di Giustizia Europea e alla possibilità di difendersi da un uso politico degli investimenti esteri nel nostro Paese, non deve impedire però l'impegno e l'adozione di tutte le misure idonee ad attrarre investitori stranieri su progetti di lungo periodo.

La legislazione europea non pone il divieto all'esistenza delle imprese pubbliche ma esige solo che il mercato sia libero e che tutte le imprese a partecipazione pubblica non siano sottoposte ad alcun potere di tipo discrezionale. Lo stato può, dunque, esercitare i poteri speciali e limitare la libera circolazione dei capitali, solo se gli stessi tutelano interessi nazionali e risultano essere proporzionati e adeguati al reale e possibile pregiudizio e l'esercizio risulta ben motivato e limitato solo ai settori strategici di rilevanza nazionale<sup>42</sup>.

Recentemente il legislatore è intervenuto nuovamente, sulla questione dei poteri speciali e con l'art. 14 del d.l. 16 ottobre 2017 n. 148, recante "Disposizioni urgenti in materia finanziaria e per le esigenze indifferibili", ha apportato importanti modifiche alla disciplina dei *golden powers* e del controllo degli investimenti extra UE, modificando gli articoli 1, 2 e 3 del decreto legge 15 marzo 2012, n.21 convertito con modificazioni nella legge 11 maggio 2012, n. 56.

La principale novità riguarda, con riferimento ai settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni, nuove regole riguardanti i casi di acquisto di *asset* strategici da parte di un investitore estero, non appartenente all'Unione Europea, con l'obiettivo di verificare che tale acquisto non comporti una minaccia di grave pregiudizio per l'interesse nazionale, ovvero "un pericolo per la sicurezza o per l'ordine pubblico".

Il nuovo provvedimento legislativo riguarda, tra l'altro, l'individuazione, ai fini della verifica in ordine alla sussistenza di "un pericolo per la sicurezza e l'ordine pubblico", dei settori ad "alta intensità tecnologica". Lo Stato potrà esercitare i poteri speciali oltre che nei settori della difesa, dell'energia, dei trasporti e delle

---

<sup>42</sup> Secondo parte della dottrina "sotto altro profilo, è opportuno ricordare che i Trattati europei consentono l'intervento dello Stato tramite strumenti di diretta proprietà. E' possibile, ad esempio, utilizzare la Cassa Depositi e Prestiti e i suoi Fondi per interventi nell'economia, anche attraverso la partecipazione al capitale d'impresa" così C. SAN MARCO, *I golden powers tra legislazione e applicazione concreta*, in *Astrid*, 15, 2017.

telecomunicazioni anche con riferimento ai nuovi settori, c.d. ad "alta intensità tecnologica" laddove sia presente una situazione di pericolo per la "sicurezza e l'ordine pubblico" e non più solo un grave pregiudizio per "l'interesse nazionale"<sup>43</sup>.

Il riferimento alle esigenze di sicurezza e di ordine pubblico se da un lato ha condotto ad un ampliamento e ad un potenziamento dei poteri speciali dello Stato, dall'altro ha concesso una maggiore discrezionalità al Governo che può così blindare una società nelle ipotesi di pericolo per l'interesse del paese e di intervenire nei casi di scalate pericolose da parte di soggetti esteri<sup>44</sup>.

L'obiettivo è includere nell'ambito della sfera applicativa del *golden power* settori nuovi che, costituendo elementi fondamentali di diverse infrastrutture e servizi strategici, hanno una rilevanza trasversale in tutta l'economia del Paese.

#### **4. Conclusioni.**

La presente e breve analisi sulle diverse vicende evolutive, che, negli ultimi anni, hanno contraddistinto, il ruolo dello Stato nell'economia, tematica dagli aspetti complessi e delicati, conduce all'esame della progressiva trasformazione dei poteri speciali dello Stato nei confronti delle c.d. imprese strategiche e quindi al passaggio da uno Stato imprenditore ad uno Stato moderno.

Nel corso degli anni, il ruolo dello Stato è cambiato da gestore delle più importanti società nazionali, in particolare di quelle che offrono pubblici servizi, a quello di regolatore avente lo scopo sia di garantire l'efficienza dei pubblici servizi e la tutela degli interessi nazionali, sia di stimolare la creazione di un libero mercato.

---

<sup>43</sup> L'art. 14 del d.l. 16 ottobre 2017, n. 148 prevede tra i settori ad alta intensità tecnologica a) le infrastrutture critiche o sensibili, tra cui immagazzinamento e gestione dati, infrastrutture finanziarie; b) tecnologie critiche, compresa l'intelligenza artificiale, la robotica, i semiconduttori, le tecnologie con potenziali applicazioni a doppio uso, la sicurezza in rete, la tecnologia spaziale o nucleare; c) sicurezza dell'approvvigionamento di input critici; d) accesso a informazioni sensibili o capacità di controllare le informazioni sensibili.

<sup>44</sup> La definizione di tali *asset* in tali settori avrà luogo a seguito di un regolamento attuativo entro il 13 febbraio 2018 grazie al quale potranno essere individuati i nuovi settori "ad alta intensità tecnologica" tra i quali potrebbero rientrare anche la sicurezza in rete, la tecnologia nucleare e spaziale ecc. Sull'applicazione concreta dei *golden powers* si rinvia al D.P.C.M. del 16 ottobre 2017 con il quale "sono stati esercitati i poteri speciali (i.e., *golden powers*) mediante l'imposizione di specifiche prescrizioni e condizioni in relazione all'operazione di acquisto di partecipazioni da parte della società Vivendi SA in TIM S.p.a." così C. SAN MAURO, *I golden powers tra legislazione e applicazione concreta*, in *Astrid*, 15, 2017 al quale si rinvia per una più ampia trattazione del tema.

Un mutamento determinante si registra alla fine del XX secolo quando nella disciplina dell'economia agli Stati si sostituiscono le istituzioni sovranazionali e "l'ordinamento nazionale diviene parte di quello comunitario, al quale deve adeguarsi; il diritto comunitario finisce per stabilire le teste di capitolo del diritto pubblico dell'economia; l'assetto unitario dei poteri pubblici nazionali viene soppiantato dallo Stato multi organizzativo; i controlli diretti sono sostituiti dai controlli indiretti; il poter conformativo delle amministrazioni pubbliche, la gestione di imprese da parte di poteri pubblici diminuisce; si affacciano i poteri indipendenti sull'esempio dell'Inghilterra ottocentesca e degli Stati Uniti; il diritto pubblico fa largo ad un diritto misto, pubblico e privato insieme."<sup>45</sup>

Trascorso il primo decennio si registra una fase di rallentamento del processo di privatizzazione e di aumento del numero delle società a controllo regionale, provinciale e municipale finalizzate all'esercizio dell'attività di servizio e forniture agli enti controllanti<sup>46</sup>.

Negli ultimi anni, pur nella considerazione che lo Stato sia il principale regolatore del processo economico, si arriva, gradualmente, a ritenere il suo ruolo "inutile" e a considerare necessario il suo ritiro dalla economia.

Le funzioni dello Stato attualmente svolte si ricollegano ai processi di razionalizzazione degli apparati pubblici.

Recentemente si parla di esternalizzazione di attività svolte da apparati amministrativi allo scopo di rendere più efficiente e meno burocratica l'azione amministrativa. Lo Stato garantisce la fornitura di beni e servizi che altrimenti non sarebbero prodotti; garantisce un'equa divisione del reddito tra la collettività; tutela i mercati concorrenziali e prevede regole di condotta per i soggetti che operano in quelli non concorrenziali. In molti casi e per ovvi motivi di snellezza ed efficienza operativa diverse pubbliche amministrazioni invece

---

<sup>45</sup> Così S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, 2005, Roma-Bari, V ss., il quale continua affermando che "La tradizionale contrapposizione liberismo-interventismo (e peggio ancora, quella tra un secolo XIX prevalentemente liberista e un secolo XX interventista), già mostratasi errata alla verifica delle vicende amministrative, perde rilevanza nella nuova costituzione economica, in cui la sfera di azione dei poteri pubblici è più ampia, ma meno pesante il loro intervento".

<sup>46</sup> "L'unica vera cessione di aziende ha riguardato l'Ente tabacchi, venduto nel 2003 all'inglese Bat; nuovi ingenti collocamenti di azioni dell'ENI e dell'ENEL e la liquidazione delle quote residue nel capitale di Telecom Italia hanno soddisfatto le esigenze di cassa del tesoro, ma non hanno contribuito a migliorare la concorrenza né la qualità dei servizi per gli utenti." Così S. MICOSI, *Le privatizzazioni in Italia: qualche utile lezione* in [www.italianieuropei.it](http://www.italianieuropei.it)

che "organizzare", ritengono "affidare" a società strumentali alcune attività necessarie all'esercizio delle funzioni amministrative<sup>47</sup>.

Al di fuori di queste ipotesi lo Stato diventa imprenditore allorché esercita un'attività economica, esercita cioè una funzione pubblicistica attraverso la forma giuridica della società di diritto privato.

A seguito della normativa introdotta dal d.l. 21/2012 sembra raggiunto un equilibrio sistematico. Traspare l'intenzione del legislatore di perseguire gli interessi economici strategici, senza alcuna distinzione tra impresa pubblica e impresa privata, e di ritenere giustificato l'intervento dello Stato, laddove gli "interessi vitali" dello stesso siano oggettivamente e gravemente minacciati.

Si avverte il cambiamento evolutivo dei poteri speciali improntato "a un progressivo abbandono della funzione di congegno propedeutico alla privatizzazione sostanziale delle imprese un tempo pubbliche. Infatti si addivene oggi ad una loro configurazione in termini di strumenti di vigilanza esterna in grado di influenzare potenzialmente gli assetti proprietari e l'operatività di tutte le imprese operanti nei settori strategici ogni qual volta gli interessi pubblici essenziali siano messi seriamente a repentaglio."<sup>48</sup>

L'interesse dello Stato, a salvaguardia degli interessi dei settori strategici prevale su quello dei privati e si manifesta su un piano pubblicistico e non più su quello dei rapporti societari. Lo Stato supervisore, in luogo di quello imprenditore, nei settori economici strategici, appare in linea con i principi di diritto europeo e "non impedisce, tuttavia, al potere pubblico di riacquistare (in limitate circostanze, e comunque a presidio di interessi generali) un ruolo di protagonista nei mercati"<sup>49</sup>.

La crisi economico finanziaria degli ultimi anni riaccende i riflettori sui pubblici poteri avviando una nuova riflessione sul ruolo dello Stato nell'economia, soprattutto nell'ambito dei c.d. settori economici strategici a seguito

---

<sup>47</sup> Per esempio la Sogei che si occupa della riscossione delle imposte per conto del Ministero dell'Economia.

<sup>48</sup> Così A. SACCO GINEVRI, *I golden powers dello Stato nei settori strategici dell'economia*, in *www.federalismi.it*, 22, 2106.

<sup>49</sup> Cfr. A. SACCO GINEVRI, *I golden powers dello Stato nei settori strategici dell'economia*, in *www.federalismi.it*, 22, 2106, per il quale "in particolare, ciò risulta chiaro avendo riguardo ai rimedi adottati per contrastare la recente crisi finanziaria; rimedi che denotano, tuttavia, un'azione statale contingente che si è risolta in iniziative nelle quali è prevalsa l'istanza a superare, in via transitoria, le avversità del momento, piuttosto che nell'assunzione di modifiche strutturali propedeutiche all'avvio di adeguate forme di ripresa, come tali coerenti con un congruo recepimento delle indicazioni dell'Unione europea".

dell'emanazione del testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, d. lgs. 19 agosto 2016, n. 175<sup>50</sup>.

Nell'elaborazione delle motivazioni che sono alla base della crisi economica finanziaria che si trascina in Italia, ma anche nel resto dell'Europa, oramai da diversi anni, non si può non tener conto sia delle ristrettezze delle risorse pubbliche sia dei limiti posti dalla normativa europea in materia di concorrenza e di aiuti di Stato.

In questo contesto si delinea la tendenza da parte dello Stato ad assumere un ruolo "indiretto" nell'economia e complementare con i privati.

Tendenza che, favorita dall'Unione europea e dal diffuso peggioramento dei bilanci pubblici nazionali, risulta presente anche negli altri paesi dell'Unione stessa.

Queste dinamiche che portano ad indubbi vantaggi ma ad altrettanti rischi conducono altresì a sfide impegnative per l'amministrazione anche se "è indubbio peraltro che le sinergie pubblico-privato sopra descritte non vanno intese come interamente sostitutive dell'intervento pubblico diretto, giacché, oltre alla necessità di accompagnarvi un'ampia azione di riforme strutturali, il concorso dei privati potrebbe rivelarsi non sufficiente e l'intervento dello Stato, in alcuni casi, indispensabile per la stessa tenuta del sistema"<sup>51</sup>.

Gli interventi della Corte di Giustizia, sia riguardo all'ordinamento italiano quanto con riferimento agli ordinamenti degli altri Stati membri, sembrano focalizzare l'attenzione sugli aspetti formali invece che su quelli sostanziali, sugli effetti invece che sulle cause, evitando così di esaminare il grado di sviluppo delle privatizzazioni.

E' condivisibile l'opinione di chi ritiene che, in presenza di norme che si dimostrano inadeguate a garantire sia gli interessi dei singoli Stati sia quelli della Comunità europea, i tempi siano oramai maturi perché agli Stati vengano forniti i giusti strumenti a difesa delle privatizzazioni effettuate dagli attacchi dei monopolisti pubblici stranieri. Si avverte la necessità di arrivare quanto prima ad una strategia comune per tutti gli Stati membri, ad un quadro comune a livello europeo, sia al fine di ridurre gli interventi dei singoli Stati sia

---

<sup>50</sup> Su quali siano le nuove strategie che i pubblici poteri stanno seguendo, a quali veicoli, strumenti e tecniche ricorrono ed in particolare su quale ruolo si va configurando per lo Stato cfr. A.TONETTI, *Lo Stato promotore e le nuove forme di interventismo economico*, in *Giorn. Dir. amm.*, 5, 2016, 573.

<sup>51</sup> Così A.TONETTI, *Lo Stato promotore e le nuove forme di interventismo economico*, in *Giorn. Dir. amm.*, 5, 2016, 574.

di ridurre il contenzioso europeo in materia di esercizio dei poteri speciali nei diversi settori strategici<sup>52</sup>.

Sarebbe auspicabile, al fine di evitare un depauperamento del nostro patrimonio, una nuova normativa in tema di tutela delle aziende nazionali nelle ipotesi di acquisizioni da parte di soggetti extra-UE.

In presenza di regole del gioco europeo forse troppo rigide *“l'unico possibile atteggiamento costruttivo è quello consapevole della necessità di elaborazione di un sostrato culturale omogeneo e condiviso che supporti adeguatamente il rapporto ascendente tra ordinamento domestico e sistema europeo, orientando il primo verso sviluppi compatibili sia nella qualità che nella tempistica con le esigenze del secondo, e contribuendo a modellare il secondo anche in funzione di insopprimibili connotati essenziali del primo, e con ciò prevenendo intrinsecamente almeno le più importanti manifestazioni di distonia”*<sup>53</sup>.

L'esame della recente normativa, la sua applicazione ai casi concreti e la comparazione soprattutto con l'esperienza francese, inducono a pensare, con riferimento alla complessità dell'intero fenomeno e alla elevata asimmetria tra le diverse discipline europee, che nonostante la validità degli strumenti predisposti dal nostro Paese, sia ancora lontano un sufficiente livello di protezione.

Gli interventi della Corte di Giustizia, sia riguardo all'ordinamento italiano quanto con riferimento agli ordinamenti degli altri Stati membri, sembrano focalizzare l'attenzione sugli aspetti formali invece che su quelli sostanziali, sugli effetti invece che sulle cause, evitando così di esaminare il grado di sviluppo delle privatizzazioni.

È condivisibile l'opinione di chi ritiene che, in presenza di norme che si dimostrano inadeguate a garantire sia gli interessi dei singoli Stati sia quelli della Comunità europea, i tempi siano oramai maturi perché agli Stati vengano forniti i giusti strumenti a difesa delle privatizzazioni effettuate dagli attacchi dei monopolisti pubblici stranieri. Si avverte la necessità di arrivare quanto

---

<sup>52</sup> E. FRENI, *Golden share, ordinamento comunitario e liberalizzazioni asimmetriche: un conflitto irrisolto*, nota a Corte di Giustizia delle Comunità europee, sentenza 28 settembre 2006, cause riunite C-282/04 e C-283/04 – Commissione /Regno dei Paesi Bassi, in *Gior. Dir. Amm.*, 2, 2007, 150. “Poiché le decisioni ultime, tuttavia, resterebbero in capo ai singoli Esecutivi, senza la creazione di una “golden share europea”, sarebbe rispettata la volontà della Commissione di non assumere un ruolo interventista nel settore degli investimenti stranieri” così G. D'ALPA, *La golden share e i golden powers nel diritto europeo*, in [www.sicurezzanazionale.gov.it](http://www.sicurezzanazionale.gov.it)

<sup>53</sup> Così L. SCIPIONE, *L'arma della “ ” tra giurisprudenza comunitaria ed evoluzione normativa interna*, in [www.innovazioneDiritto.it](http://www.innovazioneDiritto.it)

prima ad una strategia comune per tutti gli Stati membri, ad un quadro comune a livello europeo, sia al fine di ridurre gli interventi dei singoli Stati sia di ridurre il contenzioso europeo in materia di esercizio dei poteri speciali nei diversi settori strategici<sup>54</sup>.

In presenza di regole del gioco europeo forse troppo rigide "l'unico possibile atteggiamento costruttivo è quello consapevole della necessità di elaborazione di un sostrato culturale omogeneo e condiviso che supporti adeguatamente il rapporto ascendente tra ordinamento domestico e sistema europeo, orientando il primo verso sviluppi compatibili sia nella qualità che nella tempistica con le esigenze del secondo, e contribuendo a modellare il secondo anche in funzione di insopprimibili connotati essenziali del primo, e con ciò prevenendo intrinsecamente almeno le più importanti manifestazioni di distonia"<sup>55</sup>.

L'esame della recente normativa, la sua applicazione ai casi concreti e la comparazione soprattutto con l'esperienza francese, inducono a pensare, con riferimento alla complessità dell'intero fenomeno e alla elevata asimmetria tra le diverse discipline europee, che nonostante la validità degli strumenti predisposti dal nostro Paese, sia ancora lontano un sufficiente livello di protezione.

L'auspicio è che lo Stato italiano, alla luce delle regole della democrazia e della trasparenza, possa essere in grado di gestire il potere di intervento per le questioni di rilevanza strategica al fine di favorire il rilancio del nostro paese.

---

<sup>54</sup> E. FRENI, *Golden share, ordinamento comunitario e liberalizzazioni asimmetriche: un conflitto irrisolto*, nota a Corte di Giustizia delle Comunità europee, sentenza 28 settembre 2006, cause riunite C-282/04 e C-283/04 – Commissione /Regno dei Paesi Bassi, in *Gior. Dir. Amm.*, 2, 2007, 150. "Poiché le decisioni ultime, tuttavia, resterebbero in capo ai singoli Esecutivi, senza la creazione di una "golden share europea", sarebbe rispettata la volontà della Commissione di non assumere un ruolo interventista nel settore degli investimenti stranieri" così G. D'ALPA, *La golden share e i golden powers nel diritto europeo*, in [www.sicurezzanazionale.gov.it](http://www.sicurezzanazionale.gov.it)

<sup>55</sup> Così L. SCIPIONE, *L'arma della "golden share" tra giurisprudenza comunitaria ed evoluzione normativa interna*, in [www.innovazioneDiritto.it](http://www.innovazioneDiritto.it)



***La tutela del terzo controinteressato nell'ambito della S.C.I.A.  
Interviene la Corte costituzionale.***

**di Edvige CENTORE\***

**SOMMARIO:** **1.** La S.C.I.A. come regime amministrativo *ex post* delle attività private. **2.** I c.d. contropoteri spettanti alla P.A., alla luce della l. n. 124/2015. **3.** La natura giuridica della S.C.I.A. e la tutela del controinteressato, tra giurisprudenza e interventi normativi: L'azione di accertamento (atipica) e il "nuovo" art. 19, comma 6ter. **4.** La questione di legittimità costituzionale sollevata da T.A.R. Toscana, ord. n. 667/2017. **5.** Anche il T.A.R. Emilia Romagna, Parma, ord. n. 12/2019, solleva la questione di legittimità costituzionale sul comma 6ter. **6.** L'intervento della Corte costituzionale, n. 45/2019. **7.** Osservazioni conclusive e possibili sviluppi normativi.

**ABSTRACT:** *The present work aims to analyze the institution of the so-called S.C.I.A. (certified notification of business start-up), defined by jurisprudence as a general paradigm of administrative action and control of economic initiative. In particular, this paper intends to clarify what, to date, are the forms and methods of protection in favor of the third party concerned, who is injured by the habilitative effect deriving from the mechanism regulated by artt. 19 et seq. of the l. n. 241/90. This discussion will be exposed in light of the very recent ruling of the Constitutional Court, n. 45 of 2019, which attempted to identify a balance between guaranteeing the reliance of the private person on the business undertaken an effective and full judicial protection for third parties that consider themselves injured by the activities undertaken. Throughout this work it will be shown that this objective has not been achieved yet: in fact, despite of the ruling of the Constitutional Court, there is a need for a legislative intervention that might permanently define the relationship between S.C.I.A. and third party and the protection of the latter.*

**1. La S.C.I.A. come regime amministrativo *ex post* delle attività private.**

---

\* Dottoressa in Giurisprudenza, tirocinante ex art. 73 l. 98/13 presso la Procura Generale della Repubblica di Salerno.

La Corte costituzionale è recentemente intervenuta, con sent. del 13 marzo 2019, n. 45, in tema di rapporto tra S.C.I.A. e tutela del terzo, ritenendo infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata dal T.A.R. Toscana, con ordinanza n. 667/2017, sull'art. 19, co. 6ter l. n. 241/90. Si tratta di una pronuncia assai rilevante, poiché si colloca nell'ambito di un ampio dibattito, strettamente connesso alla natura giuridica della S.C.I.A., sulle forme e sulle modalità di tutela del c.d. terzo controinteressato, ossia colui che si ritenga pregiudicato dall'effetto abilitativo derivante dal meccanismo di cui agli artt. 19 e ss. l. n. 241/90.

In particolare, la segnalazione certificata di inizio attività (S.C.I.A.)<sup>1</sup> – prima «dichiarazione» di inizio attività e, ancora precedentemente, «denuncia» (D.I.A.) – è permeata dal rapporto che sussiste tra l'attività economicamente rilevante, intrapresa dal privato per il solo fatto della «segnalazione», da un lato, e quella della Pubblica amministrazione, deputata istituzionalmente al controllo (postumo) su di essa.

In sostanza, la S.C.I.A. si colloca nell'ambito dei regimi amministrativi delle attività private. Queste ultime normalmente sono libere e non tollerano controlli, alla luce dell'art. 41 Cost., e, più in generale, del c.d. principio di liberalizzazione, espresso anche all'art. 1, d.lgs. n. 126/2016 (*Attuazione della delega in materia di S.C.I.A., a norma dell'articolo 5 della l. n. 124/2015*), rubricato «*Libertà di iniziativa privata*», in cui si chiarisce che «*allo scopo di garantire certezza sui regimi applicabili alle attività private e di salvaguardare la libertà di iniziativa economica, le attività private non espressamente individuate ai sensi dei medesimi decreti o specificatamente oggetto di disciplina da parte della normativa europea, statale e regionale*<sup>2</sup>». Dunque, le attività private economicamente rilevanti sono consentite, laddove non siano espressamente vietate: qualunque intervento esterno è visto con sfavore.

---

<sup>1</sup> Per una più ampia ricostruzione dell'istituto, cfr. M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2013, pp. 244 ss.; E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2016, pp. 525 ss.; N. PAOLANTONIO, *Comportamenti non provvedimenti produttivi di effetti giuridici*, in F. G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2017, pp. 366 ss.; R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2018, pp. 717 ss.

<sup>2</sup> In passato, il principio di liberalizzazione era stato affermato dall'art. 3 d.l. n. 138/2011, convertito in l. n. 148/2011 (che, tra l'altro, ha introdotto il comma 6ter dell'art. 19 l. n. 241/90), secondo cui «*l'iniziativa e l'attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge*». Tuttavia, è successivamente intervenuta Corte cost., 17 luglio 2012, n. 200, la quale ha dichiarato la illegittimità costituzionale di tale disposizione.

In un'ottica di proporzionalità, liberalizzazione e semplificazione, quindi, forte è la tendenza legislativa ad eliminare o, comunque, a ridurre i limiti all'esercizio di attività privata che siano inutili o sproporzionati, mentre permangono quelli che siano tali da evitare che le stesse si svolgano all'interno di dinamiche in contrasto con l'utilità sociale. Infatti, la stessa previsione di regimi amministrativi delle attività private, tra cui rientra la S.C.I.A., dimostra che tale principio liberale non è regola assoluta: esiste la consapevolezza che lascia re libero spazio ad esse, senza alcun controllo – nemmeno successivo – da parte della Pubblica amministrazione, possa comportare la lesione di interessi non soltanto privati, ma anche pubblici. Infatti, se è sempre più forte la tendenza normativa a limitare e semplificare la burocrazia procedimentale, ridimensionando il più possibile l'intervento della P.A., essa non arriva mai al punto di neutralizzarlo del tutto.

In particolare, i regimi amministrativi delle attività private si distinguono, in un'ottica di maggiore o minore intensità, a seconda che controllo e vigilanza da parte della P.A. siano richiesti *ex ante*, quali condizioni di esercizio dell'attività privata (autorizzazioni e concessioni, ad esempio), o solo *ex post*, successivamente all'inizio dell'attività del privato, entro termini e in presenza di condizioni molto peculiari. In tale seconda categoria rientra la S.C.I.A., la quale realizza una liberalizzazione parziale, talvolta tendente a divenire assoluta, anche se quest'ultima non è mai raggiunta. Non a caso, il Consiglio di Stato ritiene che la S.C.I.A., specie in seguito alle ultime modifiche legislative, debba essere «*inequivocabilmente*» ricondotta nell'ambito delle «*attività libere, anche se 'conformate' dalle leggi amministrative, sottoposte (soltanto) alla successiva verifica della sussistenza dei requisiti di tale conformazione da parte delle autorità pubbliche*<sup>3</sup>».

Dal d.lgs. 25 novembre 2016 n. 222 (cd. S.C.I.A. 2), in esecuzione della l. n. 124/2015 (cd. Legge Madia) ed in particolare dall'art. 2 – rubricato «*Regimi amministrativi delle attività private*» e volto a risistemare la complessa materia (con l'introduzione della cd. S.C.I.A. unica ex art. 19bis, *Concentrazione dei regimi amministrativi*) – emerge un dato: il legislatore tende a ridurre i regimi amministrativi delle attività private soggetti ad autorizzazione (ossia, i casi di intervento *ex ante* della P.A.) e ad ampliare il più possibile quelli soggetti a semplice S.C.I.A. o ad autocertificazioni attestanti il

---

<sup>3</sup> Cons. St., parere 30 marzo 2016, n. 839, sullo schema di decreto legislativo recante attuazione della delega di cui all'art. 5, l. n. 124/2015, in materia di SCIA, cit., par. 3.2.

possesso dei requisiti normativamente richiesti per lo svolgimento di una determinata attività.

Non a caso, il Consiglio di Stato ha definito la S.C.I.A. come «*paradigma generale dell'azione amministrativa e di controllo della iniziativa economica*»<sup>4</sup>, sostanzialmente sottolineando, con tale definizione, il passaggio a meccanismi ad efficacia legittimante immediata, sostitutivi a tutti gli effetti dei tradizionali modelli provvedimentali autorizzatori.

Ma essa si configura anche come strumento di semplificazione, in particolare in seguito alla introduzione della cd. S.C.I.A. unica, con d. lgs. n. 126/2016, in attuazione della l. n. 124/2015 sulla semplificazione amministrativa. Infatti, essa si colloca nell'ambito della semplificazione di procedimenti complessi, attraverso l'eliminazione degli oneri procedimentali. In particolare, al comma 2 (S.C.I.A. unica o cd. «pura») è previsto che nel caso in cui per lo svolgimento di un'attività soggetta a S.C.I.A. siano necessarie «*altre S.C.I.A., comunicazioni, attestazioni, asseverazioni e notifiche*», il privato può presentare un'unica S.C.I.A. al cd. sportello unico, con efficacia immediatamente legittimante; è, poi, la P.A. ricevente a doverla trasmettere alle altre Pubbliche amministrazioni interessate. Il comma 3, invece, delinea la fattispecie della cd. S.C.I.A. «impura», ad efficacia differita, dal momento che il privato deve attendere la «*acquisizione di atti di assenso comunque denominati o pareri di altri uffici e amministrazioni*» ovvero la «*esecuzione di verifiche preventive*», cui l'attività è condizionata<sup>5</sup>; in sostanza, in tale ipotesi la disciplina di provvedimenti autorizzatori (e non solo) propedeutici «*si innesta nell'iter della S.C.I.A.*»<sup>6</sup> e, dunque, l'attività può essere intrapresa soltanto in seguito al completamento del procedimento di autorizzazione.

Più in generale la S.C.I.A. - sia ex art. 19 che ex art. 19 bis - è istituito volto a semplificare, se si pensa al fatto che, se è vero che l'attività possa essere

<sup>4</sup> Ci si riferisce a Cons. St., parere 15 marzo 2016, n. 433. È opportuno chiarire che inizialmente la D.I.A. era istituito a carattere eccezionale, in quanto limitato alle materie individuate per regolamento. Successivamente, la l. n. 537/1993 (Legge Finanziaria 1994), prima, e il d. l. n. 35/2005 (convertito in l. n. 80/2005), poi, ne hanno ampliato l'ambito applicativo, finché l'istituto ha assunto, con il d. lgs. n. 59/2010 (in attuazione della Direttiva 2006/123/CE, cd. Direttiva Servizi) carattere generalizzato. Tuttavia, la l. n. 124/2015 ha previsto, all'art. 5, la delega al Governo ai fini dell'adozione, entro dodici mesi, di uno o più decreti legislativi «*per la precisa individuazione dei procedimenti oggetto di segnalazione certificata di inizio attività o di silenzio assenso [...] nonché di quelli per i quali è necessaria l'autorizzazione espressa e di quelli per i quali è sufficiente una comunicazione preventiva*»; delega che è stata poi attuata con i d. lgs. nn. 126 e 222 del 2016.

<sup>5</sup> Sul tema, cfr. *amplius* Cons. St., parere 30 marzo 2016, n. 839.

<sup>6</sup> Cons. St., comm. Spec., 4 agosto 2016, n. 1784.

intrapresa immediatamente, attraverso la presentazione di un atto soggettivamente e oggettivamente privato in base ad una legittimazione *ex lege*, ciò vuol dire che nel procedimento comunque instaurato viene a mancare un onere burocratico molto forte che gravava sullo svolgimento delle attività private, rappresentato proprio dal titolo amministrativo di natura pubblicistica: si realizza, cioè, il superamento di quelle forme di «*regolazione delle attività economiche ingiustificatamente intrusive*<sup>7</sup>». Anzi, in tal senso la S.C.I.A. consente la realizzazione di una semplificazione procedimentale ancora più ampia del silenzio assenso: infatti, l'art. 20 l. n. 241/90 delinea una *fictio iuris*, in forza della quale il provvedimento espresso viene sostituito, per volontà legislativa, dalla inerzia della P.A.; viceversa, nella S.C.I.A. tale operazione non è necessaria, perché la abilitazione alla attività deriva direttamente dalla legge, senza la necessità del consenso della P.A., neppure tacito (o *per silentium*).

## **2. I c.d. contropoteri spettanti alla P.A., alla luce della l. n. 124/2015.**

La S.C.I.A. realizza una liberalizzazione che è, tuttavia, soltanto parziale, dal momento che essa consente al privato di intraprendere immediatamente l'attività, senza il bisogno di un consenso *a monte* della P.A., ma quest'ultima ha comunque il potere/dovere di intervenire, *a valle*, esercitando su di essa un controllo successivo, sia in via ufficiosa che su esortazione del terzo (ex comma 6 ter art. 19 l. n. 241/90). Come già anticipato, infatti, sebbene alla Pubblica amministrazione non sia riconosciuto alcun potere preventivo – di tipo autorizzatorio, concessorio o comunque di assenso – ad essa è comunque attribuito un potere postumo di verifica della conformità rispetto alla legge dell'attività intrapresa dal privato. Ad essere liberalizzato, infatti, è «*lo strumento di legittimazione, non il rapporto sostanziale e l'ambito materiale su cui esso viene ad operare*<sup>8</sup>».

In sostanza, la S.C.I.A., secondo una definizione della Corte costituzionale<sup>9</sup>, è un meccanismo delineato dal legislatore come una fattispecie a «*struttura complessa*», che non si esaurisce con la dichiarazione o segnalazione, ma si sviluppa in fasi ulteriori, rappresentate dall'intervento dell'Amministrazione, attraverso l'attivazione dei c.d. contropoteri. Le condizioni e le modalità di esercizio di essi rappresentano il «*necessario completamento*» del meccanismo della S.C.I.A., la cui disciplina «*è parte integrante di quella del titolo abilitativo*

<sup>7</sup> Corte cost., 17 luglio 2012, n. 200.

<sup>8</sup> Così, Cons. St., parere 30 marzo 2016, n. 839, cit., par. 3.2.

<sup>9</sup> Corte cost., 9 marzo 2016, n. 49, in *Giur. cost.*, 2016, n.2, pp. 532 ss.

*e costituisce con essa un tutt'uno inscindibile», dal momento che «l'individuazione della loro consistenza e della loro efficacia non può prescindere dalla capacità di resistenza rispetto alle verifiche effettuate dall'Amministrazione successivamente alla maturazione» dei titoli abilitativi<sup>10</sup>.*

Quindi, il meccanismo immaginato dal legislatore è quello di un contatto tra segnalante e P.A., attraverso la segnalazione di inizio attività. Rispetto ai contropoteri spettanti all'Amministrazione, pertanto, diverse sono le situazioni soggettive giuridicamente rilevanti che vengono in gioco. Infatti, la posizione in capo al segnalante è di diritto soggettivo, soggetto a regime amministrativo, cui, però, si affianca un interesse legittimo oppositivo a che non vengano posti in essere atti repressivi, inibitori o conformativi. In sostanza, come chiarito anche dalla Adunanza Plenaria n. 15/2011, il principio di autoresponsabilità «è temperato» dalla titolarità in capo alla P.A. dei contropoteri, ossia di un potere di controllo successivo sull'attività (parzialmente) liberalizzata. Il terzo controinteressato, invece, è titolare di un interesse legittimo pretensivo a che essi vengano esercitati nel caso di non conformità della segnalazione ai presupposti e alle condizioni normativamente previste. Dunque, all'interno del meccanismo della S.C.I.A., confluiscono tre rapporti giuridici: quello tra segnalante e P.A., in cui si delinea in capo al primo un diritto soggettivo, cui si affianca un interesse legittimo oppositivo rispetto ai contropoteri della PA; quello tra P.A. e controinteressato, che vanta un interesse contrario alla prosecuzione dell'attività iniziata dal segnalante; infine, il rapporto tra segnalante e controinteressato, che è sempre indiretto, perché deriva da un intervento della P.A.

Più nello specifico, i contropoteri possono essere distinti in due macro-aree: da un lato, il cd. controllo-riscontro, rappresentato dal potere inibitorio, che la P.A. esercita «*in caso di accertata carenza dei requisiti e dei presupposti di cui al comma 1, nel termine di sessanta giorni (o nel più breve termine di trenta giorni in caso di S.C.I.A. edilizia) dal ricevimento della segnalazione di cui al medesimo comma*», adottando «*motivati provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione di eventuali effetti dannosi di essa*» (art. 19, comma 3 l. n. 241/90); dall'altro, il cd. controllo-misura, che riguarda tutti i poteri "altri" rispetto a quelli a carattere inibitorio.

---

<sup>10</sup> In tal senso, v. anche Cons. St., n. 839/2016, in cui si chiarisce che il dichiarante è legittimato *ex lege* ad intraprendere l'attività, «*sempre che ricorrano i presupposti normativi per l'esercizio dell'attività e purché la mancanza di tali presupposti non venga stigmatizzata dall'amministrazione*», cit., par. 3.1.

Prima della l. n. 124/2015, il legislatore aveva immaginato quattro tipi di contropoteri. Innanzitutto, il potere inibitorio, in forza del quale la P.A. doveva (attività obbligatoria) intervenire entro sessanta giorni, in caso di non conformità alla legge della S.C.I.A.; si trattava di un termine perentorio. Inoltre, la legge faceva riferimento al potere cd. di «autotutela»<sup>11</sup>, il quale, tuttavia, ha da sempre destato particolari perplessità. Infatti, si è ritenuto che non si trattasse di autotutela in senso tecnico: quest'ultima rappresenta un potere di secondo grado, ossia di riesame di un provvedimento amministrativo di primo grado. Ma, dal momento che la S.C.I.A. - come si vedrà - è espressamente riconosciuta come atto soggettivamente ed oggettivamente privato (e non provvedimento tacito di assenso)<sup>12</sup>, vi sarebbe una incompatibilità con la autotutela in senso stretto, dal momento che un provvedimento amministrativo di primo grado, che ne è presupposto logico di esercizio, mancherebbe: in altri termini, «nelle fattispecie autorizzatorie scaturenti dalla S.C.I.A. non viene speso potere, sicché manca l'oggetto stesso dell'autotutela amministrativa»<sup>13</sup>.

Ancora, era previsto il potere/dovere interdittivo «solo» nel caso in cui la S.C.I.A. avesse realizzato una violazione di interessi sensibili (ambiente, patrimonio artistico e culturale, sicurezza pubblica, difesa nazionale); inoltre, esso era attivabile solo nel caso in cui tali interessi sensibili non potessero essere adeguatamente tutelati mediante la conformazione dell'attività intrapresa alla normativa vigente.

Infine, era attribuito alla P.A. un potere sanzionatorio, nel caso di dichiarazioni false o mendaci.

Con la novella del 2015, il legislatore interviene sui contropoteri della P.A., al fine di superare le numerose perplessità su di essi, e forgia un nuovo art. 19 l. n. 241/90. In particolare, la funzione di controllo amministrativo e i relativi limiti ad essa sono oggi caratterizzati da una diversa graduazione, in base ad una logica di proporzionalità, che impone che la P.A. adotti la soluzione comportante il minor sacrificio possibile per il privato.

<sup>11</sup> In particolare, il comma 3 art. 19 faceva salvo «il potere dell'amministrazione competente di assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli artt. 21quinquies e 21nonies».

<sup>12</sup> In tal senso, già la dottrina. *Ex multis*, cfr. A. TRAVI, *La DIA e la tutela del terzo: tra pronunce del G.A. e riforme legislative del 2005*, in *Urb. e app.*, 2005, p. 1325; E. BOSCOLO, *La denuncia di inizio attività "riformata": il diritto soggettivo (a regime amministrativo) tra silenzio assenso ed autotutela*, in *Urb. e app.*, 2006, 836. In giurisprudenza, Cons. St., sez. IV, 19 settembre 2008, n. 4513; sez. IV, 12 marzo 2009, n. 1474; sez. IV, 13 maggio 2010, n. 2919.

<sup>13</sup> Così, N. PAOLANTONIO, *Comportamenti non provvedimentali produttivi di effetti giuridici*, in F. G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2017, cit., p. 378.



Innanzitutto, sussiste il potere conformativo, con il quale la P.A., ove si renda conto che l'attività intrapresa non sia in linea con la normativa generale, non la inibisce, ma invita il privato, con atto motivato, ad uniformarsi ai rilievi da essa mossi, «*qualora sia possibile*» e «*con la fissazione di un termine non inferiore a trenta giorni*». Ciò, però, soltanto nel caso in cui il segnalante non abbia fornito dichiarazioni o attestazioni false: in tali ipotesi, infatti, scatta il potere sanzionatorio. In sostanza, il potere conformativo si innesta in una logica di liceità e buona fede e, perciò, non può essere esercitato se l'attività del privato sia fondata su dichiarazioni false.

Nel caso, poi, in cui il privato non si conformi, o non vi siano margini per l'esercizio del potere conformativo, la P.A. esercita il potere inibitorio, ex art. 19, comma 3, in forza del quale adotta motivati provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli eventuali effetti dannosi, entro sessanta giorni dal ricevimento della segnalazione certificata del privato, ovvero trenta giorni nei casi di S.C.I.A. in materia edilizia.

Per quanto riguarda il "vecchio" potere c.d. di autotutela, il "nuovo" art. 19, comma 4 non contempla più l'esercizio dei poteri di cui agli artt. 21quinquies e 21 nonies l n. 241/90, al fine di superare le perplessità sorte alla luce di tale rinvio contenuto nella formulazione originaria della disposizione. Attualmente, infatti, è comunque previsto che, decorso il termine di sessanta giorni dal ricevimento della S.C.I.A. (trenta in materia edilizia), l'amministrazione competente possa adottare «*comunque*» i provvedimenti di cui al comma 3, ma «*in presenza delle condizioni previste dall'art. 21nonies*», dal momento che non si tratta di un potere di autotutela amministrativa in senso tecnico.

Da tale disposizione emerge tutta la differenza tra potere inibitorio e quello "successivo", adottato dopo il termine di sessanta giorni. Infatti, il primo è vincolato, nel senso che la P.A. è tenuta soltanto ad accertare la sussistenza o meno dei presupposti di legge per lo svolgimento dell'attività segnalata: in sostanza, le esigenze di semplificazione e liberalizzazione trovano spazio se e fino a quando l'attività intrapresa sia conforme alla legge; altrimenti, la P.A. deve impedirla, senza che sia necessaria una specifica comparazione di interessi: dunque, il potere inibitorio ex comma 3 è doveroso e vincolato. Viceversa, il potere di intervenire «*in presenza delle condizioni previste dall'art. 21nonies*», che residua alla P.A. una volta che siano decorsi i termini di sessanta giorni (trenta per la S.C.I.A. edilizia), è a carattere ampiamente discrezionale, nel senso che, ai fini del suo esercizio, non è sufficiente la illegittimità della S.C.I.A., ma esso postula una comparazione ponderata dei



diversi interessi in conflitto. In particolare, l'art. 21nonies l. n. 241/90, in tema di annullamento d'ufficio, richiede la necessaria sussistenza di «ragioni di interesse pubblico» e che sia decorso un «termine ragionevole, comunque non superiore a diciotto mesi»: la P.A., prima di intervenire in senso inibitorio, è tenuta a porre in essere una «valutazione comparativa sulla qualità e concretezza degli interessi in gioco<sup>14</sup>», considerando quelli «dei destinatari e dei controinteressati», il tempo trascorso dall'inizio dell'attività, nonché l'affidamento maturato dal segnalato. Si tratta di un recupero *in extremis* di un potere che la P.A. non ha esercitato nei sessanta giorni, ma che, a differenza di quello previsto ex comma 3, non scatta alla semplice condizione della illegittimità dell'attività privata. In particolare, il comma 4 prevede che, i poteri inibitori, repressivi e conformativi del comma precedente, decorso il termine di sessanta giorni, siano ancora esercitabili «in presenza delle condizioni previste dall'art. 21nonies» l. n. 241/90, per l'annullamento d'ufficio: tale disposizione prevede che debbano sussistere «ragioni di pubblico interesse», non corrispondenti all'interesse pubblico (*in re ipsa*) al ripristino della legalità violata<sup>15</sup>, che si operi un bilanciamento fra gli interessi coinvolti e che, per i provvedimenti ampliativi della sfera giuridica dei privati, il potere sia esercitato entro il termine massimo di diciotto mesi<sup>16</sup>.

Ancora, il novellato comma 4 dell'art. 19 non circoscrive l'intervento della P.A. ai casi di pericolo di un danno ad uno degli interessi sensibili cui la disposizione faceva riferimento nella sua formulazione originaria, ma, al contrario, prevede che, decorso il termine per l'adozione dei provvedimenti inibitori o ripristinatori, l'amministrazione competente li «adotta comunque», «in presenza delle condizioni previste dall'art. 21nonies». In ogni caso, però, il richiamo all'art. 21nonies richiede che esso risulti prevalente rispetto agli altri interessi (dei destinatari e degli altri interessati) in gioco e che l'atto sia adottato entro un termine ragionevole, non superiore a diciotto mesi.

<sup>14</sup> Così, Cons. St., sez. V, 20 settembre 2016, n. 3910.

<sup>15</sup> In tal senso, cfr. Cons. St., A.P., 17 ottobre 2017, n. 8, in cui si chiarisce che l'annullamento d'ufficio, «*intervenuto ad una distanza temporale considerevole dal provvedimento annullato, deve essere motivato in relazione alla sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale all'adozione dell'atto di ritiro anche tenuto conto degli interessi dei privati destinatari del provvedimento sfavorevole*».

<sup>16</sup> Sul punto, cfr. Cons. St., sez. IV, 25 gennaio 2017, n. 294, che individua i presupposti per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio nella «*illegittimità originaria del provvedimento, l'interesse pubblico concreto ed attuale alla sua rimozione diverso dal mero ripristino della legalità, l'assenza di posizioni consolidate in capo ai destinatari e, non ultima, una più puntuale e convincente motivazione allorché la caducazione intervenga ad una notevole distanza di tempo*».

Per quanto riguarda, infine, il potere interdittivo, il comma 3 art. 19 l. n. 241/90 prevede che la P.A. mantenga la possibilità di disporre la sospensione dell'attività intrapresa, ma limitatamente alle ipotesi di «*attestazioni non veritiere o di pericolo per la tutela dell'interesse pubblico in materia di ambiente, paesaggio, beni culturali, salute, sicurezza pubblica o difesa nazionale*». Quindi, oggi non è più previsto un potere interdittivo *sine die*, anche perché esso sarebbe incompatibile con un sistema che sembra aver ormai superato il tradizionale principio di inesauribilità del potere amministrativo, come emerge dallo stesso art. 21nonies l. n. 241/90: si tratta di una disposizione che, qualificata come «*nuovo paradigma nei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione*<sup>17</sup>», è espressione di un diritto amministrativo attento ai valori della trasparenza e della certezza.

In ogni caso, però, permane in capo alla P.A. un potere di sospensione circoscritto, nel senso che esso può essere esercitato alle stesse condizioni precedentemente previste per il potere ex comma 4 dell'art. 19, ossia solo a salvaguardia di determinati cc.dd. interessi sensibili (patrimonio artistico e culturale, ambiente, sicurezza pubblica o difesa nazionale).

### **3. La natura giuridica della S.C.I.A. e la tutela del c.d. controinteressato, tra giurisprudenza e interventi normativi: l'azione di accertamento e il "nuovo" art. 19, comma 6ter.**

Strettamente legata alla questione sulla tutela del terzo controinteressato e sui rimedi da quest'ultimo attivabili nel caso in cui abbia subito un pregiudizio è quella relativa alla natura giuridica della S.C.I.A.. Essa, già come d.i.a. (dichiarazione e poi denuncia certificata di inizio attività, inizialmente ad effetto differito<sup>18</sup>), è istituto che è sempre stato diviso tra logiche di semplificazione e di liberalizzazione.

Si riteneva, infatti, che la S.C.I.A. rappresentasse soltanto uno strumento di semplificazione, dal momento che era comunque necessario un atto di assenso da parte della P.A., anche soltanto *per silentium*. Essa era, quindi, qualificata come provvedimento autorizzatorio tacito, affiancato al silenzio assenso, che si

<sup>17</sup> Così, Cons. St., parere 30 marzo 2016, n. 839, cit., par. 8.1.1.

<sup>18</sup> L'art. 19 inizialmente prevedeva una struttura bifasica: l'attività privata poteva essere intrapresa decorsi trenta giorni dalla presentazione della dichiarazione; successivamente all'inizio, il privato doveva dare una seconda comunicazione all'amministrazione competente, dalla cui presentazione decorreva un ulteriore termine, di trenta giorni, entro il quale la PA poteva esercitare il potere inibitorio. La cd. D.I.A. immediata viene introdotta con l'art. 85 d. lgs. n. 59/2010. L'istituto della SCIA, poi, è previsto con l'ulteriore modifica dell'art. 19 l. n. 241/90, ad opera dell'art. 49, comma 4bis d.l. n. 78/2010, convertito in l. n. 122/2010.

perfezionava con la scadenza del termine per la P.A. di provvedere in via inibitoria. A sostegno di tale impostazione, si faceva riferimento al fatto che l'art. 19 l. n. 241/90, richiamando gli artt. 21quinquies e 21nonies, ammetteva la possibilità che la P.A. agisse «*in via di autotutela*», esercitando, cioè, un potere di secondo grado, che presuppone logicamente l'esistenza di un provvedimento di primo grado precedentemente emesso<sup>19</sup>. In particolare, la Corte costituzionale ha definito la S.C.I.A. come «*modello ad efficacia legittimante immediata, che attiene al principio di semplificazione dell'azione amministrativa ed è finalizzata ad agevolare l'iniziativa economica*»<sup>20</sup>. Anche il Consiglio di Stato espressamente ha affermato, con riferimento alla D.I.A., che essa «*non è strumento di liberalizzazione dell'attività, ma rappresenta una semplificazione procedimentale*», dal momento che, mentre «*la liberalizzazione di determinate attività economiche è cosa diversa e presuppone che non sia necessaria la formazione di un titolo abilitativo, [...] nel caso della D.I.A., con il decorso del termine si forma una autorizzazione implicita di natura provvedimentale*».<sup>21</sup>

Ebbene, per i sostenitori della tesi della S.C.I.A. come atto amministrativo abilitativo tacito il terzo avrebbe dovuto esperire il ricorso giurisdizionale entro il termine di impugnazione ordinario di sessanta giorni - decorrente dalla conoscenza dell'esercizio dell'attività autorizzata - al fine di chiederne l'annullamento, ex art. 29 c.p.a. Infatti, espressamente si riteneva che «*se è ammesso l'annullamento di ufficio, parimenti, e tanto più, deve essere consentita l'azione di annullamento davanti al giudice amministrativo*»<sup>22</sup>. Si tratta di una soluzione fondata sulla concezione impugnatoria del giudizio amministrativo - giudizio sull'atto, non sul rapporto - la quale sicuramente aveva il pregio di offrire una tutela immediata al controinteressato, da un lato, e di garantire la stabilizzazione dell'attività intrapresa dal segnalante, decorsi i sessanta giorni, dall'altro.

Tuttavia, sul punto il d. l. n. 138/2011, convertito in l. n. 148/2011, ha aggiunto all'art. 19 il comma 6 ter, che, dopo aver preso posizione sulla natura

<sup>19</sup> In tal senso, cfr. T.A.R. Piemonte, sez. II, 19 aprile 2006, n. 1885; T.A.R. Sicilia, sez. I, 9 gennaio 2008, n. 74, in *Foro amm., T.A.R.*, 2007, p. 251.

<sup>20</sup> Corte cost., 20 giugno 2012, n. 164, cit., par. 8.

<sup>21</sup> Così, Cons. St., sez. VI, 5 aprile 2007, n. 1550, in *Foro amm., C.d.S.*, 2007, cit., p. 1240; così anche Cons. St., sez. IV, 25 novembre 2008, n. 5811; sez. IV, 4 maggio 2010, n. 2558; 8 marzo 2011, n. 1423. Nell'ambito della giurisprudenza di merito, v. T.A.R. Emilia Romagna, Parma, sez. I, 22 settembre 2009, n. 676. In dottrina, ex multis, M. FILIPPI, *La nuova d.i.a. e gli incerti confini con il silenzio assenso*, in *Riv. Giur. Urb.*, 2006, pp. 378 ss.

<sup>22</sup> Così, Cons. St., sez. VI, 5 aprile 2007, n. 1550.

giuridica, specificando che «*la segnalazione certificata di inizio attività, la denuncia e la dichiarazione di inizio attività non costituiscono provvedimenti taciti direttamente impugnabili*», prevede che gli interessati «*possono sollecitare l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione e, in caso di inerzia, esperire esclusivamente l'azione di cui all'articolo 31, commi 1, 2 e 3 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104*».

Tale norma si pone all'interno del dibattito sulla tutela del terzo controinteressato, con riferimento alla quale nel corso del tempo si sono alternati degli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali singolari. Infatti, tale disposizione supera innanzitutto l'orientamento che riteneva che il meccanismo della S.C.I.A. configurasse un provvedimento amministrativo tacito, avverso il quale il terzo avrebbe dovuto esperire il ricorso giurisdizionale entro il termine di impugnazione ordinario di sessanta giorni, al fine di chiederne l'annullamento, ex art. 29 c.p.a. Ma la rilevanza dell'art. 19, co. 6ter l. n. 241/90 si apprezza maggiormente se si riflette sul fatto che esso sia stato introdotto, con il d.l. n. 138/2011, pochi mesi dopo la pronuncia della Adunanza plenaria n. 15/2011, con la quale il Supremo Consesso amministrativo in lungo e in largo si era speso sulla natura giuridica della S.C.I.A. e sulla correlata questione della tutela del terzo controinteressato, giungendo ad una soluzione di compromesso.

In particolare, l'Adunanza plenaria n. 15 del 2011 prende posizione, definendo il meccanismo ex artt. 19 e ss. l. n. 241/90 come strumento di liberalizzazione e valorizzandone le differenze rispetto al silenzio assenso, istituto pacificamente di semplificazione (art. 20 e ss. l. n. 241/90). Infatti, la S.C.I.A., secondo l'Adunanza Plenaria, «*non costituisce un provvedimento amministrativo a formazione tacita e non dà luogo in ogni caso ad un titolo costitutivo*», ma si configura come un «*atto soggettivamente ed oggettivamente privato*», nel senso che il soggetto trova la legittimazione ad intraprendere la propria attività direttamente *ex lege*, in presenza dei presupposti fattuali e giuridici normativamente stabiliti, in base allo schema «*norma-potere-effetto*»<sup>23</sup>. Si tratta, cioè, di «*uno strumento di liberalizzazione imperniato sulla diretta abilitazione legale all'immediato esercizio di attività affrancate dal regime autorizzatorio*»<sup>24</sup>. In forza di tale fattispecie, l'attività economica trova la propria legittimazione direttamente nella legge, in presenza dei presupposti da essa stabiliti e senza il bisogno del consenso della P.A.

<sup>23</sup> Cons. St., A.P., 29 luglio 2011, n. 15, cit.

<sup>24</sup> Cons. St., parere 30 marzo 2016, n. 839, cit., par. 3.1.

mediante un preventivo atto ampliativo, che «è surrogato dalla assunzione di autoresponsabilità del privato»<sup>25</sup>. L'attività privata è legittimata non da provvedimento autorizzatorio, ma esclusivamente dalla legge. La S.C.I.A. dà vita ad un «diritto soggettivo soggetto ad un regime amministrativo», ossia di una «posizione soggettiva originaria, che rinviene il suo fondamento diretto ed immediato nella legge»; in altri termini, si tratta di «una posizione di vantaggio immediatamente riconosciuta dall'ordinamento che gli consente di realizzare direttamente il proprio interesse, previa instaurazione di una relazione con la pubblica amministrazione», definita dalla Adunanza Plenaria come un «contatto amministrativo, mediante l'inoltro della segnalazione certificata».

Il comma 6ter, dunque, è una norma che sconfessa, quantomeno parzialmente, tale pronuncia, dal momento che, una volta chiarito che la S.C.I.A. non è un provvedimento amministrativo tacito (come già sostenuto dall'A.P. 2011) e, dunque, che non è direttamente impugnabile, prevede che controinteressati possano sollecitare le verifiche di pertinenza della amministrazione ed esperire «esclusivamente» l'azione sul silenzio inadempimento ex art. 31 c.p.a., non configurandosi alcuna forma di cd. silenzio significativo. Viceversa, l'Adunanza plenaria era giunta ad una soluzione di compromesso: se da un lato ha riconosciuto che il rimedio azionabile fosse quello dell'impugnazione ex art. 29 c.p.a., immaginando la formazione di un provvedimento tacito di rigetto all'istanza di attivazione da parte della P.A. dei poteri inibitori, dall'altro essa si è preoccupata di garantire una adeguata tutela al terzo anche nell'intervallo temporale precedente alla formazione del silenzio. Infatti, il Supremo Consesso amministrativo ha puntualizzato che la tutela del controinteressato è garantita attraverso, innanzitutto, la tutela cautelare *ante causam* (ex art. 55 e 61 c.p.a.), volta alla sospensione dell'attività intrapresa, «al fine di impedire che, nelle more della definizione del procedimento amministrativo di controllo e della conseguente maturazione della condizione dell'azione, l'esercizio dell'attività denunciata possa infliggere al terzo un pregiudizio grave ed irreparabile».

Inoltre, prima del decorso dei sessanta giorni, si riteneva che «l'unica azione esperibile» fosse quella di accertamento, «tesa ad ottenere una pronuncia che

<sup>25</sup> Così, Cons. St., A.P., 29 luglio 2011, n. 15. Sul punto, cfr. M. A. SANDULLI, *Dalla d.i.a. alla s.c.i.a.: una liberalizzazione a rischio*, in *Riv. giur. Edilizia*, 2010, n. 6, pp. 465 ss., la quale sottolinea come «il privato viene autoresponsabilizzato a verificare la sussistenza dei presupposti per intraprendere una determinata attività, di cui si limita a comunicare all'amministrazione l'inizio, ciò che *ex se* ne legittima l'esercizio».

*[verificasse] l'insussistenza dei presupposti di legge per l'esercizio dell'attività oggetto della denuncia». Dunque, con tale pronuncia si ammette l'esperibilità dell'azione di accertamento nello *spatium temporis* in cui non si fosse ancora formato il silenzio diniego e sussistesse il rischio di un irrimediabile pregiudizio per il terzo dalla prosecuzione dell'attività intrapresa dal privato sulla base del meccanismo della S.C.I.A..*

Prima della pronuncia dell'Adunanza Plenaria, già il Consiglio di Stato<sup>26</sup> aveva identificato lo strumento di tutela per il controinteressato «*nell'azione di accertamento autonomo*», esperibile «*innanzi al giudice amministrativo per sentire pronunciare che non sussistono i presupposti per svolgere l'attività sulla base di una semplice denuncia di inizio attività*». È, poi, secondo tale ricostruzione, la P.A. ad essere tenuta ad ordinare la rimozione degli effetti dell'attività intrapresa dal privato, «*sulla base dei presupposti che il giudice ha ritenuto mancanti*». In particolare, si è espressamente riconosciuta la necessaria ammissibilità dell'azione di accertamento autonomo, la quale non è azione "tipica"<sup>27</sup>, ma trova fondamento negli artt. 24, 103 e 113 Cost.<sup>28</sup>, come espressione dell'«*esigenza costituzionale di una piena protezione dell'interesse legittimo, come posizione sostanziale correlata ad un bene della vita*», qualora esso non sia suscettibile di essere soddisfatto «*in modo adeguato dalle azioni tipizzate*<sup>29</sup>». Peraltro, «*in ossequio alla regola della certezza dei rapporti giuridici*», si è sostenuto che il *dies a quo* del termine decadenziale per proporre azione di accertamento dovesse essere individuato nel momento in cui il controinteressato avesse avuto piena conoscenza della dichiarazione di inizio attività in base alla quale l'intervento fosse stato realizzato<sup>30</sup>.

<sup>26</sup> Cons.Stato, sez. VI, 9 febbraio 2009, n. 717, in *Urb. e app.*, 2009, p. 572. In dottrina, G. MANNUCCI, *La necessità di una prospettiva obbligatoria per la tutela del terzo nel modello d.i.a.*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2009, pp. 1179 ss.

<sup>27</sup> Espressamente, il Cons. St., sez. VI, 9 febbraio 2009, n. 717 chiarisce, con riferimento all'azione di accertamento autonomo, che «*non è necessario un espresso riconoscimento normativo per ammetterne la vigenza*», dal momento che «*il potere di accertamento del giudice è, infatti, connotato al concetto stesso di giurisdizione, sicché si può dire che non sussista giurisdizione e potere giurisdizionale se l'organo decidente non possa quanto meno accertare quale sia il corretto assetto giuridico di un determinato rapporto*».

<sup>28</sup> Inoltre, l'A.P. n. 15/2011 ha chiarito che l'ammissibilità dell'azione dichiarativa è confermata anche dall'interpretazione sistematica delle norme del codice del processo amministrativo, le quali contengono diverse ipotesi di sentenza dichiarativa: ad esempio, l'art. 31, comma 4; l'art. 34, comma 3; art. 114, comma 4, lett. b

<sup>29</sup> Così, Cons. St., A. P., 29 luglio 2011, n. 15.

<sup>30</sup> In tal senso, Cons. St., sez. VI, 9 febbraio 2009, n. 717; Cons Stato, sez. IV, 26 luglio 2012, n. 4255; Cons. St., sez. IV, 6 dicembre 2013, n. 5822; sez. IV, 12 novembre 2015, n. 5161.

Sul punto, tra l'altro, l'Adunanza plenaria si era preoccupata di superare l'obiezione rappresentata dalla presunta violazione dell'art. 34, co. 2 c.p.a. - che impone il divieto al Giudice amministrativo di pronunciarsi su «*poteri non ancora esercitati*» - mediante la distinzione tra presupposti processuali e condizioni dell'azione: in particolare, «*la scadenza del termine di conclusione del procedimento è un fatto costitutivo integrante una condizione dell'azione che, ai sensi del disposto dell'art. 34 comma 2, deve esistere al momento della decisione. Ne deriva che l'assenza del definitivo esercizio di un potere ancora in fieri, afferendo ad una condizione richiesta ai fini della definizione del giudizio, non preclude l'esperimento dell'azione giudiziaria anche se impedisce l'adozione di una sentenza di merito*».

Una volta, poi, maturati i termini di formazione del silenzio, l'A.P. n. 15/2011 riteneva che si realizzasse una automatica conversione dell'azione di accertamento in impugnazione del silenzio rigetto della P.A. (art. 29 c.p.a.), in relazione ad una (ipotetica) istanza del controinteressato ai fini dell'esercizio dei c.d. contropoteri: in sostanza, decorsi i termini, si sarebbe realizzato (non un silenzio assenso nei confronti del segnalante, dal momento che l'attività è legittimata *ex lege* dalla richiesta del privato ma) un silenzio rigetto nei confronti di un terzo controinteressato, anche in mancanza di una espressa istanza da parte di quest'ultimo<sup>31</sup>. Inoltre, l'A.P. n. 15/2011 precisava che il terzo potesse sempre proporre - «*a completamento ed integrazione*» dell'azione di annullamento del diniego tacito - la c.d. azione di esatto adempimento<sup>32</sup>, volta ad ottenere una pronuncia di condanna pubblicistica che imponesse all'Amministrazione l'adozione del negato provvedimento inibitorio<sup>33</sup>.

Ebbene, in tale contesto si inserisce il d. l. n. 138/2011, che ha introdotto il comma 6ter all'art. 19 l. n. 241/90, il quale se da un lato segue la ricostruzione dell'Adunanza Plenaria n. 15/2011 nella parte in cui nega che la S.C.I.A. rappresenti un provvedimento tacito, dall'altro se ne discosta nel prevedere

<sup>31</sup> In particolare, la protrazione del silenzio da parte della P.A., in seguito alla ricezione della segnalazione, secondo tale impostazione, avrebbe dato vita «*ad un esito negativo del procedimento*», che avrebbe condotto «*alla lesione dell'interesse pretensivo del terzo controinteressato al conseguimento della misura inibitoria invocata*»: Cons. St., A. P., 29 luglio 2011, n. 15, cit.

<sup>32</sup> Sul tema, cfr. Cons. St., A.P., 23 marzo 2011, n. 3.

<sup>33</sup> Sul punto, v. M. CLARICH, M. R. SANCHINI, *Verso il tramonto della tipicità delle azioni nel processo amministrativo*, in *NelDiritto*, 2009, n. 3, pp. 447 ss.; v. anche M. CLARICH, *Le azioni nel processo amministrativo fra reticenze del codice e apertura a nuove tutele*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)



che essa non è direttamente impugnabile e che gli interessati possono sollecitare le verifiche di pertinenza della Amministrazione ed esperire «*esclusivamente*» l'azione ex art. 31 c.p.a. Infatti, la nuova disciplina sembra escludere i rimedi riconosciuti dall'A.P. n. 15/2011: sia l'azione di annullamento, non essendo la S.C.I.A. un provvedimento tacito direttamente impugnabile; sia l'azione di accertamento, dal momento che il terzo, in caso di inerzia della P.A., può agire «*esclusivamente*» con l'azione avverso il silenzio inadempimento<sup>34</sup>. Inoltre, il comma 6ter non prevede espressamente alcun termine specifico di decadenza con riferimento alla presentazione della sollecitazione nei confronti della Amministrazione da parte del terzo, affidando così all'interprete la corretta individuazione del momento di stabilizzazione, anche nei confronti dei c.d. contro-interessati, degli effetti immediatamente legittimanti della S.C.I.A..

In particolare, secondo una certa impostazione<sup>35</sup>, l'art. 19, comma 6ter, nel prevedere l'azione avverso il silenzio inadempimento come unico strumento esperibile per il mancato esercizio del potere di verifica della P.A., offrirebbe una inadeguata tutela per il terzo controinteressato, configurandosi come un vero e proprio «passo indietro» rispetto alle soluzioni «più coraggiose ed innovative» dell'A.P. n. 15/2011<sup>36</sup>. Non a caso, già quest'ultima, sebbene prima

<sup>34</sup> Sul punto, cfr. T.A.R. Toscana, Firenze, sez. III, 1 agosto 2013, n. 1202; T.A.R. Veneto, 11 aprile 2013, n. 535; T.A.R. Lecce, sez. III, 18 settembre 2013.

<sup>35</sup> Ad es., TAR Lazio, Roma, sez. II ter, 3 luglio 2013, n. 6571; TAR Campania, sez. VII, b. 4998/2015; Cons. St., sez. IV, 12 novembre 2015, n. 5161. In tempi più recenti, *infra*, T.A.R. Emilia Romagna, Parma, 22 gennaio 2019, n. 12. In dottrina, cfr. L. BERTONAZZI, *Natura giuridica della scia e tecnica di tutela del terzo nella sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 15/2011 e nell'art. 19, 6° comma ter, l n. 241/90*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, pp. 171 ss.

<sup>36</sup> In questi termini, G. A. GISONDI, *Il regime della tutela dei terzi contro la s.c.i.a. dopo la manovra di agosto 2011 ed il decreto correttivo del codice del processo amministrativo: un'interpretazione costituzionalmente orientata per evitare il deficit di effettività*, in *www.segretarietilocali.it*, il quale, più nello specifico, sottolinea come «il legislatore sembra aver compiuto un passo indietro, recependo le soluzioni che la giurisprudenza aveva abbandonato perché non rispondenti al principio di effettività della tutela, e non tenendo conto, invece, delle scelte più coraggiose ed innovative che il giudice amministrativo aveva operato onde assicurare agli interessi dei terzi una protezione completa e soddisfacente». Sull'argomento, cfr. anche M. A. SANDULLI, *Prmissima lettura dell'Adunanza Plenaria n. 15 del 2001*, in *federalismi.it*, 7 settembre 2011, in cui sottolinea come con il d. l. di manovra finanziaria del 13 agosto 2011 «il legislatore è intervenuto in senso regressivo», nel senso che «il rinvio all'azione di inadempimento costituisce un indubbio passo indietro rispetto alla soluzione prospettata dall'Adunanza Plenaria». V. pure G. GRECO, *Ancora sulla scia: silenzio e tutela del terzo (alla luce del comma 6ter dell'art. 19 L. 241/90)*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, pp. 645 ss.; A. AULETTA, *Scia e tutela del terzo: un passo indietro rispetto alla giurisprudenza della plenaria*, in *Riv. NelDiritto*, 2014, pp. 1146 ss.; ancora, v. SCIA e tutela del terzo: una curiosa ipotesi di serendipity, in *altalex.com*, 15 settembre 2017.



dell'introduzione del comma 6ter, aveva chiaramente ritenuto che la sola azione ex art. 31 c.p.a. non fosse in grado di assicurare una effettiva tutela al c.d. controinteressato.

Più nello specifico, si ritiene che, qualora si intenda la locuzione «*verifiche spettanti alla amministrazione*» come riferita ai poteri inibitori della P.A. (ex comma 3 art. 19 l. n. 241/90), tale sollecitazione sarebbe priva di utilità pratica, dal momento che il termine per esercitarli è limitato, ossia sessanta giorni (trenta in materia edilizia): una volta scaduto per effetto del decorso del tempo dalla legge per il suo esercizio, infatti, l'Amministrazione non potrebbe più provvedere. Se, invece, si ritiene che le verifiche oggetto di sollecitazione siano quelle relative all'esercizio dei "vecchi" poteri di autotutela, oggi definiti come quelli esercitabili «*alle condizioni previste dall'art. 21nonies*» (comma 4, art. 19), il problema sarebbe rappresentato dal fatto che l'azione ex art. 31 c.p.a. richiede necessariamente che vi sia un obbligo a provvedere in capo alla P.A., che, tuttavia, non può ritenersi sussistente in tal caso: infatti, il potere c.d. successivo, ex comma 4 art. 19 l. n. 241/90, che rinvia alle condizioni ex art. 21nonies, è, come anticipato, a carattere ampiamente discrezionale<sup>37</sup>. La tutela del terzo sarebbe comunque poco efficace, perché subirebbe «*l'intermediazione aleatoria dell'esercizio di un potere discrezionale*<sup>38</sup>»: in sostanza, è comunque l'Amministrazione a valutare se esercitarli o meno, anche se esortata dal terzo.

Inoltre, il comma 6ter, nel prevedere che l'interessato solleciti la P.A. a compiere le verifiche ad essa spettanti, si pone in deroga al modello generale di tutela contro l'inerzia ex artt. 31 e 117 c.p.a., secondo cui il ricorso è

---

In senso contrario, v. CIRILLO, *L'attività edilizia e la tutela del terzo*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, il quale ritiene che la nuova disciplina ex comma 6ter non sia, «poi, un gran male, sol che si pensi all'attuale disciplina del rito sul silenzio (artt. 31 e 117 c.p.a.) dove, pur essendo venuta meno la cosiddetta azione di adempimento di importazione tedesca, i poteri del giudice (e la natura della sentenza) sono tali per cui il terzo può proporre, non solamente un'azione di accertamento, ma anche un'azione di condanna dell'amministrazione ad emanare il provvedimento richiesto [...]. In altri termini, il rito del silenzio consente di proporre tutte le azioni, e quindi di ottenere in maniera piana tutti i provvedimenti giurisdizionali necessari a fornire adeguata tutela al terzo, senza dover ricorrere alla complessa costruzione operata dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria», cit., par. 7.

<sup>37</sup> In proposito, Cons. St., sez. V, 3 ottobre 2012, n. 5199, secondo cui «*il potere di autotutela si esercita discrezionalmente d'ufficio, essendo rimesso alla più ampia valutazione di merito dell'Amministrazione, e non su istanza di parte e, pertanto, sulle eventuali istanze di parte, aventi valore di mera sollecitazione, non vi è alcun obbligo giuridico di provvedere*».

<sup>38</sup> Cons. St., A.P., 29 luglio 2011, n. 15, cit. Sull'argomento, cfr. M. SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto amministrativo*, Torino, 2018, p. 287.

proposto «*anche senza previa diffida*»<sup>39</sup>. Ancora, la nuova disciplina a tutela del terzo mostra tutta la sua incongruità anche se si riflette sul fatto che sia stato trasposto un giudizio sul silenzio-inadempimento, che è tipicamente riferito ad un provvedimento ampliativo, in una norma (l'art. 19, comma 6ter) che riguarda, invece, la sollecitazione da parte del terzo ad ottenere un provvedimento restrittivo della sfera giuridica altrui, ossia del segnalante<sup>40</sup>.

Non a caso, parte della giurisprudenza ha cercato di proporre un'interpretazione volta ad offrire una tutela maggiormente adeguata al terzo eventualmente pregiudicato dalla S.C.I.A.. In particolare, la giurisprudenza di merito<sup>41</sup>, ispirata al principio di effettività della tutela giurisdizionale, ha attribuito rilevanza alla modifica, intervenuta con il d. lgs. n. 195/2011, del comma 1 dell'art. 31 c.p.a., che ammette la possibilità, per chi vi abbia interesse, di chiedere l'accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere non solo una volta decorsi i termini per la conclusione del procedimento amministrativo, ma anche «*negli altri casi previsti dalla legge*»: in sostanza, la S.C.I.A. rappresenterebbe uno dei casi in cui è consentita tale forma di tutela anticipata, che consente di agire avverso l'inerzia della P.A. ben prima della scadenza del termine finale assegnato all'amministrazione per l'esercizio del contropotere, ossia sin dal momento in cui il terzo venga a conoscenza della presentazione della segnalazione o della utilizzazione della relativa efficacia legittimante. In tal caso, però, «*l'azione avrà ad oggetto, più che il silenzio, l'accertamento dei presupposti di legge per l'esercizio dell'attività oggetto della segnalazione, con i conseguenti effetti conformativi in ordine ai provvedimenti spettanti all'autorità amministrativa*»<sup>42</sup>.

Viceversa, altra parte della giurisprudenza ha continuato a seguire l'impostazione dell'A.P. n. 15/2011. In particolare, il Consiglio di Stato ha ribadito la diretta impugnabilità della S.C.I.A. in quanto «*ricorre l'ipotesi di un provvedimento per silentium con cui la P.A., esercitando in senso negativo il potere inibitorio, riscontra che l'attività è stata dichiarata in presenza dei*

<sup>39</sup> In tal senso, R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2018, p. 736; v. pure M. A. SANDULLI, *Gli effetti diretti della l. 7 agosto 2015 n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela*, in *federalismi.it*, n. 17/2015, p. 12.

<sup>40</sup> Sul punto, G. GRECO, *Ancora sulla scia: silenzio e tutela del terzo (alla luce del comma 6-ter dell'art. 19 L. 241/90)*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, pp. 645 ss.

<sup>41</sup> In tal senso, v. T.A.R. Veneto, sez. II, 5 marzo 2012, n. 298.

<sup>42</sup> T.A.R. Veneto, sez. II, 5 marzo 2012, n. 298; in senso analogo, TAR. Lazio, sez. I/bis, 18 luglio 2012, n. 6564, in cui si sottolinea che «*l'assenza di una previsione legislativa espressa non osta all'esperibilità di un'azione di accertamento quante volte detta tecnica di tutela sia l'unica idonea a garantire una protezione adeguata ed immediata dell'interesse legittimo*».

*presupposti di legge e, quindi, decide di non impedire l'inizio o la protrazione dell'attività dichiarata»: perciò, «la tutela del terzo sarà affidata primariamente all'esperimento di un'azione impugnatoria<sup>43</sup>».*

#### **4. La questione di legittimità costituzionale sollevata da T.A.R. Toscana, ord. n. 667/2017.**

In questo contesto, sul tema della tutela del terzo controinteressato è intervenuto il T.A.R. Toscana, sez. III, 11 maggio 2017, n. 667, sostenendo la illegittimità del comma 6ter non perché il terzo controinteressato non abbia una tutela sufficiente, ma perché essa risulterebbe eccessiva, a discapito della posizione del segnalante, il quale sarebbe sostanzialmente esposto *sine die* all'intervento limitativo della P.A., su esortazione del controinteressato a compiere le verifiche amministrative ad essa spettanti. In particolare, con tale pronuncia si rileva il contrasto con gli artt. 3, 11, 97 e 117, comma 1 Cost., in relazione all'art. 1 del primo Protocollo addizionale della Cedu ed all'art. 6, par. 3 TUE, e art. 117, comma 2, lett. m), dell'art. 19, comma 6ter d. n. 241/90, nella parte in cui non prevede un termine di sollecitazione, da parte del terzo, delle verifiche sulla S.C.I.A..

Il T.A.R. giunge a tale conclusione partendo dal presupposto che la locuzione «*verifiche spettanti all'amministrazione*», contenuta nel comma 6ter dell'art. 19 l. n. 241/90, non si riferisca a quelle derivanti dall'esercizio del potere di cui al comma 4, ma a quelle concernenti il potere inibitorio, e che la possibilità di sollecitarle da parte del terzo non sia soggetto a termine. In sostanza, la formulazione del comma 6ter «*rende evidente che il potere stimolato dal controinteressato mediante il ricorso ex art. 31 c.p.a. è quello inibitorio (avente natura doverosa e vincolata) e non quello di autotutela, caratterizzato invece da alto tasso di discrezionalità*». La "nuova" disciplina, infatti, sembra imporre un onere all'interessato di «*sollecitare le verifiche spettanti all'amministrazione*», ossia «*di attivare un procedimento di verifica dei presupposti della S.C.I.A. separato ed autonomo rispetto a quello ufficioso disciplinato dal comma 3 dell'art. 19*»<sup>44</sup>. Da ciò deriva, secondo tale pronuncia, «*che il regime dettato dal comma 4 – secondo cui il potere repressivo ufficioso dell'amministrazione degrada in autotutela dopo il decorso dei termini di cui al comma 3 – non è applicabile alla procedura di controllo avviata su istanza del*

<sup>43</sup> Così, Cons. St., sez. IV, 26 luglio 2012, n. 4255; in senso analogo, Cons. St., sez. IV, 15 dicembre 2011, n. 6614.

<sup>44</sup> In tal senso, cfr. anche T.A.R. Campania, Napoli, sez. VII, 23 ottobre 2015, n. 4998.

*terzo*»: «nell'ambito di tale procedura», al contrario, «l'amministrazione esercita (solo) le proprie potestà inibitorie»<sup>45</sup>. Tale ricostruzione sarebbe confermata dal richiamo del comma 6 ter ai commi 1 e 2 dell'art. 31 c.p.a., che individuano come presupposto essenziale dell'azione avverso il silenzio inadempimento l'obbligo di concludere il procedimento amministrativo mediante una determinazione espressa, che non è configurabile nel caso di autotutela, trattandosi di potere «incoercibile dall'esterno mediante ricorso contro l'inerzia amministrativa». Anche lo stesso rinvio al comma 3 dell'art. 31 c.p.a. presuppone il riferimento ad un potere vincolato, dal momento che la norma prevede che il giudice adito con l'azione avverso il silenzio possa «pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio»<sup>46</sup>.

Dunque, in tale ottica il potere sollecitato dal controinteressato con l'azione avverso il silenzio sarebbe quello inibitorio, doveroso e vincolato, e non quello di cui al comma 4, ampiamente discrezionale. Anche perché, la tesi, negata dal T.A.R. Toscana, che riconduce l'intervento dell'amministrazione su istanza del terzo al mero potere di autotutela comporterebbe una inammissibile integrale subordinazione della tutela del terzo «ad una valutazione discrezionale dell'amministrazione in ordine alla sussistenza o meno di un interesse pubblico alla rimozione degli effetti della S.C.I.A. contestata»<sup>47</sup>.

E, tuttavia, il T.A.R. Toscana rileva come «non risulta fissato dall'art. 19, comma 6 ter, l. n. 241/90, né ricavabile dal sistema il termine entro il quale il terzo deve presentare la propria istanza di sollecitazione delle verifiche amministrative»<sup>48</sup>, mentre il termine entro cui la P.A. deve pronunciarsi e quello entro cui il terzo può esperire l'azione avverso il silenzio mantenuta dall'Amministrazione sulla sua richiesta di provvedere sono «agevolmente rinvenibili»: rispettivamente nell'art. 2 l. n. 241/90, che prevede che in mancanza di diversa previsione i procedimenti amministrativi ad istanza di parte debbano concludersi entro trenta giorni dal ricevimento della domanda da parte della amministrazione competente, e nell'art. 31, co. 2 c.p.a., che fa riferimento ad un anno dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento.

<sup>45</sup> Così, T.A.R. Toscana, sez. III, 11 maggio 2017, n. 667, cit., par. 6.1. In senso analogo anche T.A.R. Piemonte, sez. II, 1 luglio 2015, n. 1114; T.A.R. Veneto, sez. II, 12 ottobre 2015, n. 1038 e n. 1039; T.A.R. Lombardia, Milano, 30 novembre 2016, n. 2274. *Contra*, T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 20 luglio 2016, n. 1533; Cons. St., 22 settembre 2014, n. 4780; sez. IV, 19 marzo 2015, n. 1493; sez. VI, 3 novembre 2016, n. 4610.

<sup>46</sup> T.A.R. Toscana, sez. III, 11 maggio 2017, n. 667, cit., par. 6.3.

<sup>47</sup> Così, T.A.R. Toscana, sez. III, 11 maggio 2017, n. 667, cit., par. 6.4.

<sup>48</sup> T.A.R. Toscana, sez. III, 11 maggio 2017, n. 667, cit., par. 7.

Viceversa, il primo dei termini, ossia quello entro cui il terzo può sollecitare la P.A. alle verifiche amministrative non può desumersi dal sistema. Infatti, il T.A.R. Toscana ritiene che nessuna delle soluzioni interpretative nel corso del tempo prospettate sia decisiva. In particolare, alla tesi che ritiene che possa farsi riferimento al termine che l'art 19 assegna alla P.A. per l'esercizio del potere inibitorio in via "ufficiosa", ossia di sessanta (ex comma 3) o trenta giorni (ex comma 6 bis) si obietta che essa non sarebbe in grado di offrire una concreta tutela al terzo: il *dies a quo* coincide con il ricevimento della segnalazione, cui egli è estraneo, «*atteso che nessuna norma assicura al medesimo la tempestiva comunicazione della presentazione della S.C.I.A. né tanto meno dell'inizio dell'attività segnalata*». Inoltre, è da escludere, secondo il T.A.R. Toscana, anche la possibilità di ricorrere al termine decadenziale di sessanta giorni, previsto per l'impugnazione del provvedimento ex art. 29 c.p.a., dal momento che, da un lato, si tratterebbe di una «*inammissibile integrazione pretoria del precetto normativo*» e, dall'altro, di una soluzione che «*non tiene conto delle diversità ontologica della disciplina invocata (termine per la proposizione di atto 'processuale') rispetto all'ambito di attività in esame (ricerca di termine per l'attivazione del privato in sede 'amministrativa')*». E tale diversità ontologica è decisiva anche per escludere la possibilità di far riferimento al termine annuale ex art. 31, comma 2 c.p.a., dal momento che si tratta di una norma di natura processuale, non amministrativa<sup>49</sup>: il T.A.R. Toscana sottolinea come la natura della norma sembra essere contraddetta, perché essa «*presuppone l'avvenuta presentazione di un'istanza di avvio (ovvero l'attivazione officiosa) di un procedimento amministrativo e la formazione del c.d. silenzio-inadempimento dell'amministrazione procedente*». Infine, anche la tesi che individua nel «*termine ragionevole, non superiore a diciotto mesi*» di cui all'art. 21nonies, in tema di annullamento d'ufficio, come riferibile anche al potere di sollecitazione da parte del terzo delle verifiche amministrative, «*risulterebbe in contrasto con il disposto dell'art. 19 comma 6 ter, in primo luogo, poiché quest'ultimo consente al terzo di stimolare l'esercizio del potere inibitorio pure (e non dell'autotutela) dell'Ente pubblico. In secondo luogo, perché tale termine, riferendosi all'autotutela officiosa,*

<sup>49</sup> Sul punto, cfr. anche T.A.R. Emilia Romagna, Parma, 22 gennaio 2019, n. 12, in cui si chiarisce che è da ritenersi non idonea a risolvere la problematica sul termine per sollecitare il potere dell'amministrazione «*la tesi che richiama il termine annuale di cui all'art. 31, comma 2 c.p.a., in quanto anche in questo caso si confonde un termine processuale (quello dell'art. 31 c.p.a.) con un termine amministrativo (quello per la sollecitazione delle verifiche da parte della P.A.)*».

*risulta difficilmente conciliabile con le caratteristiche di un procedimento ad istanza di parte».*

Dunque, secondo il T.A.R. Toscana, non solo «*l'attuale regime della S.C.I.A. non prevede un termine per la presentazione da parte del terzo dell'istanza sollecitatoria delle verifiche amministrative di cui all'art. 19, comma 6ter l. n. 241/90*», ma esso non è neppure «*desumibile dal sistema normativo, con la conseguenza che la diffida del terzo dovrebbe ritenersi tempestiva anche se proposta a notevole distanza di tempo dall'avvenuto deposito della segnalazione presso l'Ente competente*».

Il fatto che tali verifiche inibitorie possano, secondo l'impostazione del T.A.R. Toscana, essere sollecitate *sine die* si porrebbe «*in evidente contrasto con l'esigenza di tutelare l'affidamento del segnalante circa la legittimità dell'iniziativa intrapresa, con il principio di buon andamento della pubblica amministrazione, nonché con il generale principio di certezza dei rapporti tra cittadino e Pubblica Amministrazione*». Inoltre, la mancata previsione del termine darebbe luogo anche ad una violazione dell'art. 3 Cost., dal momento che è irragionevole che «*l'affidamento del segnalante venga tutelato con la temporizzazione dell'intervento in autotutela dell'amministrazione e non nel caso di poteri di verifica attivati dal terzo*<sup>50</sup>». Ancora, si determinerebbe anche una lesione dei principi di ragionevolezza e buon andamento di cui agli artt. 3 e 97 Cost., poiché la P.A. sarebbe costretta a verificare i presupposti dell'attività segnalata «*anche a notevole distanza di tempo*», con un «*evidente aggravio dell'attività amministrativa*» e con un aumento del «*rischio di decisioni amministrative contraddittorie*»<sup>51</sup>.

### **5. Anche il T.A.R. Emilia Romagna, Parma, ord. n. 12/2019, solleva la questione di legittimità costituzionale sul comma 6ter.**

Anche il T.A.R. Emilia Romagna, Parma, con sentenza 22 gennaio 2019, n. 12, ha rimesso alla Corte costituzionale la questione di legittimità dell'art. 19, comma 6 ter l. n. 241/90, per violazione degli artt. 3, 24, 103 e 113 Cost., nella parte in cui consente ai terzi lesi da una S.C.I.A. edilizia illegittima di esperire «*esclusivamente*» l'azione di cui all'art. 31, commi 1, 2 e 3, c.p.a., e,

<sup>50</sup> «*Sarebbe infatti irragionevolmente discriminatoria l'interpretazione che riconoscesse tutela all'affidamento dell'autore della segnalazione solo nei confronti dell'iniziativa repressiva ufficiosa dell'amministrazione e non anche rispetto alle verifiche che quest'ultima effettua su richiesta del controinteressato*»: T.A.R. Toscana, sez. III, 11 maggio 2017, n. 667, cit., par. 11.1.

<sup>51</sup> T.A.R. Toscana, sez. III, 11 maggio 2017, n. 667, cit., par. 11.2.

ciò, soltanto dopo aver sollecitato l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione.

In realtà, con tale pronuncia il T.A.R. Emilia Romagna sostanzialmente supera le perplessità mosse dal T.A.R. Toscana in ordine alla mancata previsione di un termine decadenziale per l'esercizio del potere di sollecitazione da parte del terzo, in quanto chiarisce che esso possa avvenire in ogni tempo dal momento della presentazione della S.C.I.A., ma che l'intervento della P.A. debba «*sottostare a rigorosi limiti temporali e motivazionali, ex art. 21nonies*» l. n. 241/90<sup>52</sup>. Dunque, secondo tale pronuncia, deve ritenersi quantomeno depotenziato il dubbio di incostituzionalità sollevato con riferimento al rischio di un intervento inibitorio su sollecitazione del terzo *sine die* e che, di conseguenza, il segnalante «*resti soggetto per un tempo indeterminato e a priori indefinibile*» ad esso. Anche perché non può condividersi l'assunto del T.A.R. Toscana, secondo cui la sollecitazione da parte del terzo determinerebbe l'attivazione di un procedimento analogo a quello previsto dal comma 3 dell'art. 19, dal momento che così ritenendo si giungerebbe ad un'inammissibile sorta di rimessione in termini della P.A. Viceversa, una volta decorso il termine per l'adozione dei provvedimenti di cui al comma 3, l'amministrazione competente «*può (e deve) adottare i provvedimenti volti alla rimozione degli effetti dannosi soltanto in presenza delle condizioni previste dall'art. 21nonies*»<sup>53</sup>.

Tuttavia, il T.A.R. Emilia Romagna espone comunque la nuova disciplina prevista dall'art. 19 l. n. 241/90 al vaglio di costituzionalità, dal momento che essa «*risulta non idonea a tutelare in modo efficace la sfera giuridica del terzo*». Si tratta, cioè, di una valutazione di segno opposto rispetto a quella del T.A.R. Toscana, che invece ha ritenuto che egli risulti iper-tutelato dalla disciplina in tema di S.C.I.A..

Innanzitutto, secondo il Tribunale amministrativo emiliano, l'onere di sollecitazione ex comma 6ter comporta una «*procrastinazione del momento dell'accesso alla tutela giurisdizionale*» e, quindi, una «*incisiva limitazione dell'effettività*» di essa, in violazione degli artt. 24, 103 e 113 Cost. Inoltre, e soprattutto, il terzo controinteressato sollecita la P.A. ad attivare non il potere inibitorio, che in materia edilizia ha un termine di trenta giorni, di regola già decorsi quando il terzo venga a conoscenza dell'attività intrapresa, ma il potere

<sup>52</sup> Così, T.A.R. Emilia Romagna, Parma, 22 gennaio 2019, n. 12, cit., par. 3.2. In tal senso, cfr. anche Cons. St., sez. VI, 3 novembre 2016, n. 4610.

<sup>53</sup> Così, T.A.R. Emilia Romagna, Parma, 22 gennaio 2019, n. 12, cit., par. 3.1.



successivo (precedentemente definito di «*autotutela*»), che ha a carattere ampiamente discrezionale: ebbene, nel giudizio conseguente al silenzio o al rifiuto di intervento della P.A., il giudice amministrativo non può pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa (trattandosi di un potere attinente ai soli casi di attività vincolata), ma dovrà «*limitarsi ad una mera declaratoria dell'obbligo di provvedere*», senza poter predeterminare il contenuto del successivo provvedimento della P.A. È evidente, dunque, secondo il T.A.R. Emilia Romagna, la lesione del diritto del terzo ad una piena ed effettiva tutela giurisdizionale: l'avverbio «*esclusivamente*», infatti, preclude al terzo controinteressato l'esercizio non soltanto dell'azione di annullamento, ma anche di quella di condanna al rilascio di un provvedimento determinato, ex art. 34, comma 1, lett. c) c.p.a.<sup>54</sup>. Dunque, se il comma 6 ter non condiziona il tipo di azione esercitabile dai terzi, che è sempre quella di accertamento dell'obbligo di provvedere ex art. 31 c.p.a., tuttavia, esso incide sul potere di accertamento del giudice amministrativo, prima, e sui poteri esercitabili dalla P.A., in seguito alla pronuncia giurisdizionale, poi.

Ecco perché, secondo il T.A.R. Emilia Romagna, «*il nuovo sistema di tutela del terzo leso da una S.C.I.A. edilizia illegittima è stato consapevolmente costruito nei termini di una ridotta forza processuale del controinteressato*»; né è possibile fornire un'interpretazione costituzionalmente orientata di esso, se non attraverso il regime impugnatorio, come già fece l'A.P. n. 15/2011. Tuttavia, non solo tale soluzione sarebbe sprovvista di una base normativa, ma si porrebbe in aperto contrasto con il comma 6ter dell'art. 19 l. n. 241/90. Dunque, tale costruzione pretoria sarebbe inammissibile.

In particolare, il T.A.R. Emilia Romagna sottolinea l'incongruità della disciplina di tutela del terzo controinteressato: quest'ultimo, infatti, è leso nel suo interesse pretensivo dall'omessa attivazione dei poteri inibitori doverosi, ma la tutela in sede giurisdizionale riguarda soltanto l'esercizio del «*diverso e più condizionato potere discrezionale*» e successivo, alle condizioni previste dall'art. 21nonies. In sostanza, ad avviso del Tribunale amministrativo emiliano il nuovo sistema rinvia la tutela del terzo «*ad un successivo esercizio del potere sempre e comunque discrezionale*», impedendogli di ottenere «*un'efficace e soddisfattiva riparazione già dinanzi al Giudice adito*». E già l'A.P. n. 15/2011 sottolineava proprio l'esigenza del terzo di «*ottenere una pronuncia che [impedisce] lo svolgimento di un'attività illegittima mediante un precetto*

<sup>54</sup> In senso analogo, cfr. anche T.A.R. Veneto, 11 aprile 2013, n. 535; T.A.R. Lecce, sez. III, 18 settembre 2013, n. 1937.



*giudiziario puntuale e vincolante che non subisca l'intermediazione aleatoria dell'esercizio di un potere discrezionale».*

Conclusivamente, il Tribunale amministrativo emiliano ha ritenuto rilevante e non manifestamente infondata la questione di illegittimità costituzionale sollevata sull'art. 19, comma 6 ter l. n. 241/90, per violazione degli artt. 3, 24, 103 e 113 Cost., «*nella misura in cui impedisce ai terzi lesi da una S.C.I.A. edilizia illegittima di ottenere dal Giudice amministrativo una pronuncia di accertamento della fondatezza della pretesa dedotta in giudizio, con conseguente condanna o comunque effetto conformativo all'adozione dei corrispondenti provvedimenti, anche nel caso in cui sia decorso il termine concesso all'amministrazione per azionare il potere inibitorio di cui al comma 3*<sup>55</sup>».

#### **6. L'intervento della Corte costituzionale, n. 45/2019.**

Ebbene, la Corte Cost., con sentenza del 13 marzo 2019, n. 45, è intervenuta sulla questione del rapporto tra tutela del terzo controinteressato e S.C.I.A., superando la tesi prospettata dal T.A.R. Toscana e chiarendo che è costituzionalmente legittimo l'art. 19, comma 6ter, l. n. 241/90. Infatti l'interesse pretensivo del controinteressato si estingue unitamente alla consumazione, per decorso dei termini di legge, del potere amministrativo di verifica e di controllo, non essendo accettabile, secondo la Consulta, l'attribuzione al terzo di un potere contenutisticamente e cronologicamente indeterminato.

In particolare, la Corte Costituzionale ritiene che non sia condivisibile la tesi del rimettente, secondo cui tali poteri sarebbero "altri" rispetto a quelli previsti dai commi precedenti e sempre vincolati, cosicché non sarebbe possibile mutuarne la disciplina. Infatti, secondo la Corte costituzionale, contrariamente a quanto sostenuto dal T.A.R. Toscana, il comma 6 ter dell'art. 19 l. n. 241/90 si riferisce a tutti i contropoteri esercitabili dalla P.A., di cui ai commi 3 e 4, alla luce di una serie di argomentazioni.

La prima è di ordine testuale: la locuzione «*verifiche spettanti all'amministrazione*» lascia chiaramente intendere che la norma rinvia a poteri già previsti. Inoltre, anche la genesi della disposizione confermerebbe tale lettura: il comma 6ter, infatti, è stato introdotto dall'art. 6, comma 1 d.l. n. 138/2011 (*Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo*), convertito nella l. n. 148/2011, in aperto contrasto - come anticipato

<sup>55</sup> Così, T.A.R. Emilia Romagna, Parma, 22 gennaio 2019, n. 12, cit., par. 4.1.

– con la sentenza n. 15/2011 dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato: infatti, tale intervento legislativo ha avuto la chiara finalità di escludere la configurabilità di un silenzio diniego quale atto amministrativo impugnabile e di limitare le possibilità di tutela del terzo all'azione contro il silenzio-inadempimento. *«Il riferimento alle verifiche spettanti all'amministrazione, dunque, non è finalizzato ad introdurre nuovi poteri, ma è funzionale alla sollecitazione da parte del terzo».*

Ancora, tale lettura risulta confermata anche dalla evoluzione del quadro di riferimento: infatti, se si seguisse l'impostazione del T.A.R. Toscana, si giungerebbe ad una evidente *«incongruenza del sistema»*, alla luce della l. n. 124/2015, la quale ha inciso sull'art. 21 nonies l. n. 241/90 apponendo un termine all'esercizio di autotutela, reso applicabile anche ai poteri di controllo sulla S.C.I.A. dall'art. 19, co. 4: *«si avrebbe qui, infatti, un potere sempre vincolato, e quindi più incisivo, ma temporalmente illimitato»<sup>56</sup>*. Inoltre, se si ritenesse che il comma 6ter attribuisca *«un potere "in bianco"»*, quest'ultimo sarebbe contrastante anche con il principio di legalità-tipicità che *«caratterizza, qualifica e limita tutti i poteri amministrativi»* (sancito dagli artt. 23, 97, 103 e 113 Cost.). Infatti, tale principio deve essere inteso *«non solo in senso formale, come necessità di una previsione espressa del potere, ma anche in senso sostanziale, come determinazione del suo ambito, e cioè dei fini, del contenuto e delle modalità del suo esercizio»*. Infine, l'impostazione del T.A.R. Toscana si pone in aperto contrasto con l'*«acquisita [...] scelta del legislatore nel senso della liberalizzazione dell'attività oggetto di segnalazione»*, sebbene parziale: infatti, la Corte costituzionale sottolinea come è sì riconosciuto il potere (successivo) di controllo della P.A. sull'attività intrapresa dal privato, ma tale fase *«costituisce una – sia pur importante – parentesi puntualmente delimitata nei modi e nei tempi»*; una sua *«dilatazione temporale»*, addirittura *sine die «comporterebbe, invece, quel recupero dell'istituto all'area amministrativa tradizionale, che il legislatore ha inteso inequivocabilmente escludere»<sup>57</sup>*.

Dunque, la Consulta supera la questione di legittimità costituzionale sollevata dal T.A.R. Toscana, chiarendo che le verifiche cui è chiamata l'Amministrazione ai sensi del comma 6ter sono quelle già puntualmente disciplinate dall'art. 19, da esercitarsi entro i sessanta giorni o trenta dalla presentazione della S.C.I.A. (commi 3 e 6bis), e poi entro i successivi diciotto mesi (comma 4, che rinvia

<sup>56</sup> Così, Corte cost., 13 marzo 2019, n. 45, cit., par. 8.2.

<sup>57</sup> Corte cost., 13 marzo 2019, n. 45, cit., par. 8.3.

all'art. 21nonies). Decorsi questi termini, la situazione soggettiva del segnalante si consolida definitivamente nei confronti dell'amministrazione, ormai priva di poteri, e quindi anche del terzo. Questi, infatti, è titolare di un interesse legittimo pretensivo all'esercizio del controllo amministrativo: venuto meno tale potere in capo alla P.A., anche l'interesse del terzo si estingue.

Si tratta di una conclusione che, *«oltre che piana, è necessitata»*. Inoltre, chiarisce la Consulta che il timore che da essa derivi un *vulnus* alla situazione giuridica soggettiva del terzo deve essere superata dalla constatazione che a quest'ultimo siano comunque riconosciuti una serie di ulteriori rimedi. In particolare, a tutela del terzo pregiudicato dall'intervento oggetto di S.C.I.A. sono riconosciuti innanzitutto i poteri di verifica della P.A. in caso di dichiarazioni mendaci o false attestazioni, ai sensi dell'art. 21, co. 1 l. n. 241/90. Inoltre, egli può sollecitare i poteri di vigilanza, prevenzione e di controllo ex co. 2bis della stessa disposizione, come ad esempio quelli in materia edilizia, regolati dagli artt. 27 e ss. T.U in materia edilizia, ed espressamente richiamati dal co. 6bis, art. 19. Inoltre, il terzo ha la possibilità di agire in sede risarcitoria nei confronti della P.A. in caso di mancato esercizio del doveroso potere di verifica: sul punto, infatti, l'art. 21, co. 2ter fa espressamente salva *«la responsabilità del dipendente che non abbia agito tempestivamente, ove la segnalazione certificata non fosse conforme alle norme vigenti»*. Inoltre, *«al di là delle modalità di tutela dell'interesse legittimo»*, al terzo è comunque garantito l'accesso alla *«tutela civilistica del risarcimento del danno, eventualmente in forma specifica<sup>58</sup>»*, a fronte di un'attività che si assuma illecita.

Peraltro, la Corte costituzionale non esclude l'opportunità di un intervento normativo sull'art. 19, *«quantomeno»* al fine di rendere possibile al terzo interessato una più immediata conoscenza dell'attività segnalata e di impedire il decorso dei relativi termini in presenza di una sua sollecitazione, *«in modo da sottrarlo al rischio del ritardo nell'esercizio del potere da parte della P.A. e al conseguente effetto estintivo»*. E già da tale auspicio emerge l'insufficienza della nuova disciplina ad offrire una tutela adeguata al terzo, *«quantomeno»* con riferimento al *dies a quo* del termine entro cui sollecitare la P.A., che è individuato dall'art. 19, co. 3 nel *«ricevimento della segnalazione»* e nella *«data di scadenza del termine previsto dalla legge per l'esercizio del potere ordinario di verifica da parte dell'amministrazione competente»*, per quanto riguarda il termine di cui all'art. 21nonies (cui rinvia l'art. 19, co. 4 l. n.

<sup>58</sup> Corte Cost., 13 marzo 2019, n. 45, cit., par. 10.1.

241/90), come chiarito dall'art. 2, comma 4 del d. lgs. n. 222/2016. Ebbene, se tale impostazione è certamente giustificata per quanto riguarda l'attivazione "ufficiosa" dei contropoteri da parte della P.A., essa è, invece, meno comprensibile con riferimento al terzo controinteressato, al quale nessuna norma garantisce la tempestiva comunicazione della presentazione della S.C.I.A. o dell'intrapresa attività<sup>59</sup>.

### **7. Osservazioni conclusive e possibili sviluppi normativi.**

In ogni caso, la pronuncia della Corte costituzionale ha sicuramente il pregio di aver offerto una soluzione alla difficile ricerca di un punto di equilibrio tra garanzia dell'affidamento del segnalante ed effettività della tutela giurisdizionale nei confronti del terzo. Infatti, un istituto quale è quello della S.C.I.A., introdotto in una chiara ottica di semplificazione, ha mostrato tutta la sua complessità animando un acceso dibattito in dottrina e giurisprudenza – come visto, ancor prima della introduzione del comma 6ter all'art. 19 l. n. 241/90 – cui la Consulta ha tentato di porre fine. Ma, a ben vedere, tale risultato non può dirsi pienamente conseguito, se solo si osserva il fatto che sia la stessa Corte costituzionale ad auspicare un intervento del legislatore.

È, infatti, evidente che la pronuncia della Corte costituzionale – sebbene sia ispirata da una *ratio* riequilibratrice – nell'individuare il termine di diciotto mesi come limite insuperabile, sia in via ufficiosa, che su sollecitazione del terzo controinteressato, attribuisca maggiore rilevanza all'esigenza di tutelare l'affidamento del segnalante alla conservazione dell'attività intrapresa attraverso la mera segnalazione certificata. In particolare, la Consulta sottolinea come la previsione di un termine per la sollecitazione da parte del terzo rappresenti «*un requisito essenziale dei poteri di verifica sulla S.C.I.A.*», in un'ottica di «*tutela dell'affidamento del segnalante*», al fine di evitare che quest'ultimo resti sottoposto per un tempo indefinito e a priori indeterminabile all'intervento sfavorevole della P.A.

In sostanza, tale pronuncia si pone in perfetta sintonia con l'evoluzione generale del sistema, sempre più volto a garantire la certezza e la stabilità

---

<sup>59</sup> Sul punto, utile è richiamare Cons. Stato, sez. VI, 3 novembre 2016, n. 4610, in cui si sottolinea come «*nel caso della SCIA [...] il terzo è titolare di un interesse legittimo pretensivo all'adozione di atti sfavorevoli per il destinatario dell'azione amministrativa. Non è pertanto a conoscenza 'diretta' dell'andamento procedimentale della vicenda*». Perplexità già riscontrate da T.A.R. Toscana, sez. III, 11 maggio 2017, n. 667, nella parte in cui sottolineava che «*nessuna norma assicura al medesimo la tempestiva comunicazione della presentazione della SCIA né tanto meno dell'inizio dell'attività segnalata*», cit., par. 8.1.

della relazione tra P.A. e privato; si tratta, infatti, di un rapporto giuridico di durata, in cui è ormai preminente l'esigenza di tutelare l'affidamento maturato dal privato e che quest'ultimo non sia danneggiato dalla «incoerenza nel tempo della pubblica amministrazione<sup>60</sup>». Medesima *ratio* è alla base della modifica della riforma Madia intervenuta sull'art. 21nonies, le cui condizioni, non a caso, sono espressamente richiamate dal comma 4, art. 19 l. n. 241/90 in materia di S.C.I.A.. Infatti, la novella del 2015 ha sancito un termine di diciotto mesi, accanto a quello ragionevole – al quale, dunque, si dà concretezza – in tema di annullamento d'ufficio proprio di provvedimenti che sono tali da incidere, in senso ampliativo, sulla sfera giuridica del privato: quelli di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici. Si tratta di un intervento volto a superare il tradizionale principio della inesauribilità del potere amministrativo, al fine di garantire «una tutela più pregnante all'interesse dei destinatari di atti ampliativi alla stabilità e alla certezza delle situazioni giuridiche da essi prodotte, costruendo un regime che garantisca la loro intangibilità<sup>61</sup>».

In sostanza, la Consulta, nell'affermare che non sia «accettabile l'attribuzione al terzo di un potere contenutisticamente e cronologicamente indeterminato» non fa altro che riconoscere rilevanza alla dimensione temporale del rapporto tra P.A. e privato, nonché al legittimo affidamento ingenerato nel cittadino proprio da tale «contatto amministrativo». Non a caso, anche la giurisprudenza amministrativa ha più volte chiarito come la cura nel bilanciamento di contrapposti interessi debba essere ancora maggiore nel caso in cui i provvedimenti (o anche i comportamenti) della P.A. e i relativi effetti autorizzatori abbiano una efficacia istantanea nei confronti dei destinatari: in particolare, oltre ad un onere motivazionale aggravato, deve ritenersi che assuma «in tale fattispecie, nel giudizio comparativo degli interessi confliggenti, maggiore rilevanza quello dei privati destinatari dell'atto

<sup>60</sup> Così, M. RAMAJOLI, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto d'equilibrio*, in *www.giustamm.it*, cit., p. 3. Cfr. G. MANFREDI, *Il tempo è tiranno: l'autotutela nella legge Madia*, in *Urb. e app.*, 2016, 5 ss; G. B. MATTARELLA, *La riforma della pubblica amministrazione. Il contesto e gli obiettivi della riforma*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2015, p. 621 ss.; A. GUALDANI, *Verso una nuova unitarietà della revoca e dell'annullamento d'ufficio*, Torino, 2016.

<sup>61</sup> Così, Cons. St., sez. VI, 27 gennaio 2017, n. 341. In tal senso, anche Corte cost., 9 marzo 2016, n. 49, la quale sottolinea come il potere di autotutela «si colloca allo snodo delicatissimo del rapporto tra il potere amministrativo e il suo esercizio, da una parte, e la tutela dell'affidamento del privato, dall'altra». Sul tema, v. DE NICTOLIS, *L'autotutela provvedimentoale di annullamento degli atti illegittimi tra principi costituzionali, regole e eccezioni*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2017.

*ampliativo e minore pregnanza quello pubblico all'elisione di effetti già prodotti in via definitiva e non suscettibili di aggravamento*<sup>62</sup>».

Tra l'altro, tale ricostruzione risulta confermata dal fatto che l'art. 21nonies, al comma 2 bis, preveda una deroga al termine di diciotto mesi di cui al comma 1, nell'ipotesi di «*false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato*»: in tal caso è previsto che i provvedimenti amministrativi «*possono essere annullati dall'amministrazione anche dopo la scadenza del termine di diciotto mesi di cui al comma 1*». Infatti, viene meno l'esigenza di tutelare l'affidamento maturato, dal momento che esso non matura legittimamente nell'ipotesi di condotta fraudolenta del segnalante. In tempi recenti, anzi, la giurisprudenza ha ritenuto non necessario ai fini della deroga al termine di 18 mesi ex art. 21nonies l. n. 241/90 l'accertamento con sentenza passata in giudicato: il Consiglio di Stato, infatti, è giunto alla conclusione che l'inciso «*per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato*» sia sintatticamente agganciato esclusivamente al mendacio nelle dichiarazioni sostitutive e non sia, invece, comprensivamente riferito anche alle «*false rappresentazioni dei fatti*»<sup>63</sup>: queste ultime, quindi, rilevano ai sensi del comma 2 bis anche se non siano conseguenti alla commissione di reati definitivamente accertati in forza del giudicato penale. Ebbene, se da un lato la disposizione richiamata contiene espressamente la locuzione «*provvedimenti*», e la natura provvedimento della S.C.I.A. è ormai pacificamente negata, dall'altro occorre sottolineare che l'art. 19 co. 4 rinvia all'intero articolo 21nonies l. n. 241/90, e non a specifici commi di esso. Dunque, si può ritenere che esso si applichi *tout court* alla S.C.I.A., essendo evidente l'intento del legislatore del 2015 di costituire una precisa sovrapposizione temporale tra autotutela e poteri inibitori, a prescindere dalla natura provvedimento o privata del titolo abilitativo: dunque, nelle «*condizioni previste dall'art. 21nonies*» (art. 19, co. 4) sono ricomprese anche le specifiche ipotesi di cui al co. 2bis. E, per ciò che qui interessa, alla luce delle conclusioni della Corte costituzionale sul comma 6ter

<sup>62</sup> Così, Cons. St., sez. VI, 27 gennaio 2017, n. 341.

<sup>63</sup> Cons. St., sez. V, 27 giugno 2018, n. 3940. In dottrina, R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2018, p. 1146; M.A. SANDULLI, *Autoannullamento dei provvedimenti ampliati e falsa rappresentazione dei fatti: è superabile il termine di 18 mesi a prescindere dal giudicato penale?*, in *Riv. giur. Edilizia*, 2018, fasc. n. 3, pp. 687 ss; cfr. anche M. PELLEGRINI, *L'annullamento d'ufficio del provvedimento amministrativo nella legislazione e giurisprudenza più recenti*, in *afg.unicam.it*, 2019, n. 8, p. 30.

art. 19, l'art. 21nonies, co. 2bis deve ritenersi applicabile all'istituto della S.C.I.A. anche con riguardo al terzo controinteressato, il quale, quindi, nel caso di segnalazione fondata su dichiarazioni false o mendaci potrebbe sollecitare le verifiche spettanti alla P.A. anche molto tempo dopo la presentazione di essa: dunque, anche l'intervento inibitorio potrebbe collocarsi a lunga distanza temporale.

Ciò però non si pone in contrasto con la soluzione individuata dalla Consulta, dal momento che anche nelle ipotesi di cui al comma 2 bis dell'art. 21nonies non si realizza comunque quella iper-tutela del terzo, cui faceva riferimento il T.A.R. Toscana. Da un lato, infatti, la P.A. è comunque tenuta ad una valutazione sulla ragionevolezza del termine, poiché il comma 2bis art. 21nonies deroga al solo termine di diciotto mesi, non a quello «ragionevole» cui fa riferimento il comma 1. Dall'altro, la stessa «*esigenza di tutelare l'affidamento del segnalante*» – rispetto alla quale il T.A.R. Toscana riteneva che il comma 6ter si ponesse in «*evidente contrasto*» - da un intervento inibitorio *sine die* viene meno o risulta comunque fortemente indebolita: infatti, in tali ipotesi la segnalazione stessa si fonda su attestazioni o dichiarazioni false o mendaci, e, quindi, rispetto ad essa e alla sua efficacia abilitante il dichiarante non matura alcun (legittimo) affidamento alla prosecuzione dell'attività economica intrapresa che sia meritevole di tutela<sup>64</sup>; il potere di intervento della P.A., di fronte ad una falsa rappresentazione della realtà da parte del privato e alla conseguente violazione dei principi di buona fede e di leale collaborazione - che devono permeare il contatto amministrativo in senso bilaterale - si espande e torna ad essere, sostanzialmente, inesauribile sotto il profilo temporale; inoltre, non si rende necessaria «alcuna particolare ragione di pubblico interesse, che, in tale ipotesi, deve ritenersi sussistente *in re ipsa*<sup>65</sup>».

Tuttavia, non può non tenersi conto dei rilievi sollevati dal T.A.R. Emilia Romagna, che, come visto, al contrario del T.A.R. Toscana, ha sottolineato

<sup>64</sup> Sul tema, v. *amplius* Cons. St., sez. V, 27 giugno 2018, n. 3940, in cui si sottolinea come sia del tutto logico, nel caso «*in cui l'Amministrazione sia stata propriamente indotta dalla misrepresentation dei presupposti necessari al conseguimento del riconosciuto vantaggio, che la parte non possa beneficiare, contra factum proprium, della rigidità del termine imposto all'esercizio dell'autotutela: e ciò in quanto, per l'appunto [...]l'affidamento vantato non avrebbe i connotati della meritevolezza di tutela [...]. È questa [...] la logica che presiede e sorregge la previsione di cui all'art. 21, comma 2 bis, che [...] è ispirato al criterio della abusività del vantaggio conseguito mediante il proprio fatto doloso (onde si tratta qui, come vale ribadire, di una ordinaria e ragionevole applicazione del più comprensivo principio che vieta di salvaguardare posizioni di vantaggio conseguite in mala fede*».

<sup>65</sup> Così, R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2018, p. 1142.



come la "nuova" disciplina ex comma 6ter abbia comportato una inadeguatezza della tutela del terzo controinteressato, o comunque una forte compressione di essa. Infatti, da tale ordinanza emerge l'auspicio, che appare condivisibile, di un «ritorno al passato»<sup>66</sup>, ossia alla impostazione dell'A.P. n. 15/2011, la quale aveva trovato una soluzione articolata, ma con l'apprezzabile fine di evitare che il sistema si esponesse a profili di incostituzionalità, come quelli dedotti poi dal T.A.R. Toscana e, soprattutto, dal T.A.R. Emilia Romagna. In particolare, sembra che il giusto punto di equilibrio tra tutela dell'affidamento del segnalante da un intervento inibitorio *sine die*, da un lato, e quella, piena ed effettiva, dei cc.dd. controinteressati, dall'altro, potrebbe essere individuato nel riconoscimento a questi ultimi della possibilità di attivare gli ordinari rimedi giurisdizionali di regola previsti per la tutela di interessi legittimi pretensivi lesi da un comportamento illegittimo della P.A., a prescindere dalla natura, provvedimento o privata, dei titoli abilitanti l'attività altrui<sup>67</sup>. In particolare, tale impostazione consentirebbe di evitare che la tutela dei terzi controinteressati sia sottoposta alla «*intermediazione aleatoria dell'esercizio del potere discrezionale di autotutela*», cui già l'A.P. n. 15/2011 faceva riferimento e che ha tentato in ogni modo di superare. Non a caso, anche se «*a titolo di mero esempio*», la Commissione Speciale del Consiglio di Stato, nel parere in tema della riforma del 2015, propone l'innesto, nell'ambito della S.C.I.A., di «*meccanismi tipici della tutela sul provvedimento*», delineando, così, «*una tutela speciale che potrebbe far leva sul rimedio dell'azione di accertamento (nel caso di specie, accertamento da parte del giudice dell'assenza dei requisiti previsti dalla legge per l'esercizio di un'attività soggetta a S.C.I.A.)*»<sup>68</sup>. Inoltre, a tale conclusione è giunta parte della giurisprudenza anche in materia edilizia, ammettendo l'esperibilità dell'azione di accertamento autonomo da parte del terzo, al fine di veder acclarata la insussistenza dei presupposti che legittimano lo svolgimento dell'attività sulla scorta di una semplice denuncia<sup>69</sup>.

Ebbene, tale soluzione sembra rappresentare un giusto compromesso. Infatti, essa appare in grado di tutelare al contempo sia il segnalante che il terzo

<sup>66</sup> In tal senso, v. G. GRECO, *Scia e tutela del terzo al vaglio della Corte costituzionale: è troppo auspicare un ritorno al passato (o quasi)?*, in *Giustamm.it*, 2018/6.

<sup>67</sup> In tal senso, cfr. G. A. GISONDI, *Il regime della tutela dei terzi contro la s.c.i.a. dopo la manovra di agosto 2011 ed il decreto correttivo del codice del processo amministrativo: un'interpretazione costituzionalmente orientata per evitare il deficit di effettività*, in [www.segretarietlocali.it](http://www.segretarietlocali.it).

<sup>68</sup> Cons. St., parere 30 marzo 2016, n. 839, cit., par. 3.3.

<sup>69</sup> Cons. St., sez. IV, 2 novembre 2015, n. 5161.



controinteressato: innanzitutto, essa è compatibile con la natura privatistica dell'istituto della S.C.I.A./D.I.A.; inoltre, tale azione, parametrata sui meccanismi tipici di tutela del provvedimento, in quanto sottoposta al termine ordinario di impugnazione, risulta scandita da «*una tempistica ben definita, che conferisce certezze*» sia all'iniziativa del terzo che al segnalante; infatti, la individuazione del *dies a quo* nel momento in cui il controinteressato abbia avuto piena conoscenza della segnalazione di inizio attività è in grado, da un lato, di offrire una adeguata tutela al terzo e, dall'altro, «*di far consolidare, dopo un certo termine, l'attività*<sup>70</sup>» intrapresa dal segnalante, stabilizzandola. In questo senso, quindi, si realizzerebbe un ritorno al passato, ossia al riconoscimento dell'azione di accertamento, che già l'A.P. n. 15/2011 aveva ritenuto rispondente alla «*esigenza costituzionale di una piena protezione dell'interesse legittimo, come posizione sostanziale correlata ad un bene della vita*», qualora esso non fosse suscettibile di essere soddisfatto «*in modo adeguato dalle azioni tipizzate*<sup>71</sup>».

Sembra, pertanto, quantomeno auspicabile un intervento del legislatore sul comma 6ter dell'art. 19, al fine di trovare un punto di equilibrio tra l'esigenza di garantire il legittimo affidamento del segnalante alla prosecuzione della propria attività, da un lato, e quella di assicurare una tutela piena ed effettiva nei confronti dei terzi che da essa si ritengano lesi, dall'altro. La necessità e, contemporaneamente, la difficoltà di tale bilanciamento<sup>72</sup>, peraltro, è confermata non solo dalla molteplicità di tesi sostenute in dottrina e in giurisprudenza – di cui si è tentato di offrire una visione complessiva – ma soprattutto dal fatto che sulla disciplina ex comma 6ter siano state sollevate due questioni di legittimità costituzionale, tra l'altro di segno opposto: una, quella del T.A.R. Toscana, la quale ritiene che «*l'attuale meccanismo legislativo [...] esaspera la tutela del terzo*», esponendo «*il segnalante al rischio permanente dell'inibizione dell'attività iniziata*<sup>73</sup>»; l'altra, quella esposta dal

<sup>70</sup> Così, Cons. St., n. 839/2016, cit., par. 3.3.

<sup>71</sup> Così, Cons. St., A.P., 29 luglio 2011, n. 15, cit.

<sup>72</sup> Sul punto, cfr. D. LAVERMICOCCA, *La SCIA e la DIA nell'edilizia e nei procedimenti speciali. La semplificazione si complica*, in *Urb. e app.*, 2011, in cui la difficoltà di trovare un equilibrio tra contrapposte esigenze viene delineata come una «coperta corta, che se copre l'interesse del terzo leso dall'avvio dell'attività, scopre l'affidamento del terzo negli effetti giuridici che la legge riconosce alla presentazione della D.I.A./S.C.I.A., in presenza della dichiarata sussistenza dei presupposti, e al decorso dei termini per l'esercizio dei poteri inibitori e sanzionatori», cit., p. 352. In tal senso, cfr. anche M. SINISI, *La nuova azione amministrativa: il "tempo" dell'annullamento d'ufficio e l'esercizio dei poteri inibitori in caso di s.c.i.a. Certezza del diritto, tutela dei terzi e falsi miti*, in *federalismi.it*, 2015, n. 24.

<sup>73</sup> Così, T.A.R. Toscana, sez. III, 11 maggio 2017, n. 667, cit., par. 11.1.

T.A.R. Emilia Romagna, invece, secondo la quale il nuovo sistema di tutela «è stato consapevolmente costruito nei termini di una ridotta forza processuale del controinteressato<sup>74</sup>».

Tale intervento normativo, tra l'altro, è auspicato sia dal Consiglio di Stato sul parere della riforma Madia, che ha segnalato «l'esigenza di cercare soluzioni per riconoscere una effettiva tutela del terzo che, però, non vanifichino neppure l'esigenza di certezza definitiva sottesa ai nuovi termini massimi dell'art. 21nonies e che siano compatibili con il principio della liberalizzazione<sup>75</sup>»; sia dalla stessa Corte costituzionale, la quale, nella pronuncia in esame, «non esclude l'opportunità di un intervento normativo sull'art. 19, quantomeno ai fini, da una parte, di rendere possibile al terzo controinteressato una più immediata conoscenza dell'attività segnalata e, dall'altro, di impedire il decorso dei relativi termini in presenza di una sollecitazione<sup>76</sup>».

Segni evidenti che, nonostante lo sforzo – apprezzabile – di far salvo il comma 6ter e di ricondurre a coerenza il sistema, in realtà il rapporto tra S.C.I.A. e tutela del controinteressato richieda una chiarificazione, in via legislativa ed inequivoca (stavolta).

<sup>74</sup> T.A.R. Emilia Romagna, Parma, sent. non definitiva, 22 gennaio 2019, n. 12, cit., par. 3.1.

<sup>75</sup> Cons. St., parere 30 marzo 2016, n. 839, cit., par. 3.3.

<sup>76</sup> Corte cost., sent. 13 marzo 2019, n. 45. In dottrina, M. LIPARI, *La SCIA e l'autotutela nella l. n. 124/2015: primi dubbi interpretativi*, in *federalismi.it*, n. 20/2015 il quale sottolinea come «è evidente che occorrerebbe definire in modo più puntuale le modalità di esercizio delle facoltà spettanti al privato e i conseguenti poteri delle amministrazioni competenti, in modo da individuare soluzioni chiare ed equilibrate, anche a costo di abbandonare la "purezza" della costruzione totalmente negoziale della SCIA», cit., 16.

## **Il riordino delle Province e la riscoperta della sussidiarietà orizzontale in un'ottica di ridimensionamento della spesa pubblica.**

**Giada LIETO\***

**SOMMARIO:** **1.** Le Province tra antiche e nuove suggestioni. **2** Abolizione delle Province: una reale soluzione a tutti i mali? **3.** Il potenziamento della sussidiarietà orizzontale quale mezzo per alleggerire il bilancio statale: l'esercizio privato di pubbliche funzioni ed il baratto amministrativo.

**ABSTRACT:** *The present contribution analyzes the so-called reorganization of the Provinces, following the "Del Rio" reform that took place in 2014. The reform aims at transferring the competences of the Provinces to other public authorities to guarantee the containment of public spending and a more rational allocation of public resources.*

*Actually, following the referendum consultation that decreed the failed repeal of the Provinces, it is useful to identify the tools through which local authorities can contain public spending.*

*These instruments are located in the so-called private operation of public functions such as administrative bartering and urbanization consortia.*

### **1. Le Province tra antiche e nuove suggestioni.**

L'abolizione delle Province, una delle più antiche Istituzioni dell'ordinamento italiano, è stata oggetto, negli ultimi anni, di un travagliato dibattito dottrinario, giurisprudenziale e finanche politico, reso ancora più acceso dalle vicende legislative e referendarie ad essa inerenti.

Come è noto, le Province risalgono ad un periodo storico antecedente l'Unità d'Italia<sup>1</sup>. In tal senso già la Legge comunale e provinciale del Regno di Sardegna del 7 ottobre 1848 prevede le c.d. Divisioni, persone giuridiche con facoltà di possedere, le quali possono essere considerate a pieno titolo le antesignane delle odierne Province. A quel tempo, le Divisioni annoverano, tra i propri organi, l'Intendente generale ed il Consiglio divisionale. In particolare,

---

*\*Dottoranda in Scienze giuridiche e politiche presso ateneo G. Marconi di Roma.*

<sup>1</sup> Per una analisi storica si rinvia a G. SOLMI, *La Provincia nell'ordinamento amministrativo vigente*, II ed., Cedam, Padova, 1953, pp. 1-30.

l'Intendente generale rappresenta l'organo esecutivo della Divisione di cui assume, altresì, la rappresentanza.

Successivamente, la Legge n. 3702/1959 (c.d. Legge Rattazzi) propone un nuovo ordinamento amministrativo fondato, principalmente, sui Comuni e sulle Province. In special modo, le Province, quali persone giuridiche pubbliche, contemplan quali propri organi il Governatore, il Consiglio provinciale e la Deputazione provinciale.

A seguito della nascita del Regno d'Italia, la Legge n. 2248/1865 attribuisce alle Province massima centralità nel sistema giuridico italiano. Le Province, infatti, vengono ad assumere il ruolo di un Giano bifronte, configurandosi, da un lato, come Divisioni amministrative dello Stato (ossia come parti in cui lo Stato divide il proprio territorio) e, dall'altro, come ente pubblico territoriale deputato a svolgere talune funzioni in favore di una comunità territoriale di riferimento<sup>2</sup>.

Anche la Costituzione repubblicana del 1948 inserisce le Province tra gli enti necessari dell'ordinamento italiano. Ciononostante, fin dai lavori dell'Assemblea Costituente, emergono alcune voci contrarie alla previsione a livello costituzionale di un ente intermedio tra la Regione ed il Comune.

A partire dai primi anni Settanta del XX secolo, poi, divampa il dibattito sulla eliminazione delle Province, alimentato da coloro i quali le considerano un inutile doppione delle Regioni.

L'impianto istituzionale delle Province, tuttavia, viene mantenuto anche in ragione del fatto che esse vengono considerate come la rappresentazione migliore di un'efficiente dimensione per lo sviluppo decentrato di molti servizi dello Stato sul territorio. Si pensi, in tal senso, ai compiti svolti dalle Prefetture e dalle Questure<sup>3</sup>.

Negli anni Novanta, coerentemente alle riforme realizzate dalle Leggi n. 142/1990, n. 81/1993 e n. 127/1997, le Province vivono una stagione aurea con l'attribuzione di nuove competenze e funzioni. Inoltre, in omaggio al principio di sussidiarietà verticale, ne viene accresciuto il numero oltre le 100 unità.

---

<sup>2</sup> In ogni Provincia è previsto un Prefetto che rappresenta il potere esecutivo ed è assistito da un Consiglio di prefettura con funzioni consultive. Altri organi si rinvencono nel Consiglio provinciale e nella Deputazione provinciale.

<sup>3</sup> M. SALVATO, *La politica di riordino istituzionale in Italia fra centralismo e autonomismo*, in *Oltre le Province. Enti intermedi in Italia e in Europa*, a cura di Bolgherini S., Messina P., Padova University Press, Padova, 2014, p. 57.

Il disegno autonomistico, prefigurato dall'art. 5 Cost, raggiunge il proprio apice nella Legge cost. n. 3/2001 che conferma, rafforzandola, la posizione ed il rilievo costituzionali delle Province<sup>4</sup>.

Successivamente, la crisi economico-finanziaria del 2008 segna un'inversione di rotta, riaccendendo i riflettori sul tema, peraltro mai sopito, della abolizione di tale ente intermedio, soprattutto in un'ottica di risparmio della spesa pubblica.

I primi tentativi in tal senso risalgono al D.l. n. 201/2011 e al D.l. n. 95/2012<sup>5</sup>, dichiarati, tuttavia, illegittimi dalla Corte costituzionale con sentenza n. 220/2013<sup>6</sup>, in quanto lo strumento del decreto legge, essendo costituzionalmente deputato a fronteggiare casi di straordinaria necessità e urgenza, non risulta lo strumento adeguato a procedere al riordino delle Province.

Recependone i *dicta*, il legislatore vara la Legge n. 56/2014 (c.d. riforma Delrio) in vista del riordino del sistema delle Autonomie locali.

Tale Legge, in particolare, sottopone le Province, quali enti territoriali di area vasta, ad un processo di svuotamento di funzioni e ad una modifica della forma di governo, con l'introduzione di un meccanismo di elezione di secondo grado per i rispettivi organi<sup>7</sup>.

In particolare, la riforma individua un numero minimo di funzioni fondamentali, rimettendo alle Regioni il potere di selezionare le residuali funzioni provinciali.

La Legge n. 56/2014 viene concepita, però, quale primo tassello di un più ampio disegno da completarsi successivamente con una riforma costituzionale (il disegno di legge Renzi-Boschi) volto alla rimozione delle Province dal novero degli enti necessari.

Tuttavia, l'intervento di revisione non è giunto a compimento per la vittoria dei NO al referendum confermativo del 4 dicembre 2016<sup>8</sup>.

Ciò ha presentato ricadute negative sulla attuazione della Legge n. 56/2014 che si colloca oggi in una sorta di limbo tra passato e futuro.

<sup>4</sup> M. NICOLINI, M. TRETTEL, *Crisi economica e riforme "striscianti" dell'amministrazione locale in Italia*, in corso di pubblicazione, 2017. R. CHELI, *L'attuazione della legge Delrio a due anni dall'approvazione. Verso quale direzione?*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 2/2016, pp. 500 ss..

<sup>5</sup> Per un commento G. MANFREDI, *Riordino delle Province e leggi-manifesto*, in *www.giustamm.it*, 2012. G. VESPERINI, *Le nuove Province*, in *Gior. dir. amm.*, n. 3/2012, pp. 172-177.

<sup>6</sup> Il Testo della sentenza è reperibile all'indirizzo web <http://www.giurcost.org/decisioni/2013/0220s-13.html>.

<sup>7</sup> F. PIZZETTI, *La legge Delrio: una grande riforma in un cantiere aperto. Il diverso ruolo e l'opposto destino delle Città metropolitane e delle Province*, in *Rivista AIC*, n. 3/2015, pp. 8 ss.

<sup>8</sup> S. BARTOLE, *Stato e Regioni dopo il referendum*, in *Le Regioni*, n. 5-6/2016, pp. 431 ss.

## 2. Abolizione delle Province: una reale soluzione a tutti i mali?

Le vicende, politiche ed economiche, di questi ultimi anni suscitano più di una riflessione sul ruolo e le funzioni delle Province nell'attuale sistema ordinamentale.

In tal senso, occorre preliminarmente osservare come il dibattito sulla abolizione delle Province, alimentato dai *mass media* e dalla classe politica, muova da un postulato non corretto, ossia dall'idea che la loro eliminazione comporterebbe significativi risparmi di spesa per i bilanci pubblici.

La politica di *austerity* ha individuato il capro espiatorio dello sperpero di denaro pubblico in tali Istituzioni che conservano, però, una loro utilità, una loro ratio.

In realtà, tale assunto, sostenuto dai fautori di una *spending review* a tutto tondo, si presta a facili obiezioni.

Infatti, anche ove ciò si realizzasse (necessariamente attraverso una riforma costituzionale), emergerebbe l'esigenza di riallocare presso altre autonomie territoriali le funzioni fondamentali oggi svolte dalle Province.

Difficilmente, del resto, tali funzioni potrebbero essere eliminate *tout court* (operazione questa sì in grado di assicurare consistenti risparmi di spesa) per le ricadute negative sulle comunità dei rispettivi territori, anche in relazione alla mera garanzia di continuità del servizio pubblico.

Inoltre, l'abolizione delle Province determinerebbe un'ulteriore problematica di carattere pratico: quello della migrazione dei lavoratori pubblici dalle Province ad altri organi ed istituzioni pubbliche, il cui esubero potrebbe ingolfare la macchina amministrativa in modo da rendere inefficiente l'*agere amministrativo tout court*.

La stessa allocazione delle funzioni potrebbe compromettere l'operatività delle stesse, cosicché risulta preferibile muoversi con cautela in tale delicato terreno, reperendo soluzioni diversificate e soprattutto capaci di cogliere le mutate esigenze della collettività moderna.

Il tema del ruolo e delle funzioni delle Province al tempo della crisi, infatti, deve essere esaminato muovendo da tutt'altra prospettiva.

Il vero problema da risolvere è quello della sostenibilità economico-finanziaria di tali funzioni fondamentali.

Del resto, il costo pubblico di tali funzioni deve oggi fare i conti con i vincoli finanziari e di bilancio che l'ordinamento europeo e l'ordinamento italiano

impongono sia allo Stato sia agli enti territoriali, ridimensionandone fortemente l'autonomia finanziaria e la capacità di spesa.

In particolare, la Legge costituzionale n. 1/2012, novellando gli artt. 81, 97, 117 e 119 Cost.<sup>9</sup>, ha formalmente introdotto nel nostro ordinamento il principio del pareggio di bilancio in conformità a quanto stabilito dal Trattato del 2012 denominato *Fiscal Compact*.

### **3. Il potenziamento della sussidiarietà orizzontale quale mezzo per alleggerire il bilancio statale: l'esercizio privato di pubbliche funzioni ed il baratto amministrativo.**

La soluzione del problema circa il costo delle funzioni delle Province può scorgersi in una maggiore implementazione del principio di sussidiarietà orizzontale, ossia in una ridefinizione dei rapporti tra la sfera pubblica e la sfera privata.

In tale prospettiva l'art. 118 ult. co. Cost. assegna allo Stato, alle Regioni, alle Città metropolitane, alle Province e ai Comuni il compito di favorire l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale. Ciò significa che occorre sempre più coinvolgere nell'esercizio delle funzioni pubbliche i soggetti privati (traslando su di essi i relativi costi) sia pure sotto la vigilanza dell'ente territoriale affidante<sup>10</sup>.

La collaborazione del privato si colloca nel contesto della nuova definizione di Amministrazione pubblica che supera i limiti dello schema *weberiano*<sup>11</sup> per raggiungere quei livelli aziendalistici di economicità ed efficienza che sono risultati carenti nei moduli tradizionali di gestione della cosa pubblica.

---

<sup>9</sup> In special modo, ai sensi del novellato art. 119 Cost, "*i Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni hanno autonomia finanziaria di entrata e di spesa, nel rispetto dell'equilibrio dei relativi bilanci, e concorrono ad assicurare l'osservanza dei vincoli economici e finanziari derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea*".

<sup>10</sup> G. CREPALDI, Il baratto amministrativo: sussidiarietà, collaborazione ed esigenze di risparmio, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc.1, 1 GENNAIO 2018, pag. 37.

<sup>11</sup> Secondo Max Weber, il tipo ideale di burocrazia deve uniformarsi ad alcuni canoni fondamentali ed imprescindibili:

- la netta divisione del lavoro, intesa come distribuzione delle attività necessarie agli scopi dell'organizzazione in modo fisso tra i diversi uffici, al fine di impiegare personale specializzato e di implementare il principio di auto-responsabilità;
- l'ordine gerarchico all'interno dell'organizzazione. Ciò significa che ogni ufficio abbisogna di essere sottoposto alla supervisione di un ufficio superiore;
- il funzionamento di tutte le operazioni gestorie è governato da un sistema di regole positive, le quali sono dirette ad assicurare l'uniformità dello svolgimento di ogni mansione, senza personalizzazione alcuna.



Nel diritto amministrativo, in particolare, già da tempo si conoscono ipotesi di esercizio privato di pubbliche funzioni.

Si pensi, ad esempio, ai casi di partenariato pubblico/privato tra cui la concessione di beni o servizi, ove l'interesse del privato alla gestione discende dalla remuneratività del bene o servizio; in altre parole dalla possibilità di ricevere dai terzi utenti o fruitori una *utilitas* sotto forma di corrispettivo.

Lo stesso dicasi per i contratti di *tesoreria* e di *sponsorizzazione*, ove fondamentale è l'apporto del privato in quanto su di esso vengono traslati i costi di attività che dovrebbero essere svolte, a rigore, dalle amministrazioni pubbliche.

Per questo motivo, la scelta del privato deve avvenire all'esito di una selezione competitiva e concorrenziale tra tutti i soggetti interessati alla gestione per evitare, altresì, ingiusti favoritismi, come confermato dalla recente riforma del diritto dei contratti pubblici<sup>12</sup>.

In queste ipotesi *nulla quaestio*.

Diversamente il discorso si complica con riferimento a quelle funzioni e compiti amministrativi di per sé inidonei a remunerare il privato dei relativi costi di gestione e/o a conferirgli una qualche *utilitas* di suo interesse (si pensi ai casi in cui non è possibile esigere alcun corrispettivo dai terzi utenti).

In tali fattispecie è probabile che nessun privato avrà interesse a sostituirsi al soggetto pubblico.

Ne discende allora come, per incentivare l'operazione, sia necessario favorire l'autonoma iniziativa dei privati attraverso il riconoscimento di *utilitates* di vario genere e natura quali, ad esempio, esenzioni o riduzioni tributarie oppure poteri/facoltà di utilizzo di beni e spazi pubblici.

Del resto, solo ingenerando nei privati una aspettativa di profitto o godimento sarà possibile traslare su di essi l'esercizio della funzione pubblica con il relativo costo economico.

In tal senso, un buon punto di partenza è rappresentato dall'istituto del c.d. baratto amministrativo introdotto dall'art. 24 D.l. n. 133/2014 (cd. "Sblocca Italia"), convertito in Legge n. 164/2014 e da ultimo sostituito dall'art. 190 del D.lgs. n. 50/2016<sup>13</sup>.

Ai sensi di tale disposizione "*gli enti territoriali definiscono con apposita delibera i criteri e le condizioni per la realizzazione di contratti di partenariato*

<sup>12</sup> D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, in *www.normattiva.it*.

<sup>13</sup> Per un commento F. GIGLIONI, *Limiti e potenzialità del baratto amministrativo*, in *Riv. trim. sc. amm.*, n. 3/2016.

*sociale, sulla base di progetti presentati da cittadini singoli o associati, purché individuati in relazione ad un preciso ambito territoriale. I contratti possono riguardare la pulizia, la manutenzione, l'abbellimento di aree verdi, piazze o strade, ovvero la loro valorizzazione mediante iniziative culturali di vario genere, interventi di decoro urbano, di recupero e riuso con finalità di interesse generale, di aree e beni immobili inutilizzati. In relazione alla tipologia degli interventi, gli enti territoriali individuano riduzioni o esenzioni di tributi corrispondenti al tipo di attività svolta dal privato o dalla associazione ovvero comunque utili alla comunità di riferimento in un'ottica di recupero del valore sociale della partecipazione dei cittadini alla stessa'.*

Il baratto amministrativo, nella odierna formulazione legislativa, si configura come uno scambio di servizi tra un ente pubblico territoriale ed uno o più soggetti privati, in base al quale il primo riconosce ai secondi agevolazioni tributarie a fronte dell'espletamento di specifiche attività di carattere sociale.

In attuazione, quindi, del principio di sussidiarietà orizzontale i cittadini, singoli o associati, si sostituiscono all'ente nello svolgimento di determinati compiti o attività, facendosi carico dei relativi costi.

Esso si pone, inoltre, come un valido strumento di semplificazione che opera però in modo differente rispetto agli altri mezzi individuati dalla legge sul procedimento amministrativo n. 241/1990, andando a deferire funzioni tipicamente pubbliche ai privati che ne sollevano le PPAA dal relativo peso economico.

Si tratta, in particolare di attività manutentive, di pulizia, di abbellimento ovvero di valorizzazione di aree verdi, piazze o strade; il baratto amministrativo può avere ad oggetto finanche interventi diretti ad assicurare il decoro urbano, ovvero il recupero ed il riuso di aree ed immobili inutilizzati che potrebbero essere messi a disposizione della collettività per lo svolgimento di attività di pubblico interesse.

C'è da dire che la normativa che introduce l'istituto non facoltizza la riduzione o l'esonero dai tributi in relazione ad interventi di qualsiasi natura da parte dei privati. Infatti, il legislatore, a tal uopo, ha esplicitamente previsto un elenco tassativo di attività<sup>14</sup>, il compimento delle quali comporta l'applicazione del beneficio fiscale.

L'istituto in esame, oggi utilizzabile anche dalle Province, presenta, tuttavia, alcuni limiti applicativi di cui sarebbe auspicabile la rimozione da parte del legislatore.

<sup>14</sup> Art. 24 del d.l. 12 settembre 2014, n. 133 (c.d. decreto Sblocca Italia).

In primo luogo, occorre estendere l'ambito oggettivo del baratto amministrativo includendovi anche alcune funzioni fondamentali delle Province tra cui, per esempio:

- 1) La costruzione e gestione delle strade provinciali;
- 2) La gestione dell'edilizia scolastica.

Tali limitazioni permettono, d'altro canto, di distinguere il baratto amministrativo da un altro istituto, la cui ratio ispiratrice risulta essere la medesima, cioè i cd consorzi di urbanizzazione che costituiscono una modalità ancor più sofisticata di implementazione della sussidiarietà orizzontale.

Difatti, i consorzi di urbanizzazione si configurano come accordi, spesso contestuali all'emanazione di una convenzione di lottizzazione, attraverso cui i titolari di diritti di proprietà su aree a connotazione industriale, abitativa o turistica si impegnano a realizzare su dette aree delle opere imposte dalla normativa urbanistica, laddove la realizzazione dell'opera di urbanizzazione è la *condicio sine qua non* per il permesso di costruire

Pertanto, come è agevole notare, i due istituti sono accomunati dall'esigenza di garantire la salute della finanza pubblica e la continuità ed efficienza delle prestazioni pubbliche attraverso strumenti alternativi che valorizzino il ruolo del privato in quanto *civis*, cittadino che, in un'ottica di leale collaborazione con la Pubblica Amministrazione, contribuisce al buon andamento dell'*agere* amministrativo; ma presentano un'intrinseca diversità laddove si rivolgono ad ambiti eterogenei seppur, sotto certi aspetti, complementari.

*Ulteriore istituto affine al baratto amministrativo di cui risulta interessante tracciare i punti di similitudine, in quanto viene valorizzato il principio di sussidiarietà orizzontale, è costituito dal partenariato sociale* laddove anch'esso è caratterizzato da un connubio tra energie a carattere pubblico e privato in vista del raggiungimento di un fine di pubblico interesse.

Fulgido esempio di partenariato di tal fatta è il cd "*contratto di area*".

Il contratto di area può essere definito come "*lo strumento operativo, concordato tra amministrazioni, anche locali, rappresentanze dei lavoratori e dei datori di lavoro, nonché eventuali altri soggetti interessati, per la realizzazione di azioni finalizzate ad accelerare lo sviluppo e la creazione di nuova occupazione in territori circoscritti*"<sup>15</sup>.

Tale strumento viene in modo evocativo definito come mezzo di programmazione negoziata con la *finalità specifica di recuperare, bonificare e riconvertire la produzione di vaste aree industriali dismesse*.

<sup>15</sup> Art. 2, co.203, lett. f, l. n. 662/96.

Come risulta *ictu oculi*, i due istituti sono accomunati da un accordo tra soggetti pubblici e privati che risulta diretto a realizzare operazioni di promozione e recupero di aree non adeguatamente utilizzate e/o degradate. Interessante è infine il collegamento ipotizzabile con un istituto civilistico che permette l'estinzione di un'obbligazione attraverso una prestazione differente rispetto a quella dedotta nell'ambito del rapporto obbligatorio: la cd. *Datio in solutum*<sup>16</sup>.

Difatti, autorevole dottrina<sup>17</sup> ha notato come il baratto amministrativo possa essere inquadrato dogmaticamente nell'istituto della "*prestazione in luogo dell'adempimento*" in quanto attraverso esso, il soggetto debitore (il privato), in accordo con il creditore (la P.A.) è ammesso a liberarsi dal proprio vincolo obbligatorio eseguendo una prestazione diversa da quella dovuta.

Traslando lo schema *de quo* all'istituto di nuovo conio, si potrebbe ipotizzare che il privato possa essere ammesso a chiedere all'Amministrazione di estinguere una propria obbligazione di natura tributaria attraverso l'espletamento di una prestazione diversa da quella imposta.

In realtà, tale costruzione risulta essere smentita da un recente parere della Corte dei Conti<sup>18</sup> la quale testualmente si è pronunciata nel senso che segue:

*"Non si ritiene ammissibile la possibilità di consentire che l'adempimento di tributi locali, anche di esercizi finanziari passati confluiti nella massa dei residui attivi dell'ente medesimo, possa avvenire attraverso una sorta di datio in solutum ex art. 1197 c.c. da parte del cittadino debitore che, invece di effettuare il pagamento del tributo dovuto, ponga in essere una delle attività previste dalla norma e relative alla cura e/o valorizzazione del territorio comunale"*.

Con riferimento all'ambito soggettivo, il baratto amministrativo dovrebbe applicarsi non solo ai soggetti in difficoltà economica e per finalità sociali, bensì a tutti i privati, siano essi persone fisiche o giuridiche, allo scopo di aumentare la loro capacità gestoria e di esercizio di compiti amministrativi con traslazione su di essi dei relativi costi economici.

In linea generale, si ritiene che limite alla possibilità di beneficiare del regime di favore previsto per il baratto amministrativo è quello relativo al fatto che i

<sup>16</sup> S. VILLAMENA, *Baratto amministrativo: prime osservazioni* in *Riv. Giur.Edil.*, fasc.4, 2016, pp. 379 ss..

<sup>17</sup> S. VILLAMENA, *Programmi integrati di intervento: osservazioni su requisiti generali ed efficacia*, in P. Stella Richter (a cura di), *La Sicurezza del territorio — Pianificazione e depianificazione*, Milano, 2014, pp. 247 e ss.

<sup>18</sup> Corte dei Conti, *Sez. regionale di controllo Emilia Romagna*, n. 27/2016.

privati, in forma singola od associata, abbisognano di essere abilitati a presentare progetti di riqualificazione.

Inoltre, per implementare l'efficacia dell'istituto si dovrebbe, in una prospettiva *de iure condendo*, riformare il concetto e la portata della *utilitas* riconosciuta al privato.

Attualmente tale *utilitas* può consistere in una mera riduzione o esenzione dai tributi, peraltro collegata da un vincolo di inerenza al tipo di attività sociale svolta.

Diversamente, sarebbe auspicabile il riconoscimento in favore dei privati di più *utilitates*, quali ad esempio, poteri, diritti e facoltà di godimento e utilizzazione, sia pure temporanei, su beni pubblici, da esercitarsi sotto la vigilanza dell'ente territoriale affidante.

Ciò anche oltre i limiti oggi previsti per l'uso dello strumento concessorio.

In particolare, si potrebbero affidare la gestione e la manutenzione delle strade provinciali ai privati riconoscendo ad essi, in parte, esenzioni e/o rimborso di imposte, addizionali o tributi vari di competenza della Provincia (imposta responsabilità civile auto, tributo in discarica, imposta sulle assicurazioni), in parte il potere di gestire le affissioni pubblicitarie lungo le strade provinciali.

Si consideri, poi, la possibilità di affidare la gestione dell'edilizia scolastica interamente ai privati, per lo più imprenditori in forma societaria, consentendo ai medesimi di utilizzare occasionalmente tali edifici per eventi di tipo privato.

Inoltre, la *utilitas* dovrebbe poter essere conferita anche da enti territoriali diversi (i Comuni *in primis*) in accordo con la Provincia (per esempio, una esenzione applicata da un Comune per attività di manutenzione compiute da un privato su un bene provinciale).

Per ciò che concerne la "*remunerazione fiscale*" riconosciuta ai privati che abbiano fatto uso dell'istituto de quo, bisogna sottolineare come non esista una norma che fissi un canone uniforme per la quantificazione della stessa.

Pertanto, in tale ambito, saranno fondamentali le determinazioni effettuate dagli enti locali stessi.

Ovviamente, gli enti *de quibus* dovranno ancorare la quantificazione a criteri oggettivi, fondati sul principio di proporzionalità e ragionevolezza.

Per evitare storture, in una prospettiva *de jure condendo*, si prevede che l'ente locale debba predisporre un apposito meccanismo di monitoraggio al fine di accertare che gli impegni assunti siano rispettati. In caso contrario, il beneficio della riduzione del carico fiscale sarà *tamquam non esset*, cosicché il privato

sarà costretto ad adempiere all'obbligazione tributaria in maniera piena ed incondizionata.

In conclusione, l'idea di un baratto amministrativo, rivisitato e corretto, muove dall'obiettivo di trasferire con maggior frequenza sui privati gli oneri amministrativi ed economici di molte funzioni e compiti pubblici, oggi non più efficientemente sostenibili dalle autonomie territoriali, soffocate dalla penuria di risorse nonché dai vincoli di bilancio, europei e nazionali.

La strada è, tuttavia, in salita, in quanto lo scenario appena descritto postula l'introduzione di una serie di deroghe alle norme vigenti in materia di contabilità pubblica.

Infatti, in conformità alla normativa attualmente in vigore, i giudici contabili fissano rigorosi limiti alla operatività del baratto amministrativo, affermando come tale istituto non possa essere utilizzato per eludere regole cogenti di evidenza pubblica<sup>19</sup>, sfasare l'applicazione di principi quali l'indisponibilità dell'obbligazione tributaria, ovvero aggirare vincoli di finanza pubblica, né tantomeno per acquisire beni o servizi in violazione dei divieti stabiliti dalla normativa finanziaria, anche di carattere quantitativo.

---

<sup>19</sup> *Ex plurimis, Corte conti, Sezione controllo Molise*, n. 12/2016, in [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it).

## **“Oblio 4.0” tra identità digitale e cancellazione dati: quale diritto?**

**di Alessia PALLADINO\***

**SOMMARIO:** **1.** La rivoluzione tecnologica come demiurgo di nuove identità digitali: un'introduzione. **2.** La polisemia e il fondamento del diritto all'oblio. **3.** Il diritto all'oblio in Internet: verso il diritto a “non essere trovato *online*”? **4.** Il diritto all'oblio nel Regolamento 2016/679/UE. **5.** Conclusioni.

**ABSTRACT:** *This Article aims at analyzing the evolutionary path of the right to be forgotten, taking into account the most recent judiciary contrasts, that have occurred both at national and supranational level. These debates will thus be useful and functional to reflect upon the multiple declinations of the right to be forgotten.*

### **1. La rivoluzione tecnologica come demiurgo di nuove identità digitali: un'introduzione.**

L'avvento tecnologico ha caratterizzato significativamente l'evoluzione socio-economica del ventunesimo secolo, offrendosi come valido spunto di riflessione sull'intrinseco legame che storicamente si scorge tra l'innovazione tecnologica e le più rilevanti rivoluzioni di matrice storica, culturale ed economica.

Nel corso dell'ultimo decennio, in particolare, la ventata rivoluzionaria ingenerata dall'I.C.T. e dalla crescente accessibilità alla rete Internet, a cui si accompagna un crescente grado di alfabetizzazione informatica ha posto le basi, dal punto di vista tecnologico, per la proliferazione di piattaforme *online*. In questo senso, si è inaugurato un nuovo modello economico - relazionale, basato sull'informazione, ove la comunicazione e la diffusione di qualsiasi tipo di sapere svolgono una funzione dirimente per l'ottimale sviluppo degli individui e delle attività economiche. La tecnologia ha indotto, dunque, una rimediazione dei tradizionali approcci socio - economici: essa ha veicolato nuovi paradigmi relazionali, tendenzialmente avulsi da qualunque barriera tecnica ed istituzionale, ove l'individuo assume una dimensione centrale ma

---

\* *Dottoranda di ricerca in Humanities and New Technologies, Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, specializzata nelle professioni legali presso la S.S.P.L. dell'Università degli Studi di Napoli Suor Orsola Benincasa.*



duale, risultando al contempo fruitore e produttore di beni e servizi nell'ambiente digitale<sup>1</sup>, ma soprattutto protagonista della rete.

Dal punto di vista giuridico, la piena affermazione dell'individuo nel *mondo della rete*<sup>2</sup> induce altresì a riconoscere la più completa evoluzione e il più spiccato dinamismo del concetto di identità personale, che si arricchisce di una nuova dimensione della *personalità*, di matrice digitale, e dei diritti ad essa connessi<sup>3</sup>. In questo senso, l'evoluzione giuridica ha accompagnato quella tecnica, enucleando nuove sfumature dell'identità personale e una nuova antropologia, che astrae l'individuo dalla sua dimensione naturale, fino a concepirlo come un complesso di dati: la navigazione dell'individuo-utente in rete, infatti, permette di ricostruire un profilo identitario ricavato dalle sue attività svolte (si pensi, ad esempio, alle transazioni *online* e alla relativa immissione dei dati personali)<sup>4</sup>, o dalle preferenze da questi manifestate (attraverso *social network, blog, community online, etc.*), che non sempre risulta pienamente aderente alla identità fisica reale, in particolare a quella di natura anagrafica; in effetti, l'utente si trova sovente a mostrarsi e ad interagire in rete ricorrendo a un *ID Name*, uno pseudonimo o, più comunemente, con il proprio indirizzo IP.

Alla luce del variegato complesso fenomenico sinteticamente evidenziato, frutto di un nuovo assetto sociale destinato a permanere immutabile nel tempo, è maturata l'esigenza di predisporre un'appropriata tutela anche all'identità digitale, alla ricerca di un equilibrio tra i molteplici diritti fondamentali in gioco. L'opera di costante bilanciamento, frutto dell'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale, origina dalla

---

<sup>1</sup> Si parla sovente, in tali casi, del concetto di *prosumer*. Il termine *prosumer* è stato coniato dal futurologo Alvin Toffler, il quale lo idealizzò dapprima dal 1970, per poi soffermarsi più analiticamente nella sua opera intitolata "*The third wave*" (1987). L'A., nell'enumerare i tre momenti significativi della storia sociale ed economica, fece ricorso al termine *prosumer* per sottolineare la (con-)fusione dei ruoli di produttore e consumatore che si sarebbe manifestata a seguito della saturazione dei mercati - determinata dalla produzione di massa di merci standardizzate, finalizzata all'incremento dei profitti conseguibile mediante processi di personalizzazione di massa. L'espressione è stata poi ripresa in Italia da G. FABRIS, introducendola nel numero 13 del settimanale *L'Espresso* del 1985; questi, in particolare, rileva l'inadeguatezza della dicotomia produttore/consumatore, a fronte soprattutto dell'avvento della rete e soprattutto della progressiva informatizzazione, che ha interrotto quel legame passivo di delega.

<sup>2</sup> Il riferimento trae la sua ispirazione da S. RODOTÀ, *Il mondo nella rete*, Torino 2014.

<sup>3</sup> Ritiene sussistente un diritto "alla" personalità G. ALPA, *L'identità digitale e la tutela della persona. Spunti di riflessione*, in *Contratto e impresa* n. 3/2017, pp. 723 e ss..

<sup>4</sup> Definita per questo, in relazione alle attività di matrice economica, *transaction identity*: sul punto cfr. G. Alpa, *cit.*, p. 726.

contrapposizione di determinati diritti di libertà, fortemente emancipati dall'innovazione tecnologica e dal processo di digitalizzazione, come la libertà di espressione, di informazione e di impresa, a cui si contrappongono la tutela dei dati personali e della riservatezza degli individui, che a causa dei primi rischiano una significativa compressione.

Il presente lavoro mira, pertanto, ad analizzare il diritto all'oblio come forma di pretesa azionabile dal singolo a tutela della propria identità globalmente intesa. Come si verificherà nel prosieguo della trattazione, il diritto all'oblio costituisce un valido campo di analisi sotto molteplici fronti: anzitutto, costituisce proiezione evolutiva del novero dei diritti della personalità contemplati nella carta costituzionale all'articolo 2; al contempo, ben incarna la tensione costante, insita nella ricerca di un corretto bilanciamento tra le libertà fondamentali di matrice costituzionale, che risulta acuita dalla polisemia del diritto in esame. Si procederà, dunque, ad una preliminare ricostruzione del diritto in parola, onde comprenderne la portata nel rinnovato contesto digitale, enucleando le corrispondenti tutele azionabili alla luce delle più recenti posizioni giurisprudenziali, di matrice tanto nazionale quanto soprattutto sovranazionale; a tal fine, si analizzerà altresì il nuovo Regolamento europeo in materia di protezione dei dati personali, per verificare se l'articolo 17, rubricato "Diritto alla cancellazione dei dati (diritto all'oblio)", abbia scardinato il relativismo empirico, derivante dall'opera di costante bilanciamento con il diritto all'informazione - rispondente, per questo, alla logica del "*caso concreto*", o del "*caso per caso*", operando un riconoscimento ed una forma di tutela ulteriore rispetto al diritto alla cancellazione, già previsto all'art. 12, lett. b), della Direttiva 95/46/CE.

## **2. La polisemia e il fondamento del diritto all'oblio.**

L'avvento tecnologico ha attribuito nuova linfa al dibattito sul diritto all'oblio, rievocando le criticità già manifestatesi nel corso del Novecento, sull'incapacità del diritto di sostenere il ritmo evolutivo della società<sup>5</sup>.

L'assenza di un aprioristico riconoscimento normativo, accanto alla concomitante inerzia legiferativa di matrice statuale, ha necessariamente onerato l'indagine giurisprudenziale di fornire al diritto all'oblio - in quanto diritto di nuova generazione<sup>6</sup> - le coordinate essenziali di natura definitoria, nonché un appropriato fondamento costituzionale. Come è noto, invero, la

<sup>5</sup> M. CARTABIA, "Nuovi diritti" e leggi imperfette, in *Iustitia*, A. LXIX, n. 2/2016 p. 170.

<sup>6</sup> Per un approfondimento sulle generazioni dei diritti cfr. N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino 1997.

giurisprudenza ha operato un graduale riconoscimento di tale posizione soggettiva come vero e proprio diritto<sup>7</sup>, ricostruendone tanto i perimetri definitivi, quanto i fondamenti costituzionali: pertanto, si è tentato anzitutto di instillare maggiore spessore alla locuzione evanescente di "oblio", identificando in essa l'atto del dimenticare, del disinteressamento o dell'allontanamento del pensiero, dimostrando tutta la centralità del fattore tempo<sup>8</sup>, come momento di scollamento tra memoria individuale e memoria sociale<sup>9</sup>, che legittima l'abnegazione di quest'ultima.

In questo senso, il diritto all'oblio si è originariamente proiettato, sul piano giuridico, come contraltare del diritto di cronaca (di cui all'art. 21 Cost.) e della libertà di informazione, consistendo nella pretesa del soggetto a non vedere riaffiorare o circolare, nel circuito della divulgazione informativa, notizie relative a vicende personali, le quali, seppur in passato legittimamente pubblicate, abbiano ormai esaurito la propria portata informativa<sup>10</sup>, perimetrandosi, contigualmente, al delitto di diffamazione di cui all'art. 595 c.p.<sup>11</sup>. Ne consegue

<sup>7</sup> È opportuno precisare che in passato tale accezione assumeva un significato dal valore assiologico negativo: nell'antica Roma, infatti, l'*abolitio nominis* era la conseguenza della *damnatio memoriae*, consistente nell'eliminazione di ogni traccia riconducibile alla persona condannata. Per una compiuta ricostruzione sul punto v. M. Mezzanotte, *Il diritto all'oblio*, Napoli, 2009, p. 83: l'A. osserva lo sviluppo tardivo, nel nostro Paese, dell'interesse per le problematiche relative al diritto all'oblio, e, più in generale, al diritto alla riservatezza, rinvenendo nello scarso sviluppo industriale del paese il principale fattore ostativo. Del pari, anche l'opinione giurisprudenziale si è mostrata alquanto restia al pieno riconoscimento di tale diritto: esemplificativo è il celebre caso Caruso, (Cass. civ. 22 dicembre 1956, n. 4487), in cui la Corte ha affermato che: «il semplice desiderio di riserbo non è stato ritenuto dal legislatore un interesse tutelabile; chi non ha saputo o voluto tener celati i fatti della propria vita non può pretendere che il segreto sia mantenuto dalla discrezione altrui; la curiosità ed anche un innocuo pettegolezzo, se pur costituiscono una manifestazione non elevata dell'animo, non danno luogo di per sé ad un illecito giuridico». Successivamente, Cass. 13 maggio 1958, n. 1563, in Foro it., 1958, I, 1116.

<sup>8</sup> Sulla centralità del fattore tempo si veda G.B. FERRI, *Diritto all'informazione e diritto all'oblio*, in Riv. dir. civ., 1990, I, p. 813.

<sup>9</sup> S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2015.

<sup>10</sup> Cfr. Cassazione penale, Sez. V, 3 agosto 2017 (c.c. 22 giugno), n. 38747, secondo cui: «Il "diritto all'oblio" sulle proprie vicende personali, che fa capo ad ogni persona, si deve confrontare, invero, col diritto della collettività ad essere informata e aggiornata sui fatti da cui dipende la formazione dei propri convincimenti, anche quando da essa derivi discredito alla persona che è titolare di quel diritto».

<sup>11</sup> Cfr. Cass. pen., 24 novembre 2009, n. 45051, in Resp. Civ. prev., 2010, pp. 1060 e ss., con nota di S. Peron, *La verità della notizia tra attualità e oblio*. La piena consacrazione del diritto all'oblio si rinviene, nel corso degli anni Novanta, con la sentenza del Tribunale di Roma del 15 maggio 1995, nonché la sentenza della Cass. n. 1834 del 1998: accanto ai tradizionali criteri di verità, pertinenza e continenza, atti a garantire la liceità della divulgazione di una notizia altrimenti diffamatoria, o comunque lesiva della personalità dell'interessato, si aggiunge quello, oggi considerato fondamentale, della "attualità" della notizia.

che, il decorso del tempo, inteso sia in senso oggettivo (e quindi rispetto alla prima diffusione dell'informazione), sia soggettivo (relativamente all'impatto sortito dall'attività di ridiffusione sulla corretta ed attuale proiezione sociale dell'interessato)<sup>12</sup>, abbia costituito il criterio principale - seppur non esclusivo - cui ancorare la valutazione di meritevolezza della pretesa, al fine di inibire la riproposizione di "notizie" alla conoscenza della collettività, difettanti del requisito di attualità e, più in generale, di quei principi regolatori della attività e deontologia giornalistica<sup>13</sup>. Pertanto, l'ingiustificata riproposizione della notizia rendeva il diritto all'oblio prevalente, legittimando la richiesta di far perder traccia, nella memoria collettiva, della notizia che in maniera più o meno diretta (e a prescindere dalla sua valenza denigratoria) riguardasse il soggetto interessato.

L'apporto giurisprudenziale è stato fortemente significativo non soltanto per il contributo definitorio, ma altresì per l'individuazione di una idonea base giuridica al fenomeno esaminato: pertanto, soltanto a partire dagli anni Ottanta il diritto all'oblio è stato pienamente ammesso - in assenza di norme esplicitamente dedicate - nell'alveo dei diritti di cui all'articolo 2 della Costituzione; peraltro, esso fu ricompreso nel più ampio diritto alla riservatezza, ed inteso come interesse del soggetto a rientrare nell'anonimato "dopo l'abbandono dell'attività da cui era derivata la notorietà e il conseguente interesse del pubblico"<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> In tali termini cfr. G. G. CODIGLIONE, *I limiti al diritto di satira e la reputazione del cantante celebre "caduta" nell'oblio*, in Nuova giur.civ.comm. n.9/2018, pp. 1317 e ss..

<sup>13</sup> Cass. civ., sentenza n. 16111 del 2013, ha affermato che il diritto all'oblio possa essere invocato se in presenza di un interesse effettivo ed attuale alla (ri)diffusione di una notizia datata, se la vicenda passata presenta un diretto collegamento con quanto recentemente accaduto (rinnovando l'attualità della vicenda passata). Quanto invece alle regole deontologiche, si ricorda che il testo unico dei doveri del giornalista italiano, nella versione vigente approvata il 27 gennaio 2016, stabilisce all'art. 3 che: «*Il giornalista rispetta il diritto all'identità personale ed evita di far riferimento a particolari relativi al passato, salvo quando essi risultino essenziali per la completezza dell'informazione [...]»*.

<sup>14</sup> Il riferimento va a T. Auletta, *Diritto alla riservatezza e "droit à l'oubli"*, in G. ALPA - M. BESSONE - L. BONESCHI - G. CAIAZZA (a cura di), *L'informazione e i diritti della persona*, Napoli, 1983, p. 127. *Ex pluribus*, cfr. anche M. MASARACCHIA, *Sul c.d. "diritto all'oblio"*, in Giust. cost., 1997, p. 3018; S. Morelli, *Fondamento costituzionale e tecniche di tutela dei diritti della personalità di nuova emersione (a proposito del c.d. "diritto all'oblio")*, in Giust. civ., 1997, p. 51; E. GABRIELLI (a cura di), *Il diritto all'oblio. Atti del Convegno di Studi del 17 maggio 1997*, Napoli, 1999; L. RATTIN., *Il diritto all'oblio*, in Arch. civ., 2000, p. 1069; M.R. MORELLI, *Oblio (diritto all')*, in Enc. dir. - Agg., VI, Milano, 2002; S. NIGER, *Il diritto all'oblio*, in G. FINOCCHIARO (a cura di), *Diritto all'anonimato. Anonimato, nome e identità personale*, Padova, 2007, p. 59; M. MEZZANOTTE, *Il diritto all'oblio. Contributo allo studio della privacy storica*, Napoli, 2009; G. FINOCCHIARO, *La memoria della rete e il diritto all'oblio*, in Dir. inf., 2010, p. 392.

Risulta dunque evidente che il diritto all'oblio si connota per una latente vaghezza definitoria e normativa, non sopita dall'approccio casistico<sup>15</sup> e rimediabile offerto dalla giurisprudenza. In primo luogo, infatti, il fondamento costituzionale del diritto all'oblio non lo rende immune dal bilanciamento con principi confliggenti di pari rango, come nel caso del diritto di cronaca; nondimeno, i criteri di bilanciamento proposti si basano su parametri discretivi molto ampi, che contribuiscono a rafforzare la magmaticità del diritto in parola: ciò risulta avvalorato dalla recente ordinanza con cui è stata rimessa alle Sezioni Unite la definizione dei criteri di bilanciamento tra diritto di cronaca e diritto all'oblio<sup>16</sup>, evidenziando la perdurante ricerca di una razionale ottimizzazione dei parametri di bilanciamento.

In secondo luogo, la rivoluzione tecnologica ingenerata dalla diffusione della rete Internet ha posto le basi per un'ulteriore declinazione del diritto all'oblio<sup>17</sup>, stimolata dalla nascita del nuovo diritto alla protezione dei dati personali. Si procederà dunque, nel prossimo paragrafo, a evidenziare la nuova dimensione del diritto all'oblio nell'era digitale.

### **3. Il diritto all'oblio in Internet: verso il diritto a "non essere trovato online"?**

L'avvento di Internet ha costituito un momento di profonda riflessione giuridica sull'inquadramento sistematico del diritto all'oblio, ampliandone la portata applicativa: in effetti, se le esigenze di tutela nell'ambiente *offline* miravano a valutare l'opportunità della ripubblicazione di una notizia, la diffusione in rete

<sup>15</sup> Sul punto v. G. RESTA, *Identità personale e identità digitale*, in *Dir. inf.*, 2007, pp. 511 ss.

<sup>16</sup> Cassazione civile, sez. III, ordinanza interlocutoria 5 novembre 2018, n. 28084. L'ordinanza pone in rilievo la molteplicità dei criteri di bilanciamento enucleati dalla giurisprudenza, tra cui Cassazione civile sez. I 20 marzo 2018 n. 6919, che ha individuato i seguenti criteri: (i) contributo arrecato dalla diffusione dell'immagine o della notizia ad un dibattito di interesse pubblico; (ii) interesse effettivo ed attuale alla diffusione dell'immagine o della notizia; (iii) elevato grado di notorietà del soggetto rappresentato, per la peculiare posizione rivestita nella vita pubblica del Paese; (iv) modalità impiegate per ottenere e dare l'informazione, che deve essere veritiera, diffusa in modo non eccedente lo scopo informativo, nell'interesse del pubblico, e scevra da insinuazioni o considerazioni personali; (v) la preventiva informazione circa la pubblicazione o trasmissione della notizia o dell'immagine a distanza di tempo, in modo da consentire il diritto di replica prima della sua divulgazione al pubblico. La questione controversa risiede nella valutazione di tali criteri come alternativi, o, al contrario come necessari. Per una recente riflessione cfr. F. DI CIOMMO, *Oblio e cronaca: rimessa alle Sezioni Unite la definizione dei criteri di bilanciamento*, in *Il Corriere giuridico* n. 1/2019, pp. 5 e ss.

<sup>17</sup> Sulle due anime del diritto all'oblio, v. R. PARDOLESI, *L'ombra del tempo e (il diritto al) l'oblio*, in *Questione giustizia*, 1/2017, p. 76.

non solo ne comporta fisiologicamente la sua persistenza, ma, più in generale, implica l'archiviazione digitale di qualunque dato immesso.

Tale modulazione, invero, si iscrive in un più ampio scenario relativo all'evoluzione dei diritti della persona, che segna la transizione evolutiva dal diritto alla riservatezza (e ad essere lasciati soli), alla libertà di poter disporre dei propri dati. Il diritto all'oblio nell'era digitale, dunque, viaggia lungo i profili evolutivi dei diritti alla riservatezza e alla tutela dell'identità personale<sup>18</sup>, presentandosi come una posizione giuridica *complessa*, che racchiude in sé la protezione di vari beni giuridici, quali l'integrità personale e del proprio patrimonio morale e sociale, oltre che la riservatezza, offrendosi come strumento di controllo sociale<sup>19</sup>. Proprio per questo, il soggetto - utente della rete si connota per un forte autodeterminismo informativo, maturando l'esigenza di gestione e controllo dei propri dati immessi in rete (in qualità di interessato). Dal punto di vista soggettivo, inoltre, si assiste ad una pluralità dei soggetti che si trovano ad interagire con tali dati, come i *providers* dei siti contenti i dati e le informazioni, nonché i motori di ricerca; ciò si riverbera sull'esatta individuazione dei soggetti titolari del trattamento dei dati.

In sintesi, si può affermare che lo sviluppo tecnologico abbia inaugurato un nuovo profilo identitario, di matrice digitale<sup>20</sup>, costituendo *species* del più ampio *genus* dell'identità personale<sup>21</sup>, ingenerando una rimeditazione del diritto all'oblio, il quale, da diritto a carattere meramente "negativo", viene ammantato di un forte dinamismo attraverso il riconoscimento dei diritti di

<sup>18</sup> Cfr. Cass. civ., 22 giugno 1985, n. 769, in Dir. Inf., 1985, p. 965. In dottrina cfr. Finocchiaro, *La memoria della rete e il diritto all'oblio*, cit., p. 391, in cui si sottolinea che comunque l'identità personale non è né l'immagine che il soggetto ha di sé (il soggetto non può decidere di rappresentarsi come meglio crede) né l'insieme dei dati oggettivi riferibili all'identità del soggetto, ma l'immagine, socialmente mediata e oggettivata, del soggetto stesso.

<sup>19</sup> Cfr., MEZZANOTTE, *Il diritto all'oblio*, cit., p. 122.

<sup>20</sup> Sul punto giova ricordare che il legislatore italiano, con il D.L. n. 93 del 2014, convertito nella L. n. 19 del 2014, ha introdotto per la prima volta nel Codice penale il concetto di "identità digitale". Per approfondimenti sul concetto di identità digitale, *ex multis*, cfr. D. MESSINETTI - F. DI CIOMMO, *Diritti della personalità*, in S. MARTUCCELLI - V. Pescatore (a cura di), *Dizionario giuridico*, diretto da N. IRTI, Milano, 2012, p. 598.

<sup>21</sup> Cfr. Trib. Milano, 26 aprile 2013, secondo cui: «il diritto all'oblio salvaguarda in realtà la proiezione sociale dell'identità personale, l'esigenza del soggetto di essere tutelato dalla divulgazione di informazioni (potenzialmente) lesive in ragione della perdita (stante il lasso di tempo intercorso dall'accadimento del fatto che costituisce l'oggetto) di attualità delle stesse»; la pronuncia ripercorre la ricostruzione contenuta in Cass., civ., Sez. III, 5 aprile 2012, n. 5225.

rettifica, integrazione e cancellazione dei dati, indicati nella Direttiva 95/46/CE<sup>22</sup>.

Sul punto, tuttavia, è stato evidenziato<sup>23</sup> come tale scenario si presti a trovare compiuta applicazione solo in caso di illecito trattamento dati, emergendo di converso una nuova sfumatura del diritto all'oblio *online*, consistente nel diritto a richiedere ai motori di ricerca la deindicizzazione - ovvero la cancellazione dell'indicizzazione - dei contenuti. Tale approdo, cui è pervenuta la Corte di Giustizia nel celebre caso *Google Spain*<sup>24</sup> inaugura un nuovo *trend* interpretativo: il diritto all'oblio si sostanzia, negli effetti, nell'intento di non essere trovati *online*, attraverso la richiesta ai motori di ricerca di non indirizzare gli utenti su una determinata risorsa *online*<sup>25</sup>.

L'approdo giurisprudenziale evidenziato, tuttavia, non appresta il grado di tutela e certezza giuridica desiderato, dal momento che la forte vocazione locale della tutela esercitabile mal si concilia con l'aterritorialità della rete, rischiando di deprimere l'effettività della tutela<sup>26</sup>: in effetti, a prescindere dalla localizzazione, l'utente rimarrebbe libero di effettuare le proprie ricerche sugli altri nomi di dominio del motore di ricerca, in assenza di esplicita menzione sulla portata territoriale di una cancellazione. Pertanto, è questione attualmente controversa prestabilire se le disposizioni della direttiva 95/46 (e

<sup>22</sup> Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati (GU 1995, L 281, pag. 31).

<sup>23</sup> G. FINOCCHIARO, *La memoria della rete*, cit., p. 400.

<sup>24</sup> Corte di Giustizia UE C-131/12 del 13 maggio 2014, *Google Spain*, disponibile all'indirizzo [www.curia.eu](http://www.curia.eu). Sul punto cfr. anche C-398 del 9 marzo 2017, *CCIAA di Lecce c. Manni*, in ECLI:EU:C:2017:197; nonché alla sentenza della Corte EDU del 19 ottobre 2017, *Fuschsmannvs. Repubblica federale di Germania*, in *Danno e resp.*, 2018, p. 149, con nota di S. BONAVITA e R. PARDOLESI.

<sup>25</sup> Cfr. Article 29 Data Protection Working Party, *Guidelines On The Implementation Of The Court Of Justice Of The European Union Judgment On "Google Spain And Inc V. Agencia Española De Protección De Datos (Aepd) And Mario Costeja González"* C-131/12, WP 225, Adopted on 26 November 2014 ([http://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinionrecommendation/files/2014/wp225\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinionrecommendation/files/2014/wp225_en.pdf)).

<sup>26</sup> Il *decisum* risulta comparabile alla sentenza del 15 settembre 2016, *Mc Fadden* (C-484/14, EU:C:2016:689, punto 96), relativa a violazioni del diritto di proprietà intellettuale. In tal caso, la Corte ha sottolineato che le misure adottate dal destinatario di un'ingiunzione, in sede di ottemperanza alla stessa, debbano connotarsi per una certa efficacia, tale da garantire una tutela effettiva del diritto fondamentale in parola; in sintesi, esse devono avere l'effetto di impedire o, almeno, di rendere difficilmente realizzabili le consultazioni non autorizzate dei materiali protetti e di scoraggiare seriamente gli utenti di Internet che ricorrono ai servizi del destinatario di tale ingiunzione dal consultare tali materiali messi a loro disposizione in violazione del suddetto diritto fondamentale. V., altresì, sentenza del 27 marzo 2014, *UPC Telekabel Wien* (C-314/12, EU:C:2014:192, punto 62).



ora del Regolamento 2016/679/UE) impongano una cancellazione a livello nazionale o sovranazionale, ogniquale volta il motore di ricerca si declini in nomi di dominio diversi attraverso estensioni geografiche; del pari, non risulta chiaro se il gestore di un motore di ricerca, a seguito dell'accoglimento di una richiesta di cancellazione, sia tenuto a sopprimere, con la tecnica detta del "blocco geografico", i risultati delle ricerche effettuate da un indirizzo IP che si ritiene localizzato in uno degli Stati membri. L'importanza e le criticità del tema indagato trovano conferma nel recente rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, operato dal giudice francese<sup>27</sup>, chiamato a pronunciarsi sulla possibilità di imporre ad un gestore di un motore di ricerca di intraprendere azioni di deindicizzazione a livello mondiale. Sul punto è opportuno evidenziare che le recenti Conclusioni dell'Avvocato Generale<sup>28</sup>, all'esito di un bilanciamento tra diritto all'oblio e diritto all'informazione, propendano a fornire risposta negativa alla ammissibilità di una deindicizzazione a livello mondiale<sup>29</sup>.

Le posizioni adottate dall'Avvocato Generale, quantunque *prima facie* potrebbero risultare limitative della portata del diritto all'oblio, in realtà apprestano garanzie all'effettività della tutela, imponendo al gestore di un motore di ricerca l'adozione di tutte le misure a sua disposizione per garantire una deindicizzazione efficace e completa, includendo anche la cosiddetta tecnica del "blocco geografico".

#### **4. Il diritto all'oblio nel Regolamento 2016/679/UE.**

Il recente Regolamento in materia di protezione dati ha operato un rafforzamento dei presidi dell'interessato, al fine di proteggerne i dati ormai immessi in un circuito di mercato proteso alla libera circolazione dei dati, per garantire appieno la tutela della propria identità personale<sup>30</sup>. Pertanto, è stato

<sup>27</sup> Corte di Giustizia dell'Unione europea, causa C-507/19 Google / CNIL, consultabile al link [www.europa.eu](http://www.europa.eu).

<sup>28</sup> Conclusioni Dell'avvocato Generale Maciej Szpunar presentate il 10 gennaio 2019, Causa C-507/17, Google LLC, succeduta alla Google Inc. contro *Commission nationale de l'informatique et des libertés* (CNIL), consultabile all'indirizzo [www.europa.eu](http://www.europa.eu).

<sup>29</sup> Per un confronto con le soluzioni adottate dal Garante Privacy italiano, si veda Garante per la protezione dei dati personali, provvedimento n. 557 del 21 dicembre 2017 [doc. web n. 7465315]: «*In tema di c.d. "diritto all'oblio", al fine di rendere effettiva la tutela assicurata dal diritto europeo, il provider è tenuto a dare seguito alle istanze di rimozione degli URL anche con riguardo alle versioni extraeuropee del motore di ricerca*».

<sup>30</sup> Quanto alla natura dei diritti dell'interessato cfr. G. ALPA, *La normativa sui dati personali. Modelli di lettura e problemi esegetici*, in *Dir. Inf.*, 1997, pp. 703 e ss.; A. RICCI, *I diritti dell'interessato*, in G. FINOCCHIARO (a cura di), *Il nuovo regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati*, Bologna, 2017, pp. 179 e ss.

predisposto un catalogo di nuovi diritti a suo favore, contemplati negli articoli 15 a 22, postulanti, tra i vari, il diritto di accesso, rettifica ed integrazione dei propri dati.

In particolare, ai fini della presente trattazione, rileva l'articolo 17, la cui analisi deve combinarsi congiuntamente con i Considerando 65 e 66; dalla lettura della rubrica della norma, "*Diritto alla cancellazione dati (diritto all'oblio)*", sembrerebbe - quantomeno *prima facie* - che il legislatore dell'Unione sia addivenuto alla positivizzazione del diritto all'oblio.

Per poter fornire esauriente risposta al seguente quesito interpretativo, risulterà utile analizzare brevemente la disposizione citata. Ai sensi dell'articolo 17, l'interessato ha diritto di ottenere dal titolare del trattamento la *cancellazione* dei dati personali che lo riguardano senza ingiustificato ritardo, onerando il titolare del trattamento dell'obbligo di cancellare senza ingiustificato ritardo i dati personali, in presenza di determinati requisiti legittimanti<sup>31</sup>.

Nel complesso, la portata apparentemente dirompente della norma risulta immediatamente smentita dalla lettura della disposizione, che, al contrario, nell'individuare il diritto alla cancellazione - e non dunque il più controverso diritto all'oblio - rievocherebbe un diritto già contemplato all'art. 12, lett. b), della Direttiva 95/46 CE, ugualmente subordinato alla sussistenza di determinate circostanze. Sotto questo aspetto, pertanto, la portata applicativa dell'articolo 17 dell'attuale Regolamento risulta notevolmente limitata, non trattandosi di un diritto esercitabile *ad nutum*. Peraltro, dalla disamina dei requisiti elencati, è possibile cogliere come taluni costituiscano corollario di altri principi. Si pensi, in particolare, all'ipotesi di cui all'art. 17, lett. a), secondo il quale l'interessato può richiedere la cancellazione quando "*i dati non sono più necessari rispetto alle finalità per le quali sono stati raccolti o altrimenti*

<sup>31</sup> Ai sensi dell'articolo 17, paragrafo 1: «*l'interessato ha il diritto di ottenere dal titolare del trattamento la cancellazione dei dati personali che lo riguardano senza ingiustificato ritardo e il titolare del trattamento ha l'obbligo di cancellare senza ingiustificato ritardo i dati personali, se a) i dati personali non sono più necessari rispetto alle finalità per le quali sono stati raccolti o altrimenti trattati; b) l'interessato revoca il consenso su cui si basa il trattamento conformemente all'articolo 6, paragrafo 1, lettera a), o all'articolo 9, paragrafo 2, lettera a), e se non sussiste altro fondamento giuridico per il trattamento; c) l'interessato si oppone al trattamento ai sensi dell'articolo 21, paragrafo 1, e non sussiste alcun motivo legittimo prevalente per procedere al trattamento, oppure si oppone al trattamento ai sensi dell'articolo 21, paragrafo 2; d) i dati personali sono stati trattati illecitamente; e) i dati personali devono essere cancellati per adempiere un obbligo legale previsto dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento; f) i dati personali sono stati raccolti relativamente all'offerta di servizi della società dell'informazione di cui all'articolo 8, paragrafo 1*».

*trattati'*: in tal caso, invero, l'esercizio del diritto potrebbe interpretarsi come un *memento* indirizzato al titolare del trattamento, che dovrebbe provvedere a cancellare i dati, in virtù del principio di limitazione della *finalità* previsto all'art. 5, paragrafo 1, lett. b). Similmente, talune ipotesi risulterebbero corollario del principio di liceità del trattamento, previsto all'art. 5, paragrafo 1, lett. a)<sup>32</sup>.

L'elemento di maggiore novità, rispetto al regime previgente, potrebbe ravvisarsi nella previsione contenuta nel paragrafo 2 dell'art. 17: essa chiarisce che il titolare del trattamento, se ha reso pubblici dati personali ed è obbligato, ai sensi del paragrafo 1, a cancellarli, tenendo conto della tecnologia disponibile e dei costi di attuazione adotta le misure ragionevoli, anche tecniche, per informare i titolari del trattamento che stanno trattando i dati personali della richiesta dell'interessato di cancellare qualsiasi link, copia o riproduzione dei suoi dati personali. Dalla lettura *funzionale* di tale norma, tesa a garantire l'effettività della tutela, si dovrebbe dedurre che l'onere di comunicazione non dovrebbe limitarsi a una mera valenza dichiarativa; piuttosto, l'intento di una simile comunicazione - prevista anche per le rettifiche, cancellazioni o limitazioni del trattamento di cui all'articolo 19 - consisterebbe nel responsabilizzare i titolari informati alla reciproca cancellazione dei dati<sup>33</sup>.

In conclusione, il diritto all'oblio nel panorama regolamentare non risulta formalizzato come diritto autonomo, teso alla sospensione della memoria collettiva: invero, si può affermare che l'oblio, lungi dal costituire l'oggetto di una specifica pretesa dell'interessato, possa costituire l'effetto conseguente all'esercizio del diritto alla cancellazione. Tale assunto sembrerebbe confermato dal Considerando 66: questi, infatti, rammenta che per rafforzare il "diritto all'oblio" nell'ambiente *online*, è opportuno che il diritto di cancellazione sia esteso in modo tale da obbligare il titolare del trattamento che ha pubblicato dati personali a informare i titolari del trattamento che trattano tali dati personali di cancellare qualsiasi *link* verso tali dati personali o copia o riproduzione di detti dati personali.

Al contempo, l'instaurazione di una simile relazione tra diritto all'oblio e diritto alla cancellazione non dovrebbe tradursi in una sovrapposizione degli stessi;

---

<sup>32</sup> In particolare, si pensi al requisito di cui all'art. 17 lett. b) (*l'interessato revoca il consenso su cui si basa il trattamento e non sussiste altro motivo legittimo per trattare i dati*), nonché lett. d) (*i dati sono stati trattati illecitamente*).

<sup>33</sup> In tali termini E. PELINO, *I diritti dell'interessato*, in BOLOGNINI, PELINO, ASTOLFI (a cura di), *Il Regolamento privacy europeo, Commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati personali*, Milano, 2016, p. 265.

una simile operazione, al contrario, rischierebbe di svuotare di contenuto il diritto all'oblio, vanificando i più rilevanti approdi giurisprudenziali, tesi a fornire consistenza ad una posizione giuridica intrinsecamente sfuggente. Piuttosto, data l'ampia portata del diritto in parola, teso a garantire il pieno rispetto e sviluppo dell'identità personale, si potrebbe affermare che il diritto alla cancellazione possa rappresentare uno strumento versatile, annoverabile tra le altre possibili misure adottabili - come ad esempio la deindicizzazione - per contribuire ad affievolire la memoria della rete.

### **5. Conclusioni.**

La breve analisi fin qui svolta sull'evoluzione del diritto all'oblio dimostra come il concetto stesso di oblio sia suscettibile di molteplici declinazioni ed implicazioni pratiche, ricavabili dalle posizioni della giurisprudenza nazionale e sovranazionale. Entrambe, in effetti, approfondiscono una delle molteplici prospettive di indagine, non risultando pertanto esaustive. Peraltro, la codificazione del diritto alla cancellazione dei dati nel recente Regolamento 2016/679/UE potrebbe prestare il fianco a una terza declinazione del diritto all'oblio, connessa alla *governance* dei dati personali.

I differenti approcci evidenziano tutta la complessità del diritto esaminato, la cui codificazione, *a fortiori*, risulterebbe un'operazione alquanto complicata, rischiando di comprimere gli approdi così faticosamente raggiunti attraverso l'evoluzione giurisprudenziale.

Quantunque l'articolo 17 del Regolamento abbia deluso le aspettative per un compiuto riconoscimento del diritto all'oblio, ciò non implica alcun disconoscimento degli approdi giurisprudenziali sin qui tracciati: al contrario, l'eventuale riconoscimento espresso di tale diritto in una fonte normativa come quella regolamentare, direttamente applicabile e finalizzata all'uniformazione - e non all'armonizzazione - del diritto, avrebbe potuto compromettere il patrimonio giuridico dei singoli Stati membri, traducendosi in un'indebita ingerenza delle istituzioni dell'Unione nella loro autonomia.

Pertanto, alla luce del quadro giuridico-relazionale sommariamente evidenziato, si potrebbe affermare che le molteplici declinazioni del diritto all'oblio non si pongano in un rapporto di tensione reciproca, bensì di reciproca convivenza.

## Le linee guida in materia di Intelligenza Artificiale: alla ricerca di un' "etica by design" nel nuovo scenario digitale

di Daniela MESSINA\*

**SOMMARIO:** **1.** La tutela dei diritti fondamentali nel nuovo scenario digitale. **2.** Attività di profilazione e processo decisionale automatizzato nel Regolamento (UE) 2016/679. **3.** Le *Ethics Guidelines for Trustworthy AI*. **4.** Le linee guida in materia di Intelligenza Artificiale alla luce del Regolamento (EU) 2016/679. **5.** Conclusioni.

**ABSTRACT:** *In the search for an adequate balance between the protection of fundamental rights and the evolution of new technologies, particular attention must today be given to the use of Artificial Intelligence, whose diffusion, in the absence of appropriate rules, is potentially capable of limiting the exercise of the freedoms traditionally recognized as a fundamental pillar of every democratic society. To this end, in the context of the broader regulation of profiling activities and automated decision-making processes, the European Commission adopted in April 2019 the Ethics Guidelines for Trustworthy AI on the basis of the belief that the development of such technologies must necessarily be realized in a reliable and ethically sustainable way. Starting from the analysis of the aforementioned Guidelines structured around a principle of "ethics by design", the work aims to assess the role of these rules within the articulate legislative framework outlined by the European legislator in the field of protection of personal data with the Regulation (EU) 679/2016 and what could be the further possible regulatory implications.*

### **1. La tutela dei diritti fondamentali nel nuovo scenario digitale.**

L'evoluzione tecnologica, come è noto, ruota attualmente intorno a tre innovazioni fondamentali - analisi dei *big data*, *Internet of things* (IOT) ed utilizzo dell'intelligenza artificiale (IA) - il cui combinato agire sta profondamente modificando la fisionomia delle moderne società digitali. Si tratta di una trasformazione di straordinarie dimensioni che abbraccia tutti gli aspetti della vita di un comune individuo: dalle modalità di acquisto e di

---

\* Professore a contratto di diritto dell'informazione e dell'informatica presso l'Università degli Studi di Napoli "Parthenope".

consumo dei beni, all'interazione con la pubblica amministrazione, passando per le attività lavorative e l'utilizzo dei servizi pubblici.

In particolare, con il termine IOT si suole indicare la capacità di alcuni oggetti di uso comune di connettersi ad Internet e di scambiarsi vicendevolmente dati ed informazioni per offrire agli individui esperienze di consumo e di utilizzo sempre più avanzate e personalizzate. Si fa riferimento, ad esempio, agli impianti di domotica che consentono di controllare via web in remoto gli elettrodomestici che sono presenti in casa, ovvero ai dispositivi indossabili, come gli *smartwatch* che consentono di aggregare, monitorare e di inviare a terzi informazioni sullo stato di salute dell'utente<sup>1</sup>. L'utilizzo di tali tecnologie è in crescente aumento anche all'interno delle città dove l'impiego di oggetti connessi consente la diffusione di servizi sempre più efficienti ai cittadini, garantendo al contempo l'impiego ottimale delle risorse a disposizione e la riduzione del relativo impatto ambientale soprattutto nelle grandi metropoli<sup>2</sup>.

L'intelligenza artificiale, invece, attiene ad una ulteriore fase evolutiva nel più ampio panorama di implementazione delle nuove tecnologie e di sfruttamento delle potenzialità offerte dalla Rete. Come indicato dalla Commissione Europea, con tale termine, infatti, si fa riferimento «a sistemi progettati dall'uomo che, dato un obiettivo complesso, agiscono nel mondo fisico o digitale percependo l'ambiente di riferimento, interpretando i dati raccolti in maniera strutturata e

---

<sup>1</sup> Per un'analisi della portata rivoluzionaria dell'*Internet of things* si rinvia, fra gli altri, allo studio realizzato dalla Commissione Europea tramite la DG Communications Networks, Content & Technology nell'ambito dell'«Agenda Digitale», una delle sette iniziative principali individuate nella più ampia Strategia EU2020, che punta alla crescita inclusiva, sostenibile ed intelligente entro l'anno 2020. COMMISSIONE EUROPEA, *DG Communications Networks, Content & Technology, Definition of a Research and Innovation Policy Leveraging Cloud Computing and IoT Combination*, Final Report, 2013. L'analisi ha evidenziato che l'impiego di tale tecnologia garantirà una crescita economica di oltre 20 miliardi di euro all'interno dell'Unione Europea entro l'anno 2020 e rappresenta uno dei pilastri della creazione del mercato unico digitale europeo (c.d. *Digital single market*).

<sup>2</sup> Sulla nascita delle nuove realtà urbane basate sull'utilizzo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione cfr. G. OLIVIERI – V. FALCE, *Smart cities e diritto dell'innovazione*, in «Collana di Quaderni di giurisprudenza commerciale», Giuffrè, 2016. Rileva sottolineare che il progetto a livello sovranazionale della realizzazione di *smart cities* all'interno del panorama europeo ha trovato la sua più compiuta realizzazione con la creazione del partenariato «Città e comunità intelligenti» (CCI) - *Smart Cities and Communities* (EIP-SCC) che mira a stimolare la crescita tecnologica nei settori in cui «la produzione, la distribuzione e l'uso dell'energia, la mobilità e i trasporti e le tecnologie di informazione e comunicazione (TIC) sono strettamente legati e possono offrire nuove opportunità interdisciplinari di migliorare i servizi, riducendo il consumo di energia e risorse e le emissioni di gas a effetto serra e di altre sostanze inquinanti». Sul punto v. COM (2012) 4701, Comunicazione della Commissione Europea, Città e Comunità Intelligenti Partenariato Europeo di innovazione, 2012.

non strutturata, ragionando sulla conoscenza derivata da tali dati e decidendo le azioni migliori da intraprendere per raggiungere l'obiettivo prefissato»<sup>3</sup>.

In altri termini, le tecnologie basate sull'intelligenza artificiale mirano a riprodurre la logica sottesa al comportamento umano, basata su principi di razionalità, efficienza ed analisi critica delle informazioni acquisite nel corso del tempo, al fine di produrre servizi che siano ottimali per gli utenti. È questo quello che succede quando un sito web propone ai propri clienti una serie di prodotti che potrebbero piacere sulla base delle precedenti decisioni di acquisto ovvero quando una piattaforma audiovisiva "suggerisce" un film o una serie televisiva alla luce delle preferenze espresse dallo spettatore – spesso inconsapevolmente - con le precedenti visioni.

Il "collante" tra le due suddette innovazioni è, infine, rappresentato dai *big data*. Come è noto, con tale termine si fa riferimento «a grandi quantità di dati di tipo diverso prodotti a grande velocità da numerosi tipi di fonti» la cui gestione avviene attraverso l'utilizzo di potenti processori, software ed algoritmi<sup>4</sup>. In un panorama sempre più digitalizzato, infatti, l'elemento chiave non è più rappresentato, come avveniva in un recente passato, dal singolo dato raccolto, bensì dalla correlazione tra molteplici *dataset* e dalla capacità di estrarre da essi valore aggiunto attraverso la previsione di comportamenti ovvero decisioni future<sup>5</sup>. A tal fine, l'utilizzo ottimale dell'intelligenza artificiale

<sup>3</sup> HIGH-LEVEL EXPERT GROUP ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE, *Ethics Guidelines for Trustworthy AI*, p.36. Sull'analisi di tali linee guida ci si soffermerà, in maniera più specifica, successivamente.

<sup>4</sup> Questa è la definizione data dalla COMMISSIONE EUROPEA nella Comunicazione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni dal titolo *Verso una florida economia basata sui dati* COM/2014/0442.

<sup>5</sup> Sul significato dei *big data* e sul relativo impatto sulla tutela dei dati personali cfr. da ultimo CONSIGLIO D'EUROPA, *Guidelines on the protection of individuals with regard to the processing of personal data in a world of Big Data*, Strasburgo, 2017. Sul relativo ruolo all'interno delle moderne società digitali cfr. COM (2014) 442, Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, *Verso una florida economia basata sui dati*, 2014; S. RUBINSTEIN IRA, *Big Data: The End of Privacy or a New Beginning?*, in *International Data Privacy Law*, 2013, Vol. 3, No. 2; B. VAN DER SLOOT- S.VAN SCHENDEL, *Ten Questions for Future Regulation of Big Data: A Comparative and Empirical Legal Study* in *Jipitec, Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, n.7 (2)/2016. A testimonianza della trasversalità delle problematiche connesse all'utilizzo dei *big data*, in data 30 maggio 2017 è stata avviata un'indagine conoscitiva congiunta che coinvolge l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), il Garante per la protezione dei dati personali e l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCOM). Lo studio, ancora in corso, è finalizzato all'individuazione di eventuali criticità concorrenziali connesse ai *big data* e alla definizione di un quadro di regole atto a promuovere e tutelare la concorrenza dei mercati della economia digitale, consentendo al contempo una più efficace realizzazione dei compiti istituzionali di ciascuna Autorità. Il provvedimento è consultabile al link



diviene cruciale in tale peculiare panorama, in quanto la gestione di enormi e diverse quantità di informazioni impone capacità di analisi che superano quelle naturalmente presenti in un essere umano. I dati, pertanto, "oltrepassano" gli individui e «vengono inseriti in modelli algoritmici alla ricerca di correlazioni ancora ignote che si possano convertire in profitti»<sup>6</sup>.

Città sempre più "smart", servizi personalizzati e soluzioni efficaci ed ottimali ai grandi problemi delle moderne società, come il repentino cambiamento climatico, il progresso nelle cure mediche e la tutela dagli attacchi informatici, sono una evidente espressione del combinato agire dei suddetti tre elementi. Tuttavia, dietro tale straordinario ed accattivante panorama si celano delle significative criticità che impongono una profonda riflessione, soprattutto con riferimento alla tutela dei diritti fondamentali, dei valori e dei principi che rappresentano i pilastri del vivere democratico.

La diffusione di piattaforme connesse e di intense attività di profilazione, nonché l'implementazione dell'IA e di processi decisionali automatizzati, rischia, infatti, di limitare drasticamente l'esercizio di diritti ritenuti da sempre essenziali per il libero dispiegarsi delle società democratiche, quali la libertà di espressione, il pluralismo dell'informazione, l'uguaglianza nelle possibilità di partecipazione alla vita sociale, il libero determinarsi della identità personale.

La sorprendente capacità di tali strumenti di prevedere ed anticipare comportamenti con un'accuratezza senza precedenti rischia, infatti, non solo di accentuare situazioni di discriminazione sociale già esistenti, ma di incardinare gli individui all'interno di una specifica categoria, limitandone le possibili alternative di scelta e le opportunità di crescita ed eventualmente di cambiamento. Offrire prodotti e servizi "su misura" perché basati sulle precedenti decisioni di acquisto, anticipare i comportamenti ovvero limitare l'accesso alle sole informazioni di carattere culturale, economico, sociale, politico che sulla base di una precedente attività di profilazione risultano essere maggiormente in linea con la personalità e le ideologie di un individuo equivalgono a porlo all'interno di una "filter bubble"<sup>7</sup>, una vera e propria bolla,

---

[http://www.agcm.it/component/joomdoc/allegatinews/IC53\\_avvio%20ind.%20con.pdf/download.html](http://www.agcm.it/component/joomdoc/allegatinews/IC53_avvio%20ind.%20con.pdf/download.html)

<sup>6</sup> Così V. MAYER-SCHÖNBERGER - K. N. CUKIER, *Big Data. Una rivoluzione che trasformerà il nostro modo di vivere e già minaccia la nostra libertà*, Milano, 2013, p. 129.

<sup>7</sup> Sul significato di "filter bubble" e sulle possibili conseguenze nelle attuali società digitali, cfr., *inter alia*, M. BIANCA, *La filter bubble e il problema dell'identità digitale*, in *MediaLaws – Rivista dir. media*, 2, 2019, in corso di pubblicazione; V. MAYER-SCHÖNBERGER - K. N. CUKIER, *Big Data. Una rivoluzione che trasformerà il nostro modo di vivere e già minaccia la nostra libertà*, op.cit.

sicuramente rassicurante per il soggetto, ma estremamente limitante per l'evoluzione della persona, sia come individuo, sia come cittadino. In antitesi con la necessaria diffusione plurale delle informazioni e delle idee considerata essenza stessa di un sistema democratico, nonché della piena e libera evoluzione dell'identità dei singoli costituzionalmente tutelata, il diffondersi di tecnologie basate sull'IA, se non correttamente regolamentato, rischia, pertanto, di sacrificare il fondamentale valore del pluralismo in nome dell'efficienza produttiva, minando la crescita sostenibile delle moderne società digitali<sup>8</sup>.

Ne consegue che, in un panorama dominato da tecnologie connesse e dall'invisibile trama che collega enormi quantità di dati personali, diviene prioritaria la ricerca di un adeguato bilanciamento tra la tutela dei diritti fondamentali sanciti nelle carte costituzionali e proclamati dai trattati europei a livello sovranazionale ed il valore economico delle informazioni, al fine di garantire che il progresso delle moderne società sia pur sempre realizzato in un'ottica democratica.

## **2. Attività di profilazione e processo decisionale automatizzato nel Regolamento (UE) 2016/679.**

Le criticità emergenti dall'uso sempre più intenso di tecnologie connesse e della diffusione di forme sempre più sofisticate di intelligenza artificiale ha spinto il legislatore europeo a delineare una disciplina peculiare in materia nell'ambito del nuovo Regolamento destinato alla protezione dei dati personali<sup>9</sup>. Il testo, entrato in vigore nel maggio 2018 in tutti gli Stati membri,

<sup>8</sup> Sul punto si permetta di indicare D. MESSINA, *Online platforms, profiling, and artificial intelligence: new challenges for the GDPR and, in particular, for the informed and unambiguous data subject's consent*, in *MediaLaws – Rivista dir. media*, 2, 2019, in corso di pubblicazione; M. OREFICE, *I Big Data e gli effetti su privacy, trasparenza e iniziativa economica*, Roma, 2018; M. R. ALLEGRI - G. D'IPPOLITO (a cura di), *Accesso a internet e neutralità della rete, tra principi costituzionali e regole europee*, Roma, 2017; S. WACHTER, *Normative challenges of identification in the Internet of Things: Privacy, profiling, discrimination, and the GDPR*, in *Computer law & security Review*, n. 34/2018, pp. 436–449; I. S. RUBINSTEIN, *Big Data: The End of Privacy or a New Beginning?*, op.cit.; G. D'ACQUISTO – M.NALDI, *Big data e privacy by design*, Torino, 2017; V. MAYER-SCHÖNBERGER - K. N. CUKIER, *Big Data. Una rivoluzione che trasformerà il nostro modo di vivere e già minaccia la nostra libertà*, op.cit.; O. POLLICINO – T. E. FROSINI – E. APA, *Diritti e libertà in Internet*, Milano, 2017; R. BIFULCO - O. POLLICINO - G. D'ACQUISTO - M. NALDI - M. BASSANI - F. PIZZETTI (a cura di), *Intelligenza artificiale, protezione dati personali e regolazione*, Milano, 2018.

<sup>9</sup> Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (Regolamento generale sulla protezione dei dati). Sul punto cfr., inter alia, D. MESSINA, *Il Regolamento (EU)*

definisce la profilazione come «qualsiasi forma di trattamento automatizzato di dati personali consistente nell'utilizzo di tali dati personali per valutare determinati aspetti personali relativi a una persona fisica, in particolare per analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze personali, gli interessi, l'affidabilità, il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti di detta persona fisica»<sup>10</sup>. Affinchè tale attività possa essere sottoposta al sistema di norme delineato a livello europeo è necessario, quindi, che essa consista in un procedimento automatizzato, anche in completa assenza del coinvolgimento umano.

È in questo punto che si identifica il nodo cruciale della questione ed emerge in maniera significativa il ruolo dell'intelligenza artificiale: la profilazione in sé non rappresenta qualcosa di necessariamente lesivo dei diritti degli individui. Può, tuttavia, potenzialmente diventarlo nel momento in cui la raccolta ed il trattamento dei dati personali avviene in maniera automatizzata e l'intervento degli individui sugli algoritmi operanti in tali attività risulta estremamente limitato se non addirittura nullo. Questo è il motivo per cui il legislatore europeo, all'interno del nuovo quadro normativo, ha spostato la propria attenzione dalla semplice attività di profilazione alle ben più rischiose decisioni basate unicamente sul trattamento automatizzato, dettando per quest'ultime una differente e specifica disciplina.

Nel primo caso, infatti, come indicato dal Considerando 72), l'attività deve realizzarsi nel pieno rispetto delle norme e dei principi stabiliti in via generale per il trattamento dei dati personali, come i principi di liceità, correttezza, trasparenza e minimizzazione delle informazioni che sono definiti nel Capo II del Regolamento europeo. Il titolare deve inoltre garantire pienamente il sistema di diritti riconosciuto e tutelato dal quadro normativo a favore del

---

*2016/679 in materia di protezione dei dati personali alla luce della vicenda "Cambridge Analytica", in Federalismi.it, 2018; G. FINOCCHIARO, Il nuovo regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali, Bologna, 2017; F. PIZZETTI, Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali – dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo, Torino, 2016; F. PIZZETTI, Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Il Regolamento europeo 2016/679. Vol. 2, Torino, 2016; L. BOLOGNINI –E. PELINO – C. BISTOLFI, Il regolamento privacy europeo. Commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati personali, Milano, 2016; G. BUTTARELLI, The EU GDPR as a clarion call for a new global digital gold standard, in International Data Privacy Law, 2/2016; F. DI RESTA, La nuova 'Privacy europea': I principali adempimenti del regolamento UE 2016 e profili risarcitori, Torino, 2018, T.ZARSKY, Incompatible: The GDPR in the Age of Big Data in Seton Hall Law Review, 47(4), 2017, 995 ss.*

<sup>10</sup> Regolamento (EU) n. 679/2016, art. 4, par. 4.

soggetto interessato, con particolare riferimento ai casi in cui l'operazione si sostanzia in una valutazione sistematica e globale di aspetti personali e su di essa si fondino decisioni che hanno effetti giuridici o incidono in modo analogo in maniera significativa sui soggetti interessati<sup>11</sup>.

Nel secondo caso, invece, l'assenza assoluta dell'intervento umano legittima un inasprimento delle norme in materia. Ai sensi dell'articolo 22, in presenza di decisioni basate esclusivamente su un trattamento automatizzato, si pensi ad esempio all'impiego di un algoritmo che opera automaticamente in assenza dell'intervento discrezionale ed eventualmente correttivo di un individuo, il soggetto interessato ha il diritto di opporsi nel caso in cui tale attività produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona. Il GDPR, quindi, riconosce il potere di opporsi a un trattamento effettuato in assenza di coinvolgimento umano.

Tale previsione in presenza di un uso sempre più pervasivo delle nuove tecnologie assume una straordinaria importanza ai fini della tutela dei diritti fondamentali dei soggetti interessati.

E' recente, infatti, risalendo ad aprile 2019, la sentenza con la quale il Consiglio di Stato, in materia di assegnazione di sedi scolastiche mediante sistemi automatizzati, ha dichiarato che nelle procedure valutative «il meccanismo

---

<sup>11</sup> Come è noto, ai sensi dell'art. 35 del Regolamento (UE) 679/2016 in caso di trattamenti che in virtù delle tecnologie utilizzate possono esporre i soggetti interessati ad un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone fisiche, il titolare del trattamento è tenuto, ancor prima di intraprendere l'attività, di effettuare una valutazione dell'impatto dei trattamenti previsti sulla protezione dei dati personali. Poiché tale analisi, nota anche come DPIA - *Data protection impact assessment* - affinché sia significativa deve necessariamente tenere conto della natura, dell'oggetto, del contesto e delle finalità perseguite dal titolare, il legislatore europeo non ha delineato in maniera puntuale il modo in cui tale procedura deve essere necessariamente eseguita. Tuttavia, sul punto è intervenuto successivamente il WP29, il Gruppo di lavoro art. 29, oggi sostituito dall'*European Data Protection Board*, che, attraverso le *Guidelines on Personal data breach notification under Regulation 2016/679*, ha individuato una serie di informazioni fondamentali che il titolare è tenuto obbligatoriamente ad inserire all'interno della valutazione d'impatto. In particolare, tra quest'ultime rientrano: la descrizione dettagliata del trattamento, compresi i dati personali coinvolti; la metodologia ed il periodo di conservazione di tali informazioni; le risorse su cui si basano i dati personali (hardware, software, reti, persone, canali di trasmissione cartacei e non cartacei); la descrizione delle misure previste per conformarsi al Regolamento con particolare riferimento ai principi di necessità e proporzionalità (articoli 5 e 6 del GDPR) e ai diritti degli interessati (articoli 12 - 21, capitolo V e art. 36 del GDPR); la descrizione dei rischi per i diritti e le libertà degli interessati e le misure previste per il contenimento di tali rischi. Inoltre, la documentazione deve includere anche una prova documentale della conformità ai codici di condotta, se esistenti, ai sensi dell'articolo 40 del GDPR, nonché certificazioni, marchi di fabbrica e *binding corporate rules* relativi alla protezione dei dati. L'obiettivo è dimostrare che il titolare, alla luce della rischiosità dell'attività prevista, abbia adottato le misure tecniche ed organizzative necessarie ad assicurare la piena conformità alle norme del Regolamento europeo.

attraverso il quale si concretizza la decisione robotizzata (ovvero l'algoritmo) deve essere "conoscibile", secondo una declinazione rafforzata del principio di trasparenza, che implica anche quello della piena conoscibilità di una regola espressa in un linguaggio differente da quello giuridico»<sup>12</sup>. Prova questa che l'utilizzo di tecnologie, soprattutto in settori estremamente importanti e delicati come quello della pubblica amministrazione, le cui attività inevitabilmente si riflettono sulla sfera personale e sociale dei cittadini, richiede un'attenzione particolare, nella piena consapevolezza che il coinvolgimento umano deve sempre essere considerato elemento fondamentale, se non imprescindibile di tale panorama. Anche quando l'intelligenza artificiale oggettivamente consente di raggiungere risultati più efficaci in minore tempo e con minore sforzo, il suo impiego non può comunque sganciarsi dal fattore umano, da quell'universo di valori, principi, logiche che orientano razionalmente l'agire degli individui e che permette di assumere decisioni senza ledere gli elementi cardine di una società democraticamente avanzata.

### **3. Le *Ethics Guidelines for Trustworthy AI*.**

Alla luce di quanto evidenziato e delle nuove sfide che emergono all'interno di uno scenario estremamente complesso e in perenne trasformazione, un'attenzione particolare è attualmente rivolta ai dispositivi fondati sull'utilizzo dell'intelligenza. Questo a partire dalla consapevolezza che tali tecnologie, fermo restando il loro straordinario ed indiscutibile contributo allo sviluppo delle moderne società, "plasmano" il futuro sfruttando dati provenienti dal passato. In potenziale antitesi con il normale processo evolutivo della persona, tutelato costituzionalmente, l'intelligenza artificiale opera, infatti, rielaborando informazioni e dati accumulati nel corso del tempo per anticipare o prevedere comportamenti futuri, in completa assenza di quegli elementi di

<sup>12</sup> Cons. St., sez. VI, sent. 2270/2019 del 8.4.2019. La sentenza ha avuto origine dal ricorso sollevato dal personale di una scuola che lamentava come l'utilizzo da parte del MIUR di un algoritmo avrebbe inficiato e, sotto alcuni aspetti, alterato la procedura valutativa a cui erano stati sottoposti per l'inserimento nel contesto scolastico a tempo indeterminato. In particolare, secondo gli appellanti, tale algoritmo avrebbe disposto i trasferimenti «senza tener conto delle preferenze indicate nelle rispettive domande di trasferimento, senza alcuna motivazione e in difetto della benché minima trasparenza» seguendo una procedura totalmente irrazionale che ha portato ad assegnare docenti con svariati anni di servizio ad ambiti territoriali mai richiesti e situati a centinaia di chilometri di distanza dalla propria città di residenza. Il Consiglio di Stato, pur sottolineando i contributi positivi derivanti dall'utilizzo delle nuove tecnologie, ha ritenuto di accogliere le istanze, affermando che nel caso di specie sussiste la violazione dei principi di imparzialità, pubblicità e trasparenza in quanto la logica sottesa al procedimento risulta essere ignota impedendo di assicurare che quel processo, a livello amministrativo, avvenga in maniera trasparente, attraverso la conoscibilità dei dati immessi e dell'algoritmo medesimo.

imprevedibilità, capacità di discernimento e di apprendimento per esperienza che sono alla base dell'evoluzione della personalità degli individui.

Alla luce di tale visione, al fine di limitare gli effetti distorsivi dell'impiego di tali tecnologie, si è affermata a livello europeo l'idea che sia necessario "indirizzare" lo sviluppo dell'intelligenza artificiale mediante la previsione di una serie di norme di natura etica finalizzate a garantire uno sviluppo antropocentrico delle nuove tecnologie. Come evidenziato nella Risoluzione del Parlamento europeo del 2017<sup>13</sup>, «gli sviluppi nel campo della robotica e dell'intelligenza artificiale possono e dovrebbero essere pensati in modo tale da preservare la dignità, l'autonomia e l'autodeterminazione degli individui» considerano l'automatizzazione dei processi decisionali uno strumento di supporto e non di prevaricazione dell'azione degli esseri umani. In altri termini, fermo restando l'inevitabile necessità di sfruttare le opportunità provenienti dal nuovo panorama digitale, le tecnologie dovrebbero essere sempre pensate come mezzi a disposizione dell'uomo, finalizzate a migliorare il livello qualitativo della vita degli individui, considerati sia come singoli sia come comunità, senza mai pretendere - o meglio consentire - di sostituirli ad essi. In tale prospettiva, mutuando una definizione particolarmente nota nel quadro normativo europeo in materia di tutela di dati personali, si impone la necessità di introdurre nel dinamico panorama delle nuove tecnologie quello che potrebbe essere definito un principio di "etica by design". La consapevolezza che l'interdipendenza uomo-macchina risulterà essere sempre più intensa nel corso degli anni spinge, infatti, a ritenere fondamentale stabilire oggi, che siamo ai primordi di tale evoluzione, il ruolo e i limiti di tali tecnologie allorquando vengono immesse per la prima volta all'interno dei processi produttivi aziendali ovvero a disposizione dei meccanismi decisionali della pubblica amministrazione, nonché quando contribuiscono alle attività di erogazione dei servizi pubblici o entrano nella quotidianità dei singoli individui tramite l'acquisto di dispositivi connessi.

In quest'ottica la Commissione Europea ha avviato a partire dal 2018 una specifica strategia volta a garantire che l'implementazione di tali tecnologie avvenga in maniera affidabile, sicura ed eticamente sostenibile. L'obiettivo è quello di realizzare un'azione coordinata a livello europeo che assicuri il più ampio sfruttamento delle potenzialità dell'IA garantendo al contempo che il relativo sviluppo sia incentrato sull'uomo e destinato al bene comune con il fine

---

<sup>13</sup> Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica (2015/2103(INL)).

ultimo di migliorare il benessere e la libertà degli individui. Tali misure hanno previsto, in primo luogo, la sottoscrizione da parte di 25 Stati membri della Dichiarazione sulla cooperazione in materia di IA<sup>14</sup> al fine di garantire un approccio condiviso orientato al perseguimento della massimizzazione degli investimenti in tale settore, la creazione di uno spazio europeo dei dati, la promozione del talento e dell'apprendimento permanente e lo sviluppo di soluzioni di IA etiche ed affidabili. Nel giugno 2018 si è proceduto, poi, alla creazione dell'*High Level Expert Group* che recentemente, in data 8 aprile 2019, ha diffuso un documento dal titolo "*Ethics Guidelines for Trustworthy AI*"<sup>15</sup>. Frutto del lavoro di 52 esperti,<sup>16</sup> le linee guida mirano a promuovere la diffusione di un'intelligenza artificiale affidabile grazie al contemporaneo agire di tre fattori essenziali: il rispetto dell'articolato quadro normativo in materia; la garanzia dei principi e dei valori etici e la solidità dei sistemi AI da un punto di vista tecnico e sociale.

In particolare, al fine di garantire un effettivo utilizzo ottimale di tali tecnologie, evitando il verificarsi di eventi che possano compromettere il libero esercizio dei diritti fondamentali, le linee guida individuano sette elementi chiave da rispettare nel concreto sviluppo dei sistemi basati sull'IA.

Il primo, denominato "Azione e sorveglianza umana", prevede che l'IA debba essere destinata allo sviluppo di società eque, offrendo sostegno all'attività umana senza mai compromettere l'esercizio dei diritti fondamentali, né limitare o alterare l'autonomia degli individui. La "Robustezza e sicurezza" evidenzia, invece, come l'affidabilità dell'IA dipende dall'adozione di algoritmi sicuri, attendibili e sufficientemente robusti e dalla predisposizione di apposite misure che consentano di intervenire in maniera celere in caso di errori ed incongruenze. Il terzo elemento riporta l'attenzione sulla tutela delle informazioni: con la categoria "Riservatezza e *governance* dei dati", infatti, il

---

<sup>14</sup> *Declaration of cooperation on Artificial Intelligence (AI)* siglata il 10 aprile 2018 da 25 Stati europei, Norvegia, Svizzera e Commissione Europea. Il testo della Dichiarazione è reperibile al link <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/eu-member-states-sign-cooperate-artificial-intelligence>.

<sup>15</sup> Le linee guida redatte dal Gruppo di esperti possono essere scaricate sul sito della Commissione Europea al seguente indirizzo <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai>

<sup>16</sup> Il Gruppo si compone di 52 esperti nominati a seguito di una procedura di selezione aperta e provenienti dal mondo accademico, dall'industria e dalla società civile. Il loro compito è quello di sostenere la strategia europea in materia di intelligenza artificiale attraverso la formulazione di raccomandazioni relative alle questioni etiche, legali e sociali connesse all'IA, comprese le emergenti sfide economiche-sociali.



gruppo di esperti afferma che il coinvolgimento di dati personali deve sempre avvenire nel pieno rispetto dei diritti fondamentali del soggetto interessato attraverso la predisposizione di una serie di misure che consentano allo stesso di seguire l'utilizzo dei dati lungo tutto il ciclo di vita dell'IA. Strettamente collegata a quest'ultimo elemento vi è la "Trasparenza" che impone la tracciabilità dei sistemi di IA in ogni fase del loro ciclo di vita.

"Diversità, non discriminazione ed equità" costituiscono il quinto elemento chiave dello sviluppo dei sistemi IA ed evidenziano come la loro implementazione debba avvenire nel pieno rispetto delle capacità, delle competenze e delle necessità degli individui interessati ed essere a loro volta sempre accessibili. Il sesto elemento, invece, denominato "Benessere sociale e ambientale" sottolinea anche la necessità di utilizzare i sistemi IA al fine di garantire un efficace ed efficiente progresso della società e consentire uno sfruttamento sostenibile dell'ambiente. Infine, l'ultimo elemento è costituito dalla "Responsabilità intesa anche come *accountability*": l'implementazione dell'Intelligenza artificiale deve prevedere obbligatoriamente misure finalizzate a valutare la responsabilità ed il livello di *accountability* dei sistemi utilizzati, nonché dei risultati ottenuti.

Il rispetto simultaneo di tali sette elementi secondo la Commissione Europea consentirà la realizzazione di sistemi IA affidabili, in grado di garantire un utilizzo sicuro ed ottimale delle relative tecnologie nel pieno rispetto dei principi e dei diritti fondamentali degli individui. Inoltre, al fine di garantire che tali principi non rimangano incompiuti, ma siano effettivamente impiegati nello sviluppo ed utilizzo concreto di tecnologie basate sull'IA, le linee guida prevedono anche una lista di azioni operative per ognuno dei sette punti evidenziati, denominata *Trustworthy AI Assessment List*, in modo da offrire agli operatori strumenti concreti per la valutazione effettiva dell'affidabilità dei sistemi utilizzati e favorire interventi tempestivi nel caso in cui vengano riscontrati elementi di criticità.

Rileva sottolineare in tale sede, infine, che il documento redatto dalla Commissione Europea segue solo di pochi mesi l'adozione delle "Linee guida in materia di intelligenza artificiale e protezione dei dati" redatte dal Comitato consultivo della Convenzione sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati a carattere personale, che dal 2016 è presieduto dal Garante italiano<sup>17</sup>. Seguendo il medesimo filo conduttore, il

<sup>17</sup> *Consultative Committee of the Convention for the protection of individuals with regard to automatic processing of personal data (Convention 108) - Guidelines on Artificial Intelligence*

testo, approvato a Strasburgo il 25 gennaio 2019, sottolinea all'art. 1 che la tutela della dignità umana e delle libertà fondamentali, in particolare il diritto alla protezione dei dati personali, sono essenziali nello sviluppo e nell'adozione di applicazioni IA. Rivolto soprattutto agli sviluppatori, ai produttori ed ai fornitori di servizi, il documento sottolinea la necessità di adottare un approccio di tipo preventivo basato sulla valutazione *ex ante* del possibile impatto, anche indiretto o involontario, di tali sistemi sul libero e consapevole esercizio dei diritti fondamentali.

#### **4. Le linee guida in materia di Intelligenza Artificiale alla luce del Regolamento (EU) 2016/679.**

*Accountability, governance* dei dati e preventiva valutazione di impatto non solo rappresentano alcuni dei parametri fondamentali individuati nelle *Guidelines for Trustworthy AI*, ma costituiscono anche gli elementi cardine del Regolamento europeo in materia di protezione dei dati personali (GDPR) che, come è noto, è entrato in vigore a partire dal 25 maggio 2018. Il nuovo quadro normativo, infatti, al fine di garantire che gli individui possano disporre sempre del pieno controllo dei propri dati personali, stabilisce un sistema peculiare di obblighi a carico del titolare del trattamento, il quale ai sensi dell'art. 24, è tenuto a predisporre misure tecniche ed organizzative adeguate per assicurare, ed essere in grado di dimostrare, che l'attività sia effettuata sempre nel pieno rispetto del GDPR. Dette misure debbono essere messe in atto ancor prima del rilascio delle informazioni personali e riguardare l'intero ciclo di utilizzo del dato. In tal senso, è possibile affermare che i parametri della "Robustezza e sicurezza", della "Riservatezza e *governance* dei dati" e della "Responsabilità intesa anche come *accountability*" trovano piena realizzazione nel GDPR negli obblighi connessi alla *privacy by design* e *by default* di cui all'art. 25, nei principi di minimizzazione, liceità, correttezza e trasparenza di cui all'art. 5, nonché nella previsione del *Data protection impact assessment* e negli interventi prescritti ai sensi dell'art. 32 in caso di eventi di *data breach*. L'art. 35, in particolare, stabilisce esplicitamente che in caso di attività di trattamento particolarmente delicate, tra le quali rientra anche la valutazione sistematica e globale di aspetti personali relativi a persone fisiche, basata su un trattamento automatizzato, compresa la profilazione, il titolare è tenuto ad eseguire una

---

*and Data Protection*. Il testo in italiano è consultabile sul sito del Garante per la protezione dei dati personali al link <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9096716>.

valutazione di impatto al fine di verificare se il trattamento possa comportare un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone fisiche coinvolte, tenuto conto della natura dell'ambito di applicazione, del contesto e delle finalità previste.

Continuando in questa opera di raffronto tra le linee guida redatte dalla Commissione in materia di intelligenza artificiale e Regolamento europeo i parametri denominati "Azione e sorveglianza umana", "Trasparenza" e "Diversità, non discriminazione ed equità" trovano, invece, piena realizzazione nel Capo III dedicato ai diritti dell'interessato. Si tratta di un vasto ed articolato sistema di norme a tutela dei soggetti che mettono a disposizione i propri dati personali, che vanno dal diritto di informazione (artt. 13-14) e di accesso (art.15) alla possibilità di richiedere la rettifica (art.16) o la cancellazione degli stessi (art.17), fino all'opportunità prevista di opporsi in qualsiasi momento (art.21). Con riferimento proprio al diritto di opposizione riconosciuto e garantito all'interno del nuovo quadro normativo, ai fini dell'analisi dell'applicazione dei sistemi basati sull' IA alla luce del GDPR rileva sicuramente esaminare quanto previsto in materia di processi decisionali esclusivamente automatizzati relativi alle persone fisiche. Come evidenziato in precedenza, infatti, il legislatore europeo ha distinto tale peculiare trattamento dalla più generale attività di profilazione, prevedendo per esso una disciplina differenziata. Alla luce del *based risk approach* che ispira l'intero GDPR e del maggiore rilievo attribuito al momento del consenso rispetto a quanto precedentemente stabilito dalla direttiva 95/46/CE, in linea con quanto indicato dall'*Article 29 Data Protection Working Party* nell'opinione 15/2011<sup>18</sup> la profilazione, infatti, necessita di una manifestazione di volontà da parte dell'interessato che sia libera, specifica, informata ed inequivocabile. Diversa disciplina è invece destinata ai trattamenti in cui il processo decisionale si sostanzia in una decisione basata unicamente su un trattamento automatizzato, vale a dire in assenza di un qualsiasi intervento umano. In tale ambito, indipendentemente dal fatto che l'attività sia finalizzata o meno a profilare un individuo, il legislatore europeo stabilisce all'art.14 l'obbligo a carico del titolare di informare l'interessato, nonché di fornire informazioni significative sulla logica utilizzata, sull'importanza e sulle conseguenze previste per lo stesso. Strettamente collegato a tale previsione opera, come precedentemente evidenziato, il divieto di adozione di decisioni basate unicamente sul trattamento automatizzato qualora queste producano effetti giuridici che

<sup>18</sup> ARTICLE 29 WORKING PARTY, *Opinion 15/2011 on the definition of consent* (WP187).

riguardano il soggetto interessato ovvero che incidano significativamente sulla sua persona. L'obiettivo del legislatore è evidentemente quello di garantire che un soggetto sottoposto ad una decisione rilevante per l'esercizio delle proprie libertà fondamentali, si pensi ad esempio al rifiuto automatico dell'accensione di un prestito bancario o l'esclusione diretta da un processo di selezione lavorativa, possa sempre essere consapevole dei meccanismi e delle logiche che hanno condotto a quel determinato risultato ed opporsi a tale tipo di trattamento. A tal fine, l'art. 22 stabilisce il diritto di ogni soggetto di non essere sottoposto a valutazioni di tale tipo a meno che la decisione sia necessaria per la conclusione o l'esecuzione di un contratto; sia autorizzata dal diritto dell'Unione o dello Stato membro; ovvero si basi sul consenso esplicito dell'interessato.

Nel peculiare e complesso bilanciamento tra la necessità di implementare una procedura decisionale interamente automatizzata e l'esigenza di garantire e tutelare la corretta evoluzione della personalità dell'individuo, libera dai potenziali effetti distorsivi o discriminatori che potrebbero derivare dal mancato intervento dell'uomo, la terza ipotesi, prevedendo un consenso esplicitamente rilasciato e quindi caratterizzato da elementi ulteriori rispetto alla manifestazione di volontà richiesta per una normale profilazione, pone maggiori criticità. L'obbligo di un atto volitivo di tal tipo, caso unico insieme al trattamento di dati sensibili *ex art. 9* e al trasferimento di informazioni personali verso un paese terzo o un'organizzazione internazionale in assenza di adeguate garanzie *ex art. 49*, evidenzia sicuramente l'importanza che viene posta dal legislatore europeo sulla effettiva capacità di controllo dei dati personali da parte degli interessati e sulla relativa possibilità per gli stessi di opporsi al loro trattamento ogni qualvolta vengano utilizzati sistemi che non prevedono il coinvolgimento di esseri umani. Tuttavia, nonostante tale rilievo, il Regolamento risulta lacunoso proprio nella definizione concreta di "consenso esplicito".

Nel silenzio del nuovo quadro normativo, le linee guida redatte dal WP29 in materia di consenso stabiliscono che tale ulteriore impegno dovrebbe generalmente sostanziarsi nel rilascio di un'approvazione scritta e firmata dalla parte interessata. Nel caso, invece, di attività che si realizzano mediante piattaforme e siti *on line*, il consenso esplicito richiederebbe la compilazione dell'interessato di un modulo specifico ovvero il caricamento di un documento personale. È evidente che lo sforzo interpretativo compiuto dal gruppo dei regolatori europei risulta particolarmente apprezzato in un contesto in cui ogni

singolo vuoto normativo rischia di aprire la strada ad una potenziale lesione dei diritti fondamentali. Tuttavia, in un panorama caratterizzato dal ruolo sempre più rilevante di sistemi basati sull' IA, la mancanza di una disciplina chiara ed inequivocabile rende estremamente elevato il rischio che tale disposizione si sostanzi in una norma facilmente eludibile. La previsione di un consenso esplicito in assenza di specifiche indicazioni sul come esso debba concretizzarsi, infatti, lo priva di quella indispensabile forza volitiva necessaria a renderlo distinto e separato da una normale manifestazione di assenso, favorendo l'adozione di forme di consenso standardizzate da parte dei titolari dei trattamenti basati su processi decisionali interamente automatizzati.

Questo finisce inevitabilmente col determinare una breccia nel nuovo panorama di tutela dei dati personali che, come ampiamente noto, fonda le proprie radici proprio sul recupero del pieno controllo delle informazioni personali da parte degli interessati, ponendo particolare attenzione sull'intero procedimento di formazione del consenso al fine di garantire che l'individuo sia sempre consapevole, informato e libero da ogni sorta di influenza esterna in grado di alterare l'autenticità della sua volontà<sup>19</sup>.

## 5. Conclusioni.

Nella ricerca di un adeguato equilibrio tra tutela dei diritti fondamentali ed evoluzione delle nuove tecnologie un'attenzione particolare deve oggi essere rivolta all'uso dell'Intelligenza Artificiale, la cui diffusione, in assenza di appropriate regole, è potenzialmente in grado di limitare l'esercizio delle libertà tradizionalmente riconosciute come pilastro fondamentale di ogni società democratica. Come evidenziato nel lavoro, al fine di garantire siffatto obiettivo si è affermata la convinzione a livello europeo che l'utilizzo di tali strumenti debba essere indirizzato principalmente verso il soddisfacimento delle esigenze di miglioramento del livello qualitativo della vita dell'uomo, sia come singolo sia come membro di una comunità organizzata, allontanando al contempo ogni possibile rischio di lesione della sfera personale degli individui causata da una illegittima compressione delle proprie libertà di scelta e delle relative possibilità

---

<sup>19</sup> In base al considerando 32) del Regolamento (UE) 679/2016, infatti, al fine di garantire che l'approvazione del trattamento sia liberamente concessa e informata in modo soddisfacente, "dovrebbe essere fornita da un chiaro atto affermativo che stabilisca un'indicazione liberamente concessa, specifica, informata e inequivocabile del consenso dell'interessato al trattamento di dati personali che lo riguardano, come ad esempio una dichiarazione scritta, anche per via elettronica, o una dichiarazione orale".

di autodeterminazione. Secondo una logica di "etica by design", l'implementazione dell'IA dovrebbe, infatti, essere guidata da una serie di norme etiche di riferimento dirette ad evitare che i principi ed i valori democratici vengano irrimediabilmente sacrificati in nome dell'efficienza dei processi produttivi e del connesso valore economico delle informazioni personali, ormai considerate il "petrolio" del nuovo scenario digitale<sup>20</sup>.

In tale peculiare panorama, le *Guidelines for Trustworthy AI* adottate dalla Commissione Europea nell'aprile 2019 costituiscono un primo importante tassello verso la concreta realizzazione di tale percorso evolutivo. Ad esse, infatti, si deve innanzitutto il merito di aver individuato una serie di regole generali, valevoli *erga omnes*, la cui applicazione su larga scala dovrebbe contribuire nell'immediato futuro a creare un ecosistema contraddistinto da un impiego dell'Intelligenza Artificiale affidabile ed eticamente sostenibile.

Inoltre, alla luce dell'inevitabile intreccio esistente tra regolazione delle nuove tecnologie e tutela dei dati personali, le linee guida si caratterizzano per una positiva continuità con le norme introdotte dal Regolamento europeo 679/2016. Questo soprattutto con riguardo ai principi della "Robustezza e della sicurezza" e della "Responsabilità intesa anche come *accountability*" il cui contenuto riflette pienamente il "*risk based approach*" che contraddistingue l'attuale quadro normativo in materia.

Maggiori criticità, invece, come evidenziato, si riscontrano sul versante del coinvolgimento consapevole dei soggetti interessati. Si tratta di un aspetto estremamente delicato che richiede un sollecito intervento da un punto di vista regolativo visto che uno degli elementi di maggiore rischiosità celate dietro l'impiego delle nuove tecnologie risiede proprio nella difficoltà per i soggetti interessati di comprendere pienamente le dinamiche che guidano il funzionamento di determinati algoritmi con evidente pregiudizio per il valore del consenso espresso, troppo spesso lontano da quella "manifestazione di volontà libera, specifica, informata e inequivocabile" richiesta dal Regolamento (UE) 679/2016<sup>21</sup>. In un panorama in cui cruciale si rileva il controllo dei propri

<sup>20</sup> Questa è la definizione indicata dall'attuale Presidente del Garante italiano per la protezione dei dati personali, Antonello Soro, in occasione di un'intervista relativa all'attuale debolezza delle imprese nei confronti di attacchi di carattere cyber. L'intervista è reperibile sul sito del Garante, documento *web* n. 8136779, *Le imprese sono troppo deboli nelle difese contro gli hacker*, del 26 marzo 2018.

<sup>21</sup> Ai sensi dell'art. 4, par. 11, infatti il consenso dell'interessato deve sostanziarsi in «qualsiasi manifestazione di volontà libera, specifica, informata e inequivocabile dell'interessato, con la quale lo stesso manifesta il proprio assenso, mediante dichiarazione o azione positiva inequivocabile, che i dati personali che lo riguardano siano oggetto di trattamento».

dati personali al fine di evitare situazioni di utilizzo illegittimo ed indesiderato degli stessi, una disciplina nebulosa proprio in materia di consenso, soprattutto con riferimento a quello esplicito richiesto nei casi di processi decisionali automatizzati, rischia di rendere estremamente fragili le fondamenta su cui si poggia l'intero impianto normativo delineato dal legislatore europeo, con risvolti estremamente critici in termini di protezione dei diritti fondamentali e di tutela della dignità degli individui.

Infine, l'ampiezza dei sette elementi chiave individuati dalle *Guidelines for Trustworthy AI* evidenziano come il processo di realizzazione di una Intelligenza Artificiale di tipo antropocentrico possa considerarsi ad oggi ancora agli stadi iniziali, richiedendo necessariamente un agire trasversale ampiamente condiviso tra più settori ed operante su diversi livelli di azione. Accanto, infatti, al fondamentale ruolo del legislatore sovranazionale e di quelli nazionali ai quali spetta il delicato compito di intervenire in maniera sollecita nel regolamentare una materia in continuo divenire avendo sempre come obiettivo finale la tutela dei diritti fondamentali e la protezione della dignità degli individui interessati dalle attività di trattamento dei dati, emerge la necessità di un coinvolgimento consapevole dei soggetti che progettano tali tecnologie. Questo al fine di garantire che principi come la *privacy by design* e la *privacy by default* e, parallelamente, gli obiettivi della robustezza e della affidabilità individuati dalle stesse Linee guida in materia si traducano in risultati concreti e non si limitino a rimanere buoni propositi sulla carta.

Stesso discorso vale per i soggetti che implementano gli strumenti di Intelligenza Artificiale sui quali ricade il delicato sistema di *accountability* delineato dal Regolamento (UE) 679/2019. Ad essi, infatti, spetta il fondamentale compito di calare nella realtà operativa le regole stabilite dal legislatore europeo, nonché di agire in modo tempestivo in caso di violazioni che siano in grado di provocare danni fisici, materiali o immateriali alle persone fisiche e, soprattutto, di notificare eventi critici operando come indispensabile strumento di ausilio dell'attività svolta dalle autorità di controllo<sup>22</sup>.

<sup>22</sup> L'art. 83 del Regolamento (UE) 679/2016 stabilisce, infatti, che in caso di violazioni il titolare del trattamento è tenuto a contattare l'autorità di controllo «senza ingiustificato ritardo e, ove possibile, entro 72 ore dal momento in cui ne è venuto a conoscenza, a meno che sia improbabile che la violazione dei dati personali presenti un rischio per i diritti e le libertà delle persone fisiche. Qualora la notifica all'autorità di controllo non sia effettuata entro 72 ore, è corredata dei motivi del ritardo». Sullo stesso piano opera l'obbligo previsto dall'art. 84 secondo cui «quando la violazione dei dati personali è suscettibile di presentare un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone fisiche» il titolare del trattamento è tenuto a comunicare l'avvenuta violazione all'interessato senza ingiustificato ritardo.



Infine, il percorso evolutivo verso una intelligenza artificiale affidabile ed eticamente sostenibile richiede anche il coinvolgimento consapevole dei destinatari dei servizi erogati attraverso il rafforzamento del parametro della "trasparenza" inteso sia in termini di conoscibilità delle logiche che guidano i contesti decisionali di tipo algoritmico così come richiesto dalle Linee guida oggetto di analisi, sia in termini di completezza delle informazioni che obbligatoriamente devono essere fornite ai soggetti interessati al fine di consentire loro di esperire i rimedi previsti dall'attuale quadro normativo in materia di tutela dei dati personali in caso di eventi lesivi dei propri diritti fondamentali.

Da quanto evidenziato deriva che solo tale agire congiunto, esplicitamente indicato nel Regolamento (EU) 679/2019 e derivabile dalla lettura combinata dei sette elementi chiave individuati dalle *Ethics Guidelines for Trustworthy AI*, consentirà di delineare nell'immediato futuro un panorama imperniato sull'utilizzo di una intelligenza artificiale di tipo antropocentrico, ispirata al principio dell'"etica by design", che, opportunamente regolamentato, permetterà di garantire l'inevitabile evoluzione delle moderne società democratiche preservando quel sistema di diritti, di libertà e di valori che di tali comunità costituisce, come è noto, il pilastro fondamentale.

***Iura novit curia*, usura bancaria e risvolti processuali. Brevi osservazioni a margine di una recente ordinanza della Corte di Appello di Napoli.**

**di Gianluca CASCELLA\***

**SOMMARIO:** 1. Ricostruzione del principio. 2. Applicazione del principio nelle controversie bancarie. 3. La decisione in commento. 4. Riflessioni conclusive.

**ABSTRACT:** *The iura novit curia principle, emerging from the art. 113 of the Italian Civil Procedure Code, in disputes concerning banking matters and in particular in those in which the issue of usury of the interest rate is in dispute, has a considerable importance, capable of exerting decisive effects for the decision of the dispute, in the sense favorable or unfavorable to the subject that complains of having been damaged by the application of such a characteristic interest rate. In particular, this principle explains its effects on the related and fundamental importance of the burden of proof and its consequent distribution, so, depending on whether it is believed that this principle - with the related duty of knowledge, for the judge - find application or not even for acts such as the ministerial decrees of detection of the cd threshold rate, the evidentiary burden will be less burdensome, in the first case, since the instant party is not obliged to produce such documents in court in compliance with the procedural preclusions, while the situation is reversed by adhering to the opposite thesis.*

**1. Ricostruzione del principio.**

Il principio in questione risulta introdotto nell'ordinamento giuridico italiano dall'art. 113 del codice di procedura civile, a mente del quale il giudice, nel pronunciare sulla causa, deve seguire le norme di diritto, salvo che la legge gli attribuisca il potere di decidere secondo equità.

Tale principio, innanzitutto, si rivela latore, per il giudice, di un duplice obbligo, quello di conoscere prima e poi di applicare alla controversia, le norme giuridiche dell'ordinamento italiano<sup>1</sup>; esso costituisce, senza dubbio, "un

---

\* Professore incaricato di Diritto Processuale Civile, Università "PEGASO", Napoli; già Professore a contratto di Diritto Processuale civile c/o S.S.P.L. Università "Federico II", Napoli; Dottore di Ricerca in "Comparazione e Diritti della Persona" c/o Università Salerno; Avvocato cassazionista.

<sup>1</sup> G. ARIETA, F. DE SANTIS, L. MONTESANO, *Corso Base di Diritto Processuale Civile*, Milano, 2010, p.30 e ss..

inderogabile caposaldo del moderno stato di diritto ed, in particolare, dell'esercizio della funzione giurisdizionale negli ordinamenti ispirati al principio di legalità<sup>2</sup>; la norma che lo prevede, invero "pone un ulteriore e fondamentale vincolo al giudice, cioè quello dell'osservanza delle norme di diritto"<sup>3</sup>; inoltre costituisce, per il giudice, espressione, al tempo stesso, di un limite in punto di fatto, ma anche della correlata assenza di qualsivoglia limitazione, in punto di diritto, nella decisione della controversia<sup>4</sup>; ciò in quanto, mentre dal primo punto di vista, ciò che condiziona l'attività del giudice è l'allegazione fattuale che le parti formulano in relazione alle proprie domande e/o eccezioni, per converso tale principio consegna al giudice piena libertà nella individuazione delle norme giuridiche entro cui sussumere la fattispecie concreta.<sup>5</sup>

Si tratta di una distinzione che, per autorevole dottrina, risulta assolutamente imprescindibile, in ragione della diversità sottesa all'accertamento di ciascuno dei due diversi profili;<sup>6</sup> tale giudizio, dal punto di vista del giudice, si articola in due diversi aspetti, riguardanti uno il fatto e l'altro il diritto, e cioè la c.d. *quaestio facti*, da un lato, e *quaestio iuris*, dall'altro.

Ne consegue che il giudizio che il giudice è chiamato a formulare si scompone, sul piano logico, in due momenti tra loro ben differenziati, di cui il giudizio sul fatto rappresenta la premessa minore, mentre la premessa maggiore è rappresentata dal giudizio di diritto;<sup>7</sup> si concretizza, in tal modo il c.d. "sillogismo del giudice o giudizio"<sup>8</sup>, nel quale il giudizio di diritto rileva in termini di "momento logico nel quale il giudice ragiona su un piano astratto e teorico, come puro giurista".<sup>9</sup>

Invero, anche se la distinzione tra le due predette fasi non sfugge ad una evidente sua schematicità, essa comunque si rivela indubbiamente utile sul piano pratico, in quanto, per un verso, essa manifesta il fulcro di quella che è l'attività di giudizio mentre, per altro verso, su di essa si incentrano e fondano

<sup>2</sup> G. FONTANA, *C'era una volta il principio iura novit curia (ovvero considerazioni critiche su una peculiare lettura del principio iura novit curia operata dal Consiglio di Stato)* in [http://www.giurcost.org/studi/Fontana.htm#\\_ftn4](http://www.giurcost.org/studi/Fontana.htm#_ftn4), par. 2

<sup>3</sup> F. MAZZARELLA-G. TESORIERE, *Guida al processo civile riformato*, Milano, 2013, p. 143.

<sup>4</sup> C. PUNZI, *Jura novit curia*, Milano, 1965, p. 19 e ss.

<sup>5</sup> C. PUNZI, *op. loc. cit.*

<sup>6</sup> V. ANDRIOLI, voce *Prova testimoniale* (dir. proc.civ.) in *Novissimo Digesto*, 1967, XIV, 260 e ss.

<sup>7</sup> C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto Processuale Civile*, I, Milano, 2015, p. 96 e ss.

<sup>8</sup> C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *op. loc. cit.*

<sup>9</sup> C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *op. loc. cit.*

diverse fondamentali regole alla base dell'attività decisoria del giudice.<sup>10</sup> Inoltre, come rileva autorevole dottrina, tale distinzione si fonda innanzitutto sui presupposti di ciascuna delle due tipologie,<sup>11</sup> poi sulla metodologia che presiede allo svolgimento di ciascuno di esso,<sup>12</sup> e caratterizza l'intero dipanarsi del processo,<sup>13</sup> incluso anche il fenomeno della prova,<sup>14</sup> infine, anche se si tratta di due aspetti posti tra loro in stretta connessione, che molto spesso induce in confusione e sovrapposizione, tale distinzione resta ferma e si rivela di fondamentale importanza per una corretta e giusta decisione del giudice.<sup>15</sup> Nel compiere tale attività, il giudice procede in modo assolutamente peculiare, idealmente assimilabile ad un cerchio che si stringe sempre di più; infatti, sulla premessa per cui "Il giudice, quando si trova di fronte al fatto oggetto del giudizio, immediatamente lo riconduce a un certo ambito di possibile qualificazione giuridica, che ne definisce in via di prima approssimazione la rilevanza, vale a dire l'efficacia giuridica potenziale. Questo primo

<sup>10</sup> C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *op.cit.*, p. 99.

<sup>11</sup> M. TARUFFO, *Giudizio (teoria generale)*, in *Enc. Giur.*, vol. XIV, Roma, 1989, p. 2 e ss., afferma infatti "il primo presuppone un'attività di carattere conoscitivo, fondata su prove ed elementi di prova, mirante ad accertare la verità o la falsità dei fatti della causa, che dà luogo ad enunciati descrittivi dotati di un valore di verità intorno all'esistenza o inesistenza di tali fatti; il secondo presuppone un'attività ermeneutica, fondata su criteri interpretativi, mirante ad individuare il significato proprio di una norma e le conseguenze giuridiche che ne discendono nel caso concreto, che dà luogo ad enunciati prescrittivi dotati di validità intorno alla qualificazione giuridica della fattispecie controversa e agli effetti giuridici della decisione".

<sup>12</sup> M. TARUFFO, *op. loc. cit.*, afferma che "i due tipi di giudizio indicano dunque metodologie diverse che ne garantiscono la razionalità, si fondano su dati e criteri diversi per forma logica e funzione, e producono enunciati diversi per significato, struttura logica ed effetti, oltre che per il modo in cui la loro fondatezza può essere verificata e controllata".

<sup>13</sup> M. TARUFFO, *op. loc. cit.*, sostiene "la distinzione in esame percorre, d'altronde, l'intera struttura del processo, anche se con variazioni di significato a volte rilevanti: basti ricordare che l'intero fenomeno della prova attiene al giudizio di fatto, mentre non investe il giudizio di diritto (i fatti, non le norme, vanno provati; sulle norme, e non sui fatti, opera il principio *iura novit curia*) o che l'istituto della cassazione si fonda sulla distinzione tra giudizio di fatto, escluso dal controllo della Corte, e giudizio di diritto, tipicamente sottoposto a tale controllo".

<sup>14</sup> M. TARUFFO, *op. loc. cit.*, afferma che, nel meccanismo della formazione e raccoglimento della prova "sono presenti entrambi, con oggetti, modalità e funzioni diverse. Così, il giudizio di ammissibilità della prova, implicando l'applicazione di norme, è "di diritto", mentre il giudizio di rilevanza, diretto alla valutazione preliminare dell'utilità conoscitiva della prova, è "di fatto".

<sup>15</sup> M. TARUFFO, *op. loc. cit.*, rileva al riguardo "Nel contesto della decisione finale, la connessione tra giudizio di fatto e giudizio di diritto è ancora più stretta, ma non impedisce, anzi postula, la loro distinzione.....In sostanza, la distinzione tra giudizio di fatto e giudizio di diritto rimane ferma, benchè la connessione tra i due momenti sia strettissima, e la difficoltà che tale distinzione presenta in molti casi concreti possa indurre confusione. Non si tratta, peraltro, di una distinzione puramente nominalistica e classificatoria: essa rinvia, infatti, a diversi criteri di razionalità del giudizio, che solo se correttamente applicati in coerenza con la specifica natura dei diversi aspetti della decisione possono garantire la fondatezza e la giustizia".

inquadramento di massima fornisce al giudice indicazioni sugli elementi linguistici necessari per descrivere più precisamente quel fatto, individuandone eventualmente aspetti che non aveva adeguatamente considerato. Ciò consente di tornare all'esame delle norme per restringere ulteriormente l'ambito delle possibili qualificazioni giuridiche, da verificare immediatamente in un rinnovato esame del fatto<sup>16</sup>, si perviene ad affermare che, a mano a mano che il giudice riduce l'iniziale approssimazione in ordine alla individuazione e descrizione del fatto, nell'interpretare ed applicare il diritto compie un "lavoro di successive approssimazioni, condotto con un continuo trascorrere dall'esame del fatto all'esame delle norme";<sup>17</sup> il risultato conclusivo di tale attività viene definito come "sillogismo di sussunzione", che consente di ricondurre il fatto a una determinata norma, integrato eventualmente da un sillogismo di scelta delle conseguenze".<sup>18</sup>

Secondo i giudici di legittimità, il rispetto e l'applicazione del principio *iura novit curia*, impongono al giudice di procedere alla ricostruzione completa della normativa applicabile alla fattispecie oggetto di giudizio, tenendo conto delle pronunce della Corte costituzionale e delle norme di cui le parti chiedono l'applicazione;<sup>19</sup> tuttavia, l'applicazione del principio in questione necessita di essere coordinata con altre norme processuali, onde evitare una decisione che vada oltre le allegazioni ed asseverazioni delle parti: infatti, per la S.C., se per un verso l'applicazione del principio consente al giudice di assegnare una diversa qualificazione giuridica ai fatti e ai rapporti dedotti in lite, nonché all'azione esercitata in causa, ricercando le norme giuridiche applicabili alla concreta fattispecie sottoposta al suo esame, nonchè ponendo a fondamento della sua decisione principi di diritto diversi da quelli richiamati dalle parti, ove ritenuti erronei,<sup>20</sup> per altro verso si sottolinea la necessità di coordinamento di detta regola con il divieto di ultra o extra-petizione, di cui all'art. 112 c.p.c., che viene violato quando il giudice pronuncia oltre i limiti della domanda e delle eccezioni proposte dalle parti, ovvero su questioni non formanti oggetto del giudizio e non rilevabili d'ufficio, attribuendo un bene non richiesto o diverso da quello domandato;<sup>21</sup> si rileva, in particolare, come il giudice, se può

<sup>16</sup> A. NAPPI, *Il sindacato di legittimità nei giudizi civili e penali di cassazione*, Milano, 2011, p. 8

<sup>17</sup> A. NAPPI, *op. loc. cit.*

<sup>18</sup> A. NAPPI, *op. loc. cit.*

<sup>19</sup> Cass. civ., sez. lav., 14 marzo 2014, n. 6042, in *Giust. Civ., Mass.*, 2014.

<sup>20</sup> Cass. civ., sez. lav., 24 luglio 2012, n. 12943, in *Giust. Civ., Mass.*, 2012, 9, 1062; conforme, Cass. civ., sez. III, 31 luglio 2017, n. 18596, in banca dati *Juris Data*.

<sup>21</sup> Cass. civ., sez. lav., 24 luglio 2012, n. 12943, *cit.*

decidere basando la propria statuizione su di una diversa qualificazione giuridica del rapporto, non può, invece, porre a fondamento di essa elementi materiali diversi che inverano il fatto costitutivo della pretesa.<sup>22</sup> A tale riguardo, poi, in dottrina si osserva come, dal combinato disposto dei principi portati dagli artt. 112 e 113 c.p.c., discendono, per i giudici di merito e per quelli di legittimità, diverse modalità (anche in relazione ai limiti) nell'esercizio del potere di qualificazione giuridica dei fatti,<sup>23</sup> con successiva decisione, poi, i giudici di legittimità hanno ulteriormente precisato l'orientamento innanzi richiamato, affermando *"In virtù del principio "iura novit curia" di cui all'art. 113, comma 1, c.p.c., il giudice ha il potere-dovere di assegnare una diversa qualificazione giuridica ai fatti e ai rapporti dedotti in giudizio, nonché all'azione esercitata in causa, potendo porre a fondamento della sua decisione disposizioni e principi di diritto diversi da quelli erroneamente richiamati dalle parti, purché i fatti necessari al perfezionamento della fattispecie ritenuta applicabile coincidano con quelli della fattispecie concreta sottoposta al suo esame, essendo allo stesso vietato, in forza del principio di cui all'art. 112 c.p.c., porre a base della decisione fatti che, ancorché rinvenibili all'esito di una ricerca condotta sui documenti prodotti, non siano stati oggetto di puntuale allegazione o contestazione negli scritti difensivi delle parti."*<sup>24</sup>

## **2. Applicazione del principio nelle controversie bancarie.**

Senza dubbio in tali tipologie di controversie il principio in questione assume una rilevanza peculiare, per i particolari profili che le caratterizzano, involgenti, come è noto, anche aspetti penalmente rilevanti.

In proposito, tale principio viene in rilievo con particolare evidenza nelle controversie ove si discuta in tema di usura bancaria, con riferimento ai decreti ministeriali di rilevazione del tasso soglia, *sub specie* della loro conoscibilità

<sup>22</sup> Cass. civ., sez. lav., 24 luglio 2012, n. 12943, *cit.*

<sup>23</sup> C. COSTABILE, *La modifica della domanda deve essere connessa al fatto costitutivo sul quale si fonda il giudizio*, in [www.ilprocessocivile.it](http://www.ilprocessocivile.it), afferma "Dalla combinazione del principio iura novit curia con quello di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato discende, in definitiva, che il giudice di merito non può esercitare il proprio potere di qualificazione in diritto del fatto in mancanza dell'allegazione del fatto costitutivo del diritto fatto valere (o dell'opposizione dell'eccezione in senso stretto) essendogliene inibito il rilievo d'ufficio per essere l'allegazione a cura della parte requisito di validità della domanda (o di ingresso nel processo del fatto opposto dal convenuto nel caso dell'eccezione in senso stretto). Il giudice di legittimità, invece, può esercitare il potere di qualificazione giuridica nei limiti del fatto per come accertato dal giudice di merito, ferma la necessità che il relativo diritto sia stato fatto valere dalla parte e la non rilevanza d'ufficio delle eccezioni in senso stretto".

<sup>24</sup> Cass. civ., sez. III, 27 novembre 2018, n. 30607, in *Giust. Civ.*, Mass., 2019.

officiosa, in applicazione di tale principio (con correlato esonero, per la parte istante, dalla relativa produzione) oppure, ed al contrario, per una loro esclusione dal perimetro applicativo di tale principio, e conseguente affermazione dell'onere di loro produzione a carico della parte che intenda invocarne gli effetti a proprio favore.

Il contrasto si incentra, sostanzialmente, sul riconoscimento, o meno, della natura normativa ai decreti in questione, poiché, all'evidenza, l'adesione all'una ovvero all'altra posizione comporta conseguenze significativamente diverse, per le parti ed anche per il giudice.

Su tale premessa, può osservarsi come la giurisprudenza, se sino a qualche tempo addietro appariva in prevalenza orientata in senso negativo, ritenendo che i decreti in questione, per la loro natura di atti amministrativi, siano esclusi dall'applicazione del principio *iura novit curia* – in quanto l'art. 113 c.p.c. andrebbe letto in combinato disposto con l'art. 1 delle preleggi, che tra le fonti del diritto non include gli atti amministrativi - e che sia pertanto specifico onere della parte di curarne la tempestiva produzione in giudizio,<sup>25</sup> con più recenti pronunce inizia a manifestare anche un orientamento diverso.

Si è infatti affermato, innanzitutto, che i decreti in questione sono atti amministrativi solo dal punto di vista della forma, ed invece normativi da quello della sostanza, sono agevolmente conoscibili dal giudice prima e dal CTU poi, ed il correntista non è tenuto a produrli, in quanto conosciuti e/o conoscibili da ogni soggetto di comune esperienza ed, altresì, autonomamente acquisibili dall'ausiliario del giudice.<sup>26</sup>

<sup>25</sup> Solo per citarne alcune, Trib. Latina, 28 agosto 2013; Trib. Nola, 9 gennaio 2014; Trib. Napoli, 17 giugno 2014; Trib. Mantova, 13 ottobre 2015, tutte in [www.expartecreditoris.it](http://www.expartecreditoris.it)

<sup>26</sup> Trib. Lecce, 15 dicembre 2015, n. 5896, in [www.studiotanza.eu](http://www.studiotanza.eu), ha affermato testualmente "Quanto alla natura del TEGM, questo giudice, ritiene che detto indice debba essere considerato una norma tecnica, cioè una "fonte sublegislativa" (cfr: Tribunale Reggio Emilia 03 luglio 2015): la legge prevede la sanzione, descrive il reato e lascia alla fonte sublegislativa il compito di specificare uno o più dei suoi elementi in chiave tecnica. E' evidente, dunque, come l'art. 2 della legge 108/96 costituisca una norma penale in bianco (cfr. SSUU del 24 marzo del 1984 e SSUU del 19 gennaio 1994). I dogmi della completezza e dell'autosufficienza dell'ordinamento giuridico e della esaustività del sapere del giudice (*iura novit curia*) impongono che il giudice prima ed il CTU dopo conoscano detto elemento (tra l'altro riscontrabile dal semplice collegamento alla pagina della Banca d'Italia <http://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/compitivigilanza/tegm/index.html>), che costituisce non soltanto un mero provvedimento amministrativo ma la base tecnico normativa su cui si fonda la configurabilità stessa della fattispecie penale (in bianco). Le norme tecniche integrano la fattispecie incriminatrice e le modificazioni delle norme integratrici di una norma penale in bianco (com'è quella dell'art. 2 legge 108/96) comportano che il giudice debba verificare se la condotta contestata sia o meno in contrasto con dette norme tecniche (cfr. Cass. Pen., Sez. III, sent. n. 9131/97). Inoltre, non va certo dimenticato che, nell'ultimo comma dell'art. 115 c. p. c.



Più di recente, poi, si è sostenuto "Attesa la natura normativa dei decreti ministeriali che stabiliscono trimestralmente il tasso soglia degli interessi, in

*è stabilito anche che "il giudice può porre a fondamento della decisione nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza". Entra così in gioco il concetto di comune esperienza che la Cassazione con recenti sentenze ha definito come "un fatto conosciuto da un uomo di media cultura, in un dato tempo e luogo, senza necessità di ricorso a particolari informazioni o giudizi tecnici" (Cass. 21.12.2012 n. 16165 ed anche Cass. 6.2.2013 n. 2808). Si è già detto che in una pagina internet si trova la pubblicazione di detti dati e, con il processo telematico, il giudice non può non conoscere detto strumento. Si è poi precisato che è un "fatto acquisito alle conoscenze della collettività con tale grado di certezza da apparire indubitabile ed incontestabile" (Cass. 26.5.2006 n.1701). Il Ministero dell'economia ogni anno, ai sensi della legge n.108/1996, fissa con Decreto gli indici a cui far riferimento, e li pubblica sulla Gazzetta Ufficiale, quali parametri per l'individuazione del tasso soglia che, senza dubbio, possono rientrare nella scienza comune e pertanto, non sussiste l'obbligo per il correntista di produrli in giudizio essendo conosciuti. La Suprema Corte con la sentenza del 2 agosto 2005 ha sostenuto che "i tassi d'interesse 14/17 bancario in un dato periodo, costituiscono un fatto notorio, cui il giudice può fare, pertanto, legittimo ricorso ex art. 115 cpc., trattandosi d'un dato che rientra nel patrimonio di cognizioni comuni e generali in possesso della collettività nel tempo e nel luogo della decisione, anche in quanto oggetto di sistematiche forme di diffusione e pubblicità, e quindi, di ciascun individuo di media cultura ordinariamente partecipe delle attività socioeconomiche della collettività stessa". Orbene, i decreti ministeriali possono essere definiti come atti formalmente amministrativi, in quanto adottati da una pubblica amministrazione, ma sostanzialmente normativi, perché idonei ad innovare l'ordinamento giuridico e per il principio del "iura novit curia" la legge non deve essere provata al giudice, perché egli la conosce a prescindere da ogni attività delle parti. Si tratta in tal caso della cd. "fuga dal tipo regolamentare": siamo in presenza, infatti, di atti ministeriali che formalmente sono amministrativi (in quanto adottati dalla pubblica amministrazione), ma che di fatto hanno natura innovativa dell'ordinamento giuridico. Spiega la Suprema Corte che possono essere emanati con decreto ministeriale anche i regolamenti, i quali si distinguono dagli atti e provvedimenti amministrativi di carattere generale, perché questi ultimi costituiscono espressione di una semplice potestà amministrativa e sono destinati alla cura concreta di interessi pubblici, mentre i regolamenti sono espressione di una potestà normativa attribuita dalla legge all'amministrazione, secondaria rispetto a quella legislativa, al fine di disciplinare aspetti attuativi o integrativi della legge, ma ugualmente innovativi rispetto all'ordinamento giuridico, senza dei quali il precetto legislativo non potrebbe essere attuato. Non si può, infatti, non affermare che, nel caso dei D.M. richiamati dalla legge n. 108/96, siamo in presenza di atti integrativi della legge, con funzione innovativa rispetto all'ordinamento giuridico. Siamo dunque in presenza di decreti ministeriali a contenuto normativo-innovativo: in buona sostanza i DM usura hanno natura regolamentare, in quanto espressione di una potestà normativa attribuita dalla legge all'amministrazione al fine di disciplinare aspetti attuativi o integrativi della legge, ma ugualmente innovativi rispetto all'ordinamento giuridico, senza dei quali il precetto legislativo non potrebbe essere attuato (cfr. art. 644 cp comma 3 – La legge stabilisce il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari). L'autorità amministrativa non è chiamata semplicemente a specificare elementi tecnici di una disciplina già regolata dalla legge ma ad integrare la stessa fattispecie, individuando proprio il tasso soglia che è l'elemento caratterizzante dall'ipotesi di usura contrattuale. Pertanto tali decreti ministeriali hanno il carattere dell'innovatività, considerata come attitudine ad immettere nuove norme nell'ordinamento giuridico. Tale ultimo requisito, in particolare, è quello che maggiormente differenzia atti formalmente amministrativi ma sostanzialmente normativi dagli atti squisitamente amministrativi i quali, pur se caratterizzati dai requisiti della generalità, dell'astrattezza, restano sprovvisti di forza normativa. 15/17 Pertanto, le parti non hanno l'obbligo di depositare i D.M. usura ed il CTU può autonomamente acquisire detto dato".*

relazione ad essi trova applicazione il principio "iura novit curia",<sup>27</sup> per cui, come affermato da altra e successiva pronuncia "la produzione in causa di detti decreti, da parte del correntista, non è necessaria, in quanto trattasi di atti normativi che integrano la legge penale"<sup>28</sup>; ancora, un precedente a sostegno di tale tesi può ravvisarsi anche in una decisione della giurisprudenza di legittimità che ha espressamente riconosciuto come, in materia bancaria, anche organi come il C.I.C.R. possano emanare atti aventi contenuto ed efficacia normativa, in grado come tali di completare ed integrare altre previsioni di legge, con conseguente operatività, in relazione alle stesse, del principio di cui all'art. 113 c.p.c.<sup>29</sup>

Ancora più di recente, si è affermato, nella giurisprudenza di merito, che, nell'ambito della verifica dell'usura, la parte che contesta la violazione della legge 108/96 non ha l'obbligo di produrre i D.M. di fissazione delle soglie d'usura, che devono essere ritenuti atti di normazione secondaria integrativi del precetto penale di cui all'art. 644 c.p., essendo stata tale disposizione configurata dal Legislatore come norma penale (parzialmente) in bianco:<sup>30</sup>

<sup>27</sup> Trib. Rimini, 3 marzo 2016, n. 309, in banca dati *Juris Data*.

<sup>28</sup> Trib. Torino, sez. VI, 30 novembre 2016, n. 5795, in *www.dirittobancario.it*

<sup>29</sup> Cass. civ., sez. I, 9 luglio 2005, n. 14470, in *Giust. Civ.*, Mass., 2005, 6, ha affermato inequivocamente "L'art. 3, comma 3, l. n. 154 del 1992 (recante norme per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari) nella parte in cui stabilisce con previsione successivamente confermata dall'art. 117 t.u.b. che la Banca d'Italia, su conforme delibera del Cicr (ovvero, su conforme decreto del Ministro del tesoro emanato in via d'urgenza, ex art. 6 d. lgs. C.p.S. n. 691 del 1947), può dettare modalità particolari, anche concernenti la forma, dei contratti bancari relativi a determinate categorie di operazioni o servizi, attribuisce a dette istituzioni il potere di emanare disposizioni che integrano la legge e, nei limiti dalla stessa consentiti, possono derogarvi e che, perciò, costituiscono norme di rango secondario, con la conseguenza che per esse opera il principio *iura novit curia*, che eleva a dovere del giudice la ricerca del diritto (fattispecie concernente le disposizioni contenute nel decreto del Ministero del tesoro 24 aprile 1992 e nella circolare della Banca d'Italia 24 maggio 1992, recanti disposizioni emanate in forza dell'art. 3, cit.)"; in tale prospettiva, allora, la S.C. si è posta in linea con una propria precedente decisione, in cui aveva riconosciuto l'indiscussa applicabilità del predetto principio anche alle norme di rango secondario; in tal senso, Cass. civ., sez. lav., 3 agosto 2004, n. 14851, in *Giust. Civ.*, 2004, 7-8.

<sup>30</sup> Trib. Massa, 21 dicembre 2017, in *ILCaso.it*, 2018, I, 19532: nella pronuncia l'estensore ha evidenziato che il richiamo abitualmente formulato da tutte le decisioni, di merito e di legittimità, che escludono i decreti ministeriali in questione dall'ambito applicativo del principio *iura novit curia*, alla sentenza n. 9941/2009 delle Sezioni Unite risulta fuorviante, in quanto si riferisce al (ben diverso) Decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze del 23 gennaio 2004, attuativo dell'art. 2 comma 1 della L. n. 425/1989, relativo all'adeguamento dell'assegno di confine in favore del personale dipendente delle Amministrazioni statali residente permanentemente in territorio estero o di confine con l'Italia; inoltre, il giudice ha poi rilevato come, per l'accertamento dell'illecito usurario, il legislatore abbia statuito espressamente che debba

Secondo il richiamato arresto giurisprudenziale, infatti, la questione essenziale consiste nello stabilire se i D.M. richiamati dall'art. 2 della L. n. 108/1996 costituiscano effettivamente meri atti amministrativi attuativi della disciplina legale in materia (nel qual caso non troverebbe applicazione il principio *iura novit curia*), o rappresentino, piuttosto, atti di normazione secondaria, integrativa del precetto legislativo, non potendosi escludere, in quest'ipotesi, che essi, in quanto tali, siano assoggettati al principio *iura novit curia*, con conseguente non necessità della loro produzione in giudizio ai fini dell'applicazione della disciplina di legge antiusura: nel rispondere a tale all'interrogativo, si è ritenuto ben più aderente alla natura giuridica dei D.M. previsti dall'art. 2 della L. n. 108/1996 quell'orientamento giurisprudenziale che li qualifica come atti di normazione secondaria integrativi del precetto penale di cui all'art. 644 c.p., essendo stata tale disposizione configurata dal Legislatore come norma penale (parzialmente) in bianco; in definitiva, come rilevato dalla richiamata decisione *"Non è tanto alla veste giuridica del decreto ministeriale (come precisato peraltro non prevista dalla Legge) – e dunque del "contenitore" - che occorre avere riguardo ai fini all'affermazione o della negazione del principio iura novit curia, quanto, piuttosto, alla natura normativa o amministrativa degli stessi atti – e quindi al loro "contenuto".*<sup>31</sup>

Ancora, ove si consideri che, proprio in ragione del fatto che i decreti in questione non possiedono natura di atti di parte, siccome documenti aventi contenuto eminentemente tecnico, la giurisprudenza, di merito e di legittimità, ritiene possibile che l'ausiliario eventualmente nominato possa acquisirli

---

procedersi a raffrontare il tasso di interesse di pertinenza dei singoli rapporti contrattuali (da calcolare in base al criterio omnicomprensivo stabilito dall'art. 644, comma 3 c.p.) con i tassi soglia determinati attraverso una maggiorazione prevista dal Legislatore ai sensi del comma 4 dell'art. 2 della citata L. n. 108/1996 del tasso soglia globale medio rilevato trimestralmente dal Ministero del Tesoro (attualmente Ministero dell'Economia e delle Finanze), cd. T.E.G.M., in relazione alle varie categorie omogenee di operazioni creditizie e finanziarie; tassi, questi ultimi, che, previa correzione in base ad eventuali variazioni del tasso ufficiale di sconto, vengono riportati in decreti ministeriali pubblicati sulla Gazzetta Ufficiale, secondo quanto disposto dallo stesso citato art. 2 della L. n. 108/1996; infine ulteriore elemento a sostegno dell'affermata applicabilità del principio di cui all'art. 113 c.p.c. è stato ravvisato nella circostanza per cui si ravvisano anche altre ipotesi in cui i provvedimenti di organi amministrativi in materia di credito assumono la natura sostanziale di atti normativi (destinati, in quanto tali, ad integrare la disciplina di determinati situazioni o rapporti con precetti aventi i connotati della generalità e dell'astrattezza).

<sup>31</sup> Trib. Massa, 21 dicembre 2017, *cit.*

direttamente, ai fini dell'espletamento del mandato ricevuto,<sup>32</sup> allora in tale riconoscimento giurisprudenziale non appare fuori luogo ravvisare un ulteriore elemento a sostegno della ricostruzione che colloca i decreti in questione all'interno del perimetro applicativo del principio dettato dall'art. 113 c.p.c.. A tanto si aggiunga poi che un ulteriore elemento a sostegno dell'applicabilità del principio *iura novit curia* potrebbe ravvisarsi nella circostanza per cui la misura del tasso di interesse in un dato periodo temporale rientra nell'ambito applicativo dell'art. 115, comma secondo, c.p.c., costituendo fatto notorio,<sup>33</sup> ed in virtù di tale affermata natura, allora, tale dato ben potrà essere utilizzato dal giudice ai fini della decisione, indipendentemente dalle (ed anche in assenza) allegazioni delle parti; orientamento di legittimità che la Corte ha ulteriormente precisato, poi, con l'affermare che " *il "notorio" oggi ricorre quando una persona di ordinario livello intellettuale e culturale vivente in quel contesto storico ed ambientale, può avere agevole conoscenza del "fatto" ritenuto noto, anche tramite elementi che possono essere tratti dalle correnti informazioni frequentemente diffuse da organi di stampa o radiotelevisivi, al la cui opera informativa e divulgativa va ormai riconosciuto, agli effetti dell'art. 115 c.p.c., comma 2, l'innalzamento della soglia del c.d. "notorio", costituente l'ordinario patrimonio di conoscenza dell'uomo medio, rispetto a precedenti epoche, caratterizzate da un più basso livello socio-culturale generale della popolazione e da minore capacità diffusiva dei mezzi d'informazione di massa*",<sup>34</sup> a tale orientamento appare essersi conformata la giurisprudenza di merito, in particolare sul rilievo di una sostanziale agevole conoscibilità dei tassi di interesse.<sup>35</sup>

<sup>32</sup> Trib. Forlì, 29 maggio 2017, n. 560, in *www.sdlcentrostudi.it*; Cass. civ., sez. I, 15 marzo 2016, n. 5091, in *Diritto&Giustizia*, 2016, f. 14, 63.

<sup>33</sup> Al riguardo, infatti, Cass. civ., sez. II, 2 agosto 2005, n. 16132, in *Giust. Civ.*, Mass. 2005, 6, ha affermato "Costituiscono un fatto notorio, cui il giudice può fare ricorso ex art. 115 c.p.c. per stabilire i proventi mediamente conseguibili con il deposito in danaro in istituti bancari, i tassi di interesse bancario correnti in un determinato periodo, trattandosi di un dato che rientra nel patrimonio di conoscenze comuni e generali in possesso della collettività nel tempo e nel luogo della decisione, anche in quanto oggetto di sistematiche forme di diffusione e pubblicità, e, quindi, di ciascun individuo di media cultura ordinariamente partecipe delle attività socio-economiche della collettività stessa."

<sup>34</sup> Cass. civ., sez. II, 19 agosto 2010, n. 18748, in *Il Civilista*, 2010, 11, 24.

<sup>35</sup> Trib. Padova, 26 luglio 2016, inedita, secondo cui "I tassi di interesse bancario in un dato periodo costituiscono un fatto notorio, cui il giudice può fare, pertanto, legittimo ricorso ex art. 115 c.p.c., trattandosi di un dato che rientra nel patrimonio di cognizioni comuni e generali, in possesso della collettività nel tempo e nel luogo della decisione, anche in quanto oggetto di sistematiche forme di diffusione e pubblicità e, quindi, di ciascun individuo di media cultura ordinariamente partecipe delle attività socio-economiche della collettività stessa".

Infine, non va trascurato di evidenziare come, per autorevole dottrina, la conoscenza delle norme di legge e del loro contenuto, qualsiasi esse siano, non ha niente da spartire con l'onere della prova e la sua ripartizione:<sup>36</sup> il che porta a ritenere che non siano condivisibili quegli orientamenti giurisprudenziali che, al contrario, sostengono la sua inclusione nell'*onus probandi*.

### 3. La decisione in commento.

Con la decisione qui commentata<sup>37</sup>, la Corte di Appello del capoluogo partenopeo accoglie l'istanza ex artt. 283-351 c.p.c. proposta dalla parte appellante, sospendendo integralmente l'efficacia esecutiva della decisione di primo grado, emesso dal tribunale del medesimo capoluogo.

Ricordato brevemente che, ai fini dell'accoglimento di simile istanza – che, nel caso di specie, risulta essere stata introdotta con separato ricorso, e discussa in data anteriore, rispetto alla prima udienza del giudizio di appello, come si evince sia dal numero di ruolo, che attesta la natura di subprocedimento, sia dal richiamo formulato dal Collegio alla prima udienza, ancora a celebrarsi, del giudizio medesimo – occorre che l'appellante alleggi e dimostri la sussistenza del duplice requisito del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*; per la dottrina, i gravi e fondati motivi richiesti dalla legge attengono sia all'appello ed il suo presumibile esito, sia ad aspetti profili patrimoniali, anche se tra i due criteri si ritiene prevalente il primo;<sup>38</sup> si tratta, allora, di uno strumento finalizzato a bilanciare il riconoscimento, dopo la riforma del 1990, della provvisoria esecutività alla decisione di primo grado, poiché se tanto non fosse previsto si sarebbe in presenza di un ingiustificato squilibrio;<sup>39</sup> nel provvedere sull'inibitoria, allora, duplice è la valutazione che il giudice è chiamato a compiere, sommariamente delibando, per un verso, la verosimile fondatezza del proposto gravame e, dall'altro, il potenziale danno che, dall'esecuzione ovvero dalla mancata esecuzione della decisione impugnata potrebbe discendere a carico delle parti;<sup>40</sup> sull'istanza di inibitoria, poi, il giudice deve necessariamente decidere alla prima udienza, onde evitare che, rispetto agli atti introduttivi iniziali, via sia la formulazione di ulteriori difese, ad opera delle

<sup>36</sup> M. TARUFFO, *Onere della prova*, in *Digesto Civ.*, XIII, Torino, 1996, p. 70.

<sup>37</sup> Corte Appello Napoli, 5 febbraio 2019, in questa *Rivista*.

<sup>38</sup> P. BIAVATI, *Argomenti di Diritto Processuale Civile*, Bologna, 2018, p. 483.

<sup>39</sup> P. BIAVATI, *op. loc. cit.*

<sup>40</sup> G. ARIETA, F. DE SANTIS, L. MONTESANO, *op. cit.*, p. 480.

parti, inclusa la produzione di altra documentazione,<sup>41</sup> ed il relativo provvedimento, per i giudici di legittimità, possiede natura latamente cautelare;<sup>42</sup> in ogni caso, dopo la riforma del 2005, in dottrina si è evidenziato che il giudice dell'appello, ai fini della sospensiva, è chiamato a prendere in esame sia il requisito del *periculum* sia quello del *fumus*, valutando prognosticamente la potenziale accoglibilità del gravame.<sup>43</sup>

Fatte tali premesse, a leggere il provvedimento in questione non appare fuori luogo affermare che, nel ritenere integrato il requisito del *fumus*, il Collegio abbia riconosciuto rilievo non trascurabile, se non prioritario (non fosse altro per averlo richiamato prima degli altri argomenti) alla incidenza determinante che i decreti ministeriali possiedono nell'integrazione della fattispecie di cui all'art. 644 c.p., ritenendo pertanto – ed in tal modo aderendo a quell'orientamento giurisprudenziale che, sino ad oggi minoritario, inizia ad espandersi e consolidarsi (correttamente ad avviso di chi scrive)- che nel perimetro applicativo del principio *iura novit curia* rientrano anche provvedimenti amministrativi come i decreti in questione; il requisito del *periculum*, invece, si è ritenuto sussistere in considerazione del profilo soggettivo del debitore, esercente attività di imprenditore agricolo, attività, questa, all'evidenza considerata suscettibile di essere pregiudicata dall'avvio dell'attività esecutiva, in quanto, anche se il Collegio non ne fa espressa menzione, trattasi di attività destinataria di un chiaro *favor legislatoris*, sotto diversi aspetti, tutti convergenti al fine di salvaguardare al massimo possibile l'attività che si svolge su un fondo agricolo ed, ovviamente, i prodotti di essa. *Favor* che si manifesta attraverso svariate previsioni, tra le quali, giusto per rammentarne una, quella - di spiccata natura processuale – emergente dal combinato disposto degli artt. 39 e 47, comma 2, l. 203/1982, dai quali si evince che, mentre ai sensi della prima disposizione, l'annata agraria ha termine il 10 novembre, ed ai sensi della seconda, in caso di condanna

<sup>41</sup> CONSOLO C., LUISO F.P., SASSANI B., *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1996, p. 406.

<sup>42</sup> Cass. civ., sez. II, 21 febbraio 2007, n. 4024, in *Giust. Civ.*, Mass., 2007, 2, ha affermato "L'ordinanza, emessa ai sensi dell'art. 283 c.p.c., con la quale venga accolta l'istanza di sospensione dell'efficacia della sentenza di primo grado, ha carattere provvisorio e cautelare e, pertanto, non pregiudica in nessun caso la decisione definitiva sull'appello, fondata sulla piena cognizione di tutte le acquisizioni processuali. dalla quale è destinata ad essere assorbita, con la sua conseguente inidoneità ad incidere su diritti soggettivi con efficacia di giudicato", così confermando l'orientamento già palesato da Cass. civ., sez. I, 1 marzo 2005, n. 4299, in *Giust. Civ.*, Mass., 2005, 6.

<sup>43</sup> CECHELLA C., in CECHELLA, AMADEI, BUONCRISTIANI, *Il nuovo processo ordinario e sommario di cognizione*, Milano, 2006, p. 30 e ss.

dell'affittuario al rilascio del fondo, il fondo non potrà essere rilasciato prima del termine dell'annata agraria in cui è stata emessa sentenza esecutiva, è palese che, se per ipotesi la decisione in questione è stata emessa, tanto per fare un esempio, a fine novembre di un dato anno, l'affittuario potrà rimanere nel fondo sino al 10 novembre dell'anno successivo, previsione di cui la giurisprudenza fa rigorosa applicazione<sup>44</sup>.

Appare invero corretta, poi, la ricaduta che, sul piano processuale, il Collegio ha tratto dalla scelta di non condividere l'interpretazione restrittiva del principio *iura novit curia* invece accolta dal giudice di prime cure, conseguentemente sospendendo la provvisoria esecutività della decisione appellata.

#### 4. Riflessioni conclusive.

A questo punto, appare certamente auspicabile che la ricostruzione accolta dal collegio della corte napoletana trovi sempre maggiore condivisione nella giurisprudenza di merito.

Invero, in tempi in cui la possibilità di reperire informazioni è molto ampia, a maggiore ragione vista la grande disponibilità, per i giudici, di risorse come le banche dati, al cui utilizzo, peraltro, la giurisprudenza attribuisce molta importanza per il rilievo officioso di questioni come il giudicato esterno<sup>45</sup> (indirettamente confermando tale possibilità nonché, e non appare meno rilevante, la circostanza che si tratta di una strada non difficoltosa da percorrere per il giudice) non appare sostenibile una interpretazione rigidamente restrittiva di tale principio, in quanto, da un lato, le possibilità di conoscenza delle fonti legislative, anche straniere, all'attualità sono molto superiori e permettono a qualsiasi soggetto (che ovviamente sappia cosa cercare) munito di un personal computer e di una connessione internet, di poter accedere ad ogni tipologia di informazioni: in particolare, i decreti ministeriali in questione sono agevolmente reperibili, senza particolari sforzi e/o difficoltà, sul sito

<sup>44</sup> Trib. Torre Annunziata, 4 dicembre 2018, n. 2644, inedita.

<sup>45</sup> Cass. civ., sez. I, 1 aprile 2015, n. 6066, in *Guida al Diritto*, 2015, 34-35, 50 (s.m), ha inequivocamente affermato, al riguardo: "*I principi costituzionali del giusto processo e della sua ragionevole durata impongono al giudice, anche in sede di legittimità, di rilevare d'ufficio la esistenza di un eventuale giudicato esterno. Tale rilievo, in ragione del preminente interesse pubblico sotteso dai principi costituzionali sopra ricordati, deve avvenire anche a prescindere da eventuali allegazioni in tale senso delle parti e - qualora il giudicato si sia formato in seguito a una sentenza della Corte di cassazione - facendo ricorso, se necessario, agli strumenti informatici e alle banche dati elettroniche interne all'ufficio, ove siano archiviati i ricorsi e le decisioni*".



internet del Ministero Economia e Finanze, Dipartimento del Tesoro;<sup>46</sup> per altro verso, appare maggiormente rispettosa dei principi del giusto processo, come emergenti dagli artt. 6 e 13 della C.E.D.U., nonché art. 47 della Carta di Nizza, e quindi idonea ad assicurare una decisione effettivamente <giusta> dal punto di vista sostanziale, non potendosi escludere che il diniego del giudice di prendere in considerazione le contestazioni di usurarietà sollevate dal correntista, soprattutto in un periodo storico come quello attuale - in cui le cronache riportano con frequenza quotidiana vicende di cittadini ed imprese danneggiate da comportamenti tutt'altro che cristallini ed irreprensibili di istituti di credito e soggetti assimilati - possa integrare un implicito (quanto inequivoco, ma non meno vietato) *non liquet*.

Divieto a proposito del quale la dottrina osserva, per un verso, che il giudice è chiamato a pronunciarsi sempre, pure nell'ipotesi in cui non sia convinto che i fatti come allegati dalle parti, ritenuti di rilievo ai fini della decisione, siano realmente avvenuti<sup>47</sup> e, per altro verso, che la circostanza che di un determinato fatto non sia stata fornita la prova non può essere utilizzata dal giudice per sottrarsi al suo obbligo di decidere<sup>48</sup>.

Anche in dottrina si condivide quanto sopra evidenziato, con il rilevare come la notorietà di un determinato fatto, e conseguente sua utilizzabilità da parte del giudice ai fini della decisione, nel senso sopra indicato, potrà riconoscersi nella ricorrenza di determinati presupposti, quali la natura dell'informazione e la fonte da cui la stessa si ricava,<sup>49</sup> in quanto "La natura pubblica del dato, per un verso, e il carattere ufficiale della fonte, per altro verso, potrebbero effettivamente condurre al risultato di sollevare la parte dall'onere della prova"<sup>50</sup>, traendosene la conclusione che ove si riscontri la combinata ricorrenza dei due predetti elementi, ben potrà il giudice utilizzare il dato in questione indipendentemente dall'assolvimento o meno dell'onere della prova, da parte del soggetto che tale dato invoca;<sup>51</sup> requisiti che, con riferimento ai

<sup>46</sup> Il lettore eventualmente dubbioso potrà verificare di persona al link: [http://www.dt.tesoro.it/it/attivita\\_istituzionali/prevenzione\\_reati\\_finanziari/anti\\_usura/operazioni\\_creditizie\\_tassi.html](http://www.dt.tesoro.it/it/attivita_istituzionali/prevenzione_reati_finanziari/anti_usura/operazioni_creditizie_tassi.html)

<sup>47</sup> G.A MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, 1966, p. 177 e ss.

<sup>48</sup> V.ANDRIOLI, *Diritto Processuale Civile*, I, Napoli, 1979, p. 246 e ss.

<sup>49</sup> L. PASSANANTE, *Prova e privacy nell'era di internet e dei social network*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2018, 2, p. 535 e ss.

<sup>50</sup> L. PASSANANTE, *op. loc. cit.*

<sup>51</sup> In proposito, infatti, L. PASSANANTE, *op. loc. cit.*, afferma "A sollevare effettivamente la parte dall'onere della prova non sarà, allora, il solo fatto della pubblicazione in *internet* di una data notizia, ma ciò sarà semmai determinato dalla circostanza combinata della natura pubblica del dato e del carattere istituzionale della fonte, associati — e sarebbe in fin dei conti solo questa la

citati decreti ministeriali, senza dubbio appaiono sussistere entrambi; orientamento, questo, cui la S.C. ha dato ulteriore recente conferma, con l'affermare che, essendo il tasso di interesse un dato di facile accessibilità, esso rientri nel notorio, e come tale non necessariamente da provarsi<sup>52</sup>.

A proposito del principio della vicinanza della prova, poi, va detto come in dottrina si affermi che esso integra un criterio probatorio differente da quello emergente dall'art. 2697 c.c., in quanto attinente ad un profilo di carattere sostanziale, mentre quest'ultimo, al contrario, attiene ad uno esclusivamente formale;<sup>53</sup> criteri dei quali, tuttavia, si ammette la possibilità di una loro convivenza, anche se non in un posizione paritaria, in un rapporto nel quale la seconda interviene per mitigare eventuali conseguenze eccessive nell'applicazione della prima.<sup>54</sup>

Allora, di fronte a situazioni di squilibrio che, molto spesso, finiscono per pregiudicare in modo inaccettabile la posizione di soggetti (deboli) quali appunto (ed in particolare) i correntisti che, pur avendo dovuto <subire>, magari per tanti anni, condotte illegittime della propria controparte contrattuale (*id est*, l'istituto bancario di turno) hanno visto frustrate le proprie legittime aspettative di giustizia sostanziale a causa di interpretazioni eccessivamente quanto ingiustificatamente restrittive di principi processuali fondamentali, appunto come quello espresso dall'art. 113 c.p.c., e del principio di legalità in esso insito, la proposta interpretazione del principio *iura novit curia*, allora, appare, ad avviso di chi scrive, da preferire rispetto a quell'altra di cui si è detto.

E tanto in ragione del fatto che la stessa si rivela, almeno a livello potenziale, maggiormente in grado – anche facendo leva sul noto principio della vicinanza

---

novità di oggi rispetto a ieri — all'enorme (e apparentemente illimitata) facilità di accesso alla rete *internet*".

<sup>52</sup> Cass. civ., sez. III, 19 marzo 2018, n. 6684, in *Giust. Civ.*, Mass., 2018.

<sup>53</sup> A.A. DOLMETTA, U. MALVAGNA, *Vicinanza della prova e prodotti d'impresa del comparto finanziario*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2014, I, p. 666 e ss.

<sup>54</sup> A.A. DOLMETTA, U. MALVAGNA, *op. cit.*, 668, affermano infatti "I due criteri ben possono convivere, se pur in posizione non equidistante tra loro. Ed è questo che avviene, secondo il nostro modo di vedere, nel vigente ordinamento italiano. Nel quale non sembra in effetti discutibile la vigenza, come regola guida -ma forse è meglio definirla come regola-palo- quella della prova secondo allegazione, di cui all'art. 2697 c.c. E in cui, tuttavia, la regola della vicinanza viene ad assumere il ruolo di correttivo (se non altro) delle applicazioni più rigide e pesanti del formalismo caratteristico della regola della prova secondo allegazione. Un ruolo, a nostro avviso, anzi necessario – sotto il profilo costituzionale, prima di tutto il resto -per combattere e smorzare le asprezze, in effetti notevoli, che il modello dell'onere viene propriamente a proporre".

della prova<sup>55</sup> - di riequilibrare, quantomeno in sede contenziosa, rapporti contrattuali caratterizzati da una indubbia asimmetria nelle posizioni dei contraenti, situazione, che, inevitabilmente, esita nella maggior parte dei casi (per non dire sempre) in pregiudizio della parte debole (o meno forte, che dir si voglia) del rapporto: per completezza, va detto che recentissima decisione della S.C.<sup>56</sup> si è posta in senso contrario alla soluzione accolta dal provvedimento qui annotato, reiterando quell'impostazione già (condivisibilmente) criticata dalle pronunce di merito richiamate, per cui in tale prospettiva, ad avviso di chi scrive, resta comunque l'argomento difensivo della misura del tasso d'interesse in un dato periodo come fatto *notorio*, da provare a valorizzare in sede contenziosa.

---

<sup>55</sup> In relazione al quale C. App. Milano, 23 ottobre 2018, n. 1588, in banca dati *Juris Data*, ha affermato "In tema di onere probatorio deve tenersi conto del principio, riconducibile all'art. 24 Cost. e al divieto di interpretare la legge in modo da rendere impossibile o troppo difficile l'esercizio dell'azione in giudizio, della riferibilità o vicinanza o disponibilità dei mezzi di prova. Qualora le circostanze da provare non rientrino simmetricamente nella piena conoscibilità ed accessibilità di entrambe le parti, appare ragionevole, in presenza comunque di necessarie congrue allegazioni di parte ricorrente, gravare la parte con maggior grado di vicinanza o disponibilità ai mezzi di prova, della allegazione dei medesimi".

<sup>56</sup> Cass. civ., sez. III, 30 gennaio 2019, n. 2543, in <http://www.italgiure.giustizia.it/sncass>.

## **L'incostituzionalità della pena per le droghe "pesanti" ex art. 73 co. 1 D.P.R. 309/90 alla luce della pronuncia n. 40 del 2019. Obbligo da parte del Pubblico Ministero di attivazione *ex officio* del procedimento di esecuzione?**

*di Luciano PERSICO\**

**SOMMARIO:** **1.** Introduzione: cenni storici e prime previsioni normative. **2.** Il D.P.R. 309/90 e le riforme normative che lo hanno interessato. **3.** La declaratoria di incostituzionalità della legge 49/2006 e la reviviscenza della vecchia normativa: Corte Costituzionale n. 32 del 2014. **4.** Le questioni di costituzionalità sulla reviviscenza della disciplina ante l. 49/2006. **5.** La declaratoria di incostituzionalità dell'art. 73 comma I D.P.R. 309/90 per irragionevolezza del minimo edittale: Corte Costituzionale n. 40 del 2019. **6.** Il ripristino della legalità della pena. Obbligo o facoltà della Parte Pubblica di attivare il procedimento di esecuzione?

**ABSTRACT:** *the present juridical work, after an historical and normative analysis about drugs discipline since the first prohibition period, analyzes the recent sentence of the constitutional court n. 40/2019, trough with the minimum penalty, covered by art 73, paragraph I, of the D.P.R. 309/90 has been re-established and reduced from eight to six years. The writer also deals with the past pronunciations, during the validity of the old sanctionary approach, included the available connected remedies, such as the activation of the execution procedure under art. 666 c.p.p. by the Public Prosecutor or the interested party. Finally, although the public prosecutor obligation of activating the proceedings has been acknowledged, the civil responsibility was finally excluded in case of inertia.*

### **1. Introduzione: cenni storici e prime previsioni normative.**

Da sempre la materia degli stupefacenti ha rivestito grande interesse nell'ordinamento giuridico italiano, concernendo non solo profili di rilevanza giuridica, amministrativa oltre che penale, ma anche di carattere sociale. In origine tali sostanze avevano finalità prettamente curative, come emerge dal

---

\* Dottore in giurisprudenza, tirocinante ex art. 73 l. 98/13 presso la Procura della Repubblica di Nocera Inferiore.

*Papiro di Ebers* che conteneva una raccolta di settecento formule e rimedi curativi, tra cui l'oppio, considerato valido antidolorifico e la cannabis utilizzata per combattere ansia.

Per cogliere il profilo di rilevanza sociale che l'utilizzo di sostanze stupefacenti riveste, meno rilevante ai nostri fini ma intrinsecamente connesso con le scelte di politica criminale adottate dal Legislatore, basta volgere lo sguardo alle preclusioni lavorative riservate in taluni settori a coloro che sono dediti all'uso di stupefacenti, oltre all'emarginazione collettiva, talvolta ai limiti del disprezzo, che usualmente viene riservata agli assuntori, specie per talune tipologie di droghe considerate particolarmente odiose.

Quanto al profilo normativo, la prima disciplina in materia è stata dettata dalla legge 18 febbraio 1923, n. 396, con la quale furono sottoposti a controllo la morfina, la cocaina e le «*sostanze velenose che in piccole dosi danno azione stupefacente*», recependo le disposizioni contenute nella Convenzione Internazionale sull'Oppio firmata a l'Aia il 23 gennaio 1912. Tale legge all'articolo 1 puniva, con la reclusione da due a sei mesi e con la multa da mille a quattromila lire, la vendita, la somministrazione e la detenzione delle sostanze droganti da parte di soggetti non muniti di specifica autorizzazione. Inoltre, venivano sanzionati penalmente con le medesime pene di cui all'articolo 1, chiunque organizzasse riunioni finalizzate all'uso di sostanze stupefacenti e con la sola multa chi in detti ritrovi facesse uso della medesima sostanza.

Con la legge n. 1041/1954, vengono distinte le diverse sostanze stupefacenti, come accade negli articoli 5 e 6 che rispettivamente prendono in considerazione l'oppio e le foglie di coca, per le quali il Legislatore provvede ad innalzare drasticamente il trattamento sanzionatorio, prevedendo la pena della reclusione fino a 10 anni per le foglie di coca.

Con la legge n. 685/1975, continuano ad essere sanzionate penalmente la produzione, la fabbricazione, l'impiego, il commercio all'ingrosso, l'esportazione, l'importazione, il transito, l'acquisto, la vendita e la detenzione, ma viene prevista all'articolo 80 del predetto testo – abrogato poi dall'art. 38, L. 26 giugno 1990, n. 162 e dall'art. 136 del testo unico approvato con D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 – una speciale causa di non punibilità nel caso di detenzione per uso terapeutico ancorché la quantità posseduta fosse consona alle esigenze di cura. In aggiunta, il II comma prevedeva la non punibilità dell'uso personale, purché la sostanza detenuta fosse di modica quantità, fermo restando in questo caso la confisca delle sostanze.

Con tale ultimo intervento normativo, inizia a porsi la distinzione tra chi assume sostanza e chi invece la detiene a scopo di profitto, sottoponendo a sanzione solo quest'ultimo.

## **2. Il D.P.R. 309/90 e le riforme normative che lo hanno interessato.**

Il dilagante uso di sostanze stupefacenti, determinò il Legislatore all'introduzione della Legge 26 giugno 1990 n. 162, con la quale veniva nuovamente sanzionato penalmente il detentore di piccole quantità di sostanza drogante per uso personale non terapeutico. Detta legge, innestandosi nella precedente normativa del 1975, ha stravolto le previsioni ivi contenute, rendendo così necessario un intervento riordinatore della materia.

Con il D.P.R. 309/90, Testo Unico in materie di stupefacenti, viene fornita organica disciplina alla materia in esame, basata sull'idea di fondo di differenziare le diverse tipologie di sostanze droganti, mediante la previsione del sistema tabellare<sup>1</sup>, così individuando il trattamento sanzionatorio da comminare, a seconda che si trattasse di droga di cui alle tabelle I e III dell'articolo 14 (c.d. Droghe pesanti) – laddove le condotte di coltivazione<sup>2</sup>, produzione, fabbricazione, estrazione, vendita o messa in vendita, distribuzione, commercializzazione, acquisto, trasporto, esportazione, importazione o

---

1 La legislazione in materia non definisce la sostanza stupefacente, delineando solo i criteri utilizzati dal Ministero della salute per l'individuazione delle sostanze da sottoporre a vigilanza e controllo.

2 È necessario specificare che la condotta di coltivazione costituisce reato di pericolo presunto, in ossequio al *dictum* affermato dalle Sezioni Unite nella pronuncia n. 28605 del 2008. La Suprema Corte nella sua massima composizione, esclude che la coltivazione possa essere "scriminata" per la sua destinazione ad uso esclusivamente personale, come tale non costituente reato, in quanto mancherebbe il nesso di immediatezza della coltivazione con l'uso personale, escludendo qualsivoglia rilevanza della distinzione tra coltivazione imprenditoriale e coltivazione domestica. Infatti, il legislatore ha ritenuto penalmente perseguibile ogni forma di coltivazione considerata la sua intrinseca capacità di accrescere la sostanza stupefacente già presente sul mercato. In conclusione, la Corte nega rilevanza penale solo «*se la sostanza ricavabile dalla coltivazione non è idonea a produrre un effetto stupefacente in concreto rilevabile*». Deve inoltre precisarsi che sebbene la vendita o l'offerta in vendita di semi di piante capaci di produrre sostanza stupefacente, non costituisce condotta penalmente rilevante né ai sensi dell'articolo 73 D.P.R. 309/90 né ai sensi dell'articolo 82 del medesimo testo, così come statuito dalla Corte di Cassazione nella sua massima composizione con la pronuncia n. 47604 del 2012, ben potrebbe assumere rilevanza sotto forma di istigazione a delinquere, ex art 414 c.p. finalizzata alla commissione del delitto di coltivazione sanzionato dall'articolo 73 D.P.R. 309/90. Ed invero, nell'ultima pronuncia richiamata, i Giudici di Legittimità hanno ritenuto che «*nell'offerta in vendita di semi di piante idonee a produrre sostanze droganti, corredata da precise indicazioni botaniche circa la loro coltivazione, non è configurabile né il reato previsto dall'art. 82 del T.U. Stup., né l'illecito amministrativo di cui al successivo art. 84, ma, nei congrui casi, il delitto di istigazione a delinquere, sub specie di istigazione alla coltivazione di sostanze stupefacenti*».

detenzione di sostanze stupefacenti a fini diversi da quelli consentiti e senza l'autorizzazione di cui all'articolo 17 venivano assoggettate alla pena della reclusione da 8 a 20 anni e la multa da 25.822 euro a 258.228 euro – o di quella prevista dalle tabelle II e IV (cd. Droghe leggere), laddove invece la pena prevista era della reclusione da due a sei anni e la multa da 5.164 euro a 77.468 euro.

Inoltre, al comma V dell'articolo 73, era prevista una specifica circostanza attenuante per il caso in cui per i mezzi, per la modalità o le circostanze dell'azione ovvero per la qualità e quantità delle sostanze, i fatti previsti dai commi I e IV fossero di lieve entità, con riduzione sanzionatoria da uno a sei anni nel caso di droghe pesanti e da sei mesi a quattro anni nel caso di droghe leggere, riproponendo pertanto la distinzione già posta tra droghe leggere e pesanti.

Sempre con riferimento alla prima formulazione del testo normativo, l'articolo 72 vietava l'uso personale di sostanze stupefacenti o psicotrope, a prescindere da qualsiasi soglia media giornaliera, laddove la sanzione di carattere amministrativo prevista dall'articolo 75, accompagnata dal trattamento terapeutico obbligatorio, assumeva ex art. 76, natura penale nel caso di interruzione o mancato rispetto del trattamento in corso, mediante la sottoposizione, per un periodo compreso tra i due e gli otto mesi, a misure quali l'obbligo o il divieto di dimora, l'obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria, che a loro volta, in caso di inosservanza determinavano l'irrogazione della pena dell'arresto fino a tre mesi o dell'ammenda fino a cinque milioni di lire .

Il divieto di uso personale di sostanza drogante ha avuto però vita breve. Ed infatti, qualche anno più tardi, nel 1993 fu indetto un referendum popolare<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> La richiesta di referendum popolare presentata da undici cittadini undici cittadini elettori il 27 settembre 1991, riguardante il d.P.R.9 ottobre 1990, n.309, si fondava sul seguente quesito: «Volete voi, che siano abrogati l'articolo 2, comma 1, lettera e), punto 4 (i limiti e le modalità di impiego dei farmaci sostitutivi); l'articolo 72, comma 1 (È vietato l'uso personale di sostanze stupefacenti o psicotrope di cui alle tabelle I, II, III e IV, previste dall'articolo 14. È altresì vietato qualunque impiego di sostanze stupefacenti o psicotrope non autorizzato secondo le norme del presente testo unico); l'articolo 72, comma 2, limitatamente alle parole: "di cui al comma 1"; l'articolo 73, comma 1, limitatamente alle parole: "e 76"; l'articolo 75, comma 1, limitatamente alle parole: "in dose non superiore a quella media giornaliera, determinata in base ai criteri indicati al comma 1 dell'art.78"; l'articolo 75, comma 12, limitatamente alle parole: "rendendolo edotto delle conseguenze cui può andare incontro. Se l'interessato non si presenta innanzi al prefetto, o dichiara di rifiutare il programma ovvero nuovamente lo interrompe senza giustificato motivo, il prefetto ne riferisce al procuratore della Repubblica presso la pretura o al procuratore della Repubblica presso il tribunale per i minorenni, trasmettendo gli atti ai fini dell'applicazione delle misure di cui all'art. 76. Allo stesso modo procede quando siano commessi



volto alla depenalizzazione dell'utilizzo di stupefacenti, lasciando però in essere la rilevanza del comportamento come illecito amministrativo. L'esito positivo del referendum del 18 aprile 1993, fu concretamente attuato con il D.P.R. 5 giugno 1993 n. 171, con il quale fu abrogato il primo comma dell'articolo 72, parzialmente modificato l'articolo 75 ed abrogato l'articolo 76 del D.P.R. 309/90 che prevedeva le sanzioni penali per l'assuntore.

L'evento riformatore più importante ed incisivo degli anni duemila, ha riguardato la legge 21 febbraio 2006 n. 49 (cd. Legge Fini – Giovanardi) con la quale si è convertito il decreto legge 30 dicembre 2005 n. 272. Con tale intervento, venivano accorpate le previsioni sanzionatorie dei commi I e IV, unificando il *quantum* sanzionatorio a sua volta ridotto nel minimo da otto a sei anni di reclusione.

La modifica, ha inoltre inciso sull'ipotesi attenuata di cui al comma V, sottoponendo all'unica pena, da uno a sei anni, i fatti di lieve entità sia che avessero ad oggetto droghe pesanti che droghe leggere.

Tale innovativa disciplina, a seconda del punto di considerazione, porta con sé un effetto positivo ed uno negativo. Ed invero, per le condotte prima sussumibili nel I comma, è evidente che la riconsiderazione del minimo edittale importa un beneficio per coloro ancora sottoposti a giudizio; mentre, per coloro i quali sia stata già pronunciata condanna definitiva sotto l'egida della formulazione precedente, non vi sarà rimedio alcuno in sede esecutiva, in quanto l'articolo 2 comma IV c.p., impone quale limite all'operatività della legge più favorevole al *reo* l'intervenuta irrevocabilità della pronuncia. L'effetto deleterio, come è ovvio, ha inciso sui comportamenti delittuosi inquadabili nel

---

*per la terza volta i fatti di cui ai commi 1 e 2 del presente articolo."; l'articolo 75, comma 13, limitatamente alle parole: "e nell'art. 76"; l'articolo 76; l'articolo 78, comma 1, limitatamente alle lettere b) (le metodiche per quantificare l'assunzione abituale nelle ventiquattro ore) e c) (i limiti quantitativi massimi di principio attivo per le dosi medie giornaliere); l'articolo 80, comma 5 (Le sanzioni previste dall'art. 76 sono aumentate nella misura stabilita dal presente articolo quando ricorrono le circostanze ivi previste, eccettuata quella indicata dal comma 2); l'articolo 120, comma 5 (In ogni caso, salvo quanto previsto al comma 6, e dopo aver informato l'interessato del proprio diritto all'anonimato secondo quanto previsto dai commi 3 e 6, essi debbono inoltrare al predetto servizio una scheda sanitaria contenente le generalità dell'interessato, la professione, il grado di istruzione, i dati anamnestici e diagnostici e i risultati degli accertamenti delle terapie praticate.); l'articolo 121, comma 1 (L'esercente la professione medica che visita o assiste persona che fa uso personale di sostanze stupefacenti o psicotrope deve farne segnalazione al servizio pubblico per le tossicodipendenze competente per territorio. La segnalazione avviene fermo re stando l'obbligo dell'anonimato) del D.P.R. 9 ottobre 1990, n.309, "Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossico-dipendenza?». Il quesito, superato il vaglio di ammissibilità della Corte Costituzionale con la sentenza n. 28/1993, fu approvato dagli elettori con la maggioranza del 55,3% dei voti favorevoli.*

comma IV, per i quali è stato realizzato un vertiginoso aumento sanzionatorio.

### **3. La declaratoria di incostituzionalità della legge 49/2006 e la reviviscenza della vecchia normativa: Corte Costituzionale n. 32 del 2014.**

La legge 49/2006 presentava vizi procedurali – consisti nella conversione in legge di un testo avente contenuto diverso da quello definito del Governo con il decreto-legge n. 272 del 2005 – che le sono costati l'incostituzionalità a distanza di qualche anno dall'approvazione.

Più precisamente, l'iniziativa legislativa del Governo, come si evince dal titolo del testo di legge, aveva quale obiettivo l'adozione di «*Misure urgenti per garantire la sicurezza ed i finanziamenti per le prossime Olimpiadi invernali, nonché la funzionalità dell'Amministrazione dell'interno. Disposizioni per favorire il recupero di tossicodipendenti recidivi*», laddove nel testo originario non vi erano le disposizioni degli artt. 4*Bis* e 4*vices ter* che, concretamente intervenendo sull'articolo 73 D.P.R. 309/90, hanno introdotto la diversa disciplina sanzionatoria.

Ed infatti, sulla questione di costituzionalità sollevata dalla Corte di Cassazione<sup>4</sup>, il Giudice delle Leggi, con la pronuncia n. 32 del 2014, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 4*bis* e 4*vices ter* della legge 49 del 2006 di conversione del d. l. 272/2005, per contrasto con l'articolo 77 comma II Cost., riguardante il procedimento legislativo d'urgenza. Tali articoli, infatti, non previsti dal d.l. 272/2005 sono stati, arbitrariamente ed in difetto di procedimento legislativo ordinario, introdotti direttamente nella legge di conversione.

Nella disamina della questione, la Corte fonda l'accoglimento della stessa sulla disomogeneità del contenuto del decreto rispetto alla legge di conversione, richiamando al riguardo due precedenti pronunce<sup>5</sup>, nelle quali era stato già chiarito che l'omogeneità tra la legge di conversione ed il decreto-legge è

---

4 Cass. Pen., Sez. III, ord. n. 227 del 11 giugno 2013, La questione sottoposta al Giudice di legittimità, verteva sulla riconosciuta colpevolezza, nei precedenti due gradi di giudizio, dell'imputato V.M., per aver ricevuto e trasportato 3,860 kg di sostanza stupefacente di tipo hashish, motivo per il quale era stato condannato alla pena della reclusione di anni quattro sulla scorta dell'assimilazione sanzionatoria operata con la legge 49 del 2006. Nella specie, avendo il Giudice di legittimità già ritenuto che la pena dovesse essere determinata in misura prossima al minimo edittale, si rendeva necessaria la risoluzione della questione di costituzionalità nella misura in cui, il suo eventuale accoglimento avrebbe consentito di ridurre la pena nei limiti previsti per la concessione della sospensione condizionale.

5 Corte Cost., sent. n. 22 del 13 febbraio 2012; Corte Cost. Ord. n. 34 del 27 febbraio 2013.

caratteristica indefettibile per la validità della normazione, in ossequio, all'art. 77, II comma, Cost., che come affermato dalla stessa Corte nella pronuncia n. 22 del 2012, presuppone «*un nesso di interrelazione funzionale tra decreto-legge, formato dal Governo ed emanato dal Presidente della Repubblica, e legge di conversione, caratterizzata da un procedimento di approvazione peculiare rispetto a quello ordinario*».

Il Giudice delle Leggi, prima di esaminare nel merito la fondatezza della questione di costituzionalità, si è soffermato sulla funzione di garanzia posta a presidio del procedimento legislativo in parola, in quanto, essendo tale *iter* più celere e semplificato rispetto a quello normale di approvazione dei testi legislativi, proprio in ragione della necessità di stabilizzare un provvedimento avente forza di legge ma con carattere provvisorio e circoscritto, deve essere evitato l'utilizzo strumentale di tale procedura alleggerita al solo fine di aggirare il normale procedimento di adozione legislativa mediante l'introduzione, in sede di conversione, di emendamenti ed aggiunte non previste in sede di adozione del decreto, in quanto ciò provocherebbe un vizio non emendabile delle leggi di conversione.

Nel merito, la Corte ha osservato che le norme originariamente contenute nel decreto-legge riguardavano l'assunzione di personale della Polizia di Stato, le misure per assicurare la funzionalità all'Amministrazione civile dell'interno, i finanziamenti per le olimpiadi invernali, il recupero dei tossicodipendenti detenuti ed il diritto di voto degli italiani residenti all'estero; laddove, invece, le disposizioni di cui agli artt. 4*bis* e 4*vicies ter*, introdotte dalla legge di conversione, riguardavano gli stupefacenti e non la persona del tossicodipendente. L'effetto distonico e non in linea di tali materie con le previsioni originarie, è stato poi posto in risalto dal necessario mutamento del titolo originario del decreto-legge, ampliato dal Parlamento con l'aggiunta delle parole «*e modifiche al testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309*». Ciò è indicativo del fatto che lo stesso Legislatore ha ritenuto che le innovazioni introdotte con la legge di conversione, non potevano essere ricomprese nelle materie già disciplinate dal decreto-legge medesimo e risultanti dal titolo originario di quest'ultimo.

Nella pronuncia viene affermato che: «*Infatti, benché contenute in due soli articoli, le modifiche introdotte nell'ordinamento apportano una innovazione sistematica alla disciplina dei reati in materia di stupefacenti, sia sotto il profilo*

*delle incriminazioni sia sotto quello sanzionatorio, il fulcro della quale è costituito dalla parificazione dei delitti riguardanti le droghe cosiddette "pesanti" e di quelli aventi ad oggetto le droghe cosiddette "leggere", fattispecie differenziate invece dalla precedente disciplina. Una tale penetrante e incisiva riforma, coinvolgente delicate scelte di natura politica, giuridica e scientifica, avrebbe richiesto un adeguato dibattito parlamentare, possibile ove si fossero seguite le ordinarie procedure di formazione della legge, ex art. 72 Cost. Si aggiunga che un intervento normativo di simile rilievo – che, non a caso, faceva parte di un autonomo disegno di legge S. 2953 giacente da tre anni in Senato in attesa dell'approvazione – ha finito, invece, per essere frettolosamente inserito in un "maxi-emendamento" del Governo, interamente sostitutivo del testo del disegno di legge di conversione, presentato direttamente nell'Assemblea del Senato e su cui il Governo medesimo ha posto la questione di fiducia (nella seduta del 25 gennaio 2006), così precludendo una discussione specifica e una congrua deliberazione sui singoli aspetti della disciplina in tal modo introdotta[...]Ben si comprende, pertanto, proprio alla luce di quanto accaduto nel caso di specie, come il rispetto del requisito dell'omogeneità e della interrelazione funzionale tra disposizioni del decreto-legge e quelle della legge di conversione ex art. 77, secondo comma, Cost. sia di fondamentale importanza per mantenere entro la cornice costituzionale i rapporti istituzionali tra Governo, Parlamento e Presidente della Repubblica nello svolgimento della funzione legislativa».*

La Corte, dopo essersi soffermata sui vizi che hanno accompagnato la riforma, prosegue affermando che: *«in difetto del necessario legame logico-giuridico, richiesto dall'art. 77, secondo comma, Cost., i censurati artt. 4-bis e 4-vicies ter devono ritenersi adottati in carenza dei presupposti per il legittimo esercizio del potere legislativo di conversione e perciò costituzionalmente illegittimi».*

Quanto agli effetti applicativi prodotti dalla caducazione delle disposizioni impugnate, tornerà a ricevere applicazione l'art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990 e le relative tabelle, nella loro originaria formulazione, in quanto mai validamente abrogati. Ed invero, i Giudici di Palazzo Spada richiamando un orientamento consolidato<sup>6</sup>, hanno ribadito che l'atto normativo affetto da un vizio radicale nella fase formativa, non è idoneo ad innovare l'ordinamento, motivo per il quale non può dirsi abrogata la precedente normativa, determinando così la reviviscenza della disciplina degli stupefacenti dettata dal D.P.R. n. 309 del 1990, nella versione precedente alla novella del 2006.

<sup>6</sup> Corte Cost. Sent. n. 123 del 4 aprile 2011; Corte Cost. Sent. n. 361 del 13 dicembre 2010.

Se da un lato la statuizione della Corte Costituzionale ha prodotto – in senso diametralmente opposto alla legge 49 del 2006 – un effetto favorevole per le condotte sussumibili nel IV comma dell'articolo 73, dall'altro, dichiarando la reviviscenza della normativa precedente, ha dato luogo ad un effetto deleterio per quelle sussumibili nel I comma, laddove la pena minima non è più sei anni ma otto.

Quanto detto, deve essere posto a sistema con il principio contenuto nell'articolo 2 comma IV c.p., in virtù del quale deve applicarsi la normativa più favorevole al *reo*, se quella vigente al momento del fatto e le successive sono diverse. Tale valutazione di *favor rei*, non può essere condotta in astratto ed in via anticipata, piuttosto sarà il giudicante del caso concreto<sup>7</sup> a dover verificare quale delle due discipline succedutesi sia realmente più favorevole all'imputato. Quanto detto però non vincola il Giudice d'Appello a determinare la pena per le droghe leggere in misura prossima al "nuovo" minimo edittale, qualora la determinazione sanzionatoria si sia così attestata nel giudizio di primo grado<sup>8</sup>.

L'unico punto non toccato dalla reviviscenza della vecchia disciplina, riguarda il comma V dell'articolo 73, in quanto poco prima della pronuncia di incostituzionalità, il Legislatore con il d. l. 23 dicembre 2013, convertito nella legge 21 febbraio 2014, aveva modificato il testo e la natura giuridica dello stesso. Ed infatti, il V comma passa da circostanza attenuante ad effetto speciale a fattispecie autonoma<sup>9</sup>, mantenendo l'assimilazione tra droghe leggere e pesanti, con una diminuzione del trattamento sanzionatorio – il cui minimo passa da un anno a sei mesi ed il massimo da sei a cinque anni – riportando la seguente nuova formulazione: «*Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque commette uno dei fatti previsti dal presente articolo che, per i mezzi, la modalità o le circostanze dell'azione ovvero per la qualità e quantità delle sostanze, è di lieve entità, è punito con le pene della reclusione da uno a cinque anni e della multa da euro 3.000 a euro 26.000*».

In ultimo, sull'arresto della Corte Costituzionale, è intervenuto il Legislatore sulla materia in esame con il d. l. 20 marzo 2014 n. 36, convertito in legge 20 maggio 2014 n. 79 recante: «*disposizioni urgenti in materia di disciplina degli*

7 Sul punto Cfr. Cass. Pen., Sez. III, sent. n. 27952 del 12 Giugno 2014.

8 Cass. Pen., Sez. VI, Sent. n. 25256 del 16 giugno 2015.

9 Con rilevanti ripercussioni per quanto concerne la disciplina del bilanciamento delle circostanze, laddove con la nuova formulazione, partendo già dalla pena base prevista nel V comma, l'eventuale bilanciamento dovrà essere apportato sulla pena ivi indicata; in tema di prescrizione, la fattispecie di lieve entità beneficerà di un tempo più ristretto di prescrizione pari a sei anni; in tema di termini di fase delle misure cautelare previste dall'articolo 303 c.p.p.

*stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990 n. 309, nonché di impiego di medicinali»*, con la quale si è ripreso il vecchio testo normativo, con l'eccezione di cui si è detto per il V comma per il quale è stata ulteriormente ridotta la pena massima ad anni quattro di reclusione oltre la multa.

#### **4. Le questioni di costituzionalità sulla reviviscenza della disciplina ante l. 49/2006.**

La disciplina risultante dalla pronuncia 32/2014 è stata più volte sospettata di incostituzionalità, sia sindacando la possibilità per la Corte Costituzionale di emettere una pronuncia produttiva di effetti in *malam partem* per l'indagato, sia per l'irragionevolezza della previsione sanzionatoria minima contenuta nel I comma dell'articolo 73 del D.P.R. 309/90.

Con la prima remissione<sup>10</sup> la Suprema Corte lamentava la violazione, da parte della sentenza n. 32 del 2014, del principio di riserva di legge in materia penale ex art. 25 comma II Cost. e per difetto di ragionevolezza derivante dal raffronto con la forbice edittale prevista per i fatti di cui al comma V.

Specificamente – dopo aver ribadito la natura, delle pronunce del Giudice delle Leggi, di fonte normativa di rango legislativo e non costituzionale – la VI Sezione affermava che: «*Chiarito che la sentenza d'incostituzionalità si pone su di un piano di parità rispetto alla legge ordinaria, l'esercizio della funzione legislativa ad opera della giustizia costituzionale non può non raffrontarsi, ed incontrare in essa un limite, con la riserva di legge in materia penale, sancita dall'art. 25, comma secondo, Cost. Detta norma afferma, difatti, il principio di carattere generale secondo il quale gli interventi in materia penale tesi ad ampliare l'area di un'incriminazione ovvero ad inasprirne le sanzioni possono essere legittimamente compiuti soltanto ad opera del legislatore parlamentare. La Carta Fondamentale assicura così al cittadino che la produzione della legislazione penale - quella che più delle altre incide sui diritti e sulle libertà fondamentali della persona - sia affidata al Parlamento, quale organo dotato*

<sup>10</sup> Cass. Pen, Sez. VI, ord. n. 23 del 12 gennaio 2017: «*questione di legittimità costituzionale, per contrasto con gli artt. 25, 3 e 27 Cost., in relazione all'art. 73, comma I, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza), nella parte in cui detta norma prevede – a seguito della sentenza n. 32 dell'11 febbraio 2014 della Corte costituzionale – la pena minima edittale di otto anni in luogo di quella di sei anni introdotta con l'art. 4-bis del decreto-legge 30 dicembre 2005, n. 272, convertito con modificazioni con la legge 21 febbraio 2006, n. 49»;*

*della massima legittimazione democratica».*

Il Giudice di Legittimità si spingeva addirittura oltre, censurando la declaratoria di incostituzionalità finanche quando la norma, come nel caso di specie, fosse stata adottata con procedimento legislativo viziato, ravvisandone ugualmente la violazione dei principi di riserva di legge e di legalità.

Orbene, la Corte in tale passaggio logico-giuridico ometteva di considerare che il rispetto dei principi di legalità e di riserva di legge – intesi quali forme di garanzia riconosciuta ai consociati circa la legittima provenienza del comando normativo loro imposto – presuppongono intrinsecamente la legittimazione dell'organo legislativo, che nel caso di specie non può dirsi sussistente.

Inoltre, tale ordinanza tralasciava che a seguito della pronuncia n. 32/2014, è intervenuto il Legislatore, con la legge 20 maggio 2014 n. 79, riportando in vita la precedente normativa, ben potendo rimodulare il trattamento sanzionatorio, qualora lo avesse ritenuto opportuno.

L'approssimativa e superficiale ragione posta a sostegno dell'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale ne hanno determinato l'inammissibilità per diverse ragioni, decretata con ordinanza n. 184/2017.

In primo luogo, deve essere ravvisato che nel caso di specie l'inammissibilità era inevitabile considerato che la questione non era rilevante ai fini della decisione. Ed invero, la Corte aveva ritenuto il comportamento tenuto dall'imputato sussumibile non nella fattispecie di cui al comma V ma in quella del I comma, motivo per cui se ne rendeva necessario l'annullamento con rinvio al Giudice di merito, in capo al quale si sarebbe concretizzata la rilevanza della questione sul *quantum* sanzionatorio. Circostanza questa rilevata dalla Corte Costituzionale che specificamente affermava: «l'art. 23, secondo comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale) richiede, ai fini dell'ammissibilità della questione di legittimità costituzionale in via incidentale, che «il giudizio non possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione della questione» e che tale disposizione va interpretata nel senso che la questione sollevata deve avere ad oggetto una disciplina legislativa applicabile nel giudizio a quo da parte del giudice rimettente, sicché la questione, per essere rilevante, deve concernere la norma applicabile in quella certa fase del giudizio».

Il Giudice delle Leggi ha inoltre rilevato che la rimessione in parola costituisce un improprio ed inammissibile tentativo di impugnazione della pronuncia n. 32/2014 vietato dall'articolo 137 III comma Cost., oltre che contraddittorio in sé nella misura in cui il Giudice di Legittimità veniva censurata la sola parte



dispositiva sfavorevole tentando di far salvi gli effetti *in bonam partem*.

Altre due rimessioni, concernenti specificamente l'irragionevolezza del trattamento sanzionatorio, la disparità di trattamento e la violazione del finalismo rieducativo della pena, sono state poste rispettivamente dal Tribunale ordinario di Ferrara, sezione penale, con ordinanza del 18 novembre 2015 e dal Giudice dell'udienza preliminare presso il Tribunale ordinario di Rovereto con ordinanza del 9 marzo 2016.

La questione sottoposta all'esame del Tribunale di Ferrara – da cui è poi scaturita la rimessione alla Corte Costituzionale – concerneva un episodio di detenzione ai fini di spaccio contestato ad un extracomunitario, trovato in possesso di 112,34 g. netti di cocaina, contenente 41,34 g. di principio attivo, pari a circa 112 dosi, e di oltre 7.000 euro in contanti, presumibilmente provento dell'attività delittuosa. Nel caso di specie, il Tribunale da un lato riteneva il fatto non sussumibile nella fattispecie di cui al V comma, in quanto, da un lato, richiamando un precedente indirizzo giurisprudenziale<sup>11</sup> (oramai superato dall'ultimo orientamento<sup>12</sup> sul punto), riteneva il dato qualitativo e quantitativo assorbente rispetto alle altre circostanze ai fini della classificazione del fatto come di "lieve entità"; d'altro canto, ammetteva che lo stesso fatto appariva di modesta gravità tale da rendere smisurato ed eccessivo il trattamento sanzionatorio di cui al I comma.

L'eccessivo divario sanzionatorio sussistente tra I e V comma, soprattutto per le situazioni a limite come quella suesposta, hanno determinato il Tribunale di Ferrara a sollevare la questione di legittimità costituzionale della forbice sanzionatoria prevista per il reato più grave, per difetto di ragionevolezza e di uguaglianza ex art. 3 Cost., per violazione del principio di offensività ex art. 25 Cost., e violazione del principio rieducativo della pena ex art. 27 comma III Cost.

Precisamente, il Giudice di merito sottolineava che, nonostante l'omogeneità e la continuità tra le due fattispecie, il divario punitivo di quattro anni realizzava una discontinuità sanzionatoria ingiustificata capace di dar luogo ad un trattamento non equilibrato, laddove per violazioni pressoché contigue, vicine, adiacenti in termini di disvalore, il trattamento sanzionatorio risultava in concreto più che raddoppiato.

Il Tribunale, poi, corroborava quanto sostenuto rilevando che tale contiguità

<sup>11</sup> Cass. Sez. III, Sent. n. 27064 del 19 marzo 2014.

<sup>12</sup> **Cfr. Cass., SS. UU., Sent. n. 51063 del 27 settembre 2018, che ha ritenuto necessaria una valutazione complessiva di tutti gli indicatori presenti nel caso di specie, escludendo che uno solo di questi possa essere considerato assorbente.**

veniva già realizzata con la riforma del 2005, laddove l'unificazione del trattamento sanzionatorio al I comma (per le ipotesi non lievi) ed al V comma (per le ipotesi di lieve entità), indipendentemente dal tipo di sostanza stupefacente, prevedeva quale soglia massima dell'uno e minima dell'altro sei anni di reclusione.

In conclusione, in ossequio alla ritenuta necessaria contiguità dei trattamenti sanzionatori tra le fattispecie in parola, il Tribunale riteneva necessario ridurre il minimo sanzionatorio del I comma sino a farlo coincidere con il massimo del V. In maniera non dissimile, sia per i profili di incostituzionalità denunciati sia per la soluzione proposta, è stata sollevata la medesima questione di Costituzionalità dal Tribunale di Rovereto.

Con tale ordinanza veniva pure censurata la violazione dell'art. 3 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848, e dall'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, quali norme interposte rispetto all'art. 117, I comma, Cost., nella misura in cui il minimo edittale di pena previsto dall'art. 73, comma I, del D.P.R. n. 309 del 1990, oltre ad essere disumano per l'eccessiva durata, contribuirebbe a provocare gravi forme di sovraffollamento carcerario, per le quali l'Italia era stata già condannata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo con la sentenza 8 gennaio 2013, Torreggiani e altri contro Italia.

Considerata l'omogeneità delle questioni sollevate, la Corte Costituzionale ne disponeva la riunione per una trattazione congiunta.

Il Giudice delle legge<sup>13</sup>, dopo aver ripercorso l'evoluzione normativa e giurisprudenziale che si è succeduta sul punto e pur ravvisando il rilevante vuoto sanzionatorio creatosi tra le due fattispecie, ha dichiarato le questioni inammissibili, in quanto ha ritenuto non condivisibili le asserzioni poste dai Giudici rimettenti in punto di omogeneità delle fattispecie e precisamente ha sottolineato che: «*Benché nelle due disposizioni le condotte siano descritte in termini analoghi e l'oggetto materiale sia parzialmente sovrapponibile, nondimeno merita di essere rimarcato che il fatto di non lieve entità di cui al comma 1 del citato art. 73 riguarda le sole droghe "pesanti", mentre il fatto di lieve entità di cui al comma 5 dello stesso art. 73 si caratterizza per l'indistinzione tra i diversi tipi di droghe*».

A tale valutazione è seguita altra e più ferma presa di posizione che ha sorretto la declaratoria di inammissibilità. Ed invero, il Giudice ha evidenziato che

<sup>13</sup> Corte Cost., sent. n. 179 del 7 giugno 2017.

sebbene vi sia un salto sanzionatorio alquanto rilevante, plurimi sono i rimedi adottabili per ricondurre ad omogeneità le pene previste, di modo che la riduzione del minimo sanzionatorio per il fatto di non lieve entità in misura pari al massimo edittale del trattamento previsto per il fatto lieve – quale soluzione fornita dei rimettenti – non pare soluzione percorribile. Ciò anche in considerazione della discrezionalità del Legislatore che – sebbene nel rispetto dei principi di uguaglianza, proporzionalità e finalismo rieducativo della pena – ben può, per scelta di politica criminale, prevedere una discontinuità normativa tra due fattispecie contigue al fine di esprimere un trattamento più mite verso comportamenti meno lesivi ed un trattamento più rigoroso per condotte maggiormente lesive.

Nonostante la dichiarata inammissibilità, la pronuncia si chiude con un invito al Legislatore ad intervenire sul trattamento sanzionatorio, quasi a sottolineare la presa di coscienza da parte del Giudice delle Leggi della rilevanza della questione. Precisamente la Corte afferma: *«Questa Corte ritiene, dunque, che la divaricazione – venutasi a creare a seguito del d.l. n. 36 del 2014, come modificato dalla legge di conversione – tra il minimo edittale di pena previsto dal comma 1 dell'art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990 e il massimo edittale della pena comminata dal comma 5 dello stesso articolo – ha raggiunto un'ampiezza tale da determinare un'anomalia sanzionatoria rimediabile con plurime opzioni legislative. Conseguentemente, «il "rispetto della priorità di valutazione da parte del legislatore sulla congruità dei mezzi per raggiungere un fine costituzionalmente necessario" (sentenza n. 23 del 2013) comporta una dichiarazione di inammissibilità delle questioni» (sentenza n. 279 del 2013). Tenuto conto dell'elevato numero dei giudizi, pendenti e definiti, aventi ad oggetto reati in materia di stupefacenti, non può non formularsi un pressante auspicio affinché il legislatore proceda rapidamente a soddisfare il principio di necessaria proporzionalità del trattamento sanzionatorio, risanando la frattura che separa le pene previste per i fatti lievi e per i fatti non lievi dai commi 5 e 1 dell'art. 73, del d.P.R. n. 309 del 1990».*

##### **5. La declaratoria di incostituzionalità dell'art. 73 comma I D.P.R. 309/90 per irragionevolezza del minimo edittale: Corte Costituzionale n. 40 del 2019.**

Nonostante il chiaro e preciso invito rivolto al Legislatore da parte della Corte Costituzionale, questo non ha preso consapevolezza della questione omettendo qualsivoglia intervento sul punto, così da giustificare l'intervento a gamba tesa

operato con la pronuncia 40 del 2019, con la quale si è ricondotto ad equità il trattamento sanzionatorio della fattispecie di cui al I comma dell'art. 73 D.P.R. 309/90.

L'ordinanza di remissione<sup>14</sup> in primo luogo censurava l'avvenuta violazione del principio di legalità con la pronuncia 32/2014, nella misura in cui la reviviscenza della disciplina ante legge 49/2006 ha prodotto effetti in *malam partem* per gli indagati/imputati del delitto di cui al I comma dell'articolo 73 D.P.R. 309/90, condividendo le ragioni già sostenute dalla Corte di Cassazione sez. VI nella precedente ordinanza di remissione n. 1418/17.

Quale secondo motivo di remissione, sempre riprendendo quanto già sostenuto dalla Suprema Corte nella precedente remissione, la Corte d'Appello lamentava l'irragionevole distanza sanzionatoria prevista per le diverse, ma allo stesso tempo affini, fattispecie incriminatrici, specificamente affermando: «*le fattispecie concrete presentano talora un confine sfumato tra il fatto di lieve entità che meriti il massimo della sanzione edittale prevista dall'art. 73 comma 5 decreto del Presidente della Repubblica n. 309/1990 (quattro anni di reclusione) e il fatto «non lieve» che meriti però il minimo della pena prevista dall'art. 73 comma 1 (otto anni); il peso che il giudice di merito è chiamato a dare a ogni elemento per una corretta qualificazione giuridica del caso concreto non giustifica però, il trattamento sanzionatorio sensibilmente diverso tra le c.d. «fattispecie di confine» che non si pone in ragionevole rapporto con il disvalore della condotta».*

Con il terzo ed ultimo motivo, veniva denunciata la lesione dei principi di proporzionalità, colpevolezza e di necessaria finalizzazione rieducativa della pena, secondo quanto disposto degli artt. 3 e 27 Cost., richiamando le condanne subite dal medesimo imputato C. M. J. F., laddove per una prima ipotesi di acquisto con finalità di spaccio per circa 100g di cocaina, veniva condannato per la fattispecie di lieve entità alla pena di anni due e mesi otto di reclusione, senza il riconoscimento delle attenuanti generiche; mentre, per il successivo episodio, *sub iudice*, sempre relativo all'acquisto con finalità di spaccio di 104g di cocaina veniva condannato a quattro anni di reclusione, pari alla pena base ridotta per il rito e per la concessione delle attenuanti generiche. Il Giudice Triestino sottolinea che la differenza fattuale tra le due condotte non è capace di giustificare un trattamento sanzionatorio così diversificato, motivo per cui i giudici di merito hanno dovuto utilizzare lo strumento delle attenuanti generiche per ravvicinare i trattamenti sanzionatori, motivo quest'ultimo che

<sup>14</sup> Corte d'Appello di Trieste, ord. n. 113 del 17 marzo 2017.

evidenza e rappresenta la irragionevolezza e non proporzionalità di base del trattamento sanzionatorio di cui al comma I. Difettando la proporzionalità, risulterà compromesso pure il processo rieducativo, nella misura in cui non vi sarà l'adesione volontaria del *reo* che percepirà la pena come eccessivamente grave e sproporzionata rispetto al fatto commesso. In conclusione, l'organo rimettente affermava: «Si ritiene allora che la soluzione conforme ai parametri costituzionali sia quella di ripristinare il trattamento sanzionatorio già introdotto nel 2006, riducendo il minimo edittale da otto a sei anni di reclusione».

Il Giudice delle leggi<sup>15</sup>, in ossequio a quanto già statuito con l'ordinanza n. 184/2016, dichiara inammissibile la prima questione relativa alla violazione della riserva di legge in materia penale realizzata con la sentenza n. 32/2014, ribadendo quanto già affermato circa «l'improprio tentativo di impugnazione» della pronuncia costituzionale, rimarcando oltretutto che la Giurisprudenza costituzionale ha a più riprese ammesso interventi in *malam partem* in materia penale<sup>16</sup>, specificamente affermando: «Certamente il principio della riserva di legge di cui all'art. 25 Cost. rimette al legislatore «la scelta dei fatti da sottoporre a pena e delle sanzioni da applicare» (sentenza n. 5 del 2014), ma non esclude che questa Corte possa assumere decisioni il cui effetto in *malam partem* non discende dall'introduzione di nuove norme o dalla manipolazione di norme esistenti, ma dalla semplice rimozione di disposizioni costituzionalmente illegittime».

Dopo la dichiarata inammissibilità della prima questione sottoposta al vaglio di legittimità, la Corte ha dedicato l'intero punto 4.1) della sentenza a chiarire le ragioni che differenziano la remissione in esame rispetto alle precedenti, rimarcando i vizi che le sorreggevano, come l'indeterminatezza per le questioni dichiarate inammissibili con le sentenze 23 e 148 del 2016<sup>17</sup>; l'improprio tentativo di impugnazione della pronuncia costituzionale avuto di mira con le remissione decise con l'ordinanza 184/2017; o ancora, la riduzione del minimo sanzionatorio del I comma in misura corrispondente al massimo del V, quale unica situazione costituzionalmente obbligata, propugnata dai Tribunali di Ferrara e Rovereto, dichiarata inammissibile con la sentenza n. 179/2017.

Dopo aver ripercorso brevemente le ragioni che hanno determinato l'inammissibilità di tutte le precedenti questioni rimesse alla propria attenzione,

<sup>15</sup> Corte Cost., sent. n. 40 del 23 gennaio 2019.

<sup>16</sup> Da ultimo, Corte Cost., sent. n. 143 del 18 aprile 2018; sent. n. 236 del 7 novembre 2018.

<sup>17</sup> Sentenze non analiticamente esaminate in quanto fondate sui medesimi motivi che hanno sorretto le altre questioni rimesse al vaglio costituzionale, ovvero sia l'irragionevolezza della pena minima lesiva dei principi di uguaglianza ed il finalismo rieducativo della pena.

la Corte riconosce, senza più dubbio alcuno, l'esistenza di una sproporzione sanzionatoria ingiustificata, affermando: «*indubitabilmente molti casi si collocano in una "zona grigia", al confine fra le due fattispecie di reato, il che rende non giustificabile l'ulteriore permanenza di un così vasto iato sanzionatorio, evidentemente sproporzionato sol che si consideri che il minimo edittale del fatto di non lieve entità è pari al doppio del massimo edittale del fatto lieve. L'ampiezza del divario sanzionatorio condiziona inevitabilmente la valutazione complessiva che il giudice di merito deve compiere al fine di accertare la lieve entità del fatto (ritenuta doverosa da Corte di cassazione, sezioni unite penali, sentenza 27 settembre-9 novembre 2018, n. 51063), con il rischio di dar luogo a sperequazioni punitive, in eccesso o in difetto, oltre che a irragionevoli difformità applicative in un numero rilevante di condotte. Ne deriva la violazione dei principi di eguaglianza, proporzionalità, ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost., oltre che del principio di rieducazione della pena di cui all'art. 27 Cost.*».

Accertata la violazione dei principi in parola, la Corte compie un'ulteriore valutazione sulla determinazione sanzionatoria ritenendo corretta la valutazione posta dal Giudice rimettente. Ed infatti, il Giudice precisa che la pena minima di sei anni era già stata ritenuta adeguata dal Legislatore del 2006, oltre al fatto che a tutt'oggi costituisce la misura sanzionatoria massima per i fatti non lievi che hanno ad oggetto droghe leggere di cui al IV comma, ragion per cui può ritenersi come misura di confine.

La pronuncia qui citata – già anticipata da una parte della dottrina<sup>18</sup> – rappresenta la risposta ad un regime sanzionatorio sperequato e non proporzionale per tutte le ragioni già indicate. Ebbene, appare chiaro che la Corte abbia voluto attendere un intervento del Legislatore al fine di dare maggiore stabilità alla rideterminazione della pena, laddove però mancando quest'ultimo non c'è stata altra soluzione che una pronuncia di incostituzionalità che, col senno di poi, poteva già aversi con la remissione fatta dal Tribunale di Ferrara e Rovereto, considerato che alla base venivano lamentati i medesimi profili di incostituzionalità e che la richiesta di rideterminazione a quattro anni di reclusione – che ha costituito motivo di inammissibilità in concreto – ben poteva essere superata dalla Corte con le medesime ragioni che ad oggi hanno determinato la pena base in anni sei di

<sup>18</sup> C. BRAY, *Una nuova (e forse decisiva) rimessione alla Corte Costituzionale sulla illegittimità della pena minima per il traffico di droghe pesanti*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 22 gennaio 2019; R. BARTOLI, *La Corte Costituzionale al bivio tra rime obbligate e discrezionalità? Prospettabile una terza via*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 18 febbraio 2019.

reclusione.

## **6. IL RIPRISTINO DELLA LEGALITÀ DELLA PENA. OBBLIGO O FACOLTÀ DELLA PARTE PUBBLICA DI ATTIVARE IL PROCEDIMENTO DI ESECUZIONE?**

La declaratoria di incostituzionalità produce quale risvolto pratico, la necessità di adattare il trattamento sanzionatorio delle sentenze già emesse – e la cui esecuzione è ancora in corso – alla pena così come rideterminata dal Giudice delle Leggi, ciò in quanto l'incostituzionalità priva di legittimità la pena inflitta con effetti *ex tunc*<sup>19</sup>, motivo per cui travolge pure l'intervenuta irrevocabilità che costituisce limite applicativo del trattamento più favorevole previsto dal comma IV dell'art. 2, senza però poter incidere i rapporti già esauriti, ossia per i quali sia stata già interamente espiata la pena.

Il ripristino della legalità sanzionatoria, dovrà essere realizzato mediante lo strumento del procedimento di esecuzione ex art. 666 c.p.p., il quale potrà essere promosso dal Pubblico Ministero, dall'interessato o dal difensore. Pare evidente che la maggior parte dei procedimenti sarà attivata su iniziativa delle parti privati, tuttavia, deve essere evidenziato che talune sedi della Procura della Repubblica, attente a garantire la legittimità dell'intero procedimento – sia al fine di evitare richieste di indennizzo per ingiusta detenzione per il caso in cui la pena espiata dovesse essere superiore a quella rideterminata sia per evitare eventuali responsabilità civili nell'esercizio della funzione – stanno tempestivamente attivando il procedimento esecutivo in parola al fine di ripristinare la legalità della pena.

In realtà, non può dubitarsi circa l'inammissibilità e la pretestuosità di una eventuale richiesta in tal senso, così come precisato dalla Corte di Cassazione, Sez. IV, nella pronuncia n. 4240/2017. La questione sottesa alla pronuncia, concerneva la richiesta di indennizzo per ingiusta detenzione per la parte di pena già espiata, divenuta illegittima a seguito della rideterminazione operata in conseguenza della pronuncia n. 32/2014 della Corte Costituzionale, motivo per cui è speculare al caso di specie.

Nel caso *de quo*, l'imputato, accusato di detenzione a fini di spaccio di sostanza stupefacente appartenente alla tipologia di droga leggera, era stato dapprima condannato ad anni sei e mesi otto di reclusione, pena poi rideterminata in sede esecutiva ad anni due e mesi quattro di reclusione, motivo per cui

19 T. MARTINES, Diritto costituzionale, XI ed., 2005, Milano, p. 487: «*la perdita di efficacia va intesa nel senso che, dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza, la legge non può più trovare applicazione, diventa un vuoto guscio che non può più spiegare i suoi effetti, le norme dichiarate incostituzionali vengono, per così dire, espunte dall'ordinamento giuridico*».



lamentava l'illegittima espiazione della pena ulteriore ai due anni e quattro mesi. La Suprema Corte, con un ragionamento logico-deduttivo fondato sull'interpretazione del V comma dell'articolo 314 c.p.p. – che esclude il diritto alla ripetizione per la parte di detenzione espia prima dell'abrogazione di una fattispecie incriminatrice – richiamando altro indirizzo giurisprudenziale<sup>20</sup>, ha ritenuto che: «*nella prospettiva della regolamentazione del riconoscimento di una situazione di detenzione riconosciuta soltanto ex post "ingiusta", la ratio della previsione del comma 5 dell'art. 314 cod. proc. pen., sembra, a ben vedere, sovrapponibile a quella derivante dalla declaratoria di incostituzionalità, in quanto entrambe sono accomunate dalla piena legittimità nel momento dell'attuazione di una norma, soltanto in seguito espunta dall'ordinamento*». In tal caso, non solo non è stato riconosciuto l'equo indennizzo per il periodo di detenzione patito fino alla declaratoria di incostituzionalità, ma neppure per quello subito fino alla effettiva rideterminazione sanzionatoria, a riprova che tale strumento riparatorio non è ammissibile in siffatte ipotesi.

A ciò si aggiunga che qualora, la parte privata non attivi il procedimento di esecuzione in maniera strumentale e preordinata all'ottenimento dell'indennizzo, verserebbe in dolo che, come riportato al comma I dell'articolo 314 c.p.p., costituirebbe motivo di ostatività al riconoscimento dello stesso.

Fermo restando, quindi, l'impossibilità di ottenere l'indennizzo per l'ingiusta detenzione a fronte dell'espiazione di una pena maggiore rispetto a quella rideterminata a seguito della pronuncia costituzionale, potrebbe però profilarsi una responsabilità civile del Magistrato che non provvede a ripristinare la legalità del titolo esecutivo, ex art. 2 legge n. 117 del 13 aprile 1988. Ed invero, la Corte di Cassazione<sup>21</sup> riconosce in capo al Pubblico Ministero, in virtù delle sue funzioni di vigilanza «*sull'osservanza delle leggi*» ai sensi dell'articolo 73 ordinamento giudiziario, l'obbligo di attivare il procedimento esecutivo nei casi in cui sia dichiarata l'illegittimità costituzionale, totale o parziale, di una fattispecie incriminatrice. Tuttavia, nonostante il riconoscimento fatto dalla Suprema Corte, resta da capire se tale fatto possa superare i limiti imposti dalla normativa al fine di determinare una responsabilità del Magistrato. Ebbene, la legge 117/1988, richiede che il comportamento del Magistrato sia sorretto da dolo o da colpa grave, escludendo al comma II dell'articolo 2, la responsabilità qualora il fatto dannoso sia dovuto ad erronea interpretazione delle norme di diritto, erronea valutazione del fatto o delle prove. Orbene, nel

20 Cass. Pen., Sez. IV, n. 2733/1996; Cass. Pen., Sez. IV, n. 2651/2000.

21 Cass. Pen., SS. UU., del 29 maggio 2014, n. 42858.

caso di specie non trattandosi di abrogazione di una fattispecie penale si da rendere palese l'illegittima perduranza della restrizione della libertà personale, la mancata attivazione da parte del Pubblico Ministero, difficilmente potrebbe essere inquadrata in una ipotesi di colpa grave o addirittura di dolo, soprattutto alla luce del paritario potere riconosciuto ad entrambe le parti di attivare lo strumento esecutivo, che potrebbe fondare quasi un principio di auto-responsabilità del condannato, ed in considerazione del fatto che la parte pubblica ben potrebbe incorrere in un errore di valutazione del fatto – consistente nella ritenuta congruità del regime sanzionatorio in concreto irrogato dal Giudice della cognizione – restando tale comportamento scusato dal comma II dell'articolo 2.

Pertanto, sembra potersi escludere la possibilità per il condannato di ottenere pure siffatta forma di risarcimento.

In conclusione, stante il disposto dell'articolo 73 ordinamento giudiziario, così come affermato pure dalla Suprema Corte nella sua massima composizione, può dirsi obbligo del Pubblico Ministero di farsi parte diligente nell'attivazione del procedimento esecutivo al fine di ripristinare la legittimità della pena, senza che però l'eventuale inosservanza possa essere determinante ai fini di qualsivoglia risarcimento, sia sotto forma di indennizzo per ingiusta detenzione sia sotto forma di responsabilità civile del magistrato.

***Le operazioni sotto copertura: agente infiltrato e agente provocatore.  
Profili e limiti di legittimità dell'undercover agent.  
Un caso aperto: l'(in)applicabilità nella vicenda "Fanpage" - "Bloody  
Money".***

**di Maria ESPOSITO\***

**SOMMARIO:** **1.** L'agente provocatore e l'agente infiltrato. Evoluzione storica delle operazioni sotto copertura. **2.** Le indagini sotto copertura nell'ordinamento italiano. **2.1.** La disciplina in materia di contrasto al narcotraffico. **2.2.** L'agente infiltrato nella lotta alla criminalità organizzata. **2.3.** Le innovazioni in tema di contrasto allo sfruttamento della pornografia minorile. **2.4.** La Convenzione O.N.U. di Palermo e la normativa in tema di terrorismo. **2.5.** Il tentativo di *reductio ad unitatem*. La legge n. 146/2006. **2.6.** L'agente infiltrato e i "servizi segreti". **2.7.** La legge cosiddetta "Spazza corrotti": innovazioni e criticità con riguardo all'agente infiltrato nei fatti di corruzione. **3.** Risvolti processuali ed utilizzabilità delle prove. Il caso "Fanpage". **3.1.** Condotte scriminate, condotte penalmente rilevanti e regime di utilizzabilità degli elementi probatori raccolti. **3.2.** Il caso "Fanpage": possibili scenari. **3.3.** Il regime di utilizzabilità delle dichiarazioni auto indizianti rese dall'indagato all'*undercover*. **3.4.** La testimonianza dell'agente infiltrato. **4.** Conclusioni.

**ABSTRACT:** *The special investigation technique of undercover operations was introduced in the Italian legal system in the 90s as a special instrument against the drug trade. Since then, the Italian legislator has introduced several laws to apply this technique to combat other crimes, such as child pornography, organized crime and, at last, corruption. The present work analyzes the substantial legislative discipline and the procedural implications of the undercover operations, particularly distinguishing between undercover agent and provocateur agent. In fact, the undercover agent's activity is recognized and justified by law, while it is not the same for the provocateur agent's one. So, what happens if anyone acts as a provocateur agent? In the "Fanpage" case, for example, some journalists pretend to be corrupters to find out payments of bribes in order to dispose of waste in Campania. Neapolitan*

\* *Dottoressa in Giurisprudenza, tirocinante ex art. 73 l. 98/13 presso la Procura della Repubblica di Nocera Inferiore.*

*judges will decide whether the activity of journalists as provocateur agents is justified or, on the contrary, criminally relevant for the Italian legal system.*

### **1. L'agente provocatore e l'agente infiltrato. Evoluzione storica delle operazioni sotto copertura.**

In principio fu il serpente che provocò Eva che indusse Adamo a cogliere il frutto proibito, cagionando così la cacciata dell'uomo dal giardino dell'Eden. In realtà i racconti religiosi, mitologici e storici pullulano di agenti provocatori che, in tempi e luoghi e con modalità differenti, hanno indotto i "cattivi malcapitati" di turno a compiere misfatti cui sono seguite conseguenze per nulla piacevoli. Omero, ad esempio, ci regala la narrazione della guerra di Troia conclusasi con l'omaggio degli Achei, che fittiziamente battevano in ritirata, ai Troiani di questa mastodontica opera<sup>1</sup> per ristabilire con loro la pace. Mai i Troiani avrebbero potuto immaginare che la loro ingenuità li avrebbe condotti all'estinzione della loro stirpe in un'unica notte, giusta punizione per il rapimento della regina Elena e il tradimento di Menelao. Oppure possiamo ricordare le perfide sorelle di Psiche che, dopo aver indotto la fanciulla a svelare l'identità del marito, furono dalla stessa raggirate fino al punto di suicidarsi.

Insomma, gli "artifici" finalizzati alla punizione di coloro che si sono macchiati di un crimine, sono sempre esistiti. E la sola circostanza che le figure dell'agente infiltrato e dell'agente provocatore siano oggi previste e disciplinate dagli ordinamenti giuridici, non fa venir meno il loro carattere in un certo senso "truffaldino", dato che le attività poste in essere si fondano pur sempre sull'induzione in errore dei delinquenti sulla reale qualità dei predetti agenti.

Da un punto di vista strettamente giuridico e politico – poiché ogni scelta legislativa è sempre figlia della politica del tempo in cui viene adottata – la figura dell'agente provocatore assume una spiccata rilevanza nel periodo dell'Assolutismo francese. Nei secoli XVII e XVIII, al fine di rafforzare il potere del principe mediante l'eliminazione degli avversari politici, venne creata la classe dei "delatori". Si trattava di privati cittadini cui veniva affidato il compito di guadagnarsi la fiducia di individui sospettati di essere contrari alla linea

---

<sup>1</sup> Per amor di verità, si precisa che l'opera nota come "cavallo di Troia" è in realtà un falso storico conseguente ad un errore di traduzione. L' "Hippos" di cui parlava Omero, infatti, non era una struttura in legno a forma di cavallo, che tante perplessità ha sempre suscitato sul suo significato, bensì si trattava di una nave da guerra di tipo fenicio recante una polena a forma di testa di cavallo.

politica della classe dominante per poi denunciarli alle autorità. Ben presto, però, ci si rese conto che la mera attività di spionaggio non era di per sé sufficiente, pertanto si passò alla vera e propria provocazione degli individui sospetti così da sorprenderli durante la commissione degli illeciti (consistenti per lo più in reati politici).

Solo nell'Ottocento, grazie allo studio di illustri giuristi tedeschi, viene per la prima volta delineata una figura generale di agente provocatore, non associata soltanto ai reati politici. Secondo Julius Glaser è agente provocatore «*chiunque determina o istiga altri al reato perché vuole che questi venga preso sul fatto e punito*»<sup>2</sup>, senza far alcun riferimento alle qualità personali tanto del provocatore quanto del provocato.

La dottrina italiana muove proprio dalla nozione ampia elaborata dagli studiosi tedeschi. La scuola classica colloca la figura dell'agente provocatore nell'ambito del concorso morale, qualificandolo quale un istigatore che determina altri al compimento di un reato «*non perché abbia interesse nella consumazione di quel delitto, o nimistà contro la vittima designata; ma perché invece ha interesse che il delitto o si commetta o si tenti al fine che ne avvenga male allo stesso istigato*»<sup>3</sup>. Il "nobile" scopo rappresentato dalla punizione dell'istigato, però, non fa venir meno la punibilità dell'agente provocatore, la cui condotta era ritenuta strettamente connessa a quella dell'autore materiale. Fa eccezione la posizione del Brusa, il quale distingue la figura dell'agente provocatore da quella degli altri compartecipi, sulla scorta dell'utilità sociale dell'attività da esso svolta e dell'assenza del dolo nella commissione degli illeciti penali.

Solo con l'introduzione del Codice Rocco e fino, circa, agli anni '50, tanto in giurisprudenza quanto in dottrina si sviluppa un proficuo il dibattito intorno alla figura dell'agente provocatore. A partire dal 1941, difatti, da un lato la Corte di Cassazione ha pronunciato delle sentenze<sup>4</sup> che affrontano la questione giuridica ed offrono un criterio per individuare alcune condotte illecite tipiche dell'agente provocatore, definito come «*colui che si camuffa da delinquente per accertare od impedire il crimine in itinere*»<sup>5</sup>. Dall'altro lato, invece, la dottrina riduce le svariate figure dell'agente provocatore create dalla prassi all'unica figura del *fictus emptor* e della finta vittima da utilizzare nei reati-contratto. Terminata la seconda guerra mondiale ed entrata in vigore la nuova

<sup>2</sup> B. OCCHIUZZI, *La responsabilità dell'agente provocatore e del provocato nella disciplina delle operazioni sotto copertura*, Università di Pisa, 2017, p. 4.

<sup>3</sup> F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, 1875.

<sup>4</sup> Cass. Sez. III del 23 Gennaio 1941.

<sup>5</sup> Cass. Sez. I del 6 Luglio 1943.

Carta costituzionale, i giuristi aprono un ampio dibattito dal quale emergono tre principali filoni: un primo gruppo di penalisti segue le orme della scuola classica, per cui al fatto commesso dall'agente provocatore seguirebbe il trattamento sanzionatorio prescritto per il reato conseguente alla sua condotta istigatrice; vi è poi un'impostazione innovativa che estromette dal concetto la figura del privato, prevedendo la possibilità di rivestire la qualifica di agente provocatore solo in capo agli agenti di polizia giudiziaria; l'ultima impostazione si basa sull'utilizzo nelle indagini del *fictus emptor* la cui azione sarebbe «*il punto di emersione del reato apparente*»<sup>6</sup>.

Tra gli anni '70 e i primi anni '90, quando il legislatore è finalmente intervenuto dettando una disciplina delle operazioni sotto copertura in materia di sostanze stupefacenti e psicotrope, la giurisprudenza e la dottrina si sono fermamente orientate nell'operare un distinguo tra la classica figura dell'agente provocatore e quella, emersa successivamente, dell'agente infiltrato.

L'agente provocatore, infatti, in assenza di una norma che ne scriminasse l'attività e alla luce delle ricostruzioni interpretative operate negli anni da illustri penalisti, viene considerato a tutti gli effetti un compartecipe ai sensi dell'art. 110 c.p. nella commissione dell'illecito posto in essere dal soggetto istigato. La sua condotta, difatti, è causalmente orientata a provocare un delitto che altrimenti non sarebbe stato commesso dal provocato. Dunque la sua attività non può essere scriminata facendo ricorso alla generale causa di giustificazione prevista dall'art. 51 c.p. sotto la rubrica "adempimento di un dovere" poiché l'art. 55 c.p.p. fa obbligo alla polizia giudiziaria di assicurare le prove dei reati e di ricercarne i colpevoli, escludendo la possibilità di ricorrere a metodi provocatori.

Al contrario, l'agente infiltrato si inserisce in una o più attività illecite al solo scopo di scoprire, denunciare o cogliere in flagranza i responsabili di uno più delitti ponendosi, rispetto ad essi, quale mero osservatore. Tale condotta è totalmente in linea con gli obblighi imposti in capo agli agenti di polizia giudiziaria dall'art. 55 c.p.p.

Siffatta ricostruzione interpretativa è chiaramente sintetizzata in un'importante sentenza in materia della Corte di Cassazione la quale distingue nettamente la figura dell'agente infiltrato da quella dell'agente provocatore:

*«Il primo, la cui condotta è ritenuta legittima, è un appartenente alle forze di polizia o un suo collaboratore che agisce in modo controllato nell'ambito di un*

---

<sup>6</sup> A. De Marsico, *Il reato apparente e l'apparenza nella teoria del reato*, in *Studi in memoria di Arturo Rocco*, Milano 1952.

*attività di indagine ufficiale ed autorizzata con finalità di osservazione e contenimento di condotte criminose che, in base a sospetti, si suppone che altri soggetti siano in procinto di commettere.*

*Il secondo, invece, anche al di fuori di un'indagine ufficialmente autorizzata, determina altri soggetti alla commissione di reati che, senza la sua azione, non sarebbero stati commessi e la sua attività non è consentita»<sup>7</sup>.*

Sul tema si è espressa a più riprese anche la Corte di Strasburgo, la quale ha accertato la violazione del principio del *fair trial*, qualora l'attività dell'agente si configuri quale quella del *agent provocateur* anziché dell'*undercover agent*. Chiarificatrice in tal senso è la sentenza emessa nel 1998 nel caso Teixeira de Castro c. Portogallo<sup>8</sup>, in cui la Corte ha affermato la violazione dell'art. 6 C.E.D.U. a seguito dell'arresto di un soggetto non indagato e incensurato che era stato istigato a comprare dell'eroina, poiché non vi erano sufficienti prove capaci di dimostrare che il soggetto fosse predisposto a commettere un reato e, peraltro, l'attività di investigazione non era stata esercitata in maniera passiva, bensì con modalità tali da influenzare l'indagato al punto da indurlo a commettere il fatto. La Corte ha ritenuto violato l'art. 6 C.E.D.U. in virtù della circostanza che l'imputato era stato condannato sulla scorta delle sole dichiarazioni rese dall'agente di polizia e in assenza di elementi che indicassero che, in mancanza del suo apporto, l'attività delittuosa si sarebbe comunque realizzata. Difatti, «*un conto sono le operazioni sotto copertura, altro è provocare il reato da parte di chi non aveva un proposito criminoso*»<sup>9</sup>.

## **2. Le indagini sotto copertura nell'ordinamento italiano.**

Proprio al fine di sottrarre dall'esame del giudice penale gli ufficiali di polizia giudiziaria impiegati in attività sotto copertura poste al limite tra la figura dell'agente provocatore e quella dell'agente infiltrato, a partire dagli anni novanta è intervenuto il legislatore mediante l'introduzione di alcune speciali cause di giustificazione<sup>10</sup>, che si aggiungevano alla più generale previsione di cui all'art. 51 c.p.

<sup>7</sup> Cass. Pen., sez. III, sent. del 3 maggio 2011 n. 17199.

<sup>8</sup> Corte Europea dei diritti dell'uomo, case Of Teixeira De Castro V. Portugal (44/1997/828/1034), 9 giugno 1998.

<sup>9</sup> Corte Europea dei diritti dell'uomo, case Of Ramanauskas V. Lithuania (74420/01), 5 Febbraio 2008.

<sup>10</sup> Con riferimento specifico al contrasto al narcotraffico, le Commissioni permanenti II e XII riunite del Senato scrivevano che le disposizioni poi concretizzatesi nella stesura degli artt. 97 e 98 del D.P.R. 309/90 avevano come scopo quello di «*consentire eventuali infiltrazioni e (per) scoprire le dirompimenti delle organizzazioni operanti nel settore, senza correre il rischio di essere*



### **2.1. La disciplina in materia di contrasto al narcotraffico.**

Il primo intervento del legislatore italiano con riferimento alla figura dell'agente infiltrato si è avuto con il D.P.R. 309/90 in materia di sostanze stupefacenti e psicotrope, il cui art. 97 autorizzava la polizia giudiziaria all'acquisto simulato di droga. A norma del citato articolo, difatti, *«fermo il disposto dell'art. 51 del codice penale, non sono punibili gli ufficiali di polizia giudiziaria addetti alle unità specializzate antidroga, i quali, al solo fine di acquisire elementi di prova in ordine ai delitti previsti dal presente testo unico ed in esecuzione di operazioni anticrimine specificatamente disposte (...) anche per interposta persona, acquistano, ricevono, sostituiscono od occultano sostanze stupefacenti o psicotrope o compiono attività prodromiche e strumentali»*. Veniva così introdotta una speciale causa di giustificazione con conseguente esclusione dell'antigiuridicità del fatto commesso dall'ufficiale di P.G..

Va innanzitutto evidenziata la portata innovativa della norma in questione la quale, per prima nel nostro ordinamento, prevede e regola la figura del *fictus emptor* permettendo all'agente infiltrato in operazioni di contrasto alla criminalità in materia di sostanze stupefacenti di porre in essere le condotte tipiche previste e punite dagli artt. 73 e ss. del D.P.R. n. 309/90 senza però incorrere in sanzioni penali.

L'esigenza di prevedere un simile espediente risiede principalmente nella necessità di studiare l'organizzazione criminale dedita alla coltivazione, importazione, acquisto e vendita di sostanze stupefacenti "dall'interno" al fine di individuare i soggetti che ricoprono posizioni di rilievo. Le normali tecniche di indagine, difatti, portano alla luce per lo più l'ultimo atto di cessione tra il piccolo spacciatore e il consumatore finale delle sostanze stupefacenti, lasciando ignoti e, dunque, impuniti gli organizzatori dell'attività criminosa.

Analizzando il testo di legge, va anzitutto messa in risalto la clausola di salvaguardia con cui si apre la previsione normativa grazie alla quale, al fine di rendere quanto più ampio possibile lo spazio di intervento della polizia giudiziaria, continua ad operare in via residuale la scriminante di cui all'art. 51 c.p., ove non risulti applicabile l'esimente speciale.

La norma in questione, infatti, prevede dei precisi limiti di operabilità. Dal punto di vista soggettivo, essa è applicabile unicamente nei confronti del

---

*considerati agenti provocatori punibili per l'illiceità del traffico e dell'acquisto fatto: vi è infatti una giurisprudenza secondo cui l'agente provocatore non è punibile solo quando svolga opera prevalentemente di controllo, di osservazione e di contenimento dell'attività illecita altrui»*.

personale addetto alle unità specializzate antidroga – che può comunque servirsi di interposte persone per l'espletamento dell'attività di *undercover* – e non per qualunque altro ufficiale di polizia giudiziaria<sup>11</sup>.

Dal punto di vista procedurale, invece, l'art. 97 stabilisce che le operazioni anticrimine devono essere specificatamente disposte dalla Direzione centrale per i servizi antidroga ovvero, d'intesa con questa, dal questore, dal comandante provinciale dei Carabinieri o della Guardia di finanza o dal comandante del nucleo di polizia tributaria o dal direttore della Direzione investigativa antimafia. Dunque l'ufficiale di polizia giudiziaria non è *dominus* dell'operazione sotto copertura e, peraltro, dell'esecuzione di siffatte operazioni deve sempre dare immediata e dettagliata comunicazione alla Direzione centrale per i servizi antidroga e all'autorità giudiziaria. L'eventuale inosservanza della procedura prescritta, infatti, comporterebbe una responsabilità sul piano disciplinare, ferma restando la capacità dell'*undercover* di testimoniare nel processo<sup>12</sup>.

Con riguardo alle azioni coperte dalla causa di giustificazione, infine, è esclusa la punibilità della condotta dell'agente «*non soltanto con riferimento all'acquisto della droga, ma anche in relazione a tutte quelle altre attività connesse, tese comunque all'accertamento dei destinatari e dei successivi ricettori dello stupefacente*».<sup>13</sup> Per "attività connesse" deve intendersi, a titolo esemplificativo, il ricevimento, la sostituzione, l'occultamento, la detenzione e il trasporto delle sostanze stupefacenti, mentre ne resta esclusa l'attività di vendita<sup>14</sup>.

Al di fuori dell'area scriminata coperta dall'art. 97, si collocano tutte quelle attività ricollegabili ad una tecnica investigativa provocatoria ed istigatrice. In tal senso si è ripetutamente espressa la Suprema Corte, chiarendo che non

<sup>11</sup> Restano esclusi gli agenti di polizia giudiziaria, gli ufficiali che non svolgono funzioni in seno alle unità specializzate antidroga e il privato che collabori con le forze di polizia in qualità di agente provocatore. Per approfondimenti vedi Cass. pen., sez. IV, sent. del 22 settembre 2000 n. 11634.

<sup>12</sup> La giurisprudenza di legittimità è difatti costante nel ritenere che «*eventuali anomalie dell'attività investigativa svolta sotto copertura ed eventuali abusi commessi nell'espletamento della stessa, in violazione delle procedure previste dall'art. 97 D.P.R. n. 309 del 1990, non hanno alcun riverbero negativo sull'esercizio dell'azione penale, ma possono assumere rilievo sul piano disciplinare*» (*ex multis*, Cass. pen., sez. VI, sent. del 12 aprile 2000 n. 8722).

<sup>13</sup> Cass. pen., sez. IV, sent. del 29 maggio 2001 n. 33561.

<sup>14</sup> «*La vendita di sostanze stupefacenti non rientra tra le attività sotto copertura (...). Ne consegue che, in tal caso, gli ufficiali di polizia giudiziaria non possono essere sentiti quali testimoni, ma, assumendo la qualità di coimputati in procedimento connesso o collegato, possono essere esaminati a norma dell'art. 210 c.p.p.*» (Cass. pen., sez. VI, sent. del 11 febbraio 2009 n. 12142).

sussiste la predetta scriminante nel caso in cui l'agente coinvolto in operazioni sotto copertura *«compia attività che si caratterizzano per determinare taluno a commettere illeciti penali prima inesistenti, atteso che l'esimente è configurabile solo in relazione all'acquisizione di prove relative ad attività illecite già in corso»*<sup>15</sup>. L'attività dell'agente provocatore che travalichi i limiti di operabilità della speciale causa di giustificazione ex art. 97 d.P.R. 309/90, può essere ricondotta sotto l'alveo della scriminante di cui all'art. 51 c.p. «soltanto se il suo intervento è indiretto e marginale nell'ideazione ed esecuzione del fatto, cioè se il suo intervento costituisce prevalentemente attività di controllo, di osservazione e di contenimento dell'altrui illecita condotta»<sup>16</sup> in quanto, secondo la giurisprudenza, *«è adempimento di un dovere perseguire i reati commessi, non suscitare azioni criminose al fine di arrestare gli autori»*<sup>17</sup>. L'agente provocatore, dunque, sarà punibile a titolo di concorso nel reato qualora la sua attività istigatrice, determinando il reo nella commissione di un fatto che altrimenti non avrebbe posto in essere, assume rilevanza causale rispetto al fatto commesso dal soggetto provocato, con l'ulteriore conseguenza sul piano processuale dell'inutilizzabilità delle prove raccolte durante le attività di indagine.

## **2.2. L'agente infiltrato nella lotta alla criminalità organizzata.**

A due anni di distanza dalla prima regolamentazione delle indagini sotto copertura, a seguito delle cruenti stragi di Palermo ad opera della mafia, con la previsione di cui all'art. 12 quater del d. l. 306/92, convertito con modificazioni in legge n. 356/92, il legislatore estendeva l'utilizzo della tecnica investigativa speciale dell'agente infiltrato anche alle operazioni di contrasto alla criminalità mafiosa. Veniva così introdotta un'ulteriore scriminante speciale, simile a quella precedentemente analizzata, con specifico riguardo alle materie di riciclaggio di denaro e traffico di armi ed esplosivi.

Il primo comma dell'art. 12 quater, difatti, stabilisce che non sono punibili gli ufficiali di polizia giudiziaria appartenenti alla Direzione Investigativa Antimafia o ai servizi centrali e interprovinciali della Polizia di Stato, dell'Arma dei carabinieri e del Corpo della guardia di finanza *«i quali, al solo fine di acquisire elementi di prova in ordine ai delitti di cui agli artt. 648 bis e 648 ter del codice penale, procedono alla sostituzione di denaro, beni o altre utilità provenienti da*

<sup>15</sup> Cass. pen., sez. III, sent. del 15 gennaio 2016 n. 31415.

<sup>16</sup> *Ex multis*, Cass. pen., sez. VI, sent. del 22 settembre 1999 n. 12347.

<sup>17</sup> Cass. pen., sez. VI, sent. del 11 aprile 1994 n. 6425.

*taluno dei delitti indicati nei suddetti articoli, o altrimenti procedono in modo da ostacolare l'identificazione della provenienza ovvero in modo da consentirne l'impiego».*

Ai sensi del secondo comma, invece, ugualmente non sono punibili gli stessi ufficiali di polizia giudiziaria «*i quali, al solo fine di acquisire elementi di prova in ordine a delitti concernenti armi, munizioni od esplosivi, acquistano o ricevono od occultano o comunque si intromettono nel fare acquisire, ricevere od occultare le armi, le munizioni o gli esplosivi medesimi*». Vi sono delle analogie strutturali tra la figura del *fictus emptor* di sostanze stupefacenti e l'agente sotto copertura nelle operazioni di contrasto alla criminalità organizzata. Anche in questo secondo caso, infatti, il legislatore prevede dei limiti soggettivi, in quanto *undercovers* in materia di ricettazione, riciclaggio ed armi possono essere esclusivamente agenti di polizia giudiziaria appartenenti alla D.I.A. o ai servizi centrali e interprovinciali delle forze armate, escludendo, però, la possibilità di servirsi di interposte persone.

La procedura prescritta, invece, consiste da un lato nel dovere di comunicare immediatamente l'attività sotto copertura all'autorità giudiziaria, dall'altro nell'affidamento dell'esecuzione delle operazioni al capo della Polizia-direttore generale della Pubblica Sicurezza, al comandante generale dell'Arma dei Carabinieri ovvero della Guardia di finanza ovvero al commissario per il coordinamento della lotta alla delinquenza di tipo mafioso quando ad essa procedono ufficiali di polizia giudiziaria della D.I.A.; eppure il legislatore, pur ispirandosi al modello di agente infiltrato disciplinato dall'art. 97 d.P.R. n. 309/90, ha finito per distaccarsi dallo stesso provvedendo a creare una nuova forma di agente sotto copertura. Si è fatta strada, infatti, l'idea di un soggetto che si insinua nell'organizzazione criminale per un lungo tempo non allo scopo di provocare reati bensì di lasciarsi provocare alla commissione degli stessi per inserirsi stabilmente nel sodalizio criminale diventandone un membro a tutti gli effetti<sup>18</sup>.

### **2.3. Le innovazioni in tema di contrasto allo sfruttamento della pornografia minorile.**

Ragioni affini a quelle che hanno determinato il legislatore alla previsione della figura dell'agente sotto copertura per la lotta al narcotraffico e alla criminalità organizzata, sono state poste alla base dell'estensione di tale tecnica

---

<sup>18</sup> Per approfondimenti vedi C. DE MAGLIE, *Gli «infiltrati» nelle organizzazioni criminali: due ipotesi di impunità*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1993, pp. 1059 e ss.

investigativa per contrastare lo sfruttamento della pornografia minorile. La diffusione capillare del fenomeno, agevolato dall'utilizzo delle moderne tecnologie informatiche, rendeva le ordinarie tecniche di indagine inadeguate a contrastarlo e ad individuare i soggetti responsabili. Pertanto il legislatore ha introdotto nella legge n. 269/98 l'art. 14, il quale prevede che *«gli ufficiali di polizia giudiziaria delle strutture specializzate per la repressione dei delitti sessuali o per la tutela dei minori, ovvero di quelle istituite per il contrasto dei delitti di criminalità organizzata, possono, previa autorizzazione dell'autorità giudiziaria (...) procedere all'acquisto simulato di materiale pornografico e alle relative attività di intermediazione, nonché partecipare alle iniziative turistiche di cui all'articolo 5 della presente legge<sup>19</sup>»*. Soggetti autorizzati a svolgere attività sotto copertura sono, ancora una volta, ufficiali di Polizia Giudiziaria inseriti nelle strutture specializzate sopra indicate<sup>20</sup>, mentre le attività scriminate consistono nel porre in contatto o comunque agevolare un contatto già esistente tra soggetti intenzionati allo scambio di materiale pornografico e nel contribuire all'organizzazione e alla propaganda di iniziative turistiche a scopo pornografico.

Peraltro, il comma 2 del medesimo articolo, prevede che *«nell'ambito dei compiti di polizia delle telecomunicazioni (...) l'organo del Ministero dell'interno per la sicurezza e la regolarità dei servizi di telecomunicazione svolge, su richiesta dell'autorità giudiziaria, motivata a pena di nullità, le attività occorrenti per il contrasto dei delitti»* in materia di pedopornografia *«commessi mediante l'impiego di sistemi informatici o mezzi di comunicazione telematica ovvero utilizzando reti di telecomunicazione disponibili al pubblico. A tal fine, il personale addetto può utilizzare indicazioni di copertura, anche per attivare siti nelle reti, realizzare o gestire aree di comunicazione o scambio su reti o sistemi telematici, ovvero per partecipare ad esse. Il predetto personale specializzato effettua con le medesime finalità le attività di cui al comma 1 anche per via telematica»*. Il dettato normativo non dà l'immediata percezione di quali siano

<sup>19</sup> Ovvero le fattispecie previste dall'art. 600 quinquies c.p., rubricato *«Iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile»*, a norma del quale *«chiunque organizza o propaganda viaggi finalizzati alla fruizione di attività di prostituzione a danno di minori o comunque comprendenti tale attività è punito con la reclusione da sei a dodici anni e con la multa da lire trenta milioni a lire trecento milioni»*.

<sup>20</sup> A tal riguardo si evidenzia che l'art. 17 della legge n. 269 del 1998 prevede l'istituzione presso la squadra mobile di ogni questura, di una unità specializzata di polizia giudiziaria avente il compito di condurre le indagini sul territorio con riferimento ai delitti previsti dalla legge in esame. Sul punto vedi O. FORLENZA, *Polizia giudiziaria, ecco i nuclei specializzati*, in *Guida dir.*, 1998, 33, p. 56.

le condotte scriminate<sup>21</sup>. Da un lato, infatti, gli ufficiali di polizia giudiziaria hanno la possibilità di porre in essere le condotte enunciate nel primo comma anche per via telematica<sup>22</sup>, allo scopo di reprimere i reati di pedopornografia commessi mediante l'utilizzo di sistemi informatici o mezzi di comunicazione telematica ovvero utilizzando reti di telecomunicazione disponibili al pubblico. Dall'altro, però, la norma riconosce anche la facoltà di "creare" siti ed aree di comunicazione e scambio su reti e sistemi telematici ai quali partecipare in veste di agenti infiltrati ma che, di fatto, funzionerebbero da esca per i colpevoli.

Diverso, rispetto alle previsioni del 1990 e del 1992, è l'*iter* procedurale per attivare tale tecnica investigativa speciale. Le attività elencate nel comma 1, infatti, devono essere disposte dal questore o dal responsabile di livello almeno provinciale dell'organismo di appartenenza e richiedono la previa autorizzazione dell'autorità giudiziaria<sup>23</sup>, alla quale, peraltro, va data immediata comunicazione dell'acquisto di materiale pedopornografico. Le operazioni previste dal comma 2, invece, nascono su impulso dell'autorità giudiziaria che deve effettuarne, a pena di nullità, una richiesta motivata. L'autorizzazione prescritta per le attività di cui primo comma è «*il mezzo mediante il quale si rimuove l'ostacolo che impedisce alla polizia giudiziaria di agire direttamente*»<sup>24</sup>; la richiesta di cui al secondo comma, al contrario, è «*funzionale ad attivare gli organi del Ministero, soggetti che di norma non posseggono alcun potere investigativo*»<sup>25</sup> e dunque rappresenta il mezzo mediante il quale si attribuisce un potere ad un soggetto che ne è normalmente sprovvisto, ragion per cui l'obbligo di motivazione è previsto a pena di nullità<sup>26</sup>.

<sup>21</sup> Per approfondimenti vedi C. DI BUGNO, *Sub art. 14 l. 269/1998*, in *Legisl. pen.*, 1999, p. 153.

<sup>22</sup> A tal riguardo, la giurisprudenza di legittimità ha precisato che «*l'attività di contrasto contro la pedopornografia è esercitabile dagli organi di polizia giudiziaria, previa autorizzazione dell'autorità giudiziaria, solo per acquisire elementi di prova in ordine ai delitti espressamente indicati nell'art. 14 della L. 3 agosto 1999, n. 269, norma eccezionale insuscettibile di interpretazione analogica ovvero estensiva*».

<sup>23</sup> L'autorizzazione in questione non è però necessaria per l'attività di contrasto che «*consista soltanto nell'accesso a fini investigativi, da parte di personale di polizia giudiziaria, mediante uso di una determinata parola chiave, a "files" condivisi, senza che tale attività sia accompagnata da quella di acquisto simulato o di intermediazione nell'acquisto dei prodotti esistenti in detti "files"*». In tal senso Cass. pen., sez. V, sent. del 19 gennaio 2004 n. 21778.

<sup>24</sup> C. DI BUGNO, *Sub art. 14 l. 269/1998*, in *Legisl. pen.*, 1999, p. 158.

<sup>25</sup> C. DI BUGNO, *Sub art. 14 l. 269/1998*, in *Legisl. pen.*, 1999, p. 158.

<sup>26</sup> Sostiene la Suprema Corte, difatti, che «*in tema di intercettazioni via internet dirette a contrastare l'induzione, il favoreggiamento e lo sfruttamento della prostituzione e della pornografia minorili, l'art. 14, comma 2 (...) richiede una duplice garanzia: a) che l'attività di*

Altro momento di rottura dalle precedenti previsioni normative in tema di indagini sotto copertura è dato dall'assenza della clausola di rinvio all'esimente ex art. 51 c.p., cosicché saranno scriminate soltanto le attività strettamente riconducibili e rispondenti al dettato normativo predisposto dal legislatore speciale.

#### **2.4. La Convenzione O.N.U. di Palermo e la normativa in tema di terrorismo.**

L'efficacia delle indagini svolte sotto copertura e l'assunzione di una serie di impegni in ambito comunitario<sup>27</sup> ed internazionale<sup>28</sup>, anche a seguito degli attentati terroristici dell'11 settembre 2001, hanno determinato il legislatore all'introduzione di un'ulteriore figura di agente infiltrato in materia di contrasto al terrorismo internazionale. In particolare, il 15 novembre 2000 l'Assemblea generale delle Nazioni Unite adottava, con risoluzione 55/25, la Convenzione contro il crimine organizzato transnazionale, anche nota come Convenzione O.N.U. di Palermo. La Convenzione obbligava gli Stati aderenti a prevedere delle misure dirette ad introdurre le fattispecie criminose elencate dalla Convenzione stessa e dai suoi Protocolli e ad adottare adeguate strutture di prevenzione ed investigazione. In particolare, l'art. 20 prescrive agli Stati di disciplinare «*tecniche speciali di investigazione, quali la sorveglianza elettronica o di altro tipo e le operazioni sotto copertura da parte delle autorità competenti sul suo territorio allo scopo di combattere efficacemente la criminalità organizzata*». Peraltro, gli Stati vengono incoraggiati a stringere accordi o intese bilaterali o multilaterali per l'impiego di dette tecniche o, in mancanza di intese a livello internazionale, decisioni ad hoc per ogni caso concreto. In occasione della ratifica della Convenzione di Palermo, il legislatore avrebbe potuto, anzi probabilmente dovuto, procedere ad un riordino della legislazione

---

*polizia giudiziaria avvenga su richiesta dell'autorità giudiziaria; b) che tale richiesta sia motivata; disponendo, inoltre, che la mancanza di essa comporta la nullità delle indagini e dei relativi accertamenti. Ne consegue - ove le predette prescrizioni siano violate - l'inutilizzabilità, rilevabile in ogni stato e grado del procedimento, delle prove illegittimamente acquisite a norma dell'art. 191 cod.proc.pen.» (Cass. pen., sez. III, sent. del 3 dicembre 2001 n. 5397.*

<sup>27</sup> Ci si riferisce alla Convenzione adottata dal Consiglio UE il 18 dicembre 1997 sulla mutua assistenza e cooperazione tra autorità doganali (c.d. Convenzione "Napoli 2"), alla raccomandazione n. 16 del Piano d'azione contro la criminalità organizzata adottato dal Consiglio UE il 28 aprile 1997 e all'Accordo di mutua assistenza e cooperazione giudiziaria fra gli Stati membri della Comunità europea, Convenzione adottata dal Consiglio dei ministri della giustizia e degli affari interni dell'Unione Europea, all'esito della riunione del 29 maggio 2000.

<sup>28</sup> Il riferimento è alla Convenzione O.N.U. di Palermo contro il crimine organizzato transnazionale del 15 novembre 2000, adottata dall'Assemblea generale con risoluzione 55/25.



in materia di indagini sotto copertura, unificando e, al tempo stesso, riformando la relativa disciplina. Già da tempo, difatti, la dottrina<sup>29</sup> aveva evidenziato la necessità di colmare le lacune emergenti dalla prassi operativa e superare le differenze esistenti tra i vari modelli precedentemente introdotti nell'ordinamento italiano, al fine di dare una coerenza al sistema delle tecniche investigative speciali. Il Governo prima e il Parlamento poi, però, non hanno colto quest'opportunità, provvedendo ad introdurre un'ulteriore disciplina speciale, contenuta nell'art. 4 del d. l. n. 374/01, convertito con modificazioni nella legge n. 438/01.

Innanzitutto va precisato che la legge di conversione ha apportato profonde modifiche al testo inizialmente varato dal Governo, le quali rispondevano ad una duplice esigenza: da un lato si mirava a rafforzare i poteri della polizia giudiziaria nell'attività di ricerca della prova, dall'altro si tendeva a riequilibrare i rapporti fra gli organi di polizia e il pubblico ministero, restituendo a quest'ultimo poteri di controllo sullo svolgimento delle attività sotto copertura, in modo da fornire una garanzia ai soggetti coinvolti nelle indagini<sup>30</sup>.

La norma in questione esclude la punibilità degli ufficiali di polizia giudiziaria che «*al solo fine di acquisire elementi di prova in ordine ai delitti commessi con finalità di terrorismo, anche per interposta persona acquistano, ricevono, sostituiscono od occultano denaro, armi, documenti, stupefacenti, beni ovvero cose che sono oggetto, prodotto, profitto o mezzo per commettere il reato, o altrimenti ostacolano l'individuazione della provenienza o ne consentono l'impiego*». Soggetti autorizzati a svolgere siffatte attività sono gli ufficiali di polizia giudiziaria appartenenti agli organismi investigativi della Polizia di Stato e dell'Arma dei carabinieri specializzati nell'attività di contrasto al terrorismo e all'eversione e della Guardia di finanza competenti nelle attività di contrasto al finanziamento del terrorismo anche internazionale, i quali possono avvalersi di "interposte persone"<sup>31</sup> – privati o agenti di polizia giudiziaria – ovvero di

<sup>29</sup> In particolare, si vedano le critiche mosse da M. ZAMPELLI, *L'agente sotto copertura. Nuova ipotesi di contrasto al crimine organizzato*, Roma, 2004, p. 60; A. CISTERNA, *Attività sotto copertura, arriva lo statuto*, in *Guida dir.*, 2006, p. 78.

<sup>30</sup> Per approfondimenti vedi C. PIEMONTESE, *Sub art. 4 l. 438/ 2001*, in *Legisl. pen.*, 2001, p. 791.

<sup>31</sup> Ovvero «*colui il quale svolge direttamente delle attività che costituiscono il proprium dell'attività dell'undercover*», come ritenuto da P. IELO, *L'agente sotto copertura per i reati di corruzione nel quadro delle tecniche speciali di investigazioni attive e passive*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 5 marzo 2019.

“ausiliari<sup>32</sup>”. Elemento su cui a lungo ha dibattuto la dottrina, è stata proprio la possibilità di estendere la causa di giustificazione anche alle menzionate “interposte persone”. Invero, mentre per ufficiali e ausiliari l’efficacia dell’esimente è espressamente prevista, il silenzio del legislatore con riguardo agli “altri” soggetti che possono intervenire in tali operazioni porta a ritenere che per essi l’impunità potrà essere conseguita solo mediante l’applicazione delle generali cause di giustificazione, *in primis* quella ex art. 51 c.p., oggetto della clausola di salvaguardia con cui si apre l’art. 4.

Le operazioni, peraltro, devono essere disposte, in base all’appartenenza degli ufficiali impiegati, dal Capo della Polizia o dal Comandante generale dell’Arma dei carabinieri o della Guardia di finanza per le attribuzioni inerenti ai propri compiti istituzionali, ovvero, per loro delega, rispettivamente dal questore o dal responsabile di livello provinciale dell’organismo di appartenenza, ai quali deve essere data immediata comunicazione dell’esito della operazione.

Come anticipato sopra, le modifiche apportate dal Parlamento in sede di conversione del d. l. hanno inciso per lo più sui rapporti tra la polizia giudiziaria e il pubblico ministero. L’art. 4 co. 6 nella versione adottata dal Governo prevedeva un coinvolgimento del P.M. nella fase genetica dell’operazione e un obbligo di comunicazione allo stesso in capo all’amministrazione di polizia con riguardo ai risultati raggiunti. Data però la delicatezza delle operazioni in questione, il legislatore, in sede di conversione, ha ben disposto un ampliamento dei poteri ed un maggiore coinvolgimento in tutta l’attività del P.M., il quale ad oggi può richiedere il nominativo dell’ufficiale di polizia giudiziaria responsabile dell’operazione e degli eventuali ausiliari impiegati, nonché deve essere comunque informato, nel corso dell’operazione, delle modalità con cui la stessa viene espletata e dei soggetti che vi prendono parte. Lo scopo dei continui contatti tra l’amministrazione di polizia giudiziaria ed il pubblico ministero è quello di tenere costantemente aggiornata l’Autorità giudiziaria di tutta l’operazione sotto copertura, anche al fine di coordinare diversi filoni investigativi.

## **2.5. Il tentativo di *reductio ad unitatem*. La legge n. 146/2006.**

Solo con l’introduzione della legge n. 146/2006 il legislatore italiano ha perseguito la finalità della *reductio ad unitatem* della disciplina delle indagini

---

<sup>32</sup> «Ausiliario è colui che svolge una collaborazione ab externo con l’infiltrato, diversa dal coinvolgimento “diretto” in essa», in tal senso si esprime G. AMATO, *Se l’agente provocatore entra nel processo*, in *Gnosis*, 2/07, pag. 8

sotto copertura. Mediante il combinato disposto degli articoli 9 e 11 della predetta legge, si è avuta l'introduzione di una disciplina unica delle indagini sotto copertura e, contestualmente, l'abrogazione della maggior parte delle norme speciali in materia presenti nel nostro ordinamento.

La nuova disciplina si ispira al modello introdotto nel 2001 in tema di lotta al terrorismo internazionale. Legittimati a svolgere le operazioni sotto copertura, infatti, sono gli ufficiali di polizia giudiziaria della Polizia, dei Carabinieri e del Corpo della Guardia di finanza, appartenenti alle strutture specializzate o alla Direzione investigativa antimafia e gli ufficiali appartenenti agli organismi investigativi specializzati nell'attività di contrasto al terrorismo e all'eversione e, infine, gli ufficiali della Guardia di Finanza competenti nelle attività di contrasto al finanziamento del terrorismo, i quali possono peraltro avvalersi di agenti di polizia giudiziaria, di ausiliari e di interposte persone ai quali si estende la causa di non punibilità.

Sotto il profilo procedurale, invece, l'esecuzione delle operazioni deve essere disposta da organi di vertice<sup>33</sup>, ovvero, per loro delega, dai rispettivi responsabili a livello almeno provinciale, a seconda dell'appartenenza del personale impiegato. Peraltro, nel caso di operazioni relative ai delitti di cui all'art. 12 del T.U. n. 286/98 in materia di immigrazione, l'attività deve essere disposta di intesa con la Direzione centrale dell'immigrazione e della polizia delle frontiere; l'esecuzione delle attività antidroga, invece, è specificamente disposta dalla Direzione centrale per i servizi antidroga o, d'intesa con questa, dagli organi di vertice ovvero, per loro delega, dai rispettivi responsabili a livello almeno provinciale, secondo l'appartenenza del personale impiegato.

L'organo che dispone l'esecuzione delle operazioni deve preventivamente darne comunicazione al pubblico ministero al quale, se necessario o se richiesto, è indicato il nominativo dell'ufficiale responsabile dell'operazione nonché quelli degli eventuali ausiliari e interposte persone impiegati. In ogni caso, il pubblico ministero deve essere informato senza ritardo delle modalità e dei soggetti che partecipano all'operazione e dei risultati raggiunti. Le medesime informazioni, oltre che al pubblico ministero, devono essere fornite al procuratore generale presso la corte d'appello e, qualora si proceda per taluna delle ipotesi di cui all'art. 51 comma 3 bis c.p.p., al Procuratore

---

<sup>33</sup> L'espressione "organi di vertice" è stata definita «*ambigua e potenzialmente idonea a creare dubbi interpretativi*» dalla dottrina. B. PIATTOLI, *Tecniche speciali di investigazione nel crimine organizzato transnazionale. La riscrittura delle "undercover operations" e le ricadute nel processo penale*, in A.A.V.V. *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano. La Convenzione ONU di Palermo*, Milano, 2007, p. 463.

nazionale antimafia. La *ratio* di tali obblighi di informazione risiede nella necessità di coordinare le varie operazioni sotto copertura per evitare delle sovrapposizioni tanto tra le stesse, quanto con le investigazioni ordinarie che potrebbero pregiudicarne gli esiti<sup>34</sup>.

L'art. 9 predispone un elenco delle fattispecie delittuose per le quali è possibile predisporre le operazioni sotto copertura; si tratta dei delitti di riciclaggio, di impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita, di quelli contro la personalità individuale, di quelli concernenti armi munizioni ed esplosivi, di delitti in materia di immigrazione clandestina di cui all'art. 12 commi 3, 3 bis e 3 ter Testo Unico Immigrazione, dei delitti in materia di sfruttamento della prostituzione disciplinati dall'art. 3 l. n. 75 del 1958, nonché dei delitti commessi con finalità di terrorismo. Restano, dunque, esclusi i reati associativi ex artt. 416 e 416 bis e quelli disciplinati dagli artt. 318-321 c.p. (che erano invece indicati invece nella Convenzione di Palermo).

Aspetto sicuramente positivo della nuova disciplina è la previsione di un ampio numero di condotte, alcune delle quali precedentemente non scriminate, cui è estesa la causa di giustificazione. Al fine di accrescere i poteri degli agenti infiltrati, infatti, il legislatore prevede che operano lecitamente coloro che *«danno rifugio o comunque prestano assistenza agli associati, acquistano, ricevono, sostituiscono od occultano denaro, armi, documenti, stupefacenti, beni ovvero cose che sono oggetto, prodotto, profitto o mezzo per commettere il reato o altrimenti ostacolano l'individuazione della loro provenienza o ne consentono l'impiego»*. Nonostante tale elencazione, però, la dottrina ritiene che il legislatore avrebbe dovuto fare uno sforzo ulteriore e rendere lecite anche altre condotte necessarie per l'acquisizione di elementi probatori, quali ad esempio *«la ricettazione mediante intromissione e la ricettazione di munizioni o esplosivi, (...) la possibilità di riciclare o, comunque, di reimpiegare utilità diverse da beni o denaro»*<sup>35</sup>. Peraltro, la tecnica di formulazione normativa utilizzata fa ricorso ad espressioni imprecise, spesso ambigue e dubbie.

L'ultimo comma dell'art. 9 elenca le disposizioni oggetto di abrogazione, tra le quali non sono ricomprese: l'art. 14 l. n. 269 del 1998 in materia di immigrazione; l'art. 15 della legge n. 82 del 1991, il quale contempla operazioni controllate di pagamento del riscatto del tutto assimilabili alle

<sup>34</sup> Di tale opinione è A. CISTERNA, *Attività sotto copertura. Arriva lo statuto*, in *Guida dir.*, 2006, p. 82.

<sup>35</sup> F. GANDINI, *Guida alle operazioni sotto copertura. Strumenti investigativi e ruolo del Pm*, in *Dir. giust.*, 2006, 20, p. 103.

operazioni sotto copertura; l'art. 97 d.P.R. n. 309 del 1990 (il quale è però stato di recente modificato e allineato, sebbene non totalmente, ai modelli di attività *undercover* più moderni<sup>36</sup>. Il legislatore, in realtà, più che «*innovare direttamente, recepisce "normativamente" una lettura del previgente art. 97 suggerita dalla giurisprudenza*»<sup>37</sup>, la quale aveva già interpretativamente esteso la causa di giustificazione anche alle attività cosiddette "strumentali", ossia quelle che precedono e seguono l'atto di acquisto o ricezione – uniche operazioni espressamente scriminate – della sostanza stupefacente<sup>38</sup>).

## 2.6. L'agente infiltrato e i "servizi segreti".

Rapido accenno va fatto all'art. 17 della legge n. 124/07 in materia di stato giuridico del personale dei servizi di informazione per la sicurezza (cosiddetti servizi segreti), il quale introduce una speciale causa di giustificazione per il personale appartenente ai predetti servizi che «*ponga in essere condotte previste dalla legge come reato, legittimamente autorizzate di volta in volta in quanto indispensabili alle finalità istituzionali di tali servizi*» nel rispetto rigoroso di taluni limiti e procedure.

Con riguardo ai limiti dettati dai commi 2, 3, 4 e 5 dell'art. 17, si evidenzia che la scriminante in questione non si applica per le condotte dirette a mettere in pericolo o ledere la vita, l'integrità fisica, la personalità individuale, la libertà personale, la libertà morale, la salute o l'incolumità di una o più persone, nei casi dei delitti di cui agli articoli 289 e 294 c.p., dei delitti contro l'amministrazione della giustizia (salvo, in quest'ultimo caso, che si tratti di condotte di favoreggiamento<sup>39</sup> indispensabili alla buona riuscita dell'operazione), per le condotte previste e punite dall'art. 255 c.p. e dalla legge n. 75/1958. Peraltro, le condotte sono scriminate quando rispondono a

<sup>36</sup> «L'art. 4 terdecies del d. l. n. 272 del 2005 convertito con modificazione nella legge n. 49 del 2006, più comunemente conosciuta come legge Bossi-Fini, ha inciso profondamente sull'originario disposto dell'art. 97, adeguandolo ai modelli di attività sotto copertura elaborati nelle strategie di contrasto alla pedopornografia e al terrorismo. Le modifiche apportate riguardano quattro aree tematiche: le condotte scriminate, la legittimazione soggettiva, il ruolo della Direzione centrale per i servizi antidroga, l'utilizzo di mezzi, in primis documenti di copertura, che possano agevolare l'operazione». C. STOPPONI, *Le operazioni sotto copertura. Attività di prevenzione, attività di polizia giudiziaria, riflessi sulla prova dichiarativa*, Bologna, 2008, p. 32.

<sup>37</sup> C. STOPPONI, *Le operazioni sotto copertura. Attività di prevenzione, attività di polizia giudiziaria, riflessi sulla prova dichiarativa*, Bologna, 2008, p. 33.

<sup>38</sup> Ex multis, Cass. pen., sez. IV, sent. del 29 maggio 2001 n. 33561.

<sup>39</sup> E sempre che tali condotte di favoreggiamento non si realizzino mediante false dichiarazioni all'Autorità giudiziaria oppure attraverso occultamento della prova di un delitto ovvero non siano dirette a sviare le indagini disposte dall'Autorità giudiziaria.

quattro diversi requisiti: devono essere poste in essere nell'esercizio o a causa di compiti istituzionali dei servizi di informazione per la sicurezza, in attuazione di un'operazione autorizzata e documentata anche secondo le norme organizzative del Sistema di informazione per la sicurezza; devono risultare indispensabili e proporzionate al conseguimento di obiettivi non altrimenti perseguibili; devono essere frutto di un'obiettiva comparazione degli interessi pubblici e privati coinvolti; devono essere effettuate in modo da comportare il minor danno possibile per gli interessi lesi.

Circa la procedura necessaria, l'art. 18 prescrive l'autorizzazione motivata del Presidente del Consiglio dei ministri o dell'Autorità delegata, ove istituita, che deve essere rilasciata sulla base di una circostanziata richiesta del direttore del servizio di informazione per la sicurezza interessato, tempestivamente trasmessa informandone il D.I.S.<sup>40</sup>. Nei casi di assoluta urgenza che non consentono di acquisire la preventiva autorizzazione, il direttore del servizio di informazione per la sicurezza autorizza le condotte richieste e ne dà comunicazione immediata, e comunque non oltre le ventiquattro ore, al Presidente del Consiglio dei ministri, informandone il D.I.S., indicando le circostanze e i motivi dell'intervento d'urgenza. In tal caso il Presidente del Consiglio dei Ministri o l'Autorità delegata ratifica il provvedimento entro dieci giorni se riscontra la sussistenza dei presupposti di cui all'art. 17 e il rispetto del termine di comunicazione.

Qualora invece le condotte criminose fossero poste in essere in assenza dei presupposti prescritti ovvero eccedendo i limiti sopra evidenziati, il Presidente del Consiglio dei ministri informa l'autorità giudiziaria e l'infiltrato che ha compiuto l'operazione sotto copertura sarà indagato per i delitti da lui commessi. Sarà dunque compito del pubblico ministero prima e del giudice poi, valutare se nel caso concreto possa ritenersi applicabile comunque la generale causa di giustificazione ex art. 51 c.p., cui rinvia la clausola di salvaguardia con cui si apre l'art. 17 precedentemente esaminato.

## **2.7. La legge cosiddetta "Spazza corrotti": innovazioni e criticità con riguardo all'agente infiltrato nei fatti di corruzione.**

Da ultimo il legislatore, mediante l'approvazione della legge n. 3 del 2019 (cosiddetta legge "Spazza corrotti"), modificando l'art. 9 della legge n. 146/2006, ha ampliato il catalogo dei reati per i quali è possibile utilizzare la

---

<sup>40</sup> Dipartimento delle informazioni per la sicurezza, istituito presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri.

tecnica investigativa speciale delle operazioni sotto copertura, il quale oggi espressamente fa riferimento ai *«delitti previsti dagli articoli 317, 318, 319, 319 bis, 319 ter, 319 quater primo comma, 320, 321, 322, 322 bis, 346 bis, 353, 353 bis, 452 quaterdecies, 453, 454, 455, 460, 461, 473, 474, 629, 630, 644, 648 bis e 648 ter, nonché nel libro secondo titolo XII capo III sezione I del codice penale, ai delitti concernenti armi, munizioni, esplosivi, ai delitti previsti dall'articolo 12 commi 1, 3, 3 bis e 3 ter del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998 n. 286, nonché ai delitti previsti dal testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990 n. 309, e dall'articolo 3 della legge 20 febbraio 1958 n. 75»*. Innovativa è la previsione dell'utilizzabilità dell'agente sotto copertura per contrastare i reati di corruzione (con esclusione però delle condotte di istigazione alla corruzione, turbata libertà degli incanti e turbativa di un procedimento finalizzato alla formazione di un bando e peculato). I soggetti legittimati<sup>41</sup> potranno accettare l'offerta o la promessa di denaro o altra utilità, ovvero corrisponderli in esecuzione di un accordo illecito già concluso da altri, promettere o dare denaro o altra utilità richiesti da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio o sollecitati come prezzo della mediazione illecita verso un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio o per remunerarlo o compiono attività prodromiche e strumentali. Tuttavia, *«non è agevole cogliere quali siano le strutture specializzate che, operando nei limiti delle loro competenze, possano partecipare ad operazioni sotto copertura, soprattutto perché a livello nazionale non esistono strutture specializzate aventi una competenza autonoma nel settore in questione»*<sup>42</sup>. Deve pertanto ritenersi che se le indagini relative a fatti di corruzione fossero connesse ad indagini concernenti un altro settore per il quale esiste una struttura investigativa specializzata, quest'ultima sarà competente per tutte le operazioni svolte sotto copertura. Qualora ciò non avvenga, in assenza di specifiche strutture speciali di polizia giudiziaria nel settore della corruzione a livello nazionale, legittimati a

<sup>41</sup> Gli ufficiali di polizia giudiziaria della Polizia di Stato, dell'Arma dei carabinieri e del Corpo della guardia di finanza, appartenenti alle strutture specializzate o alla Direzione investigativa antimafia, nei limiti delle proprie competenze, i quali possono avvalersi di agenti di polizia giudiziaria, ausiliari e interposte persone.

<sup>42</sup> P. IELO, *L'agente sotto copertura per i reati di corruzione nel quadro delle tecniche speciali di investigazioni attive e passive*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 5 marzo 2019.



compiere tali operazioni saranno gli ufficiali appartenenti all'Arma dei Carabinieri, alla Polizia e alla Guardia di finanza a livello provinciale nel cui ambito esistono gruppi con specifica competenza nel settore della corruzione. A delineare i limiti di operabilità della causa di giustificazione interviene la relazione di accompagnamento al disegno di legge, la quale chiarisce che *«le condotte non punibili restano confinate a quelle necessarie per l'acquisizione di prove relative ad attività illecite già in corso e che non istighino o provochino la condotta delittuosa, ma s'inseriscano in modo indiretto o meramente strumentale nell'esecuzione di attività illecite altrui»*<sup>43</sup>, rimarcando la distinzione tra la condotta scriminata dell'agente infiltrato e quella, al contrario, penalmente rilevante dell'agente provocatore.

Per verificare la reale efficacia della novella, non resterà che attendere le prime applicazioni della speciale tecnica investigativa alle ipotesi criminose di concussione o corruzione. Allo stato, si può solo sollevare il dubbio sulla difficoltà che potranno avere gli agenti impiegati nel limitarsi ad osservare o a collaborare con gli indagati nell'esecuzione di condotte illecite già attivate, ad inserirsi nella commissione del reato a seguito di un *pactum sceleris* già concluso dagli indagati, senza scivolare nell'istigazione dei relativi reati.

### **3. Risvolti processuali ed utilizzabilità delle prove. Il caso "Fanpage".**

L'acquisto di sostanze stupefacenti e la creazione apposita di siti internet per scambiare immagini pedopornografiche al fine di individuare i responsabili di tali delitti, non integrano propriamente attività di agenti infiltrati in organizzazioni criminali, bensì si configurano per lo più come "esche" predisposte affinché i delinquenti possano "abboccare". Si tratta, dunque, di figure poste sulla sottile linea di confine che segna i limiti tra l'attività legittima dell'agente infiltrato e quella illegittima dell'agente provocatore. Tale circostanza assume rilievo quando si passa a studiare i risvolti processuali dell'utilizzo delle tecniche speciali di indagine.

#### **3.1. Condotte scriminate, condotte penalmente rilevanti e regime di utilizzabilità degli elementi probatori raccolti.**

L'art. 9 della legge n. 146/2006, infatti, scrimina le condotte poste in essere *«al solo fine di acquisire elementi di prova»*, tutte le attività poste in essere oltre i limiti ed i presupposti indicati dal legislatore, dunque, non saranno

<sup>43</sup> Relazione di accompagnamento al d.d.l. 1189 del 2018, approvato definitivamente il 18/12/2018, p. 29.

coperte dalla causa di giustificazione.

Pertanto, le situazioni che si possono verificare nella realtà fattuale sono molteplici.

In primo luogo potrebbe accadere che gli agenti sotto copertura, nell'espletamento delle attività loro affidate, non rispettino le procedure prescritte dalle relative norme come sopra illustrate. A tal riguardo, la giurisprudenza è costante nel ritenere che *«l'inosservanza della procedura (...) può determinare, al più, responsabilità sul piano disciplinare, ma non incide minimamente sulla loro capacità a testimoniare nel processo»*<sup>44</sup>. La condotta posta in essere, dunque, risulterà comunque non punibile, gli elementi di prova raccolti durante tutta l'operazione saranno utilizzabili nel processo penale, compresa la testimonianza resa dell'agente infiltrato, residuando delle eventuali responsabilità sul solo piano disciplinare. Oppure potrebbe accadere che, pur nel rispetto delle procedure previste, l'agente infiltrato, nell'esecuzione dell'attività investigativa, travalichi i limiti posti dalle norme di legge. In tale circostanza bisogna operare una distinzione. Da un lato, è possibile che la condotta dell'agente non coperta dalla speciale causa di giustificazione possa comunque essere ricondotta sotto l'égida della generale scriminante di cui all'art. 51 c.p. Una tale situazione comporterebbe l'irresponsabilità penale dell'agente infiltrato, anche in considerazione delle clausole di salvaguardia poste in apertura di tutte le disposizioni di parte speciale (con la sola eccezione dell'art. 14 della legge n. 269/98 in materia di contrasto alla pornografia minorile), oltre che la perfetta utilizzabilità delle prove raccolte in quanto l'attività svolta non sarebbe stata illegittima. D'altro lato, però, potrebbe verificarsi che l'agente non si comporti quale infiltrato, bensì come provocatore ponendo in essere condotte *«che si concretizzano in un incitamento o in una induzione al crimine del soggetto indagato»*<sup>45</sup>. Siffatte condotte sono da considerarsi "illegittime" e non possono essere scriminate nemmeno riconducendo tutta l'attività espletata alle generali cause di giustificazione contenute nella parte generale del codice penale. Da ciò discendono due conseguenze sul piano processuale.

In primo luogo, gli elementi di prova raccolti dall'agente provocatore nel corso dell'operazione sotto copertura saranno inutilizzabili, ai sensi dell'art. 191 c.p.p., nel processo instaurato a carico del soggetto nei confronti del quale l'agente stava svolgendo la sua attività. A tal riguardo, si segnalano due

<sup>44</sup> *Ex multis* Cass. pen., sez. VI, sent. del 17 maggio 1993 n. 8246.

<sup>45</sup> Cass. pen., sez. II, sent. del 28 maggio 2008 n. 38488.

diverse interpretazioni fornite dalla giurisprudenza di legittimità in materia di inutilizzabilità. Un primo orientamento<sup>46</sup> ritiene gli elementi di prova illegittimamente acquisiti inutilizzabili in qualunque fase processuale e in relazione a qualsiasi altro fine: il materiale raccolto non può essere oggetto di sequestro, non può essere utilizzato per assumere decisioni nel merito o *de libertate*, né può costituire fonte di notizia di reato. Ciò sul presupposto che tutta l'attività svolta dall'agente non sarebbe solo irregolare o illegittima, ma illecita. Con riferimento a siffatta interpretazione, però, la dottrina<sup>47</sup> tende a separare i casi in cui l'attività sia viziata *ab origine*, in quanto instaurata violando i limiti previsti dalla norma di legge, per i quali opererebbe l'inutilizzabilità assoluta degli elementi di prova raccolti, dai casi in cui l'attività disposta nella piena osservanza dei presupposti previsti *ex lege* conduca all'acquisizione fortuita di elementi probatori relativi a fattispecie di reato per le quali non è previsto l'espletamento di operazioni sotto copertura, in relazione ai quali non opererebbe la sanzione processuale della inutilizzabilità ex art. 191 c.p.p.

In successive sentenze<sup>48</sup>, invece, la Suprema Corte ha assunto una posizione più mite con riguardo al regime dell'inutilizzabilità, acconsentendo all'uso delle prove illegittimamente raccolte ai fini dell'eventuale sequestro e quali fonti di notizie di reato tanto in un nuovo procedimento quanto in un procedimento già in corso.

In secondo luogo, l'agente risponderà degli illeciti penali commessi nello svolgimento della sua attività investigativa e dunque, con riguardo a tutta l'operazione svolta, non potrà essere ascoltato nel quale testimone ma, ai sensi dell'art. 210 c.p.p., sarà sottoposto ad esame come persona imputata in un procedimento connesso. In realtà, ferma restando l'inutilizzabilità delle prove raccolte dall'agente sotto copertura e l'obbligatorietà della sua iscrizione nel registro degli indagati, si ritiene che, pur non operando la causa di giustificazione speciale né alcuna di quelle generali previste dal codice penale, la condotta dell'agente risulterà comunque non punibile in quanto il fatto non sussisterebbe per mancanza dell'elemento psicologico. Difatti, l'infiltrato non ha posto in essere l'illecito penale perché voleva commettere il reato, potendo configurarsi al più, ove possibile in relazione al reato contestato all'agente, una

<sup>46</sup> *Ex multis*, Sez. III, 3 dicembre 2001, D'AMELIO, in *Giur. it.*, 2003, p. 545

<sup>47</sup> G. D'AMATO, *Agenti provocatori: le prove eterodosse sono utili solo per avviare altre indagini*, in *Dir. giust.*, 2005, n. 9, pag. 47.

<sup>48</sup> Cass. sez. III, del 8 giugno 2004, GANCI, in *Dir. e giust.*, 2004, n. 31, p. 31

responsabilità a titolo di colpa per aver commesso il fatto per inosservanza delle leggi in materia di operazioni sotto copertura.

### **3.2. Il caso "Fanpage": possibili scenari.**

Di recente, il tema è tornato alla ribalta con la pubblicazione di una video-inchiesta giornalistica del quotidiano online "Fanpage", denominata "Bloody Money", con riguardo all'illecito smaltimento dei rifiuti in Campania collegato al pagamento di tangenti alle forze politiche della regione. I giornalisti del quotidiano, per mezzo dell'intercessione di un ex camorrista utilizzato quale agente provocatore, hanno indotto esponenti di rilievo della politica e dell'imprenditoria campana a commettere il reato di corruzione. Evidenziato anzitutto che l'attività veniva svolta "in proprio" da agenti privati (e dunque non dai soggetti legittimati dalle norme specificamente previste in tema di operazioni sotto copertura) e in un tempo (febbraio 2018) in cui non era ancora prevista l'utilizzabilità di tale procedura per i reati di corruzione, la conseguenza dell'inchiesta sul piano giuridico è stata l'apertura, presso la Procura della Repubblica di Napoli, di due distinti filoni di indagini: un primo procedimento è iscritto in capo ai soggetti (politici ed imprenditori) corrotti mentre un secondo procedimento vede coinvolti i giornalisti di Fanpage in qualità di indagati per istigazione alla corruzione. Nel caso in questione, dunque, si riscontrano tutte le conseguenze finora esposte: la rilevanza penale dell'operazione svolta dai giornalisti nelle vesti di agenti provocatori e l'inutilizzabilità degli elementi raccolti, se non limitatamente alla possibilità di configurarli quale fonti di una notizia *criminis*, senza che possano trasformarsi in veri e propri elementi probatori da sottoporre al vaglio del giudice.

Esclusa l'operatività dalla speciale causa di giustificazione prevista dall'art. 9 della legge n. 146/2006<sup>49</sup>, ci si potrebbe interrogare circa l'applicabilità, nel caso di specie, della generale esimente di cui all'art. 51 c.p. In capo al giornalista, infatti, ricade il diritto ad informare, speculare al diritto ad essere informati di cui è titolare l'intera comunità, che insieme costituiscono il più ampio diritto di cronaca riconosciuto dall'art. 21 della nostra Carta costituzionale, dall'art. 10 C.E.D.U. e dall'art. 11 della Carta di Nizza. A seguito di un lungo processo interpretativo, la Corte di Cassazione ha delineato i

---

<sup>49</sup> Nonostante la retroattività della causa di giustificazione anche a fatti anteriori commessi prima del 2019 ed ora coperti dalla novellata esimente in virtù del principio del *favor rei*, l'art. 9 comunque non è applicabile nel caso di specie poiché i soggetti agenti non hanno la qualifica soggettiva di "ufficiali di polizia giudiziaria" ovvero di loro ausiliari o interposti, essendo gli stessi meri agenti "privati".

caratteri e i limiti che il giornalista deve rispettare nell'esercizio del diritto di cronaca affinché la sua attività possa assurgere a scriminante per l'eventuale antigiuridicità della sua condotta. Tali caratteristiche sono la veridicità, la continenza e la pertinenza dell'informazione data. In primo luogo, dunque, il giornalista dovrà verificare la fondatezza delle informazioni e dovrà raccontare un fatto che sia rispondente alla riscontrata veridicità delle informazioni raccolte. In secondo luogo, l'esposizione formale dovrà essere corretta e non eccedere da quanto strettamente necessario per il pubblico interesse, evitando così di assumere un carattere dispregiativo, denigratorio o, addirittura, diffamatorio. Infine, perché il diritto di cronaca possa essere legittimamente esercitato, occorre che sussista un pubblico interesse alla divulgazione della notizia, «avendo riguardo alla notorietà o meno dei soggetti coinvolti, nonché alla rilevanza del fatto»<sup>50</sup>.

Orbene, nel caso in esame parrebbero sicuramente rispettati i criteri di pertinenza, dato il rilievo pubblico tanto dei soggetti coinvolti nel sistema criminale quanto dei fatti raccontati, e di veridicità, considerando che i fatti si sono svolti effettivamente così come riportati dai giornalisti. Dubbi potrebbero residuare circa la continenza nell'esposizione. La modalità della video-inchiesta realizzata mediante l'utilizzo della figura dell'agente provocatore "privato", potrebbe non ritenersi rispondente alle forme consentite per l'esercizio del diritto di informazione, poiché sarebbero travalicati i limiti che il legislatore prevede in tema di operazioni sotto copertura.

Nondimeno, però, appare evidente che i giornalisti, pur avendo operato da agenti provocatori e non da meri infiltrati nel sodalizio criminale, non avevano la volontà di commettere un reato, ma esclusivamente quella di portare alla luce un sistema criminoso sviluppatosi e diffusosi nell'ambito relativo allo smaltimento dei rifiuti in Campania. Dunque, quandanche la loro condotta risultasse non giustificabile mediante l'applicazione dell'art. 51 c.p., non sussisterebbe l'elemento psicologico, ovvero il dolo, poiché l'istigazione alla corruzione non è punibile a titolo di colpa, richiesto dalla norma per la configurabilità del reato.

### **3.3. Il regime di utilizzabilità delle dichiarazioni auto indizianti rese dall'indagato all'*undercover*.**

---

<sup>50</sup> Per approfondimenti sul tema si rimanda a C. MISTRI, M. C. DE ANGELIS, *I principali profili giuridici del diritto di cronaca e di critica nei più recenti interventi giurisprudenziali delle sezioni civili della Corte di Cassazione*, in [magistraturaindipendente.it](http://magistraturaindipendente.it), 29 ottobre 2018.

Altro aspetto di particolare interesse è quello relativo alle dichiarazioni auto indizianti che un soggetto rilascia inconsapevolmente all'agente infiltrato. Questi infatti viene investito del compito di inserirsi nelle organizzazioni criminali, di instaurare rapporti di fiducia e di collaborazione con gli esponenti delle stesse, di partecipare con essi alla realizzazione di attività illecite. In quanto membro del sodalizio, pertanto, è verosimile che i compartecipi all'associazione si confidino e raccontino all'agente infiltrato ulteriori condotte illecite dagli stessi posti in essere. Al fine di «*offrire una tutela anticipata del diritto al silenzio e di quello di difesa, rispetto all'interrogatorio*»<sup>51</sup> nonché di «*garantire l'applicazione del principio *nemo tenetur se detegere**»<sup>52</sup> nei confronti di chi ancora non rivesta formalmente la qualifica di indagato, l'art. 63 c.p.p. prescrive che se una persona rende dichiarazioni dalle quali emergono indizi di reità a suo carico, la polizia giudiziaria deve interrompere l'esame, avvertirla che nei suoi confronti potranno essere svolte indagini ed invitarla a nominare un difensore di fiducia. Orbene appare evidente che imporre l'applicazione della predetta norma anche agli agenti sotto copertura comporterebbe la neutralizzazione di tutta l'operazione, oltre che mettere a rischio l'incolumità dello stesso infiltrato.

L'art. 63 c.p.p. al comma 2 prevede, peraltro, l'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese dalla persona che doveva essere sentita sin dall'inizio quale indagato o imputato. A differenza della precedente, questa norma si ritiene invece applicabile all'istituto delle operazioni svolte sotto copertura, per garantire il diritto del soggetto ad autodeterminarsi e a non autoincriminarsi. Sul punto, però, si registrano due differenti orientamenti giurisprudenziali.

La Corte di Cassazione, difatti, si è espressa in senso negativo rispetto all'inutilizzabilità delle dichiarazioni autoincriminanti rese nel corso delle operazioni sotto copertura<sup>53</sup> ancorandosi ad un dato squisitamente formale, ovvero che le attività dell'agente infiltrato non si inseriscono in un *iter* procedimentale in cui le dichiarazioni vengono messe a verbale e rese ad un soggetto che si palesa quale appartenente alla polizia giudiziaria e che la parola "esame" utilizzata dal legislatore lascia intendere che la norma si riferisca alle sole dichiarazioni auto incriminanti rese in sede di assunzione di informazioni o di sommarie informazioni, rispettivamente sancite dagli artt. 362

<sup>51</sup> O. DOMINIONI, *Sub art. 63 c.p.p.*, in (a cura di) E. AMODIO e O. DOMINIONI, *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, Milano, 1989-1990, p. 398.

<sup>52</sup> E. T. M. DI PALMA, *Inutilizzabilità delle dichiarazioni indizianti ed invalidità derivata*, in *Cass. pen.* 1996, p.179.

<sup>53</sup> Cass. sez. VI, 28 aprile 1997, CONSOLE, in *Cass. pen.*, 1998, p. 3014 ss.

e 351 c.p.p., da un soggetto che viene ascoltato quale persona informata dei fatti pur dovendo essere escusso in veste di indagato ed imputato sin dall'inizio. Questa interpretazione però, lascia non poche perplessità poiché limita l'operabilità delle garanzie difensive proprio in una circostanza in cui il soggetto si trova in una posizione di "svantaggio" dovuta al fatto che sconosce le reali qualifiche (ovvero ufficiale di polizia giudiziaria) del suo interlocutore, instaurando con lui un rapporto di natura confidenziale e collaborativa che, altrimenti, non avrebbe tenuto.

Appare dunque condivisibile un secondo e più recente orientamento giurisprudenziale<sup>54</sup> che, al contrario, riconosce la piena operatività dell'art. 63 co. 2 c.p.p. in tutte quelle circostanze in cui le dichiarazioni siano state rese a un ufficiale di polizia giudiziaria che agendo sotto copertura abbia celato la propria qualifica e funzione, garantendo il più ampio rispetto delle garanzie difensive previste nel nostro ordinamento, residuando così in capo all'infiltrato l'onere di raccogliere gli elementi di prova necessari per dimostrare quanto irritualmente "confessatogli".

### **3.4. La testimonianza dell'agente infiltrato.**

Da ultimo, vanno individuati quali sono i fatti che durante il dibattimento possono formare oggetto della testimonianza dell'agente infiltrato. In particolare, il dubbio sorge perché incerto è se egli possa testimoniare solo con riguardo a quanto osservato o anche relativamente alle dichiarazioni ricevute da soggetti terzi comunque coinvolti nell'attività criminosa. A tal proposito vengono in rilievo i divieti contenuti negli articoli 62 c.p.p. e 195 co. 4 c.p.p. L'art. 62 c.p.p. sancisce che «*le dichiarazioni comunque rese nel corso del procedimento dall'imputato o dalla persona sottoposta alle indagini non possono formare oggetto di testimonianza*», introducendo così una regola di esclusione della testimonianza indiretta<sup>55</sup>. *Ratio* della previsione legislativa è in primo luogo «*garantire la formazione di elementi probatori genuini ed attendibili*»<sup>56</sup>, in secondo luogo «*rispettare il diritto al silenzio sancito dall'art. 64 c. 3 c.p.p., evitando che quest'ultimo venga violato attraverso il*

<sup>54</sup> Cass. sez., II, 31 marzo 1998, PARRECA, in *Cass. pen.*, 2000, p.965

<sup>55</sup> In tal senso e per maggiori approfondimenti A. BALSAMO, A. LO PIPERO, *La prova "per sentito dire"*, Milano, 2004, p. 147.

<sup>56</sup> G. DI PAOLO, *La testimonianza de relato nel processo penale. Un'indagine comparata*, Università degli Studi di Trento, Trento, 2002, p. 298.



*meccanismo della testimonianza indiretta»<sup>57</sup>. La Corte Costituzionale<sup>58</sup> ha altresì sottolineato come tale divieto sia previsto solo per le dichiarazioni rese "nel corso" del procedimento e non, più genericamente, "in pendenza" di un procedimento, ragion per cui opera solo rispetto a dichiarazioni rilasciate da soggetti investiti di una qualifica processuale e per una ragione connessa al procedimento. Nelle ipotesi di operazioni sotto copertura, il soggetto che commette reati con gli agenti infiltrati diventa formalmente indagato con l'acquisizione della notizia di reato, ovvero con l'esternazione della propria disponibilità a realizzare l'illecito. Non appare pertanto condivisibile quell'interpretazione giurisprudenziale<sup>59</sup> che, sottolineando le peculiarità delle tecniche di indagine in questione e negando l'attribuzione di poteri certificativi in capo agli agenti infiltrati, vorrebbe consentire a questi ultimi di deporre sul contenuto delle dichiarazioni rilasciate da chi, anche per *facta concludentia*, può dirsi sottoposto alle indagini.*

Oltre alla possibilità di deporre su tutto ciò che ha costituito oggetto di mera osservazione, in alcune ipotesi l'agente infiltrato può, in deroga al disposto dell'art. 62 c.p.p., riferire anche su ciò che è stato dichiarato in sua presenza. La giurisprudenza<sup>60</sup>, infatti, ha distinto le dichiarazioni che possono in astratto essere rilasciate dagli indagati in tre diverse categorie: dichiarazioni rappresentative di precedenti fatti, dichiarazioni che accompagnano l'esecuzione di determinati illeciti chiarendone il significato e, da ultimo, dichiarazioni programmatiche di future condotte. Il divieto in questione sarebbe configurabile solo in relazione a quei casi in cui l'agente, nel corso delle operazioni, riceva dichiarazioni relative a fatti illeciti storicamente già accaduti, residuando negli altri casi la capacità a deporre dell'infiltrato su quanto appreso dagli indagati durante l'adempimento dei suoi compiti investigativi<sup>61</sup> con riferimento, in modo specifico, alle «*manifestazioni verbali non dichiarative, quelle non istigate dall'agente, quelle che integrano autonomamente una delle fattispecie delittuose fra quelle tassativamente*

<sup>57</sup> R. E. KOSTORIS, *Art. 62 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale* coordinato da M. CHIAVARIO, Torino, 1989, vol. I, p. 317.

<sup>58</sup> Corte Cost., sentenza 13 maggio 1993, n. 237, in *Cass. pen.*, 1993, p. 2245.

<sup>59</sup> Cass., sez. Iv, 29 maggio 2001, n. 33561, TOMASSINI, in *C.E.D. Cass.*, n. 220263.

<sup>60</sup> Sez. VI, 28 aprile 1997, CONSOLE, in *Cass. pen.*, 1998, p. 3021.

<sup>61</sup> Tale orientamento è stato oggetto di critiche in dottrina anzitutto per la difficoltà di distinguere, nella pratica, le tre diverse tipologie di dichiarazioni, ma anche perché una limitazione del divieto ex art. 62 c.p.p. non è ricavabile da alcuna disposizione legislativa nel c.p.p. né nell'ambito della legislazione speciale. In tal senso si esprime N. APA, *Note in tema di testimonianza dell'agente provocatore*, 1999, pp. 140 e 142.

*indicate»*<sup>62</sup> dalle leggi che disciplinano le operazioni sotto copertura.

Il personale appartenente alla polizia giudiziaria è sottoposto anche ad un ulteriore divieto di testimonianza sancito dall'art. 195 c. 4 c.p.p., con riferimento alle dichiarazioni acquisite «*con le modalità di cui agli artt. 351 e 357 comma 2 lett. a) e b) c.p.p.*». Si tratta delle sommarie informazioni ricevute da persone informate sui fatti (testimoni o coimputati), delle dichiarazioni orali di denuncia, querela o istanza e delle sommarie informazioni rese dalla persona sottoposta alle indagini. Scopo della norma è quello di evitare che la polizia giudiziaria, testimoniando sulle risultanze delle indagini espletate, introduca nel dibattimento il materiale raccolto nella fase procedimentale. Tale divieto, tuttavia, non ha portata assoluta e, difatti, non opera negli "altri casi" non espressamente previsti, la cui individuazione è rimessa all'interprete. Tra questi "altri casi" la dottrina<sup>63</sup> colloca anche le informazioni acquisite nell'ambito di operazioni sotto copertura con riferimento alle dichiarazioni rese da persone informate sui fatti non formalmente documentate<sup>64</sup>, sia perché la verbalizzazione risultava espressamente o implicitamente esclusa dalla legge sia perché, considerate le circostanze del caso concreto, la stessa non era ragionevolmente esigibile<sup>65</sup>. Considerato il contesto in cui normalmente opera l'agente infiltrato è evidente che «*il suddetto criterio interpretativo si risolva di fatto in un "nulla osta" alla deposizione de relato dell'agente sotto copertura»*<sup>66</sup>.

#### **4. Conclusioni.**

Le operazioni sotto copertura sono una tecnica investigativa imprescindibile per cercare di arginare quegli illeciti penali che creano un forte allarme sociale e che si sviluppano nella realtà fenomenica mediante la predisposizione di organizzazioni criminali solide e ben strutturate e l'utilizzo delle più avanzate tecnologie informatiche. La novella del 2019, che ha riscritto il testo dell'art. 9 della legge n. 146/2006, pur lasciando intatte alcune vecchie lacune e creando

<sup>62</sup> C. STOPPONI, *Le operazioni sotto copertura. Attività di prevenzione, attività di polizia giudiziaria, riflessi sulla prova dichiarativa*, Bologna, 2008, p. 91.

<sup>63</sup> A. BALSAMO, A. LO PIPERO, *La prova "per sentito dire"*, Milano, 2004, p. 227; G. ILLUMINATI, *Inammissibile la testimonianza della polizia giudiziaria sul contenuto di dichiarazioni non verbalizzate*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 662.

<sup>64</sup> V. GREVI, G. ILLUMINATI, *La nuova disciplina in materia di formazione e di valutazione della prova*, in G. CONSO, V. GREVI, *Compendio di procedura penale, Appendice di aggiornamento*, Padova, 2001, p. 111.

<sup>65</sup> A. BALSAMO, A. LO PIPERO, *La prova "per sentito dire"*, Milano, 2004, p. 227.

<sup>66</sup> C. STOPPONI, *Le operazioni sotto copertura. Attività di prevenzione, attività di polizia giudiziaria, riflessi sulla prova dichiarativa*, Bologna, 2008, p. 94.

nuovi dubbi interpretativi (ad esempio in merito ai soggetti legittimati ad eseguire le attività sotto copertura in materia di corruzione), ha però il pregio di dettare una disciplina pressoché completa ed uniforme relativamente a tutte le operazioni sotto copertura, precedentemente regolate da leggi speciali (con le sole eccezioni delle materie di pornografia minorile, pagamento del riscatto e di stato giuridico del personale dei servizi di informazione per la sicurezza, ad oggi ancora regolate dalle rispettive leggi speciali).

Sarà interessante constatare nei mesi a venire l'effettiva utilizzabilità della tecnica investigativa speciale con riguardo ai reati di corruzione e di concussione, recentemente inseriti nella previsione legislativa, data la scarsa "libertà d'azione" che hanno gli agenti, ai quali non è consentito prendere parte alla conclusione del *pactum sceleris* ma possono subentrare nell'operazione criminosa solo quando l'accordo tra corrotto e corruttore è di fatto già concluso, configurandosi altrimenti la sua condotta alla stregua di quella di un vero e proprio agente provocatore per il quale non opera la scriminante speciale. La prima impressione che lascia la lettura di questa norma è che sarà difficile inserire un agente quale mero "riscossore" di una tangente da altri pattuita, senza aver prima guadagnato la fiducia di uno dei due soggetti indagati. Pertanto, tale attività potrà essere efficace solo in quelle ipotesi in cui gli accordi illeciti sono inseriti in una più ampia operazione criminale in cui l'agente possa infiltrarsi quale affiliato.

Peraltro, essendo trascorsi quasi trent'anni dalla prima legge in materia e data l'elaborazione giurisprudenziale univoca nell'interpretarne presupposti e limiti e nel segnare i confini tra le scriminate attività dell'agente infiltrato e quelle invece penalmente rilevanti dell'agente provocatore, i tempi potrebbero essere maturi affinché le operazioni sotto copertura, pur sempre utilizzabili limitatamente con riguardo a determinate fattispecie di reato (peraltro ad oggi numerose), entrino da un punto di vista fisico nel codice di procedura penale. Siffatta operazione, certo, necessiterebbe di tempi più o meno lunghi per permettere al legislatore di essere quanto più tecnico possibile nella collocazione sistematica dell'istituto e, soprattutto, nel coordinamento con le altre tecniche investigative già ivi contenute.

Sarebbe opportuno, altresì, che il legislatore, nell'ottica di una revisione ad ampio spettro della legislazione in tema di operazioni sotto copertura, tenendo anche conto delle linee guida elaborate negli anni dalla giurisprudenza e in precedenza analizzate, intervenisse sulle norme processuali che regolano la raccolta, formazione ed utilizzabilità delle prove mediante la previsione di una

specifica disciplina, così da fugare, per quanto possibile, ogni dubbio interpretativo, con specifico riguardo alle dichiarazioni auto indizianti raccolte dall'infiltrato durante la sua attività e al contenuto della testimonianza dell'agente durante la fase dibattimentale.

Altra questione dibattuta in dottrina, ma non in giurisprudenza sulla scorta di quello che è il vigente testo di legge, è quella relativa all'introduzione nel nostro ordinamento della figura dell'agente provocatore. Si ritiene però che la legittimazione di tale figura, che avrebbe dunque il compito di istigare alla commissione dell'illecito i soggetti sospettati, violerebbe il principio del giusto processo ex art. 6 C.E.D.U. e 111 Cost., il diritto alla difesa ex art. 24 Cost. e, da ultimo, il principio di legalità ed i suoi corollari ex art. 25 Cost. e art. 2 c.p., informatore di tutto il diritto penale italiano. In particolare si constaterrebbe la violazione del principio di materialità, poiché si renderebbe punibile una mera volontà interiore che, in assenza dell'attività provocatoria, non si sarebbe mai concretizzata in un'azione esterna incidente sulla realtà fattuale.

Infine, pur mancando nel nostro ordinamento un'espressa previsione della figura dell'agente provocatore, per i giudici investiti dei casi concreti che si potrebbero verificare, vi è comunque margine di scriminare la condotta provocatoria alla luce delle norme penali già vigenti, mediante l'applicazione di una generale causa di giustificazione nonché valutando la mancanza dell'elemento psicologico richiesto per la commissione dei fatti-reato, così come rilevato per il caso "Fanpage". Tale orientamento renderebbe una specifica previsione in materia quantomeno inutile, poiché "sovrabbondante" rispetto alle norme in vigore, se non addirittura dannosa, nella misura in cui potrebbe andare ad intaccare quegli equilibri ermeneutici che gli operatori del diritto hanno fino ad oggi costruito.

***Il concorso del terzo estraneo nel delitto di autoriciclaggio ex. art. 648 ter 1 c.p.***

***di Roberta CHIUMMARIELLO\* e Cristina LAURITANO\*\****

**SOMMARIO:** **1.** Premessa. **2.** Introduzione del nuovo reato *ex. art. 648 ter 1*: impulsi sovranazionali e vuoti normativi. **3.** Analogie e differenze con il delitto di riciclaggio. **4.** L'annosa questione relativa al concorso del terzo *extraneus* nel reato di autoriciclaggio. **5.** La soluzione fornita dalla giurisprudenza più recente. **6.** Il reimpiego di denaro o altre utilità nell'ambito delle operazioni di infragruppo.

**ABSTRACT:** *The aim of this work is to analyse, from a logical and structural point of view, the type of crime introduced by the law n. 186/2004 and examined by article 648-ter 1 of our criminal code, with particular care to the issue related to the involvement of the extraneous in a special crime, such as self laundering. The analysis focuses on the various case law occurred over the years in order to then concentrate on the most recent decisions. The work, by using a comparative manner, takes into account the issues related to a scenario which is very similar to the self laundering, that is, the laundering hypothesis. Lastly, the paper aims at furnishing an overview on the money reuse in the context of inter company operations.*

**1. Premessa.**

Per affrontare la questione relativa al concorso dell'*extraneus* nel delitto di autoriciclaggio risulta doveroso compiere un'analisi generale della nuova fattispecie delittuosa che, introdotta dall'art. 3 co. 3 della legge n. 186 del 15 dicembre 2014, si inserisce nel già complesso panorama dei reati di *money laundering* e che ha suscitato, fin dai suoi albori, una serie di dubbi interpretativi legati al suo campo di applicazione e al suo rapporto con le fattispecie affini previste dal nostro c.p..

L'autoriciclaggio<sup>1</sup>, che oggi è contemplato dall'art. 648-ter 1 c.p., fin dalla sua fase di gestazione, si è presentato come fattispecie "ibrida" che ha riassunto,

\* *Dottoressa in Giurisprudenza, tirocinante ex art. 73 l. 98/13 presso il Tribunale di Torre Annunziata.*

\*\* *Dottoressa in Giurisprudenza, tirocinante ex art. 73 l. 98/13 presso il Tribunale di Torre Annunziata.*

all'interno della norma penale di riferimento, caratteristiche tanto della condotta relativa al riciclaggio, quanto della condotta relativa all'impiego (contemplate rispettivamente dagli art. 648-*bis* c.p. e 648-*ter* c.p., immediatamente precedenti).

Quello che il legislatore del 2014, sotto l'impulso della normativa nazionale e sovranazionale, mirava a realizzare con la previsione del nuovo titolo di reato, era l'eliminazione della clausola di favore (*rectius* "di riserva") contemplata per le condotte di riciclaggio e di impiego, con cui si escludeva dal novero dei soggetti attivi il concorrente nel reato presupposto, nei cui confronti la condotta in esame si poneva come un *post factum* considerato non punibile; la soluzione raggiunta è stata, in verità, una soluzione di compromesso che, se da un lato ha eliminato la clausola di non punibilità presente nelle altre fattispecie di reato – da sempre vista con sfavore dalla più autorevole critica –, dall'altro ha comunque circoscritto la punibilità alle condotte che non si limitassero mero utilizzo o godimento personale. La condotta di autoriciclaggio<sup>2</sup>, così come introdotta nel 2014, non costituisce però un *novum* nel nostro ordinamento; la l. 356/92 (l. Falcone-Borsellino) all'art. 12-*quinquies* già contemplava (e puniva) una condotta di tipo "autoriciclatoria", con il limite dell'attribuzione fittizia ad altri della titolarità o della disponibilità di denaro; a condizione, cioè, che l'autore del reato presupposto conservasse comunque la titolarità di *dominus*, al fine di agevolare una successiva circolazione dei proventi illeciti. Nella stessa ottica è stata sempre letto anche l'art. 11 d.lgs. n. 74 del 2000 che punisce l'attività simulata di alienazione di beni o di altri scopi fraudolenti al sol fine di sottrarsi al pagamento delle imposte sui redditi. Dunque, ad un primo sguardo d'insieme, appare chiaro come l'ordinamento, già prima del 2014, avesse manifestato il suo interesse e la sua attenzione verso condotte del tipo "autoriciclatorio" e come fosse, al contempo, volto a perseguire e reprimere tali condotte di reimpiego, sostituzione o trasferimento

<sup>1</sup> Cfr. F. D'ALESSANDRO, *Il delitto di autoriciclaggio (art. 648-ter.1 c.p.) ovvero degli enigmi legislativi riservati a solutori "più che abili"*, in *Il nuovo volto della giustizia penale*, a cura di G.M. BACCARI, K. LA REGINA, E.M. MANCUSO, Cedam, 2015, p. 3 ss; A.M. DELL'OSSO, *Il reato di autoriciclaggio: la politica criminale cede il passo a esigenze mediatriche e investigative*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2015, p. 796 ss.

<sup>2</sup> F. MUCCIARELLI, *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, 1/2015, pubblicato il 24.12.2014 p. 109 ss.; C. PIERGALLINI, *Autoriciclaggio, concorso di persone e responsabilità dell'ente: un groviglio di problematica ricomposizione*, in *Criminalia*, 2015, p. 539 ss.; S. SEMINARA, *Spunti interpretativi sul delitto di autoriciclaggio*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 1631 ss.; F. SGUBBI, *Il nuovo delitto di "Autoriciclaggio": una fonte inesauribile di "effetti perversi" dell'azione legislativa*, pubblicato il 10.12.2014 in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, 1/2015, p. 137 ss.

del denaro realizzate dall'autore del reato presupposto; è su queste premesse che si stagna la previsione dell'art. 648-ter 1 c.p. che ha posto, nel tempo, non pochi problemi tanto interpretativi, quanto applicativi. I dubbi interpretativi che hanno accompagnato l'*iter* applicativo della (ormai non più) nuova previsione normativa hanno riguardato, anzitutto e particolarmente, il problema della possibile ricorrenza di un *bis in idem* nei confronti del soggetto autore del reato presupposto, con conseguente violazione del principio di tassatività e certezza del diritto penale e il problema del titolo di reato applicabile alla condotta dell'*extraneus* che avesse concorso nella condotta di autoriciclaggio posta in essere dal soggetto *intraneus*; la più lieve disciplina prevista dall'art. 648-ter 1 c.p. o quella, più grave dal punto di vista afflittivo, prevista dall'art. 648-bis c.p., in materia di riciclaggio?

## **2. Introduzione del nuovo reato ex art. 648-ter 1: impulsi sovranazionali e vuoti normativi**

Vi sono una serie di terreni sui quali la disciplina dell'auto-riciclaggio ha piantato le sue radici; introdotta dalla legge n.186 del 2014 all'art.3 co.3, la nuova fattispecie di reato viene contemplata, all'interno del nostro codice penale, dall'art. 648-ter 1., immediatamente successivo alle norme che puniscono le condotte di riciclaggio (648-ter) e di impiego (648-bis)<sup>3</sup>. Anzitutto la fattispecie di reato si inserisce nel contesto di una importante novità fiscale, quale la c.d. *voluntary disclosure*, il primo grande nucleo che compone la legge 186/2014; quest'ultima, infatti, si compone di due grandi bacini normativi, che si spiegano entrambi nella necessità di far fronte a situazioni – sempre più frequenti nella prassi – di delinquenza prettamente "economica".

Il primo grande nucleo della legge *de qua*, la *voluntary disclosure*, è una vera e propria procedura di regolarizzazione fiscale basata sulla collaborazione volontaria con il contribuente (una sorta di "autodenuncia") che mira a far emergere interessi, attività finanziarie e patrimoni all'estero e che permette agli stessi contribuenti di regolarizzare la loro posizione, sulla scia di una acclarata valorizzazione della trasparenza in ambito fiscale, amministrativo ed economico.

Non si tratterebbe di un incentivo a delinquere ma, al contrario, si tratterebbe

---

<sup>3</sup> Fattispecie di reato introdotte nel nostro Ordinamento attraverso la ratifica, con la legge n. 328/1993, della Convenzione di Strasburgo del Consiglio d'Europa del 1990 sul riciclaggio, il sequestro e la confisca dei proventi di reato.



di un meccanismo favorevole, volto a "premiare" colui che decida, pur dopo aver delitto, di collaborare con l'ordinamento e di agevolare il ritorno alla legalità.<sup>4</sup>

È proprio all'interno di questo panorama, così formulato, che va letta la nuova tipizzazione normativa; il reato di auto-riciclaggio è stato, infatti, frutto dell'esigenza di reagire ad un vuoto normativo ascritto alle fattispecie di reato sopra citate che, se da un lato hanno ampliato il novero dei reati presupposti tramite la formula "qualsiasi delitto non colposo", dall'altro hanno espressamente introdotto una clausola di riserva che non permetteva di punire a titolo di riciclaggio o di impiego gli autori del reato principale.

E così, lo sfavore espressamente manifestato per la clausola di non punibilità dell'art. 648-*bis*, ha accelerato il processo decisionale volto a prevedere, all'intero del nostro ordinamento, una fattispecie che punisse le condotte auto-riciclatorie anche nei casi di "concorso nel reato" e che sopperisse alle carenze evidenziate dalla disciplina speculare del riciclaggio.<sup>5</sup>

Carenze, per altro, evidenziate anche a livello sovranazionale, attraverso una serie di impulsi che al nostro ordinamento sono pervenuti da parte del Fondo Monetario Internazionale nel rapporto di *mutual evaluation* 2006 sul nostro Paese o dal Gruppo di lavoro OCSE<sup>6</sup> contro la corruzione dei pubblici ufficiali nel Rapporto 2011 sull'Italia<sup>7</sup>

La vessata questione, posta all'attenzione delle Commissioni Grasso, Greco<sup>8</sup>, Fiandaca<sup>9</sup> e Garofoli, ha trovato il proprio approdo in Senato, il 4 dicembre

<sup>4</sup> Così *Relazione del Gruppo per lo studio dell'autoriciclaggio*, Ministero della Giustizia, 23 aprile 2013, p. 15, [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it).

<sup>5</sup> BACCARI-LA REGINA-MANCUSO, *Il nuovo volto della giustizia penale*, Padova, 2015, 3 ss. e DELL'OSSO, *Il reato di autoriciclaggio: la politica criminale si fa politica e cede il passo alle esigenze investigative*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015.

<sup>6</sup> S. CLINCA, *L'incriminazione dell'autoriciclaggio tra tutela dell'ordine economico e garanzie fondamentali*, in *Leg. pen.*, 3 maggio 2016, p. 2 ss; Per una ricostruzione evolutiva cfr. R.M. VADALÀ, *L'autoriciclaggio e la soluzione italiana nella recente riforma*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2015, p. 711 ss.

<sup>7</sup> Così N. MAINIERI E G.M. TOVINI, *"I quattro anni dell'autoriciclaggio nell'interpretazione della Cassazione"*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2019.

<sup>8</sup> Istituita il 23.4.2013; "il Gruppo di studio autoriciclaggio è stato costituito con decreto del Ministro della Giustizia dell'8 gennaio 2013 con l'incarico di procedere alla ricognizione, sistematizzazione e analisi critica e organica del complesso degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle convenzioni e trattati internazionali in materia di prevenzione e contrasto del riciclaggio, inclusa la previsione di fattispecie di illecito connesse alla violazione di adempimenti contabili e finanziari e al cosiddetto auto riciclaggio; di provvedere alla raccolta sistematica degli adempimenti internazionali in materia di lotta alla corruzione e di repressione della criminalità organizzata nonché delle misure a carattere normativo e amministrativo adottate per darvi attuazione e/o esecuzione; di procedere, altresì, all'esame delle principali

2014, attraverso l'approvazione del disegno di legge recante "Disposizioni in materia di emersione e rientro di capitali detenuti all'estero nonché per il potenziamento della lotta all'evasione fiscale. Disposizioni in materia di autoriciclaggio".

Risultava così introdotta una nuova ed autonoma fattispecie di reato che modificava il sistema repressivo dei reati di c.d. *money laundering* e che si poneva al passo con l'evolversi della criminalità nel nostro Paese; una criminalità che presentava sempre più il carattere dell'economicità e che richiedeva, appunto, adeguati strumenti affinché potesse essere debellata. Non è un caso che la legge 186/2014 abbia, d'altro canto, provveduto anche ad inasprire le pene pecuniarie per i delitti di riciclaggio e di reimpiego<sup>10</sup> e ad annullare il privilegio del c.d. *self-laundering* che "sterilizzava la funzionalità operativa della norma incriminatrice"<sup>11</sup> e lasciava impunte una serie di condotte che, di fatto, si manifestavano come auto-riciclatorie

Prima di analizzare la fattispecie da un punto di vista strutturale-intrinseco, appare doveroso sottolineare che il delitto di auto-riciclaggio non rappresenta un *novum* all'interno del nostro ordinamento; l'art. 25-*quinquies* della legge 356/92 ( la c.d. legge "Falcone-Borsellino") già puniva "chiunque attribuisce fittiziamente ad altri la titolarità o disponibilità di denaro, beni o altre utilità al fine di escludere le disposizioni di legge in materia di misure di prevenzione patrimoniali o di contrabbando, ovvero di agevolare la commissione di uno dei delitti di cui agli articoli 648, 648 *bis* e 648 *ter* del codice penale" e quindi, sostanzialmente, puniva condotte di carattere auto-riciclatorio limitando, allo stesso tempo, tale punibilità all'ipotesi in cui la titolarità degli stessi beni fosse stata attribuita fittiziamente ad un soggetto che, di fatto, non ne era il titolare. L'ordinamento richiedeva, quale condicio sine qua non perché potesse verificarsi tale condotta, che la titolarità dei proventi illeciti rimanesse nella

---

criticità riscontrate nell'assolvimento dell'Italia a detti obblighi e alla formulazione di proposte per ulteriori interventi da intraprendere.", [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it).

<sup>9</sup> Istituita il 10.6.2013 per formulare proposte in tema di criminalità organizzata; proponeva una riqualificazione della fattispecie del riciclaggio tramite l'eliminazione delle condotte penalmente rilevanti della "sostituzione" e del "trasferimento e della relativa clausola di riserva, concentrando il fulcro della nuova fattispecie nella condotta concretamente ad ostacolare l'identificazione dei proventi di un delitto doloso.

<sup>10</sup> Ex. art. 648-*bis* co. 1 si stabilisce la pena pecuniaria passa ad essere "da 1.032 a 15.493 euro" a "da 5.000 a euro 25.000" ed, allo stesso modo, è stato previsto al I comma dell'art. 648-*ter*.

<sup>11</sup> Così testualmente L. TROYER, S. CAVALINI, *Apocalittici o integrati? Il nuovo reato di autoriciclaggio: ragionevoli sentieri ermeneutici all'ombra del "vicino ingombrante"*, su [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), p. 3, Riv.Trim. 1/2015.

disponibilità del *dominus* e che, quest'ultimo, continuasse ad esercitare la propria signoria su tali utilità.

Tale "*fictio iuris*" prevista dalla legge in esame, pur rappresentando lo storico antecedente dell'attuale fattispecie di autoriciclaggio, non riusciva a dare risposta soddisfacente – soprattutto a causa del suo limitato campo di applicazione- ad un vuoto normativo che risultava essere sempre più profondo. Gli impulsi sovranazionali sottendono l'esigenza di ampliare l'orizzonte punitivo superando definitivamente il discutibile privilegio dell'autoriciclaggio, anche in un'ottica comparatistica; si pensi ai vari modelli europei (francese, spagnolo, svizzero - per citarne alcuni) che considerano penalmente rilevanti condotte che, nel nostro ordinamento, venivano ancora considerate *post factum* non punibili; esigenza che si spiega soprattutto alla luce del periodo storico di cui la riforma legislativa è figlia. L'orizzonte della criminalità si è, con il tempo, sempre più ampliato e, ampliandosi, ha assorbito pian piano il ramo economico-finanziario, così che il nuovo binomio criminalità-economicità - orientato al profitto – è risultato (e risulta tutt'ora) sempre più preponderante nell'odierno quadro tanto normativo, quanto fenomenico.

La concatenazione delle condotte, tutte orientate al conseguimento di un'utilità, non permette di distinguere l'*ante* dal *post*, non permette di operare una distinzione punitiva tra l'autore del reato presupposto e quello del reato successivo; il *fil rouge* che lega le due condotte ed i due momenti, porta ad un unico risultato che è quello del conseguimento di un illecito profilo. Considerare il reato successivo come il logico completamento di quello presupposto ed affermare che questo assorba il contenuto offensivo della condotta successiva e rinunciando quindi, per ciò solo, a punire l'autore/partecipe del reato presupposto che abbia successivamente riciclato i proventi acquisiti, è apparsa una scelta tanto irragionevole, quanto ingiustificata. È questo il panorama su cui si attaglia la riforma normativa e su cui si muove la nuova fattispecie di reato.

### 3. Analogie e differenze con il delitto di riciclaggio<sup>12</sup>.

<sup>12</sup> Cfr. M. ZANCHETTI, *Il riciclaggio di denaro*, cit., p. 367, Giuffrè, 1997; A. MANGIONE, *Mercati finanziari e criminalità organizzata: spunti problematici sui recenti interventi normativi di contrasto al riciclaggio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, p. 1138; P. MAGRI, *I delitti contro il patrimonio mediante frode*, vol. VII, t. II, *Usura, appropriazione indebita, ricettazione, riciclaggio*, in *Trattato di diritto penale, Parte speciale*, dir. da G. MARINUCCI, E. DOLCINI, Cedam, 2007, p. 456.

È necessario, prima di affrontare il rapporto intercorrente tra la condotta di riciclaggio e quella di auto-riciclaggio, soffermarsi dal punto di vista strutturale sulla nuova tipologia delittuosa introdotta dalla – più volte citata – l. 186/2014. L'art. 648-ter 1 sanziona chiunque, dopo aver commesso un delitto non colposo, impiega, sostituisce, trasferisce, in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative, il denaro, i beni o le altre utilità provenienti dal medesimo delitto, in modo da ostacolare concretamente l'identificazione della loro provenienza illecita.<sup>13</sup>

L'autoriciclaggio integra una fattispecie di reato plurioffensivo, idoneo a ledere tanto l'ordine pubblico, economico e finanziario (alterando quindi il gioco libero della concorrenza), quanto l'amministrazione della giustizia.

La disponibilità di proventi illeciti ne permette la circolazione nel mercato e l'utilizzo per attività illecite (o anche per attività che possono apparire come lecite ma che risultano viziate a monte dall'illiceità della provenienza del denaro, dei beni o delle utilità); questo non fa altro che alterare il gioco del mercato e il rapporto, nel panorama concorrenziale, con i *competitor* che utilizzano proventi leciti e che non risultano quindi imputabili del delitto in esame.

Arginare quanto più possibile l'inquinamento del sistema economico-finanziario, rappresenta la *ratio* della nuova figura di reato e spiega perché l'autoriciclaggio è stato pensato come fattispecie che non si esaurisce in un segmento del reato presupposto – e in quanto tale *post factum* non punibile – ma in una condotta ontologicamente diversa, propriamente lesiva e autonomamente punibile. La *voluntas legis*, specificamente orientata a tutelare l'ordine pubblico ed

<sup>13</sup> Art. 648-ter.1 *Autoriciclaggio*. «1. Si applica la pena della reclusione da due a otto anni e della multa da euro 5.000 a euro 25.000 a chiunque, avendo commesso o concorso a commettere un delitto non colposo, impiega, sostituisce, trasferisce, in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative, il denaro, i beni o le altre utilità provenienti dalla commissione di tale delitto, in modo da ostacolare concretamente l'identificazione della loro provenienza delittuosa. 2. Si applica la pena della reclusione da uno a quattro anni e della multa da euro 2.500 a euro 12.500 se il denaro, i beni o le altre utilità provengono dalla commissione di un delitto non colposo punito con la reclusione inferiore nel massimo a cinque anni. 3. Si applicano comunque le pene previste dal primo comma se il denaro, i beni o le altre utilità provengono da un delitto commesso con le condizioni o le finalità di cui all'articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, e successive modificazioni. 4. Fuori dei casi di cui ai commi precedenti, non sono punibili le condotte per cui il denaro, i beni o le altre utilità vengono destinate alla mera utilizzazione o al godimento personale. 5. La pena è aumentata quando i fatti sono commessi nell'esercizio di un'attività bancaria o finanziaria o di altra attività professionale. 6. La pena è diminuita fino alla metà per chi si sia efficacemente adoperato per evitare che le condotte siano portate a conseguenze ulteriori o per assicurare le prove del reato e l'individuazione dei beni, del denaro e delle altre utilità provenienti dal delitto. 7. Si applica l'ultimo comma dell'articolo 648».

economico, si coglie a pieno nella specificazione dei "luoghi" al cui interno i beni di provenienza illecita vengono reintrodotti ("*attività economiche, finanziarie, imprenditoriali e speculative*"), luoghi non richiamati nel testo della norma sul riciclaggio e che lasciano comprendere quanto l'operazione legislativa abbia voluto preservare l'ordine economico che, una re-immissione in circolo di beni derivanti da delitti precedentemente commessi dal soggetto agente, avrebbe sicuramente violato.

L'analisi testuale della norma porta con sé una serie di prime considerazioni; anzitutto il legislatore ha espressamente tipizzato le attività che possono integrare una condotta di autoriciclaggio ("*impiegare, sostituire, trasferire*") e lo ha fatto attraverso una sorta di riunione, all'interno di un'unica norma, delle condotte tipiche previste dalle condotte immediatamente precedenti di riciclaggio e di impiego.

E' possibile cogliere un'altra differenza con il delitto di riciclaggio, giacché il legislatore del 2014 non ha contemplato, tra le attività integranti la condotta di auto-riciclaggio, le "altre operazioni" espressamente previste, invece, dall'art.648-*bis*. L'ambito punitivo risulta quindi ridotto e circoscritto alle sole attività di impiego, sostituzione o trasferimento, senza che possano essere rilevanti altri tipi di condotte non espressamente previste (la cui individuazione, nell'ambito della condotta di riciclaggio, aveva comunque creato una serie di problemi interpretativi non risultando così semplice decifrare l'espressione – altre operazioni – e quindi stabilire effettivamente quali condotte farvi rientrare).

La dottrina, a fronte di tale asimmetria venutasi a creare tra le due condotte, ha cercato di trovare una soluzione attraverso l'attività di impiego, intendendo quest'ultima come una "condotta aperta" in grado di ricomprendere ogni forma di re immissione di proventi illeciti nell'economia legale, rendendo così la sostituzione e il trasferimento come semplici esempi di tale generica e omnicomprensiva condotta.<sup>14</sup>

L'ambito dell'illiceità è circoscritto, ad ogni modo, a quelle attività che siano tali da "*ostacolare concretamente l'identificazione della loro provenienza delittuosa*".

E qui balza all'occhio un'ulteriore differenza semantica con l'art. 648-*bis*, attraverso l'introduzione dell'avverbio "concretamente", non previsto invece nel

<sup>14</sup> F. D'ALESSANDRO, *Il delitto di autoriciclaggio (art. 648 ter.1 c.p.), ovvero degli enigmi legislativi riservati ai solutori "più che abili"*, in Baccari, G. M., La Regina, K., Mancuso, E. M. (ed.), *Il nuovo volto della giustizia penale*, CEDAM, Padova 2015: 3- 47.

caso di riciclaggio; considerare illecite solo le condotte che ostacolano *concretamente* l'identificazione, sembra quasi voler sottolineare come – la nuova norma – voglia punire quelle condotte che, nella realtà fattuale, risultino veramente lesive del bene della vita tutelato e che non si atteggiino solamente come tali.<sup>15</sup>

Tale sorta di "riserva punitiva" prevista dal legislatore, mira ad escludere quelle condotte solo astrattamente idonee ad inquinare il mercato, che in concreto si risolvono in comportamenti meramente lesivi, dalla scarsa attitudine criminale. La questione inizialmente accolta con favore dalla dottrina, ha suscitato nel tempo i più disparati timori, in virtù del fatto che richiedere una condotta che in concreto fosse in grado di ostacolare l'identificazione della provenienza delittuosa dei beni, avrebbe potuto restringere a poco a poco il campo di applicazione della norma; in una sua recente pronuncia<sup>16</sup>, la Cassazione ha affrontato il problema del *quid pluris* richiesto per punire la condotta di autoriciclaggio rispetto a quella di riciclaggio, affermando che perché possa ritenersi integrata la fattispecie ex. art. 648-ter 1, occorre la prova della "concretezza" intesa come accertamento oggettivo – da effettuare caso per caso- del "concreto effetto dissimulatorio" posto in essere dall'autore del delitto presupposto al fine di occultare l'origine del denaro o dei profitti ricavati. Ecco perché, ai sensi del co.4 dell'articolo in esame, l'elemento oggettivo del reato non risulterà integrato laddove il denaro, i beni o le altre utilità vengano destinati alla mera utilizzazione o al godimento personale, risultando comunque ostico distinguere le fattispecie della "mera utilizzazione" e/o del "godimento personale" rispetto ad un utilizzo illecito dei proventi nelle attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative, contemplate dal co.1. Il mero godimento personale non sarà sufficientemente idoneo a configurare la condotta penalmente punibile di auto-riciclaggio, in virtù della perimetrazione della stessa alle attività che concretamente ed obiettivamente possano inficiare il regolare andamento dell'economia e che quindi reintroducano, nel circuito legale, beni e proventi di cui si cela la provenienza illecita e che siano orientati alla collettività, non all'individualità.

---

<sup>15</sup> Sul punto osserva D'ALESSANDRO, op. cit., 19, che «l'impiego, la sostituzione o il trasferimento che si presentino come "trasparenti" e "tracciabili" e non diano vita, dunque, a una interposizione di ostacoli che rendano obiettivamente più difficoltosa l'identificazione della provenienza delittuosa del provento, non saranno sufficienti a integrare il delitto di autoriciclaggio».

<sup>16</sup> Cass. Pen. Sez. II, 9 agosto 2018, n. 38422.

È previsto, dal co. 5, un aggravio di pena laddove i fatti siano commessi nell'esercizio di un'attività bancaria, finanziaria o comunque altra attività professionale, a testimonianza del fatto che il legislatore del 2014. Per ciò solo, l'auto-riciclaggio non può essere considerato una fattispecie di reato a forma libera, essendo il suo perimetro opportunamente tracciato dal legislatore ed identificato nella re-immissione nel circuito dell'economia legale di beni e proventi illeciti di cui, in concreto e coscientemente, se ne ostacoli la tracciabilità; è, invece, un reato caratterizzato dall'istantaneità della condotta, dal momento che il pregiudizio e il concreto ostacolo alla tracciabilità dei beni si realizza (meglio, deve realizzarsi) nello stesso momento in cui gli stessi vengono reintrodotti nell'ordinamento.

Stando a guardare l'oggetto materiale della condotta, la norma ancora una volta perimetra la fattispecie e individua tale oggetto nel *"denaro, beni o le altre utilità"* (coerentemente, questa volta, con la fattispecie ex. 648-bis) e sottolinea l'importanza della provenienza del bene: *"provenienti dalla commissione di un delitto non colposo"*.

Laddove il delitto non colposo, da cui provengono i beni oggetto della norma, sia stato commesso in epoca anteriore all'entrata in vigore della fattispecie, ci si è posti il problema dell'applicabilità o meno della nuova fattispecie. Il problema del *tempus commissi delicti* ha dato vita ad un dibattito dottrinale<sup>17</sup> e giurisprudenziale, risolto in via definitiva dalla Cassazione che, con una pronuncia relativamente recente<sup>18</sup>, ha ritenuto l'autore del delitto presupposto commesso prima dell'entrata in vigore della norma, imputabile ugualmente ai sensi dell'art. 648-ter 1; in particolare, la Corte considera che *"impropriamente viene invocato il principio di irretroattività della norma penale...in relazione ad un reato, quale quello dell'autoriciclaggio, nel quale soltanto il reato presupposto si assume commesso in epoca antecedente l'entrata in vigore della l. 15/12/2014 n.186, ma quando lo stesso reato era già previsto dalla legge, mentre l'elemento materiale del reato di cui all'art. 648 ter1 risulta posto in essere...ben successivamente all'introduzione della predetta normativa"*.<sup>19</sup>

<sup>17</sup> La più autorevole Dottrina si è espressa per la soluzione negativa, considerando operante in questo caso il divieto di irretroattività costituzionalmente previsto dall'art. 25, comma 2 Cost. Così BRUNELLI, *Autoriciclaggio e divieto di retroattività: brevi note a margine del dibattito sulla nuova incriminazione*, in Dir. pen. cont. – riv. trim., 1/2015, 93 ss.

<sup>18</sup> Sentenza n. 3691/2016.

<sup>19</sup> Così, N. MAINIERI-G.M.TOVINI, *I primi quattro anni dell'autoriciclaggio nell'interpretazione della Cassazione*, in Giurisprudenza Penale Web, 2019.



Per ciò che concerne, in maniera più specifica, il rapporto tra fattispecie di riciclaggio e fattispecie di auto-riciclaggio, gli Ermellini si sono recentemente pronunciati<sup>20</sup> affermando che è imputabile per il reato di auto-riciclaggio il soggetto che rimette in circolo nell'economia legale gli utili provenienti da un'attività illecita e che ha compiuto (o concorso a compiere) il reato non colposo che sta a monte (*rectius* reato presupposto), di cui quegli stessi utili sono il frutto.

*Conditio sine qua* non perché possa configurarsi il delitto di autoriciclaggio è che, quindi, l'autore (o il co-autore) del reato presupposto sia lo stesso che provveda a riciclare per sé stesso i beni, il denaro o le altre utilità provenienti dalla commissione di quel delitto non colposo, impiegandoli, sostituendoli o trasferendoli, in attività economiche, finanziarie o imprenditoriali o speculative al fine di ostacolare in concreto l'identificazione della loro illecita provenienza.

#### **4. L'annosa questione relativa al concorso del terzo *extraneus* nel reato di autoriciclaggio.**

Il dibattito sorto negli ultimi anni circa la collocazione giuridica del soggetto estraneo che abbia fornito un contributo concorsuale causalmente rilevante alla condotta di autoriciclaggio, soggetto alla duplice configurazione della condotta, di riciclaggio o di concorso in autoriciclaggio<sup>21</sup>, è stato il frutto di un'imprecisa formulazione del dettato normativo poiché le condotte tipizzate dalla norma costituiscono un *numerus clausus* che ha comportato problemi di coordinamento<sup>22</sup>.

Un primo orientamento colloca la fattispecie in esame nel contesto del concorso di persone nel reato, in particolare è stato proposto di ricondurre le condotte diverse rispetto a quelle enunciate nell'art. 648 *ter* 1 c.p., nell'ambito dell'art. 117 c.p. La conseguenza di tale impostazione è quella di considerare il delitto di autoriciclaggio alla stregua di un reato proprio, differenziandolo

<sup>20</sup> Cassazione penale, sez. II, sentenza 18/04/2018 n° 17235

<sup>21</sup> Cfr. M. ZANCHETTI, (voce) *Riciclaggio*, in Dig. d. pen., XII, Utet, 1997, p. 213; D. Brunelli, *Autoriciclaggio e divieto di retroattività: brevi note a margine del dibattito sulla nuova incriminazione*, in Dir. pen. cont. – Riv. Trim. n. 1/2015; S. SEMINARA, *Spunti interpretativi sul delitto di autoriciclaggio*, in «Diritto penale e processo», 2016, pp. 1631-1649. cit, p. 1647; G. DE VERO, *Il nesso causale e il diritto penale del rischio*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2016, p. 673.

<sup>22</sup> G. DELLA VOLPE, *Il contributo dell'extraneus alla condotta di autoriciclaggio: reato di riciclaggio o concorso nell'autoriciclaggio? La presa di posizione del legislatore The Contribution of the "Extraneus" to the Conduct of Self-Money Laundering: Crime of Money Laundering or Participation in the Crime of Self-Money Laundering? The Stance of the Lawgiver*, in Cassazione Penale, n.6/2016, pag. 2650.

rispetto alle figure affini di riciclaggio e di reimpiego, considerate, invece, reati comuni<sup>23</sup>.

Peraltro, si ritiene che il reato in esame non possa essere qualificato come reato di mano propria, in quanto non si può ritenere la qualifica richiesta dall'art. 648 *ter* 1 c.p. «intimamente connessa all'identificazione stessa dell'interesse tutelato, nel senso che non può essere concepito in difetto della posizione ricoperta dal soggetto attivo»<sup>24</sup>.

Tale approccio comporterebbe l'incriminazione per tutti i concorrenti del delitto *ex art.* 648 *ter* 1 c.p. a prescindere dal fatto che ciascuno di essi avesse preso parte alla commissione del delitto presupposto. A tal riguardo, bisogna precisare a quale interpretazione dell'art. 117 c.p. si fa riferimento; in quanto se si aderisce all'ipotesi in base alla quale si fa rientrare sotto l'egida di detta disposizione i casi in cui la condotta incriminata viene posta in essere solo da parte dell'*intraeus*, allora bisognerà escludere il concorso in autoriciclaggio. Aderendo all'altra interpretazione, considerata maggioritaria, non si deve effettuare una differenziazione tra le condotte dei concorrenti, per cui si potrà verificare un concorso di tutti i soggetti nel delitto di autoriciclaggio. Questo indirizzo ermeneutico si sottopone a diverse censure, risultando erronee già le premesse di partenza, poiché l'art. 117 c.p. si applica in luogo della norma generale prevista dall'art. 110 c.p. solo nelle ipotesi in cui il terzo estraneo ignori la qualifica soggettiva dell'autore del reato presupposto. Inoltre, si correrebbe il rischio di inglobare in tale fattispecie le figure affini di riciclaggio e reimpiego, in quanto nella maggior parte dei casi il terzo estraneo a l'autore del reato presupposto concorrono nelle operazioni di ripulitura.

A ben vedere, l'opzione suesposta non fornendo il risultato sperato ha reso necessaria una ricerca ulteriore di soluzioni al di fuori dell'ambito della teoria generale relativo al concorso di persone.

Un'altra parte della dottrina è ricorsa all'istituto del concorso apparente di norme<sup>25</sup>, secondo cui a fronte di condotte unitarie realizzate da più soggetti, riconducibili da un lato al delitto di autoriciclaggio e dall'altro allo schema tipico degli artt. 648 *bis* o 648 *ter* c.p., si applicano sanzioni differenziate a seconda della diversità di contributo apportato.

<sup>23</sup> S. CAVALLINI - L. TROYER, *Apocalittici o integrati? Il nuovo reato di autoriciclaggio: ragionevoli sentieri ermeneutici all'ombra del vicino ingombrante*, in *Dir. Pen. Cont. - Riv.trim.* 1/2015, p. 109.

<sup>24</sup> V. T. PADOVANI, *Diritto Penale*, Milano 2012, 96 s.

<sup>25</sup> A. M. DELL'OSSO, *Il reato di autoriciclaggio: la politica criminale cede il passo a esigenze mediatiche e investigative*, in *RIDPP*, 2015.

Il concorso apparente di norme si realizzerebbe in quanto il soggetto che non ha concorso nel delitto presupposto, e pertanto ha posto in essere con la sua condotta il reato di autoriciclaggio in forma plurisoggettiva e quello di riciclaggio in forma monosoggettiva, con la conseguente applicazione, in forza del principio di sussidiarietà dell'applicazione solo della norma incriminatrice dell'ultima condotta. Per quanto riguarda la punibilità del soggetto che ha concorso nel delitto presupposto, la soluzione avviene mediante l'applicazione delle clausole di riserva presenti negli artt. 648 *bis* e 648 *ter* c.p., svolgendo una funzione nuova rispetto a quella tradizionale che era consistita nell'attribuzione di un beneficio ampiamente discusso in dottrina<sup>26</sup>.

Orbene, per quanto la soluzione prospettata sembrava fornire una risposta risolutiva, persistevano ipotesi particolari in cui il concorso apparente di norme non poteva essere applicato, poiché il presupposto è che ciascun reo abbia posto in essere una condotta riciclatoria in forma monosoggettiva e una autoriciclatoria in forma plurisoggettiva o viceversa, in modo da poter applicare a ciascun soggetto un'unica norma. Non sempre, però, nella prassi accade che i soggetti interessati realizzano entrambe le fattispecie nelle diverse forme, e dunque non essendoci un concorso apparente tra le norme, la soluzione proposta non pare accettabile. Piuttosto, al realizzarsi di situazioni simili, può tornare utile la ricostruzione fornita dalla dottrina nei termini del concorso di persone. Alla luce degli orientamenti emersi, l'interprete aderirà ragionevolmente all'impostazione del concorso apparente di norme, applicando una pena differenziata a seconda che i proventi illeciti riciclati derivino da proprie attività o altrui, ma solo allorquando i soggetti interessati abbiano realizzato le condotte tipiche descritte dalle norme di riferimento.

Nel variegato panorama descritto, si è presentata un'ulteriore opzione ermeneutica, sostenuta dalla Suprema Corte, con la quale si apre la strada al superamento del dogma dell'unicità del reato e si dà luogo ad una differenziazione dei titoli di responsabilità<sup>27</sup>.

### **5. La soluzione fornita dalla giurisprudenza più recente.**

L'annoso contrasto giurisprudenziale e dottrinario è stato ricomposto da una sentenza della Seconda sezione penale della Suprema Corte n. 17235 del 17

<sup>26</sup> R. BRICCHETTI, *Riciclaggio e autoriciclaggio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2014, p. 684 ss.; P. CORSO, *Il declino di un "privilegio": l'autoriciclaggio (anche da reato tributario) ha rilievo penale autonomo*, in *Corr. trib.*, 2015, p. 161.

<sup>27</sup> A. GULLO, *Realizzazione plurisoggettiva dell'autoriciclaggio: la Cassazione opta per la differenziazione dei titoli di reato*, 11 giugno 2018, in *dirittopenalecontemporaneo.it*.

gennaio 2018, in relazione alla definizione del perimetro del delitto di autoriciclaggio e con riferimento alla sua applicabilità ad un soggetto che non abbia concorso alla realizzazione del delitto presupposto ma che abbia in concreto realizzato un fatto di riciclaggio nell'interesse dell'autore del medesimo. In particolare, ci si chiedeva se la condotta di quest'ultimo potesse godere dell'applicazione della pena più mite prevista dall'art. 648 *ter* 1 c.p. Per la prima volta viene affrontata in sede di legittimità il tema del concorso del terzo *extraneus*, in quanto con l'introduzione del nuovo delitto è divenuto concorrente punibile<sup>28</sup>.

La vicenda processuale che ha dato la stura alla suddetta pronuncia, si riferiva ad un'imputata che aveva effettuato una molteplicità di operazioni commerciali e attraverso il meccanismo dello scudo fiscale, aveva fatto rientrare in Italia ingenti somme di denaro – provenienti da precedenti attività delittuose – detenute all'estero da un soggetto terzo, al quale aveva poi trasferito la proprietà di beni immobiliari acquistati con i fondi rientrati in Italia. L'insieme delle attività investigative espletate hanno dimostrato come l'imputata supportasse l'insieme delle attività poste in essere dal coimputato, attraverso il reimpiego di denaro illegittimamente detenuto da quest'ultimo, poi consegnate e ripulite dalla ricorrente, per poi essere successivamente riconsegnate al coimputato in ottemperanza di un chiaro accordo tra i due soggetti. La ricorrente contestava l'esito dei giudizi dei precedenti gradi che aveva portato ad una condanna per riciclaggio, invocando la contestazione del reato meno grave dell'autoriciclaggio. Inoltre, attraverso l'introduzione di tale nuovo reato, è divenuta rilevante anche la condotta dell'*intraneus* che assume comportamenti che non integrino la condotta tipica del riciclaggio, non potendosi considerare l'autoriciclaggio un reato di mano propria.

La Cassazione nelle sue motivazioni, ha ripercorso gli orientamenti dottrinali espressi sul punto e ne ha evidenziato un dato incontrastato, seppure con giustificazioni alla base differenti: l'*extraneus* che pone in essere una condotta comunque riciclatoria anche se in concorso con l'*intraneus* imputato di autoriciclaggio, non può essere punito per quest'ultimo reato, bensì per la fattispecie più grave di riciclaggio.

Per giunta, la disciplina dettata nell'ultimo comma dell'art. 648 *ter* 1, prevede che sussiste l'autoriciclaggio anche quando l'autore non è imputabile per il

<sup>28</sup> Per maggiori approfondimenti cfr. G. DELLA VOLPE, *Il contributo dell'extraneus alla condotta di autoriciclaggio: reato di riciclaggio o concorso nell'autoriciclaggio? La presa di posizione del legislatore*, in *Cass. Pen.*, 2016, p. 2653 ss.

reato presupposto benchè lo sia per il delitto di autoriciclaggio, o nel diverso caso in cui l'autore non sia punibile (esemplificando: il furto del figlio in danno di un genitore *ex art.* 649 c.p. quando la condotta riguarda i beni sottratti a quest'ultimo), ed infine, si configura l'autoriciclaggio anche quando manchi una condizione di procedibilità per il delitto presupposto; ad esempio la mancata querela di un furto, non impedisce la perseguibilità del delitto di autoriciclaggio in relazione ai beni provenienti da quel furto<sup>29</sup>.

La decisione a cui è giunta la Corte, dimostra la necessità per l'interprete di dover partire dalla ratio della norma incriminatrice, individuabile nella volontà del legislatore di colmare la lacuna derivante dalla irrilevanza delle condotte autoriciclatorie.

Al termine della disamina dei vari orientamenti, precedentemente richiamati (par. 4), la Suprema Corte sostiene che la fattispecie di nuovo conio non potrebbe in alcun modo comportare l'applicazione di una pena più mite nei confronti del soggetto che non ha realizzato il reato presupposto, in quanto una simile applicazione renderebbe inoperante la nuova fattispecie di reato, consistendo in una sostanziale abrogazione del reato in esame.

Inoltre, la Corte prosegue, sostenendo che in mancanza di clausole di sussidiarietà non si realizza un rapporto di specialità *ex art.* 15 c.p. tra le due fattispecie<sup>30</sup>, in quanto si tratta di due condotte *latu sensu* concorrenti, ma che presentano elementi di diversità, trattandosi di due fattispecie a soggettività ristretta. Pertanto, non si può ricorrere alle disposizioni in materia di concorso apparente di norme, ma bisogna far ricorso alla diversificazione dei titoli di reato, in modo da poter applicare fattispecie diverse a seconda del particolare status del soggetto attivo oggetto di tipizzazione.

La diversificazione del titolo di reato ha già costituito, in precedenza, lo strumento utilizzato dalla Corte per dirimere questioni analoghe; la Corte nel suo percorso argomentativo indica diverse ipotesi in cui si è proceduto in tal

<sup>29</sup> In *I confini tra i reati di riciclaggio ed autoriciclaggio. Brevi note alla sentenza n.17325 Cass. Pen. Sez. II 17.01.2018*, di F. UNGARETTI DELL'IMMAGINE, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com), pubblicato il 15 agosto 2018.

<sup>30</sup> Una parte della dottrina, come riportato dalla sentenza in esame, ritiene che: «tra le due fattispecie vi è una relazione di eterogeneità: l'autoriciclaggio rilascia, rispetto al riciclaggio, un elemento di specialità per aggiunta, atteso che il reimpiego del provento non è un tratto costitutivo del reato di riciclaggio (per la cui punizione è sufficiente la "ripulitura"); quanto all'autore del reato, si prefigura una relazione di eterogeneità, di natura radicalmente contrappositiva: il soggetto attivo dell'autoriciclaggio è l'autore del reato-fonte (o un concorrente), mentre quest'ultimo non può, *ex lege*, essere autore del reato di riciclaggio. Viene meno alla radice, perciò, la possibilità di rintracciare una relazione di specialità tra le due norme (...)»

senso. I riferimenti sono al reato di evasione (art. 385 c.p.), considerato anch'esso un reato proprio, di qui ne deriva che il concorso dei terzi estranei, non detenuti, è qualificato con l'autonoma fattispecie di procurata evasione punito ai sensi dell'art. 386 c.p.; analogamente, nel caso di infanticidio, si differenzia la condotta della madre che abbia procurato la morte del neonato subito dopo il parto, dalle condotte di coloro che concorrono nel fatto di cui al primo comma dell'art. 578 (art. 578, comma 2, c.p.)<sup>31</sup>.

Sotto il profilo sanzionatorio, la previsione di una pena più mite per il delitto di autoriciclaggio, si giustifica in relazione al minor disvalore della condotta, poiché il responsabile del reato presupposto, che abbia conseguito beni e altre utilità e ne abbia usufruito, risulta responsabile di due delitti (reato presupposto e autoriciclaggio) che non necessariamente risultano in concorso tra loro *ex art. 81 c.p.*; di conseguenza è sorta la necessità di mitigare gli effetti che sarebbero potuti derivare dal cumulo materiale tra il reato presupposto e il delitto di autoriciclaggio, attraverso la previsione di limiti edittali meno severi.

## **6. Il reimpiego di denaro o altre utilità nell'ambito delle operazioni infragruppo.**

La problematica relativa al controllo della provenienza non illecita del denaro<sup>32</sup>, ha interessato anche e soprattutto le imprese, imponendo la necessità di monitorare i flussi economici-finanziari, in particolare attraverso i modelli organizzativi disciplinati dal d.lgs. n. 231/2001. Con l'introduzione, nel 2007, dell'art. 25 *octies* del relativo decreto, è stato inserito nel catalogo dei reati-presupposto il delitto di riciclaggio (art. 648 *bis* c.p.) e il delitto di impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita (art. 648 *ter* c.p.), in quanto è possibile che il reato presupposto del riciclaggio sia costituito da un reato tributario. Successivamente, nel 2014, è intervenuta un'ulteriore novità normativa in materia, rappresentata dall'introduzione nel codice penale – nonché nel catalogo dei reati-presupposto *ex d.lgs. n. 231/2001*<sup>33</sup> – del nuovo delitto di autoriciclaggio (art. 648 *ter* 1 c.p.).

<sup>31</sup> Cass. Pen., Sez. II, n. 17235, 17 gennaio 2018.

<sup>32</sup> Per maggiori approfondimenti cfr. C. E. PALIERO, *Il riciclaggio nel contesto societario, in Riciclaggio e imprese*, a cura di M. ARNONE e S. GIAVAZZI, in *Vita e pensiero*, 2011, p. 93.

<sup>33</sup> Il decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, recante "Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'art. 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300" ha introdotto per la prima volta nel nostro ordinamento la responsabilità in sede penale degli enti, che si aggiunge a quella della persona fisica che ha realizzato materialmente il fatto illecito, adeguando

Alla luce del nuovo quadro normativo delineatosi, le preoccupazioni applicative affrontate nei paragrafi precedenti, sono state condivise anche dal mondo dell'impresa e degli operatori economici, soprattutto in relazione al profilo della responsabilità degli enti.

In particolare il dubbio interpretativo si incentra sulle operazioni infragruppo; si fa riferimento ad operazioni che abbiano ad oggetto denaro o altra utilità, nell'ambito di una distrazione, che siano passati ad un'altra società del gruppo. Quando, nel caso del fallimento, operazioni che derivino da illeciti patrimoniali, effettuate tra imprese dello stesso gruppo, si possa configurare un'ipotesi di riciclaggio ovvero di autoriciclaggio<sup>34</sup>.

Sono degne di nota due sentenze della seconda Sezione della Corte di Cassazione<sup>35</sup> che si sono interessate al problema dell'autonomia delle singole società del gruppo. In particolare, con la sentenza n. 25979/2018, la Suprema Corte fornisce una lettura innovativa secondo la quale l'imprenditore che costringe i lavoratori ad accettare buste paghe più magre rispetto a quelle concordate, risponde non solo di estorsione, ma anche di autoriciclaggio.

Vi è di più, si delinea una responsabilità per autoriciclaggio anche della società, nella misura in cui il denaro utilizzato nello svolgimento dell'attività imprenditoriale, costituisce il reimpiego del denaro frutto dell'attività estorsiva, impendendo di fatto l'identificazione della provenienza delle somme.

Nel caso di specie, la liquidità ottenuta attraverso l'attività estorsiva a danno dei lavoratori, era stata utilizzata per pagare provvigioni e altri benefit aziendali a favore dei venditori della società.

Inoltre, la Cassazione sottolinea che, per la configurazione del reato in esame, sia necessario che la condotta abbia un elevato grado di dissimulazione: «tutte le condotte di sostituzione che avvengano attraverso la re immissione nel circuito economico-finanziario ovvero imprenditoriale del denaro o dei beni di provenienza illecita finalizzate a conseguire un concreto effetto dissimulatorio che sostanzia il *quid pluris* che differenzia la condotta di godimento personale, insuscettibile di sanzione, dall'occultamento del profitto illecito penalmente rilevante».

---

la normativa nazionale in materia di responsabilità delle persone giuridiche ad alcune convenzioni internazionali a cui l'Italia ha aderito.

<sup>34</sup> Per maggiori approfondimenti cfr. I. CARACCIOLI, *Profili penali del rientro dei capitali*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, 2006 cit., p. 2215.

<sup>35</sup> Cass. Pen., Sez. II, 7 settembre 2017, n. 40890; Cass. Pen., Sez. II, 14 giugno 2018, n. 25979.



Non poteva reggere, allora, la tesi della difesa che sosteneva che per l'identificazione del delitto di autoriciclaggio rilevasse solo quella condotta che avesse come conseguenza il mutamento della formale titolarità del bene. In quanto, la Cassazione, sottolinea che il presupposto della condotta autoriciclatoria esula da un trasferimento fittizio ad un terzo dei proventi del reato presupposto, poiché l'eventuale coinvolgimento di un soggetto "prestanome" non consente di ricondurre questa condotta alle operazioni volte ad ostacolare l'identificazione del bene di provenienza illecita<sup>36</sup>.

In ultima analisi, risulta rilevante determinare se il gruppo societario debba essere inteso nella sua unitarietà, in questo caso trattandosi dello stesso soggetto giuridico nell'ambito di un medesimo gruppo si potrebbe configurare certamente un'ipotesi di autoriciclaggio. Inoltre, tale reato essendo punito con una pena inferiore rispetto al delitto di riciclaggio, risulta rilevante individuare quale delitto debba essere configurato; ciò che consente la distinzione tra i due reati è la medesimezza del soggetto o dell'ente che commette il reato presupposto di distrazione (cioè che trasferisce i beni al gruppo) e che è lo stesso soggetto che ha commesso il reato presupposto, realizzando il reimpiego.

Se invece bisogna recuperare il concetto di autonomia della singola società rispetto alle altre imprese del gruppo, i proventi derivati dal reato presupposto costituiscono un'ipotesi di riciclaggio, data la diversità di soggetti che realizzano il reato-presupposto e quello di reimpiego.

---

<sup>36</sup> Cass. Pen., Sez. II, 14 giugno 2018, n. 25979

## La "giurisprudenza creativa" tra *vulnus* legislativo ed esigenze di tutela. La responsabilità del direttore di una testata giornalistica telematica.

di Antonia **FOGLIA\***

**SOMMARIO:** 1. Premessa. 2. L'evoluzione giurisprudenziale in materia responsabilità del direttore di un giornale *online*. 3. L'equiparazione del giornale online a quello cartaceo. 4. La sentenza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 11 dicembre 2017 n. 13398. 5. Riflessioni conclusive.

**ABSTRACT:** *The aim of this work is to analyse new case law which, in lack of a clear legislative intervention on the issue, equalizes the paper information with the digital information, starting from the extension of the ipothesis of the liability for failure to control to the director of an on line journal according to art. 57 criminal code.*

### 1. Premessa.

L'inarrestabile evoluzione tecnologica sta influenzando, come è noto, le modalità di informazione tradizionale, stravolgendo l'intero settore ed imponendo, nel corso degli ultimi anni, un'attenta analisi da parte di dottrina e giurisprudenza sulla possibile (ed oggi necessaria) equiparazione tra le testate giornalistiche cartacee e quelle telematiche, che sono oggi disciplinate solo in alcuni aspetti<sup>1</sup>.

---

\* Avvocato, Dottore di ricerca.

<sup>1</sup> Il riferimento è, in modo più ampio alla libertà di espressione del proprio pensiero, quella di informazione ed ai modi attraverso i quali la comunità si informa quotidianamente. Sul punto, come è noto, autorevole dottrina ha avuto modo di analizzare i molteplici aspetti e le problematiche di tale disciplina. Senza nessuna ambizione di completezza si ricordano, tra i tanti: G. CUOMO, *Libertà di stampa e impresa giornalistica nell'ordinamento costituzionale*, Napoli 1956; S. FOIS, *Principi costituzionali e libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1957; P. BARILE, *Le libertà nella Costituzione*, Padova, 1966, pp. 181 e ss; A. LOIDICE, *Contributo allo studio della libertà di informazione*, Milano, 1967; ID, *Informazione (diritto alla)* in *Enc. dir.*, vol. XXI, Milano, 1971; C. CHIOLA, *L'informazione nella Costituzione*, Padova, 1973; C. MORTATI, *La libertà di stampa in regime democratico*, in *Raccolta di scritti*, vol. III, Milano, 1973; N. LIPARI, *Libertà di informare o diritto ad essere informati?*, in *Dir. radio diff.*, 1978; A. BALDASSARE, *Libertà di stampa e diritto all'informazione nelle democrazie contemporanee*, in *Pol. dir.*, 1986, pp. 576 e ss.; L. PALADIN, *Libertà di pensiero e libertà di informazione: le problematiche attuali*, in *Quad. cost.*, 1987, pp. 5 e ss.; P. COSTANZO, *Le nuove forme di comunicazione in rete: Internet*, in *Interlex*, 26 giugno 1987; ID, *Informazione*

Come è noto, infatti, mentre la stampa cartacea è disciplinata dalla legge n. 47/48<sup>2</sup>, le testate giornalistiche telematiche sono regolamentate da alcune disposizioni della legge n. 62/01<sup>3</sup>, del Decreto Legislativo n. 70/03<sup>4</sup> e della legge n. 103/12<sup>5</sup>, alle quali si aggiungono alcuni interventi delle Autorità amministrative indipendenti di settore<sup>6</sup>.

L'assenza, sebbene siano stati presentati nel tempo diversi disegni di legge in materia<sup>7</sup>, di una disciplina legislativa univoca, o almeno comune,

---

*nel diritto costituzionale*, in *Dig.disc. pubbl.*, vol. VIII, 1993, pp. 319 e ss.; M. LUCIANI, *La libertà di informazione nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Pol. dir.*, 1989, pp. 605 e ss.; P. COSTANZO, *Aspetti evolutivi del regime giuridico di internet*, in *Dir. informaz.*, 1996, 6, pp. 831 e ss.; ID: *Libertà di manifestazione del pensiero e "pubblicazione" in Internet*, in *Dir. informaz.*, 1998, 1, pp. 12 e ss.; G. CORASANITI, *Diritto dell'informazione*, Padova, 1999; P. COSTANZO, *Stampa (Libertà di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XIV, 1999, pp. 525 e ss.; ID: voce *Internet*, in *Dig. disc. pubbl.*, *Aggiornamento*, Torino, 2000, pp. 347 e ss.; ID: *Profili costituzionali di Internet*, in E. TOSI (a cura di), *I problemi giuridici di Internet*, Milano, 2003, p. 53; AA.VV. *Percorsi di diritto dell'informazione*, Torino, 2006; A. PACE; M. MANETTI, *Art. 21. La libertà di manifestazione del pensiero*, in *Commentario della Costituzione*, G. BRANCA; A. PIZZORUSSO, (a cura di), Bologna, 2006; A. PAPA, *Espressione e diffusione del pensiero in Internet*, Torino, 2009; R. ZACCARIA, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova, 2010; P. CARETTI, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Bologna, 2011, p. 22; S. SICA; V. ZENO ZENCOVICH, *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova, 2012. Resta una lettura fondamentale: P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1975.

<sup>2</sup> Legge 8 febbraio 1948, n. 47, *Disposizioni sulla stampa*.

<sup>3</sup> Legge 7 marzo 2001, n. 62, *Nuove norme sull'editoria e sui prodotti editoriali e modifiche alla legge 5 agosto 1981, n. 416*.

<sup>4</sup> Decreto Legislativo 9 aprile 2003, n. 70, *attuazione della direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione nel mercato interno, con particolare riferimento al commercio elettronico*.

<sup>5</sup> Legge 16 luglio 2012, n. 103, *conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 18 maggio 2012, n. 63, recante disposizioni urgenti in materia di riordino dei contributi alle imprese editrici, nonché di vendita della stampa quotidiana e periodica e di pubblicità istituzionale*.

<sup>6</sup> Il riferimento è alla decisione del Garante per la protezione dei dati personali del 24 gennaio 2013 con la quale, al fine di colmare la lacuna legislativa in merito all'estensione dell'obbligo di rettifica anche ai giornali *online*, si è imposto ai gestori di giornali telematici l'archiviazione, dopo un tempo deciso dal giornale stesso, di una notizia in una sezione riservata del sito che ospita il giornale accessibile dal sito stesso ma non dai motori di ricerca, e la necessità di aggiornare tali archivi al fine di attualizzare la notizia originaria, segnalando nel medesimo spazio virtuale l'esistenza di sviluppi delle notizie riguardanti un soggetto o una vicenda del passato. Si tratta, ad oggi, insieme ad un risarcimento di natura pecuniaria, dell'unica forma di tutela prevista per coloro che si ritengono diffamati da notizie pubblicate sui supporti telematici.

<sup>7</sup> Tra i tanti, si ricorda il d.d.l. S. 1119 B recante «*Modifiche alla legge 8 febbraio 1948 n. 47 al codice penale, al codice di procedura penale, al codice di procedura civile e al codice civile in materia di diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di diffusione, di ingiuria e di condanna del querelante, nonché di segreto professionale*», presentato nella XVII legislatura, avente ad oggetto non solo l'eliminazione della pena detentiva per i reati di diffamazione ed ingiuria, ma soprattutto l'auspicato adeguamento della complessiva normativa in materia di libertà di stampa alle tecnologie che hanno reso inadeguate ed obsolete le disposizioni vigenti

dell'informazione professionale" in tutte le sue manifestazioni (cartacea, televisiva, telematica) rende il quadro normativo particolarmente disomogeneo e ha nel tempo legittimato, di fatto, l'intervento della giurisprudenza chiamata a pronunciarsi sulla possibilità di estendere ai contenuti pubblicati in Rete le disposizioni previste dalla legge sulla stampa cartacea. Ne è derivato un quadro giurisprudenziale articolato, nel quale tale equiparazione è stata talvolta tentata, talaltra assolutamente negata, sempre nel rispetto comunque, almeno sino ad oggi, del limite del divieto di analogia *in malam partem*, non superabile per ogni operazione ermeneutica in tale direzione. Due recenti pronunce della Corte di Cassazione sembrano ora, invece, aprire la strada della equiparazione giurisprudenziale tra le due forme di informazione professionale, partendo dall'estensione al direttore di una testata telematica della responsabilità per omesso controllo, con conseguente applicazione dell'art. 57 c.p. anche in assenza di un chiaro e puntuale intervento del legislatore sul punto.

## **2. Evoluzione giurisprudenziale sulla responsabilità del direttore di un giornale *online*.**

Le testate giornalistiche telematiche registrate, a differenza di *forum* e *blog* che, pur rientrando legittimamente nella categoria dei mezzi di comunicazione, non possono certamente essere equiparati alla stampa, sono state oggetto di attenzione da parte della giurisprudenza di legittimità e di merito che si sono occupate dei profili di responsabilità del direttore con orientamenti che, nel corso degli anni, sono stati tra loro divergenti.

Al riguardo si ricordano, ad esempio, le decisioni dell'Ufficio Indagini Preliminari di Milano e del Tribunale di Firenze<sup>8</sup> che, anche in assenza di una disposizione legislativa, hanno avvalorato la configurazione del reato di diffamazione a mezzo stampa anche nelle ipotesi di divulgazione delle notizie lesive tramite testata telematica, legittimando l'applicazione della disciplina sulla stampa

---

rispetto alle esigenze di tutela attuali. Per la parte che qui interessa si ricorda come nel disegno di legge si sia tenuto conto dei nuovi strumenti con cui possono essere commessi i reati, stabilendo un rafforzamento del nesso di causalità tra i doveri di vigilanza del direttore ed i delitti commessi, elementi costitutivi e fondamentali per l'ipotesi di responsabilità per omesso controllo addebitabile al direttore ed al suo vice.

<sup>8</sup> Cfr. *Ufficio indagini preliminari*, Milano, 11 dicembre 2008, in *Foro ambros.*, 2008, p. 401; Tribunale di Firenze, 13 febbraio 2009, in *Dir. infor*, 2009, 6, p. 911.

anche in tali casi sulla base dell'estensione della definizione di prodotto editoriale alle pubblicazioni divulgate con il mezzo elettronico<sup>9</sup>.

Tale orientamento è stato tuttavia, sino ad oggi, rigettato dalla Corte di Cassazione che, ritenuta pacifica la sussistenza di evidenti analogie tra stampa cartacea e testate telematiche, ha ritenuto come la semplice consultazione di notizie attraverso il *web* non trasformi, di fatto, tale mezzo in "stampa", anche quando il sito è registrato come testata giornalistica, facendo derivare, quindi, l'impossibilità di estendere la disciplina dell'articolo 57 c.p. al periodico *online*, con l'espressa conseguenza che il direttore di tale testata non poteva essere accusato di non aver compiuto quel controllo necessario ad impedire la commissione del reato di diffamazione aggravata perpetrato con la pubblicazione di un commento lesivo della dignità altrui da parte di un lettore<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Il riferimento è senza dubbio alla già ricordata legge 7 marzo 2001 n. 62, (Nuove norme sull'editoria e sui prodotti editoriali e modifiche alla legge 5 agosto 1981, n. 416) emanata in seguito a decisioni giurisprudenziali, che in mancanza di una norma, avevano, seppur in maniera embrionale, dato il via all'ingresso di quei siti che svolgevano attività di stampo giornalistico nella categoria dell'informazione professionale. In quella occasione il legislatore ha allargato la categoria del c.d. prodotto editoriale anche ai contenuti su supporti telematici, estendendo agli stessi alcune norme previste in materia di stampa, nello specifico l'articolo 2 della legge 47/1948, con il quale sono definite le indicazioni obbligatorie che si devono trovare sugli stampati, nonché l'art. 5 che obbliga i giornali alla registrazione presso le cancellerie dei tribunali di competenza. Proprio quest'ultima disposizione è stata oggetto di particolari critiche da parte della dottrina e degli operatori del settore in quanto ritenuta una limitazione della libertà di manifestazione del pensiero. Come è noto, per sopperire a tali critiche, lo stesso legislatore con il successivo d.lgs. 70/2003, ha stabilito la sussistenza dell'obbligo della registrazione per le sole realtà editoriali che intendevano avvalersi delle provvidenze previste dalla l. 7 marzo 2001 n. 62. Nell'analisi della normativa del 2001, inoltre, autorevole dottrina ha avuto modo di sottolineare la mera natura economica dell'intervento, definito quale «mero strumento di concessione di provvidenze o agevolazioni pubbliche alle testate on line». Cfr. sul punto V. ZENO - ZENCOVICH, *I prodotti editoriali elettronici nella l. 7 marzo 2001 n. 62 ed il preteso obbligo di registrazione*, in *Riv. Inform.*, 2001, p. 166. Cfr., inoltre, sul punto, A. PAPA, *Espressione e diffusione del pensiero in internet*, Torino, 2009, A. PAPA, *La disciplina di stampa alla prova delle nuove tecnologie*, in *Riv. inform.*, 2011, 3, pp. 477 e ss..

<sup>10</sup> Già con la sentenza n. 4741/00 la Corte di Cassazione ha evidenziato come l'utilizzo di un sito internet per la diffusione di immagini o scritti atti ad offendere un soggetto potesse integrare il reato di diffamazione aggravata. Al contempo, però, la stessa Corte ha ricordato come «la diffusività e la pervasività di Internet siano solo lontanamente paragonabili a quelle della stampa ovvero delle trasmissioni televisive» sottolineando, quindi, come la diffamazione a mezzo Internet fosse grave come quella realizzata a mezzo stampa ma non includibile nella categoria della diffamazione a mezzo stampa, con l'espresso divieto di utilizzare, attraverso un procedimento interpretativo analogico *in malam partem* le disposizioni previste per la stampa per regolamentare queste nuove forme di bilanciamento tra libertà di informazione e tutela della dignità individuale. Cfr. Corte di Cassazione, sentenza 17 novembre 2000, n. 4741, in *Dir. inform.*, 2002, c. 1787. Cfr. tra le tante, Corte di Cassazione, sentenza 16 luglio 2010, n. 35511,

Secondo questa impostazione, quindi, escluse le ipotesi di concorso di reato, il direttore di una testata telematica non era chiamato a rispondere delle ipotesi di responsabilità previste dall'articolo 57 c.p. per i contributi inseriti da soggetti terzi, anche se rimasti anonimi, a prescindere dal fatto che il giornale *on line* fosse registrato o meno<sup>11</sup>.

### **3. La sentenza della Corte di Cassazione del 29 gennaio 2015, n. 31022 e l'equiparazione del giornale *online* a quello cartaceo.**

Un primo radicale mutamento di orientamento da parte della Corte di Cassazione in materia deve senza dubbio rinvenirsi nella sentenza n. 31022 del 2015<sup>12</sup>, con la quale la stessa Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulla possibilità di applicare, all'informazione *online*, quanto previsto dall'articolo 21 della Costituzione<sup>13</sup>.

Sul punto si ricorda come la giurisprudenza abbia in passato più volte escluso che la garanzia costituzionale prevista dall'articolo 21 comma 3 della Costituzione potesse essere ampliata in modo da ricomprendere anche l'informazione professionale online, ribadendo come il termine "stampa" previsto dalla norma costituzionale dovesse essere assunto nella sua accezione tecnica e che la divulgazione di notizie rientrasse nella più ampia categoria della libertà di manifestazione del pensiero<sup>14</sup>.

---

in *Resp. civ. e prev.*, 2011, c. 82; Corte di Cassazione, sentenza 28 ottobre 2011, n. 44126, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, 2, c. 647.

<sup>11</sup> In tal senso si veda, di recente, Corte di Cassazione, sentenza 19 febbraio 2018, n. 7885, in *www.cortedicassazione.it*. In questa occasione, seppur in *obiter dictum*, ha avuto occasione di riaffermare che all'informazione *online* non è applicabile l'articolo 57 c.p..

<sup>12</sup> Cfr. Corte di Cassazione, sentenza 29 gennaio 2015, n. 31022, in *Foro it.*, 2016, 1, II, c. 52.

<sup>13</sup> Al riguardo si ricorda come la stessa Corte si fosse già pronunciata sul punto stabilendo come le garanzie costituzionali previste per gli stampati in tema di sequestro non potevano essere estese agli "spazi comunicativi virtuali". Cfr. sul punto Corte di Cassazione, sentenza 5 novembre 2013, n. 10594, in *Guida dir.*, 2014, 14, p. 71. Cfr. inoltre C. MELZI D'ERIL, *La Cassazione esclude l'estensione ai siti internet delle garanzie costituzionali previste per il sequestro degli stampati*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 25 marzo 2014; F. MAZARA GRIMANI, *Il sequestro preventivo di un blog: nuovi orientamenti alla luce della sentenza della Corte di Cassazione n. 11895/14*, in *www.medialaw.eu*; C. MELZI D'ERIL, *Il sequestro dei siti on line: una proposta di applicazione analogica dell'art. 21 Cost. "a dispetto" della giurisprudenza*, in *Dir. Informaz.*, 2014, 153, p. 169.

<sup>14</sup> Cfr. sul punto Corte di Cassazione, sentenza 7 dicembre 2007, n. 7319, in *Cass. Pen.*, 2009, 3, c. 1153; Corte di Cassazione, sentenza 10 gennaio 2011 n. 7155, in *Cass. pen.*, 2012, 2, c. 246; Corte di Cassazione, sentenza 5 novembre 2013 n. 10594, in *Guida dir.*, 2014, 14, c. 71. In questa ultima occasione la Corte ha legittimato il sequestro preventivo di un articolo pubblicato sul sito internet di una testata giornalistica, contenente espressioni ritenute lesive dell'onore e del decoro, laddove la sua adozione risulti giustificata da effettive necessità ed adeguate ragioni

La Corte, discostandosi e innovando i propri precedenti orientamenti ed evidenziando l'inerzia del legislatore rimasto insensibile alle sollecitazioni di un intervento chiarificatore sul punto, al punto da immaginare una lesione del principio di uguaglianza determinata dall'irragionevole diversità di trattamento tra stampa cartacea e stampa *online*, ha in questa occasione stabilito come «la testata giornalistica telematica, in quanto assimilabile funzionalmente a quella tradizionale, rientra nel concetto ampio di stampa e soggiace alla normativa di rango costituzionale e di livello ordinario che disciplina l'attività d'informazione professionale diretta al pubblico»<sup>15</sup>.

Secondo i giudici, infatti, «lo scopo è il vero elemento caratterizzante l'attività giornalistica ed un giornale può ritenersi tale se ha i requisiti, strutturale e finalistico, anche se la tecnica di diffusione al pubblico sia diversa dalla riproduzione tipografica o ottenuta con mezzi meccanici o fisico - chimici»<sup>16</sup>.

La sentenza della Suprema Corte produce quindi una "nuova" definizione del termine stampa, contenuta non solo nell'articolo 21 della Costituzione ma

---

che si traducono nella sussistenza del *fumus commissi delicti* e del pericolo di aggravamento delle conseguenze del reato, a cagione del mantenimento in rete delle stesse espressioni.

<sup>15</sup> Cfr. sul punto C. MELZI D'ERIL, *Contrordine compagni: le Sezioni Unite estendono le garanzie costituzionali previste per il sequestro degli stampati alle testate online registrate*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 25 marzo 2014; P. CARETTI, *La Cassazione pone meritoriamente alcuni punti fermi in tema di regolazione dell'informazione via Internet*, in *Quad. cost.*, 2015, p. 1013; A. PULVIRENTI, *Sequestro e Internet: dalle Sezioni Unite una soluzione equilibrata ma creativa*, in *Cass. pen.*, 2015, c. 3454; A. REGI, *Le Sezioni Unite si pronunciano sull'applicabilità delle garanzie costituzionali in tema di sequestro preventivo alle testate giornalistiche telematiche registrate*, in *Guida dir.*, 2015, 38, p. 82; C. MELZI D'ERIL, G.E. VIGEVANI, *Il sequestro di una pagina web può essere disposto imponendo al service provider di renderla inaccessibile*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 2002; S. LORUSSO, *Un'innovativa pronuncia in tema di sequestro preventivo di testate giornalistiche online*, in *Dir. Informaz.*, 2015, p. 1041; L. PAOLONI, *Le Sezioni Unite si pronunciano per l'applicabilità alle testate telematiche delle garanzie costituzionali sul sequestro della stampa: ubi commoda ibi est incommoda?* in *www.medialaws.eu*, 17 maggio 2016.

<sup>16</sup> Sul punto si ricorda come la Corte Costituzionale, nel definire le forme di tutela previste dall'articolo 21 cost. abbia individuato, proprio nelle caratteristiche tecniche e strutturali, elementi determinanti per la corretta e concreta definizione del regime giuridico dei vari mezzi di diffusione del pensiero. In modo particolare, infatti, dopo aver escluso che la garanzia costituzionale della libertà di manifestazione del pensiero rechi con sé quella di disporre di tutti i mezzi di fatto disponibili, i giudici costituzionali hanno stabilito come «a tutti la legge deve garantire la giuridica possibilità di usarne o di accedervi, con le modalità ed entro i limiti resi eventualmente necessari dalle peculiari caratteristiche dei singoli mezzi o dalla esigenza di assicurarne l'armonica coesistenza del pari diritto di ciascuno o dalla tutela di altri interessi costituzionalmente apprezzabili». Di opposto avviso sembrerebbe la Corte di Cassazione in questa decisione in cui il profilo "strutturale", considerato dirimente dalla Corte Costituzionale e dalla legge sulla stampa, verrebbe di fatto assorbito nel dato funzionale costituito dalla comune destinazione "informativa" delle pubblicazioni cartacee e telematiche. Cfr. Corte Costituzionale, sentenza 15 giugno 1972, n. 105, in *www.cortecostituzionale.it*.



anche nell'articolo 1 della Legge sulla stampa<sup>17</sup>, che lega la stessa al concetto di informazione giornalistica professionale prescindendo dalle modalità di diffusione, portando, di fatto, ad un evidente scostamento «*dall'esegesi letterale del dettato normativo, privilegiando un'interpretazione estensiva dello stesso, sì da attribuire al termine "stampa" un significato evolutivo che sia coerente col progresso tecnologico e, nel contempo, non risulti estraneo all'ordinamento positivo, considerato nel suo complesso e nell'assetto progressivamente raggiunto nel tempo*»<sup>18</sup>.

Attraverso un'interpretazione evolutiva, coerente con la finalità del dettato costituzionale, i giudici hanno evidenziato come l'informazione professionale, in sintonia con l'evoluzione socio culturale e tecnologica, possa essere espressa anche attraverso forme espressive diverse da quella cartacea (come nel caso del telegiornale, del giornale radio o delle testate telematiche), che non possono essere sottratte alle garanzie ed alle responsabilità previste dalla normativa sulla stampa.

Sulle basi di tali considerazioni la Corte ha affermato come anche il quotidiano telematico registrato, seppure con esclusivo riferimento ai suoi contenuti redazionali, debba ritenersi assoggettato alla normativa ordinaria e costituzionale in materia di stampa in quanto ontologicamente e funzionalmente assimilabile alla stessa. Secondo i giudici, infatti, «il giornale telematico sia se riproduzione di quello cartaceo, sia se unica ed autonoma fonte di informazione professionale, soggiace alla normativa sulla stampa, perché ontologicamente e funzionalmente è assimilabile alla pubblicazione cartacea. E', infatti, un prodotto editoriale, con una propria testata identificativa, diffuso con regolarità in rete; ha le finalità di raccogliere, commentare e criticare notizie dirette al pubblico: ha un direttore responsabile iscritto all'Albo dei giornalisti; è registrato presso il Tribunale in cui ha sede la redazione; ha un hosting provider che funge da stampatore ed un editore registrato presso il ROC»<sup>19</sup>.

Secondo i giudici, quindi, tale orientamento può essere ritenuto l'unico strumento per scongiurare l'applicazione di un trattamento ingiustificatamente differenziato a due modelli praticamente identici per la funzionalità di diffusione dell'informazione professionale.

<sup>17</sup> Legge 8 febbraio 1948 n. 47, *Disposizioni sulla stampa*.

<sup>18</sup> Corte di Cassazione, sentenza 29 gennaio 2015, n. 31022, cit..

<sup>19</sup> Corte di Cassazione, sentenza 29 gennaio 2015, n. 31022, cit..

Per questo motivo, quindi, anche la stampa *online* non può essere sottoposta a sequestro preventivo, se non nelle ipotesi espressamente previste dalla legge, rimanendo per questo motivo, vincolata anche alle disposizioni in merito alla responsabilità per gli illeciti commessi con tale strumento.

Nell'avvalorare questo nuovo orientamento la Corte ha tuttavia precisato come, tra i vari strumenti di comunicazione telematici, solo i giornali *online* registrati sono assoggettabili alla normativa ordinaria e costituzionale specificamente prevista per la stampa cartacea, in quanto coincidenti con quest'ultima da un punto di vista strutturale e funzionale, restando per questo escluso «il vasto ed eterogeneo ambito della diffusione di notizie ed informazioni da parte di singoli soggetti in modo spontaneo» tra i quali figurano senza dubbio *blog*, *forum* e *social network*<sup>20</sup>. Tale distinzione è stata fortemente criticata e ritenuta fallace da parte della dottrina vista l'assenza di una chiara nozione di informazione professionale<sup>21</sup>e, al tempo stesso, di alcun obbligo di registrazione della testata telematica e di predisposizione del direttore responsabile<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> Sul punto si ricorda come la stessa Corte abbia in più occasioni stabilito come, a differenza dei giornali *online*, ai blog non si estendono le garanzie in tema di sequestro accordate agli stampati in quanto ritenuti non riconducibili alla nozione di stampa. Cfr. Corte di Cassazione, sentenza 24 marzo 2016, n. 12536, in *Foro it.*, 2016, 6, II, c. 359; Corte di Cassazione, sentenza 15 maggio 2018, n. 21521, in *www.ilsole24ore.it*. Cfr. inoltre S. VIMERCATI, *La Cassazione conferma l'inevitabilità al blog delle garanzie costituzionali per gli stampati in tema di sequestro*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 26 ottobre 2016; P. MACIOCCHI, *Diffamazione: sì, al sequestro preventivo della pagina Facebook*, in *www.ilsole24ore.com*, 16 maggio 2018.

<sup>21</sup> Sul punto si ricorda come uno degli aspetti di maggiore importanza contenuti nel d.d.l. S. 1119 B è stato proprio l'equiparazione della stampa *online* alle altre forme di informazione professionale ed il conseguente riconoscimento alla stessa della giusta rilevanza anche in ambito giuridico anche in considerazione dell'utilizzo sempre maggiore di tale strumento da parte della collettività

<sup>22</sup> Cfr. inoltre L. DIOTALLEVI, *La Corte di Cassazione sancisce l'equiparazione tra giornali cartacei e telematici ai fini dell'applicazione della disciplina in materia di sequestro preventivo: un nuovo caso di "scivolamento" dalla nomofiliachia alla "nomopoiesi"?*, in *Giur. cost.*, 3, 2015, p. 1069. Sul punto le stesse Sezioni Unite avevano ribadito come non sussistesse l'obbligo di registrazione presso la cancelleria del Tribunale per il giornale informatico diffuso in via telematica, ossia per quei blog o, più in generale, per quei siti *web* che pubblicano informazioni con frequenza regolare. Cfr. Corte di Cassazione, sentenza 10 aprile 2012, n. 23230, in *Dir. giust.*, 2012. Al riguardo risulta necessario specificare l'entrata in vigore della l. 16 luglio 2012 n. 103 che ha posto una limitazione alla facoltà di non registrare le testate giornalistiche presso i tribunali di competenza. In modo particolare la disposizione prevede che «le testate periodiche realizzate unicamente su supporto informatico e diffuse unicamente per via telematica ovvero on line, i cui editori non abbiano fatto domanda di provvidenze, contributi o agevolazioni pubbliche e che conseguano ricavi annui da attività editoriale non superiore a 100.000 euro, non sono assoggettati agli obblighi stabiliti dall'art. 5 della legge 8 febbraio 1949 n. 47, dall'art. 1 della legge 5 agosto 1981 n. 416 e successive modifiche, e dall'art. 16 della legge 7 marzo 2001 n. 62 e ad esse non si applicano le disposizioni di cui alla delibera dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 666/08/CONS del 26 novembre 2008 e successive modifiche». Sulla base di

Al tempo stesso deve altresì evidenziarsi che la volontà della Corte di limitare la propria riflessione alle sole testate telematiche registrate, ritenendo che solo un quotidiano dotato di una propria organizzazione redazionale e di un direttore responsabile possa essere paragonato, per struttura e finalità, ad un "tradizionale" giornale cartaceo, fa emergere una chiara distinzione tra l'informazione professionale veicolata mediante i periodici *online* e la moltitudine di forme di comunicazione di fatti di cronaca ed opinioni espresse in rete in modo "partecipativo"<sup>23</sup>.

Tale impostazione può essere considerata un importante punto di partenza per il legislatore nell'ipotesi in cui decidesse di estendere, all'informazione telematica, le disposizioni previste per la stampa poiché tale equiparazione non potrebbe che limitarsi alle sole testate giornalistiche *online* registrate per non condizionare, in modo eccessivo, la libertà di espressione tramite il *web* attraverso l'imposizione di obblighi ed oneri eccessivi, rendendo al contempo sproporzionata, nell'ottica di un necessario bilanciamento di interessi, l'esigenza di prevenzione e repressione degli illeciti commessi nell'esercizio della stessa libertà<sup>24</sup>.

#### **4. La sentenza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 11 dicembre 2017 n. 13398.**

Sulla base di tali considerazioni la Corte di Cassazione, con la sentenza in esame, ha superato, forse in maniera definitiva, l'orientamento granitico che si era formato nel corso degli anni, legittimando l'applicazione dell'articolo 57 c.p. al direttore responsabile di un giornale *online* registrato.

Il fatto: su un periodico registrato era stato pubblicato un articolo anonimo diffamatorio che aveva portato alla condanna del direttore responsabile della testata telematica per il reato di cui all'articolo 595 c.p. La Corte d'Appello, dopo aver proceduto alla correzione del capo di imputazione aggiungendo la contestazione *ex art.* 57 c.p., aveva annullato la decisione di primo grado assolvendo l'imputato «perché il fatto non è previsto dalla legge come reato». I giudici di secondo grado, in linea con l'orientamento della giurisprudenza di

---

tale norma, quindi, rimane legittimo l'esonero dall'obbligo di registrazione per tutti i *blog* e i giornali che non intendano accedere a finanziamenti pubblici a condizione che il ricavo derivante dall'attività della stessa testata non superi i 100.000 euro. Cfr. inoltre A. PAPA, *La disciplina di stampa alla prova delle nuove tecnologie*, cit., 3, pp. 477 e ss..

<sup>23</sup> Cfr. I. PISA, *Profili di responsabilità penale del direttore di periodici telematici*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2011, p. 460.

<sup>24</sup> Cfr. L. PAOLONI, *Le Sezioni Unite si pronunciano per l'applicabilità alle testate telematiche delle garanzie costituzionali sul sequestro della stampa: ubi commoda ibi est incommoda?*, cit., 4.

legittimità sul punto, avevano infatti escluso la responsabilità dell'imputato sulla base della impossibilità di equiparare la stampa *online* a quella cartacea, nel rispetto del divieto di analogia in *malam partem* che impediva l'estensione delle norme sulla stampa al direttore del periodico telematico. Sulla base dell'orientamento fissato dalla sentenza del 2015 veniva proposto ricorso per Cassazione, lamentando il fatto che la Corte d'Appello avrebbe potuto applicare l'articolo 57 c.p. al caso in esame senza incorrere in una violazione del principio di legalità e di tassatività.

La Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, ha dichiarato fondato il ricorso, annullando la sentenza impugnata con rinvio per un nuovo esame al giudice di merito. La pronuncia si presenta innovativa rispetto al passato ma al tempo stesso confermativa del nuovo orientamento inaugurato con la citata sentenza del 2015, in quanto stabilisce che ogni giornale, anche se diffuso con strumenti differenti da quelli tradizionali, deve essere assoggettato alle disposizioni normative in materia di stampa cartacea nelle ipotesi in cui risulti contraddistinto da una testata, sia dotato di un direttore responsabile, venga registrato presso il Tribunale e diffuso con periodicità regolare<sup>25</sup>.

Sulla base di tali considerazioni le Sezioni Unite hanno stabilito, in maniera "innovativa", che alle testate telematiche registrate, rientranti nell'alveo della inedita definizione di stampa, si applicano non solo le garanzie costituzionali in materia di sequestro *ex art. 21 Cost.*, ma anche le disposizioni legislative per gli stampati, tra cui rientra senza dubbio l'articolo 57 c.p. che disciplina la responsabilità del direttore per omesso controllo da effettuarsi non solo al momento dell'inserimento in rete dei contributi, ma anche successivamente, durante la permanenza dei contenuti diffamatori tra le colonne del giornale telematico<sup>26</sup>.

Nel motivare questo importante mutamento di orientamento ed applicarlo al caso in esame la Corte ha inoltre sostenuto come, nonostante l'articolo diffamatorio fosse stato pubblicato in maniera anonima, la sua collocazione nel corpo della testata legittimava a supporre che fosse stato inserito da un membro della redazione, presumendo, quindi, la facoltà da parte del direttore responsabile di operare un controllo preventivo.

<sup>25</sup> Corte di Cassazione, sentenza 11 dicembre 2017, n. 13398, in *Guida dir.*, 2018, 17, p. 83.

<sup>26</sup> Sul punto la Suprema Corte ha affermato in maniera esplicita come «risulta, pertanto, superato il contrario orientamento della giurisprudenza di legittimità che escludeva la responsabilità del direttore di un periodo on-line per il reato di omesso controllo *ex art. 57 c.p.*». Cfr. Corte di Cassazione, sentenza 11 dicembre 2017, n. 13398, cit..

Proseguendo nel suo ragionamento le Sezioni Unite hanno inoltre aggiunto come, anche nei casi in cui si fosse accertato che lo stesso direttore non avesse avuto la concreta possibilità di controllare in via preventiva il contenuto dell'articolo, tale ipotesi non avrebbe escluso la responsabilità dello stesso «indifferentemente, a titolo di colpa, ex art. 57 c.p. o di concorso ex art. 110 c.p. nel reato di diffamazione per non aver rimosso il contenuto dell'illecito»<sup>27</sup>. Secondo i giudici la costruzione della responsabilità immaginata dall'articolo 57 c.p. deve essere senza dubbio rapportata alla *ratio* della stessa disposizione rinvenibile nella volontà di evitare che, tramite la pubblicazione di contenuti diffamatori, vengano compromessi beni ritenuti meritevoli di tutela da parte del legislatore.

Per questo motivo, quindi, poiché la tutela del bene giuridico protetto non si esaurisce nell'atto della materiale pubblicazione e diffusione dello stesso, ma continua per tutto il periodo di permanenza in rete e di consultazione, potenzialmente illimitata, da parte dei lettori, il comportamento del direttore responsabile (o del suo vice) risulta meritevole di essere valutato con riferimento ad entrambi i momenti, in modo da poter loro rimproverare la mancata osservanza delle regole di condotta che avrebbero impedito la lesione del bene giuridico tutelato.

In considerazione di tali motivazioni la Corte di Cassazione ha annullato la sentenza impugnata con rinvio per un nuovo esame da parte del giudice civile competente, chiamato anche all'eventuale liquidazione della parte civile costituita delle spese processuali sostenute.

### **5. Riflessioni conclusive.**

L'orientamento innovativo in materia, inaugurato dalla Corte di Cassazione nel 2015 e confermato nella sentenza oggetto di attenzione, impone delle, seppur brevi, considerazioni critiche in merito alla piena equiparazione delle testate telematiche a quelle cartacee ed il loro conseguente assoggettamento all'intero regime normativo previsto per queste ultime.

Sul punto deve ricordarsi come la Corte sia intervenuta, in assenza di una disciplina organica sul punto, per eliminare l'intollerabile disparità di trattamento tra stampa cartacea e testate *online* ed evitare una lesione del principio di eguaglianza, attraverso un'interpretazione estensiva

---

<sup>27</sup> Cfr. inoltre Corte di Cassazione, sentenza 28 settembre 2017 n. 52743, in *Ced. Cass. Pen.*, 2018.

costituzionalmente orientata, che, secondo gli stessi giudici, non violerebbe il divieto di analogia *in malam partem*, principio cardine sul quale la giurisprudenza faceva affidamento per limitare ogni possibile estensione<sup>28</sup>.

Questa tesi si presta a possibili critiche in considerazione del fatto che l'articolo 1 della legge sulla stampa impone quale modalità tecnica di riproduzione la tipografia, elemento non rinvenibile per le testate giornalistiche telematiche.

Per questo motivo la volontà di ricondurre i giornali *online* al concetto di stampa in riferimento ad aspetti penalmente rilevanti deve essere considerata non tanto una semplice interpretazione estensiva della norma, quanto, invece, una forzatura della disposizione così profonda da superare il significato della stessa è<sup>29</sup>.

Un altro elemento che necessita di un approfondimento è il riferimento "costituzionale" su cui si basa la "nuova" impostazione della Corte.

Come si è ricordato, la Suprema Corte ha giustificato l'allargamento della nozione di stampa ai giornali telematici al fine di scongiurare una lesione del principio di eguaglianza ed evitare che la garanzia costituzionale potesse subire un "restringimento" vista l'applicazione alla sola informazione cartacea ed in considerazione della sempre maggior diffusione di quella *online*<sup>30</sup>.

Tale *ratio* non può invece rinvenirsi nella estensione della responsabilità penale del direttore, non essendo previsto alcun obbligo in capo al legislatore al riguardo.

Allo stesso modo, tenuto conto della inesigibilità della condotta da parte del responsabile di una testata telematica, non possono non ricordarsi le considerazioni svolte da parte degli stessi giudici in riferimento alla inattuabilità

---

<sup>28</sup> Sul punto i giudici di legittimità hanno infatti evidenziato come «l'interpretazione estensiva, se coerente con la mens legis – nel senso che ne rispetta lo scopo oggettivamente inteso, senza porsi in conflitto con il sistema giuridico che regola il settore d'interesse – consente di discostarsi dalle definizioni legali, le quali sono semplici generalizzazioni destinate ad agevolare l'applicazione della legge in un determinato momento storico e di accreditare al dato normativo un senso e una portata corrispondenti alla coscienza giuridica e alle necessità sociali del momento attuale». Cfr. Cass., sentenza 29 gennaio 2015, n. 31022, cit..

<sup>29</sup> Cfr. sul punto S. VIMERCATI, *Revirement della Cassazione: la responsabilità per omesso controllo si applica al direttore della testata telematica*, in [www.medialaws.it](http://www.medialaws.it), 29 maggio 2018. Cfr. inoltre P. COSTANZO, *Libertà di manifestazione del pensiero e "pubblicazione" in Internet*, in *Dir. Informaz.*, 1998, p. 373. Secondo l'Autore il modello costituzionale "privilegiato" della stampa periodica «se da un lato, impedisce che un certo armamentario repressivo sia introdotto a suo danno e, più specificamente, in ragione dei suoi contenuti informativi o notiziali, dall'altro, costituisce, proprio perché privilegiato, un paradigma inarrivabile, con gli ordinari strumenti di interpretazione estensiva o analogica, per gli altri mezzi diffusivi diversi dalla stampa».

<sup>30</sup> Cfr. S. VIMERCATI, *Revirement della Cassazione: la responsabilità per omesso controllo si applica al direttore della testata telematica*, cit. 7.

di un sistema di controllo come quello previsto dal giornale cartaceo tenuto conto dei continui aggiornamenti, dell'interazione dei lettori e della impossibilità per lo stesso di poter svolgere il controllo sull'intero giornale per poi dare il via libera alla stampa definitiva<sup>31</sup>.

Consapevole di tali difficoltà la Corte, nel legittimare la responsabilità penale del direttore del giornale telematico, immagina un controllo *ex post* del contenuto diffamatorio, obbligando lo stesso a rimuoverlo in un momento successivo alla sua pubblicazione<sup>32</sup>.

Si tratta però di un'impostazione che difficilmente può essere accettata per la sua distanza dalla *ratio* della norma incriminatrice che prevede un controllo preventivo per evitare la diffusione del contenuto diffamatorio e non successivo in quanto, una volta immesso all'interno del circuito normativo, difficilmente esso può essere oggetto di una semplice e definitiva rimozione<sup>33</sup>.

Come è stato sottolineato, quindi, l'orientamento della Suprema Corte sembrerebbe basarsi su una decisione di "giustizia sostanziale" caratterizzata da un percorso logico - giuridico non strettamente collegato a quei rigorosi criteri interpretativi che legittimano l'applicazione delle disposizioni penali, ponendosi, forse, in contrasto con i principi di tassatività e determinatezza previsti dall'articolo 25 comma 2 della Carta Costituzionale<sup>34</sup>.

Sulla base di tali considerazioni deve essere quindi avvalorato quel progressivo mutamento della funzione nomofilattica verso modelli di "nomopoiesi"<sup>35</sup>, basato sulla scelta della giurisprudenza di legittimità di avvalorare teorie basate su un'interpretazione "creativa" delle disposizioni legislative che assumono, di

<sup>31</sup> Cfr. sul punto Corte di Cassazione, 28 ottobre 2011, n. 44126, cit. Cfr. S. VIMERCATI, *Revirement della Cassazione: la responsabilità per omesso controllo si applica al direttore della testata telematica*, cit., 7. Cfr. inoltre C. MELZI D'ERIL, *Roma locuta: la Cassazione esclude l'applicabilità dell'art. 57 c.p. al direttore della testata giornalistica online*, in *Dir Informaz.*, 2010, p. 899.

<sup>32</sup> Al riguardo si ricorda come in passato, gli stessi giudici abbiano censurato un orientamento della giurisprudenza di merito volta a legittimare una modifica di quanto previsto dall'articolo 57 c.p. andando a sanzionare la condotta del direttore di un giornale *online* per l'omesso controllo successivo all'inserimento dello scritto diffamatorio. Cfr. sul punto Corte di Cassazione, sentenza 28 ottobre 2011, n. 44126, cit..

<sup>33</sup> Cfr. S. VIMERCATI, *Revirement della Cassazione: la responsabilità per omesso controllo si applica al direttore della testata telematica*, cit., 10.

<sup>34</sup> Cfr. S. Vimercati, *Revirement della Cassazione: la responsabilità per omesso controllo si applica al direttore della testata telematica*, cit. 11.

<sup>35</sup> Cfr. sul punto R. ESPOSITO, *Ego te baptizo piscem: la Corte di Cassazione dalla nomofiliachia alla nomopoiesi (a proposito di società in mano pubblico e giurisdizione della Corte dei Conti)*, in *Scritti in onore di Alessandro Pace*, Napoli, 2012, p. 2709.



fatto, una valenza normativa<sup>36</sup> probabilmente raccordabile con il ruolo affidato alla suprema magistratura e, complessivamente, all'autorità giudiziaria nell'attuale ordinamento giuridico costituzionale<sup>37</sup>.

Si tratta di un fenomeno che si collega, senza dubbio, in maniera intrinseca, al sempre maggior indebolimento del ruolo del legislatore ed al conseguente "rafforzamento" di una "giurisprudenza legislativa", ovvero di un giudice legislatore<sup>38</sup>.

Al riguardo condivisibile dottrina ha evidenziato come «al consapevole ritirarsi della politica da alcune decisioni fondamentali si è accompagnata l'intenzione di affidare alla magistratura lo scioglimento di nodi problematici che, per problemi di consenso o di equilibri di maggioranza, non si voleva dipanare in sede parlamentare»<sup>39</sup>. L'orientamento inaugurato dalla Cassazione avrà, senza dubbio, una portata innovativa e (forse troppo) rivoluzionaria in un settore, quello dell'informazione, caratterizzato, purtroppo, da una legislazione per lo

---

<sup>36</sup> Sulla natura intrinsecamente "creativa" dell'attività normativa cfr., tra i tanti, V. CRISAFULLI, voce *Atto normativo*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, p. 254. Cfr. inoltre L. FERRAJOLI, *Contro il creazionismo giudiziario*, Modena, 2018, p. 3. In modo particolare l'Autore si interroga «se la giurisdizione sia creativa di nuovo diritto perché ammettere decisioni interpretative; quali siano l'oggetto del bilanciamento e il ruolo della sussunzione; se il rapporto tra diritto e morale nelle odierne democrazie costituzionale sia di connessione o di separazione; se il positivismo giuridico sia un approccio superato o sia oggi, al contrario, più attuale che mai».

<sup>37</sup> Cfr. S. VIMERCATI, *Revirement della Cassazione: la responsabilità per omesso controllo si applica al direttore della testata telematica*, cit., p. 12. Cfr. inoltre L. DIOTALLEVI, *La Corte di Cassazione sancisce l'equiparazione tra giornali cartacei e telematici ai fini dell'applicazione della disciplina in materia di sequestro preventivo: un nuovo caso di "scivolamento" dalla nomofiliachia alla "nomopoiesi"?*, cit., p. 1069; M. MENGOZZI, *Normatività delle decisioni giudiziarie: nomofiliachia e Costituzione*, in *www.osservatorioaic.it*, 1, 2015, p. 4. Secondo l'Autore «se nella Francia post-rivoluzionaria ed illuministica la costruzione della Cassazione come organo tutore della legge era strettamente legata all'idea che quest'ultima avesse un contenuto chiaro e univoco che doveva essere protetto, nell'attuale contesto ordinamentale e culturale il ritorno ad un ruolo para-normativo per le supreme magistrature sembra avere il ben diverso senso di definire nuove sedi di creazione delle regole che si trovano al di fuori dei circuiti rappresentativi e sono affidate ad organi "tecnici" legittimati dal procedimento».

<sup>38</sup> Cfr. sul punto V. ZENO ZENCOVICH, *La pretesa estensione alla telematica del regime della stampa*, in *Dir. Informaz.*, 1998, 19, p. 20. Cfr. inoltre S. VIMERCATI, *Revirement della Cassazione: la responsabilità per omesso controllo si applica al direttore della testata telematica*, cit., p. 12.

<sup>39</sup> Cfr. M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)* in *Giur. cost.*, 2012, spec. p. 3825. Sul punto l'Autore ha altresì evidenziato come «la giurisdizione si è trovata ad uscire dal terreno del controllo che è quello che le è più proprio, per addentrarsi in quello della mediazione e della regolazione del conflitto sociale rimesse, in linea teorica, al raccordo Parlamento-Governo in quanto funzioni implicanti, da un lato, la legittimazione dell'adozione di scelte che impegnano gli orizzonti politici del gruppo sociale e, dall'altro, la competenza ad accettare l'assetto degli interessi in giuoco e ad identificare il punto di equilibrio».

più frammentata e disorganica, rendendo ancora più necessario ed urgente l'intervento del legislatore, che risolverebbe le criticità sollevate accogliendo, inoltre, non solo le sempre maggiori istanze di certezza del diritto in una materia che, per la sua rilevanza sociale, non può più giustificare una gravissima *vacatio* legislativa ed essere condizionata dalle decisioni giurisprudenziali, in alcuni casi contrastanti tra loro, ma anche e soprattutto riequilibrando il rapporto tra potere legislativo e potere giudiziario, elemento fondamentale per il corretto funzionamento del nostro sistema istituzionale del quale la libertà di informazione, come più volte sottolineato dalla Corte Costituzionale, è "pietra angolare"<sup>40</sup>.

Appare evidente che si tratta di un intervento legislativo complesso, nel quale – ad opinione di chi scrive – la soluzione della mera equiparazione delle testate giornalistiche telematiche a quelle cartacee e la conseguente soggezione ad un unico ed indistinto regime appare la meno preferibile. Infatti, le caratteristiche strutturali dei nuovi mezzi di informazione rendono auspicabile l'adozione di una nuova disciplina che, sulla base di quella prevista per la stampa tradizionale, possa differenziarsi in riferimento alle ipotesi di responsabilità ed in tema di garanzie.

La possibile introduzione di una fattispecie incriminatrice omologa a quella prevista dall'attuale articolo 57 c.p. appare eccessivamente gravosa rispetto all'effettivo controllo esercitabile sulle pubblicazioni, anche se limitate ai soli contenuti redazionali, in considerazione del fatto che tra le peculiarità del mezzo telematico c'è quella di poter procedere ad un aggiornamento costante ed in tempo reale delle notizie<sup>41</sup>.

La notizia immessa in rete, inoltre, a differenza di quella diffusa attraverso la stampa, rimane fruibile per un tempo indeterminato e per un'indifferenziata platea di utenti, che possono a loro volta essere considerati soggetti attivi di un'ulteriore divulgazione destinata alla c.d. eternità mediatica.

---

<sup>40</sup> Corte Costituzionale, sentenza 17 aprile 1969, n. 84, in *www.giurcost.org*. Cfr. inoltre Corte Costituzionale, 16 marzo 1971, n. 49, in *www.giurcost.org*; Corte Costituzionale, sentenza 12 aprile 1973, n. 38, in *www.giurcost.org*; Corte Costituzionale, sentenza 5 luglio 1973, n. 112, in *www.giurcost.org*; Corte cost., sentenza 30 gennaio 1974, n. 20, in *www.giurcost.org*; Corte Costituzionale, sentenza 13 maggio 1987, n. 153, in *Giur. it.*, 1989, I, c. 639; Corte Costituzionale, sentenza 26 marzo 1993, n. 112, in *Foro it.*, 1993, c. 1339.

<sup>41</sup> Cfr. L. PAOLONI, *Le Sezioni Unite si pronunciano per l'applicabilità alle testate telematiche delle garanzie costituzionali sul sequestro della stampa: ubi commoda ibi est incommoda ?*, cit., 4. Cfr. inoltre S. VIMERCATI, *Revirement della Cassazione: la responsabilità per omesso controllo si applica al direttore della testata telematica*, cit., p. 10.

Per questo motivo, nelle ipotesi di episodi diffamatori, optando per la mera equiparazione, potrebbe venirsi a creare (paradossalmente) una violazione *a contrario* del principio di eguaglianza in considerazione del fatto che la diffamazione realizzata attraverso gli articoli su giornali cartacei ha senza dubbio un minore riscontro ed una durata limitata poiché la sua diffusione si esaurisce nel breve arco di tempo che precede la pubblicazione della successiva edizione del quotidiano<sup>42</sup> come peraltro sottolineato anche dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo che, nel rimarcare la profonda differenza tra l'informazione digitale e stampa in senso stretto, ritiene necessaria l'adozione di una distinta regolamentazione dei due mezzi di comunicazione tenuto conto anche del maggiore rischio di lesione del diritto al rispetto della propria vita privata riconducibile all'utilizzo del *web*<sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup> Cfr. sul punto Corte di Cassazione, sentenza 5 novembre 2013, n. 10594, cit..

<sup>43</sup> Cfr. C.E.D.U., sentenza 16 luglio 2013, *Wegrezynowsky and Smolczewski c. Polonia*. In questa occasione, seppur in via incidentale, la Corte di Strasburgo ha evidenziato come «*Internet is an information and communication tool particularly distinct from the printed media, especially as regards the capacity to store and transmit information. The electronic network serving billions of users worldwide, is not and potentially will never be subject to the same regulations and control. The risk of harm posed by content and communications on the Internet to the exercise and enjoyment of human rights and freedoms, particularly the right to respect for private life, is certainly higher than that posed by the press. Therefore, the policies governing reproduction of material from the printed media and the Internet may differ. The latter unideniably have to be adjusted according to technology's specific features in order to secure the protection and promotion of the rights and freedoms concerned*».

## La solidarietà generazionale alla luce della sentenza n. 18 del 2019 della Corte Costituzionale.

di Giacomo PALOMBINO\*

**SOMMARIO:** **1.** Premessa. **2.** L'equilibrio di bilancio e il predissesto finanziario. **3.** La sentenza n. 18 del 2019: l'ordinanza della Corte dei conti. **4.** (*segue*) La legittimazione della Corte dei conti a sollevare incidente di costituzionalità. **5.** (*segue*) La dichiarazione di incostituzionalità: le ragioni della Corte. **6.** La giustiziabilità dell'equilibrio di bilancio attraverso la tutela delle generazioni future. **7.** Conclusioni.

**ABSTRACT:** *The attempt to shape the responsibility of the current generations towards the future ones has its roots in philosophical thinking. On the other hand, in the legal sphere, there have been many difficulties in recognizing an autonomous relevance to the "rights of tomorrow". On closer inspection, in reality, the Constitutional Court recalled the concept of intergenerational equity in cases where the use of public spending had a negative impact on the resources available for the future. In particular, following the constitutional revision of 2012, the judges of legitimacy guaranteed the protection of future generations by citing the principle of budget balance as set out in articles 81 and 97 of the Constitution. On these assumptions, the present work will attempt to demonstrate how the rights of future generations enjoy not only an autonomous legal relevance, but also an autonomous justice system.*

### 1. Genesi di un principio.

La configurabilità di diritti in capo alle generazioni future è un tema che solo in tempi recentissimi sta acquistando spazio, peraltro limitato, nel dibattito politico, pur essendo presente da tempo nella riflessione giuridica<sup>1</sup>. Gli studiosi,

\* Dottorando di ricerca in "Il diritto dei servizi nell'ordinamento italiano ed europeo", Università degli Studi di Napoli Parthenope.

<sup>1</sup> «The principle of intergenerational equity states that every generation holds the Earth in common with members of the present generation and with other generations, past and future. The principle articulates a concept of fairness among generations in the use and conservation of the environment and its natural resources. The principle is the foundation of → sustainable development. It has also been applied to cultural resources and to economic and social problems. The principle of intergenerational equity has deep roots in diverse cultural and

infatti, pur sottolineando le molteplici difficoltà riscontrate nell'individuare in via generale una categoria dai confini incerti, hanno approfondito la questione da diversi angoli di indagine<sup>2</sup>, declinandola in particolare sotto il profilo della tutela ambientale e del futuro impatto economico delle scelte pubbliche, tenuto in conto lo stretto rapporto che lega le decisioni di spesa alla tutela dei diritti<sup>3</sup>.

---

religious traditions, including the Judeo-Christian, Islamic, and Asian non-theistic traditions. It has roots in Islamic law, the common law, civil law traditions, African customary law, and Native American traditional law, among others. In international law, the principle builds upon the use of equity, initially formulated by Aristotle and elaborated by Grotius, who treated equity as addressing those cases not covered by the universal law. In the 20 century, equity was often cited as synonymous with being 'just' or with 'justice', as articulated by the → International Court of Justice (ICJ) in the → North Sea Continental Shelf Cases and in the Case Concerning the Continental Shelf (Tunisia v Libya). Especially in the latter half of the 20 century, equity has been invoked in international law as a basis upon which to provide standards for allocating and sharing resources and for distributing the burdens of caring for the resources and the environment in which they are found. This use of equity provides a foundation for a principle of intergenerational equity» cit. E. B. WEISS, s.v. *Intergenerational equity*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*.

<sup>2</sup> In R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, 2008, individuata la responsabilità intergenerazionale come «le possibili forme di tutela giuridica, azionabili dagli uomini appartenenti alla generazione vivente, a favore degli interessi degli uomini ancora non esistenti si noti come la problematica della tutela dei diritti delle generazioni ancora non esistenti», si specifica come la problematica possa essere approfondita in relazione a molteplici ambiti. Si pensi, in particolare, alle varie questioni sorte sul piano della tutela dell'ambiente come, ad esempio, quelle legate alla produzione di energia nucleare, alla riduzione della diversità biologica, al cambiamento climatico o ancora – ammettendo un'accezione più ampia di "ambiente" – alla conservazione del patrimonio culturale.

<sup>3</sup> Alcuni rilevano – cfr. R. BIFULCO, op. cit., p. 35; cfr. C. ZANGHÌ, *Per una tutela delle generazioni future*, in *Jus*, 1999, p. 636 - che, nell'ambito delle scelte economiche, la responsabilità nei confronti delle generazioni future detenga un carattere sussidiario. Pur accettandone in via teorica le ragioni, che poggiano sulla considerazione che le scelte di tipo economico – a differenza di quelle incidenti sull'ambiente – possano essere corrette nel corso del tempo, nel presente lavoro vuole sottolinearsi come, in realtà, la Corte costituzionale abbia riconosciuto la tutela dei diritti futuri proprio in relazione a problematiche di stampo *lato sensu* monetarie. Si veda, in particolare, J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, Milano, Feltrinelli, 1997, pp. 241 ss., dove, indagando su di un programma di «giusto risparmio», si evidenzia come la giustizia generazionale rintracci la sua origine proprio nelle questioni legate alla redistribuzione del reddito. L'Autore sottolinea come «ciascuna generazione deve non soltanto conservare le acquisizioni di cultura e civiltà, e mantenere intatte le istituzioni giuste già esistenti, ma deve anche accantonare, in ciascun periodo di tempo, un ammontare opportuno di capitale reale. Questo risparmio può assumere varie forme, dall'investimento netto in macchinari e altri mezzi di produzione, all'investimento nell'apprendimento e nell'educazione. Assumendo per il momento un principio di giusto risparmio che ci dice quale dovrebbe essere l'entità dell'investimento, il livello del minimo sociale risulta determinato. Supponiamo per semplicità che il minimo sia regolato dai trasferimenti pagati per mezzo dell'imposta proporzionale sui consumi (o sul reddito). In questo caso, un aumento del minimo implica un aumento della proporzione in cui viene tassato il consumo (o il reddito). Probabilmente, nella crescita di questa percentuale, si raggiunge un punto oltre il quale accade una di queste due cose. O non è possibile fare i risparmi adeguati, o le maggiori tasse interferiscono a tal punto con l'efficienza economica che le

Appare evidente, infatti, come l'aspetto economico delle politiche dello Stato – e degli altri enti – costituisca il principale parametro tramite il quale verificare in che modo la generazione attuale possa incidere su quelle future, in termini sia positivi che negativi: nello specifico, emerge come accanto a scelte virtuose, idonee a riflettere effetti benefici sui decenni successivi, si collochino decisioni che, al contrario, pur circoscrivendo in un periodo di tempo limitato i vantaggi prodotti, ne trasferiscono invece le conseguenze negative su di un arco temporale più lungo.

In questo senso, è stato sottolineato come il legislatore, oltre a dimostrarsi "miope"<sup>4</sup> rispetto alle esigenze delle generazioni future, possa anche recare danno ai diritti delle stesse. Appare evidente, infatti, come lo Stato sociale, e più nello specifico quelle prestazioni minime che lo stesso è chiamato a garantire, possa essere compromesso da manovre finanziarie squilibrate<sup>5</sup>; si sottolinea, invero, come un ricorso eccessivo alle risorse *lato sensu* monetarie

---

prospettive dei meno avvantaggiati della presente generazione non vengono più migliorate, ma iniziano a diminuire. In entrambi i casi il minimo corretto è stato raggiunto. Il principio di differenza è rispettato, e non è più necessario alcun aumento. Queste osservazioni sul modo di specificare il minimo sociale si conducono al problema della giustizia tra le generazioni».

<sup>4</sup> Cfr. R. BIFULCO, op. cit., p. 184-185.

<sup>5</sup> «La crisi economica sta generando, specialmente nei paesi europei che la stanno subendo in maggiore misura nella zona Euro, un processo di smantellamento dello Stato sociale, con aggiustamenti di bilancio che determinano forti limitazioni dei diritti sociali. Sembra che in Europa si stia arrivando alla fine di quella che potremo definire come "l'epoca dorata del Diritto costituzionale". Questa epoca dorata è stata rappresentata dalle costituzioni normative, che assunsero una nuova fase nello sviluppo del costituzionalismo, vincolando, in maniera indissolubile, il concetto di costituzione all'idea di democrazia pluralista, impedendo così, sul piano teorico, lo svuotamento del principio dello Stato di Diritto, che non sarà più applicabile ad uno Stato caratterizzato dall'assenza di condizioni democratiche. In effetti, solo la democrazia rende possibile l'effettiva sottoposizione dello Stato al Diritto. Sul piano costituzionale, anche se non tutta la costituzione democratica è necessariamente costituzione normativa, non è possibile una costituzione normativa che non sia democratica. (...) La tensione non è motivata dalla crisi ma dal discorso economico che si sta promuovendo in relazione alla crisi, che vuole imporre un'unica soluzione ai problemi derivati dalla crisi, basata sui tagli ai diritti sociali. L'economia è, possibilmente, l'unica delle scienze sociali che mantiene ancora la finzione di una capacità di predire con esattezza l'evoluzione delle condizioni economiche. Questa finzione è stata comune alle altre scienze sociali durante il periodo di introduzione del primo costituzionalismo, come ricorda Garcia Pelayo, come conseguenza dell'intento di trasferire a queste scienze i progressi delle scienze naturali, che derivò da un concetto di legge giuridica che rifletteva il concetto di legge scientifica» cit. F. BALAGUER, *La dimensione costituzionale dello Stato sociale di Diritto*, in *Studi in onore di Francesco Gabriele*, Bari, 2016, pp. 14-15; IDEM, *Constitucion normativa y ciencia del Derecho*, AA.VV., in *Estudios de derecho Publico en Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, Vol. I, Madrid, 1997; IDEM, *Capacidad creativa y limites del legislador en relacion con los derechos fundamentales. La garantia del contenido esencial de los derechos*, in M.A. Aparicio Pérez (Coord.), *Derechos Constitucionales y pluralidad de ordenamientos*, Barcelona, 2001-II, pp. 93-116.

disponibili nel tempo presente, qualora generi un disavanzo nelle casse dello Stato e, di conseguenza, determini un aumento del debito pubblico, possa compromettere le opportunità di crescita dei decenni successivi.

Il presente lavoro si propone, pertanto, di analizzare come le decisioni di spesa possano incidere sui diritti delle generazioni future<sup>6</sup>. Si tenterà, in particolare, di dimostrare come la tutela di queste ultime possa trovare fondamento nel

---

<sup>6</sup> «The principle of intergenerational equity is a foundation for the concept of sustainable development. The World Commission on Environment and Development, which preceded the 1992 Rio Conference on Environment and Development, defined sustainable development 'as meeting the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs' (Our Common Future at 8). This general language has been repeated in many different legal documents. It reflects concerns expressed in the earlier Stockholm Declaration on the Human Environment (→ Stockholm Declaration [1972] and Rio Declaration [1992]). There is no international legal instrument that defines the elements of the principle of intergenerational equity. A review of juridical writings and legal instruments indicates that the core of the principle is that while the present generation has a right to use the Earth and its natural resources to meet its own needs, it must pass the Earth on to future generations in a condition no worse than that in which it was received so that future generations may meet their own needs. This generally applies both to the diversity of the resources and to the quality of the environment. In the 1980s, Brown Weiss identified a principle of intergenerational equity in which all generations hold the Earth in common as a trust. People are both beneficiaries entitled to use the environment and its resources, and at the same time trustees (or stewards or custodians) with an obligation to pass it on in no worse condition on balance than that in which it was received. This theory articulated three elements of intergenerational equity: non-discriminatory access to the Earth and its resources; comparable options (as reflected in the diversity of resources); and comparable quality in the environment. These elements apply to both natural and cultural resources and lead to a suite of intergenerational strategies. The elements of the principle met four criteria: that they neither authorize unreasonable exploitation by the present generation nor impose unreasonable burdens on it; that they not require predicting the values of future generations and provide flexibility to future generations to achieve their own goals; that they be reasonably clear in application to foreseeable situations; and that they be generally shared by different cultural traditions and acceptable to different economic and political systems. The concept of comparable options rests on the assumption that future generations are more likely to survive and attain their goals if they have a variety of options for addressing their problems and opportunities. Conserving the diversity of natural and cultural resources will provide future generations with a robust and flexible heritage through which they can achieve their own well-being. The concept of comparable quality requires that on balance the quality of the natural and cultural environment be at least in no worse condition than that in which it was received. Trade-offs will be inevitable in implementing this element. Both the obligations to provide comparable options and comparable quality are part of the core obligation to pass on the environment in no worse condition than that in which it was received. The element of access gives the present generation a reasonable, non-discriminatory right of access to natural and cultural resources to use for its own benefit, and the obligation to pass on at least a minimal level or improved conditions of access», cit. E. B. WEISS, s.v. *Intergenerational equity*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*.



principio dell'equilibrio di bilancio, introdotto nella Costituzione italiana in seguito all'approvazione del Trattato europeo sul c.d. "Fiscal compact"<sup>7</sup>.

Richiamando proprio gli artt. 81 e 97 Cost. come parametro di legittimità, la Corte costituzionale ha più volte fatto ricorso al concetto di *solidarietà* – talvolta in termini di *equità*, talaltra in termini di *mutualità* – *generazionale*, nella sua duplice accezione di *solidarietà inter-generazionale* e *solidarietà intra-generazionale*<sup>8</sup>. In questa prospettiva, si presenta di particolare interesse la recente sentenza n. 18 del 2019 della Consulta, la quale sembra riconoscere un'autonoma rilevanza giuridica ai "diritti di domani"<sup>9</sup>.

## 2.L'equilibrio di bilancio e il predissesto finanziario.

Come è noto, con la Legge costituzionale n. 1 del 20 aprile 2012, facendo seguito all'entrata in vigore del c.d. "Fiscal compact", è stato introdotto in Costituzione il principio dell'equilibrio di bilancio. Adottata nella fase immediatamente successiva alla grave crisi economica che ha colpito i mercati finanziari<sup>10</sup>, la riforma<sup>11</sup> è stata da più parti considerata come un ulteriore e decisivo passo del processo di integrazione europea<sup>12</sup>.

<sup>7</sup> "Fiscal Compact", come suggerito da Mario Draghi, Presidente della BCE, è la denominazione con cui si fa riferimento al "Trattato sulla Stabilità, sul Coordinamento e sulla Governance nell'Unione Economica e Monetaria", sottoscritto in occasione del Consiglio europeo svoltosi nel mese di marzo del 2012 e ratificato dall'Italia con legge 23 luglio 2012, n. 114.

<sup>8</sup> Nel corso del presente lavoro, pur richiamando alcune delle principali sentenze che affermano – nella prospettiva individuata – il principio di equità generazionale, non ci si soffermerà su una analisi dettagliata delle stesse. In generale, v. sentenze 345/2005, 213/2008, 263/2009, 88/2014 e 49/2018 della Corte costituzionale.

<sup>9</sup> C. PINELLI, *Diritti costituzionali condizionati, argomento delle risorse disponibili, principio di equilibrio finanziario*, in A. RUGGERI (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Torino, 1994, p. 551.

<sup>10</sup> Cfr. M. DANI, *Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti*, Padova, 2013, pp. 339 e ss.

<sup>11</sup> È stata da alcuni definita una «riforma silenziosa», evidenziando «la scarsa presenza di dibattito giuridico, oltre che politico, nella fase immediatamente precedente e in quella successiva alla modifica costituzionale intervenuta ai sensi della L. cost. 1/2012, tanto da riservarle l'appellativo da parte della dottrina costituzionale di una riforma silenziosa». M. BERGO, *Pareggio di bilancio all'italiana. Qualche riflessione a margine della legge 24 dicembre 2012, n. 243 attuativa della riforma costituzionale più silenziosa degli ultimi tempi*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2012, p. 31.

<sup>12</sup> Cfr. P. BILANCIA, *The Dynamics of the European Integration and the Impact on the National Constitutional Law*, Milano, Giuffrè, 2012; EADEM, *Il processo di integrazione europea alla prova della crisi economica*, in A. Iacovello (a cura di), *Governance europea tra Lisbona e Fiscal Compact*, Milano, Giuffrè, 2016, pp. 58-77; cfr. EADEM, *Il governo dell'economia tra Stati e processi di integrazione europea*, in A. CIANCIO (a cura di), *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in Europa*, Roma, Aracne, 2014, pp. 319 ss; cfr. R. BIFULCO, *Le riforme costituzionali in materia di bilancio in Germania, Spagna e Italia alla luce*

La revisione, in particolare, intervenendo sugli artt. 81, 97, 117 e 119 della Costituzione, ha affidato ad una legge rinforzata la funzione di individuare i meccanismi tramite cui assicurare l'equilibrio tra le entrate e le spese previste nei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico<sup>13</sup>.

Nel tentativo di configurare il principio introdotto dalla Legge costituzionale n. 1 del 2012, risulta interessante sottolineare come dall'adozione del termine "equilibrio"<sup>14</sup> emerga una connotazione in senso "dinamico" del bilancio: il legislatore, infatti, individua tale equilibrio come risultato posto al termine di un ciclo economico, tenendo conto della possibilità che durante quest'ultimo si presentino fasi avverse e fasi favorevoli. In sostanza, il riformato dettato costituzionale suggerisce all'interprete che l'indebitamento dello Stato – e, più precisamente, il disavanzo dovuto ad un computo maggiore delle spese rispetto alle entrate – non debba essere visto con assoluto sfavore. È ammesso, altresì, al verificarsi di eventi eccezionali o di specifiche esigenze.

In tal senso, facendo ancora riferimento al concetto di Stato sociale<sup>15</sup> e, in particolare, all'obbligo degli amministratori di garantire ai cittadini l'erogazione di servizi pubblici essenziali, la connotazione dinamica del bilancio acquista un

---

*del processo federale europeo*, in R. BIFULCO – O. ROSELLI (a cura di), *Crisi economica e trasformazioni della dimensione giuridica. La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio tra internazionalizzazione economica, processo d'integrazione europea e sovranità nazionale*, Torino, 2013.

<sup>13</sup> «La riforma costituzionale del 2012 – dichiaratamente indirizzata ad adeguare il nostro ordinamento alle norme dell'Unione in tema di finanze pubblica – comporta notevoli implicazioni sui rapporti fra il diritto europeo e quello interno. L'attenzione dei commentatori è prioritariamente rivolta ad analizzare l'incidenza del primo sul secondo: e ciò non senza ragione. La normativa europea crea una serie di vincoli alla sovranità nazionale in materia di politica economica e di gestione dei conti pubblici, con notevoli riflessi sugli assetti costituzionali interni», cit. G.L. TOSATO, *La riforma costituzionale del 2012 alla luce della normativa dell'Unione: l'interazione fra i livelli europeo e interno*, in *Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012*, Seminario tenutosi presso la Corte costituzionale il 22 novembre del 2013.

<sup>14</sup> È interessante notare come, nonostante la Legge costituzionale n. 1 del 2012 sia intitolata "Introduzione del principio del pareggio di bilancio nella Carta costituzionale", il termine "pareggio" venga sostituito, nel testo dell'art. 81, dal termine "equilibrio". Ebbene, nonostante la traduzione dalla lingua inglese sia tendenzialmente corretta in entrambi i casi, emerge come l'adozione di un termine piuttosto che dell'altro lasci emergere un significato diverso. Se nel testo, infatti, si è sottolineata la componente dinamica promossa dal concetto di "equilibrio", il termine pareggio porta l'interprete a pensare ad una vera e propria formula matematica, secondo la quale le entrate e le spese debbano necessariamente essere coincidenti.

<sup>15</sup> Cfr. P. BILANCIA, *Lo Stato di diritto come valore in una dimensione "spaziale"*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 1/2012; cfr. F. Balaguer, *El final de una época dorada. Una reflexión sobre la crisis económica y el declive del derecho constitucional nacional*, en *Estudos em homenagem ao Professor José Joaquim Gomes Canotilho*, Coimbra, 2012-I; EADEM, *Crisi economica e crisi costituzionale in Europa*, pubblicato in *Costituzione, globalizzazione e tradizione giuridica europea*, in B. ANDÒ, F. VECCHIO (a cura di), Padova, 2012-II.

valore centrale. L'obbligo di raggiungere l'equilibrio, e non un mero pareggio contabile, nei "bilanci pubblici" – il testo costituzionale utilizza il plurale, tenuto conto che l'art. 97 Cost. vincola tutte le pubbliche amministrazioni alla conservazione della sostenibilità del debito – permette di affermare che gli obiettivi di stabilità economica non possano prevalere sulla garanzia dei diritti sociali<sup>16</sup>.

Si sottolinea, infatti, come «non tutti i diritti debbano essere sempre e comunque assoggettati ad un vaglio di sostenibilità nel quadro complessivo delle risorse disponibili», in quanto, al contrario, «è la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione»<sup>17</sup>.

Su questi presupposti, appare necessario rileggere e valutare la costituzionalità di quelle disposizioni legislative che, pur incidendo negativamente sull'equilibrio di bilancio, sono dirette a conservare la garanzia dei diritti sociali sanciti dalla Costituzione.

Si fa riferimento al c.d. predissesto finanziario, procedura cui possono accedere enti in condizioni strutturalmente deficitarie. Disciplinata dall'art. 243-*bis* del TUEL, si tratta di uno strumento intermedio cui l'ente locale ricorre per evitare il dissesto finanziario, cioè la totale incapacità di svolgere le proprie funzioni ed erogare, appunto, i servizi indispensabili.

Caratteristica principale dell'istituto è che l'accesso allo stesso è deliberato dall'ente senza una previa autorizzazione o la partecipazione di soggetti ausiliari terzi ed indipendenti. È dunque l'organo politico che, autonomamente, predispone e attiva il piano di riequilibrio.

---

<sup>16</sup> Secondo alcuni autori, la riforma costituzionale del 2012 avrebbe, al contrario, introdotto un principio che compromette le basi dello Stato sociale; si è ritenuto, infatti, che, tramite l'equilibrio di bilancio, le ragioni dei mercati finiscano con il prevalere sui diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione. Cfr. L. CARLASSARE, *Diritti di prestazione e vincoli di bilancio*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), 3/2015, pp. 140 ss.; F. BILANCIA, *Note critiche sul c.d. pareggio di bilancio*, in *Rivista AIC*, 2/2012; Cfr. D. MONE, *La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio ed il potenziale vulnus ai controlimiti*, in *Rivista Aic*, 2014.

<sup>17</sup> Sentenza n. 275 del 2016 della Corte costituzionale, in cui la Consulta affronta la questione concernente l'attuazione del diritto allo studio degli alunni con disabilità ed alla predisposizione di un trasporto gratuito per raggiungere la sede scolastica. Sul punto, cfr. L. CARLASSARE, *Bilancio e diritti fondamentali: i limiti "invalicabili" alla discrezionalità del legislatore*, in *Giur. Cost.*, 2016, pp. 2339 ss.; cfr. F. PALLANTE, *Dai vincoli "di" bilancio ai vincoli "al" bilancio*, in *Giur. Cost.*, 2016, 2500 ss.; E. FURNO, *Pareggio di bilancio e diritti sociali: la ridefinizione dei confini nella recente giurisprudenza costituzionale in tema di diritto all'istruzione dei disabili*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 1, 2017; L. MADAU, *È la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione*, in *Osservatorio Aic*, 2017.

È per questo motivo che il legislatore ha espresso un sostanziale *favor* rispetto al ricorso a tale istituto<sup>18</sup>, in quanto il programma di risanamento del bilancio diviene espressione della responsabilità politica e, di conseguenza, del rapporto rappresentativo<sup>19</sup>. È stato sottolineato, infatti, come mentre «la dichiarazione di dissesto *determini* una responsabilità di carattere politico/amministrativo a carico degli amministratori che abbiano cagionato lo stato di dissesto dell'ente», al contrario il «piano pluriennale di riequilibrio non comporta effetti sanzionatori per i soggetti responsabili dello stato di predissesto»<sup>20</sup>.

Ebbene, entro i novanta giorni successivi alla deliberazione di ricorso alla procedura, il Comune è tenuto a deliberare un piano di riequilibrio pluriennale

<sup>18</sup> L'art. 243 bis del TUEL stabilisce che: «I comuni e le province per i quali, anche in considerazione delle pronunce delle competenti sezioni regionali della Corte dei conti sui bilanci degli enti, sussistano squilibri strutturali del bilancio in grado di provocare il dissesto finanziario, nel caso in cui le misure di cui agli articoli 193 e 194 non siano sufficienti a superare le condizioni di squilibrio rilevate, possono ricorrere, con deliberazione consiliare alla procedura di riequilibrio finanziario pluriennale prevista dal presente articolo. La predetta procedura non può essere iniziata qualora sia decorso il termine assegnato dal prefetto, con lettera notificata ai singoli consiglieri, per la deliberazione del dissesto, di cui all'articolo 6, comma 2, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 149. (3) 2. La deliberazione di ricorso alla procedura di riequilibrio finanziario pluriennale è trasmessa, entro 5 giorni dalla data di esecutività, alla competente sezione regionale della Corte dei conti e al Ministero dell'interno. 3. Il ricorso alla procedura di cui al presente articolo sospende temporaneamente la possibilità per la Corte dei conti di assegnare, ai sensi dell'articolo 6, comma 2, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 149, il termine per l'adozione delle misure correttive di cui al comma 6, lettera a), del presente articolo. 4. Le procedure esecutive intraprese nei confronti dell'ente sono sospese dalla data di deliberazione di ricorso alla procedura di riequilibrio finanziario pluriennale fino alla data di approvazione o di diniego di approvazione del piano di riequilibrio pluriennale di cui all'articolo 243-quater, commi 1 e 3. 5. Il consiglio dell'ente locale, entro il termine perentorio di novanta giorni dalla data di esecutività della delibera di cui al comma 1, delibera un piano di riequilibrio finanziario pluriennale della durata massima di dieci anni, compreso quello in corso, corredato del parere dell'organo di revisione economico-finanziario. Qualora, in caso di inizio mandato, la delibera di cui al presente comma risulti già presentata dalla precedente amministrazione, ordinaria o commissariale, e non risulti ancora intervenuta la delibera della Corte dei conti di approvazione o di diniego di cui all'articolo 243-quater, comma 3, l'amministrazione in carica ha facoltà di rimodulare il piano di riequilibrio, presentando la relativa delibera nei sessanta giorni successivi alla sottoscrizione della relazione di cui all'articolo 4-bis, comma 2, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 149. (2) (...)».

<sup>19</sup> Come si avrà modo di osservare anche in seguito, il tema della responsabilità intergenerazionale è strettamente connesso a quello della rappresentanza politica. In questa sede, tralasciando un ragionamento più dettagliato sulla relazione tra generazioni future e vincolo rappresentativo, ci si limiterà a rinviare alla amplissima bibliografia sul tema della rappresentanza. Cfr. A. PAPA, *La rappresentanza politica. Forme attuali di esercizio del potere*, Napoli, 1998.

<sup>20</sup> Cit. E. DE GREGORIO, *Le procedure di riequilibrio finanziario degli enti*, in [www.contabilita-pubblica.it](http://www.contabilita-pubblica.it), 2018.

della durata massima di dieci anni; in sostanza, il deficit maturato viene scomposto e distribuito su un arco temporale più o meno lungo.

D'altra parte, una procedura di questo genere non potrebbe che essere connotata dal carattere della provvisorietà; pur non versando in una situazione di dissesto conclamato, l'ente è prossimo a quello che può definirsi un vero e proprio "fallimento"<sup>21</sup>.

Per questo motivo, in un secondo momento, il piano di riequilibrio viene sottoposto al controllo della Corte dei conti. La funzione di quest'ultima, posta – come si vedrà più approfonditamente in seguito – a presidio della correttezza dei bilanci pubblici, è quella di accertare che il piano predisposto dal Comune sia idoneo a sanare il debito contratto; in particolare, i giudici contabili accertano che la procedura attivata sia tale da ammettere l'ente ad usufruire del c.d. fondo rotativo, da cui attingere risorse utili alla realizzazione delle attività dovute ed alla erogazione dei servizi essenziali<sup>22</sup>.

È esattamente durante l'esercizio di detta funzione di controllo che la Corte dei conti, con ordinanza del 28 febbraio 2018, ha promosso ricorso dinanzi alla Corte costituzionale<sup>23</sup>.

### **3.La sentenza n. 18 del 2019: l'ordinanza della Corte dei conti.**

Con ordinanza del 28 febbraio 2018 la sezione regionale di controllo per la Campania della Corte dei conti solleva questioni di legittimità costituzionale con riferimento all'art. 1, comma 714, della legge 28 dicembre 2015, n. 208<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> Cfr. M. FRATINI, *Contabilità di Stato*, Roma, 2017, p. 183.

<sup>22</sup> Cfr. E. CATERINI-E. JORIO, *Il predissesto nei comuni*, Rimini, 2013, p. 86.

<sup>23</sup> Cfr. D. MORGANTE, *I nuovi presidi della finanza regionale e il ruolo della Corte dei conti nel d.l. 174/2012*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2013, p. 2.

<sup>24</sup> La norma censurata dichiara che «gli enti locali che nel corso del 2013 o del 2014 hanno presentato il piano di riequilibrio finanziario pluriennale o ne hanno conseguito l'approvazione ai sensi dell'articolo 243-bis del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, possono ripianare la quota di disavanzo applicato al piano di riequilibrio, secondo le modalità previste dal decreto del Ministero dell'economia e delle finanze 2 aprile 2015, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 89 del 17 aprile 2015. Entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, i medesimi enti, ferma restando la durata massima del piano di riequilibrio come prevista dall'articolo 243-bis, comma 5, del citato testo unico di cui al decreto legislativo n. 267 del 2000, possono provvedere a rimodulare o riformulare il precedente piano in coerenza con l'arco temporale di trenta anni previsto per il riaccertamento straordinario dei residui attivi e passivi di cui all'articolo 3 del decreto legislativo 23 giugno 2011, n. 118. La restituzione delle anticipazioni di liquidità erogate agli enti di cui ai periodi precedenti, ai sensi degli articoli 243-ter e 243-quinquies del citato testo unico di cui al decreto legislativo n. 267 del 2000, è effettuata in un periodo massimo di trenta anni decorrente dall'anno successivo a quello in cui viene erogata l'anticipazione».

Nello specifico, la Corte dei conti pone al vaglio della Corte costituzionale una vicenda che interessa un Comune campano di medie dimensioni<sup>25</sup>.

Quest'ultimo, già in predissesto, aveva attivato, con deliberazione della commissione straordinaria del 19 febbraio 2013, la procedura di riequilibrio finanziario pluriennale così come prevista dall'art. 243-bis del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 ("Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali"); in particolare, l'ente aveva adottato un piano decennale per il recupero del disavanzo. Nel 2016, tale piano era stato approvato dalla Corte dei conti, sezione regionale per il controllo della Campania<sup>26</sup>. Nel 2017, il Comune aveva però modificato detto piano di recupero. L'art. 1, comma 714, della legge n. 208 ammette, infatti, una riformulazione di quest'ultimo – sia sul piano quantitativo che temporale – nel caso in cui, alla data di presentazione o approvazione del piano di riequilibrio, l'ente non abbia ancora provveduto al riaccertamento straordinario dei residui attivi e passivi ai sensi dell'art. 3, comma 7, del d.lgs. n. 118 del 2011. Nello specifico, era stato deliberato il ripianamento della quota di disavanzo in un arco temporale di trent'anni.

Ebbene, chiamata a reiterare il controllo di legittimità-regolarità sul nuovo piano disposto dall'ente, la Corte dei conti, con ordinanza del 28 febbraio del 2018, ricorre dinanzi alla Corte costituzionale. Il rimettente, in particolare, sottolineando l'impossibilità di realizzare un'interpretazione costituzionalmente orientata a causa dell'"incontrovertibile valore testuale" della norma, dubita della sua legittimità in relazione a due distinti profili. Da un lato, la norma risulta in contrasto con gli artt. 81 e 97 della Costituzione, autonomamente e in combinato disposto con gli artt. 1, 2, 3 e 41; si ritiene, infatti, che ammettere una tale misura di salvaguardia dell'equilibrio di bilancio, destinata a dilatarsi ben oltre il normale ciclo triennale, ampli la capacità di spesa dell'ente in condizioni di evidente squilibrio. Dall'altro lato, la norma appare contraria agli artt. 24 e 117, primo comma, Cost., in relazione agli artt. 6<sup>27</sup> e 13<sup>28</sup> CEDU,

<sup>25</sup> Si tratta del Comune di Pagani, il quale vanta una popolazione superiore alla soglia dei 15.000 abitanti prevista dal sistema elettorale vigente per le elezioni comunali.

<sup>26</sup> Ciò avveniva con delibera 14 marzo 2016, n. 53/2016/PRSP.

<sup>27</sup> «Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio

nonché all'art. 1 del Protocollo addizionale alla CEDU; il rimettente afferma, in particolare, che la possibilità di modificare il piano di riequilibrio determini «una situazione di incertezza giuridica» idonea a pregiudicare sia il diritto dell'ente a ricorrere dinanzi ad un giudice imparziale, sia il diritto dei creditori, le cui ragioni verrebbero sacrificate alla luce di una totale indeterminatezza dei tempi di conclusione delle procedure di risanamento.

#### **4.(segue) La legittimazione della Corte dei conti a sollevare incidente di costituzionalità.**

Suscitano interesse le motivazioni in base alle quali la Corte dei conti afferma la propria legittimazione a sollevare questione di legittimità costituzionale, rilevanti, oltre che dal punto di vista strettamente procedurale, anche in relazione al merito della pronuncia e, in generale, al contenuto della materia che essa investe.

Al tempo della revisione costituzionale del 2012, in effetti, la dottrina si era interrogata sul motivo del mancato richiamo, all'interno della L. costituzionale n. 1, del controllo esercitato dalla Corte dei conti. D'altra parte, è stato rilevato come, probabilmente, «la novella avesse dato per scontato che in quel procedimento la Corte *dei conti* (*ndr*) dovesse entrare pienamente»<sup>29</sup>; ciò sia alla luce della rilevante posizione attribuita alla stessa da parte dell'art. 100 Cost., sia in funzione della legge di attuazione della riforma che all'art. 20, comma 1, stabilisce che «la Corte dei conti svolge il controllo successivo sulla

---

agli interessi della giustizia. Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata. In particolare, ogni accusato ha diritto di: (a) essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico; (b) disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa; (c) difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia; (d) esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico; (e) farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata in udienza»

<sup>28</sup> «Ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati, ha diritto a un ricorso effettivo davanti a un'istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali».

<sup>29</sup> Cit. M. LUCIANI, *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, relazione al Convegno "Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012", Corte costituzionale, 22 novembre 2013.



gestione dei bilanci degli enti di cui agli articoli 9 e 13, ai fini del coordinamento della finanza pubblica e dell'equilibrio dei bilanci di cui all'articolo 97 della Costituzione».

Nonostante l'originario scetticismo che emergeva dall'interpretazione del rinnovato testo costituzionale, in più occasioni i giudici delle leggi hanno riconosciuto alla Corte dei conti la possibilità di sollecitare il giudizio di legittimità nell'ambito del controllo sui bilanci degli enti locali<sup>30</sup>. Emerge come non solo detto controllo sia esercitato da un "giudice" «tale per composizione, terzietà e imparzialità», ma che lo stesso sia istituito «a presidio del bilancio quale "bene pubblico"». È stato sottolineato, infatti, come detto controllo di legittimità-regolarità giustifichi la sua genesi «nel rafforzamento, in Costituzione, del precetto dell'equilibrio di bilancio» e come il suo esito comporti «conseguenze giuridiche specifiche, ossia, nella fattispecie, il passaggio dal regime del piano di riequilibrio finanziario a quello del dissesto»<sup>31</sup>.

Rileva, infine, un ulteriore dato. Nel ricorso si afferma che negare lo scrutinio di legittimità significherebbe collocare la norma censurata in una «zona grigia», risultando «impossibile» individuare altro soggetto, diverso dal Comune, titolare di una situazione giuridica soggettiva utile al fine di instaurare un giudizio di tale natura dinanzi alla Corte costituzionale<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> In particolare, v. la sentenza n. 60 del 2013, in cui la Corte dichiara che «è attribuito il controllo sull'equilibrio economico-finanziario del complesso delle amministrazioni pubbliche a tutela dell'unità economica della Repubblica, in riferimento a parametri costituzionali [...] e ai vincoli derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea [...]: equilibrio e vincoli che trovano generale presidio nel sindacato della Corte dei conti quale magistratura neutrale ed indipendente, garante imparziale dell'equilibrio economico-finanziario del settore pubblico». V. anche la sentenza n. 226 del 1976, dove si individuano i criteri utili a intendere che il controllo preventivo sia stato effettuato da un «giudice» nel corso di un «giudizio». Gli stessi criteri sono ribaditi nelle sentenze n. 196 del 2018 e n. 188 del 2015, relative ad incidenti di costituzionalità concernenti giudizi di parificazione dinanzi alla Corte dei conti.

<sup>31</sup> Cit. sentenza n. 18 del 2019 della Corte costituzionale.

<sup>32</sup> «In primo luogo, i giudici costituzionali hanno più volte affermato che il legislatore centrale è legittimato ad introdurre e a disciplinare le funzioni di controllo della Corte dei conti sulla finanza regionale in virtù del titolo di competenza legislativa concorrente del "coordinamento della finanza pubblica", divenuto soprattutto negli ultimi anni, a causa della crisi economica e dei vincoli di bilancio sempre più stringenti, la leva principale delle politiche statali di contenimento della spesa pubblica. Secondo un costante orientamento della giurisprudenza costituzionale, nell'esercizio della sua "parte" di competenza in materia di "coordinamento della finanza pubblica" lo Stato può introdurre nuove forme di controllo della Corte dei conti sulla finanza degli enti territoriali, ed in particolare delle Regioni, in quanto gli artt. 100, 97, 28, 81 e 119 della Costituzione non delineano un sistema di controlli chiuso, ma un quadro normativo che permette al legislatore ordinario di sviluppare le potenzialità in esso contenute attraverso la previsione di forme di controllo ulteriori rispetto a quelle

Ebbene, quest'ultima, confermata la legittimazione della Corte dei conti e ribaditi i principi già pronunciati sul punto, accoglie il ricorso. Interessante notare come i giudici accolgano la questione anche tenendo conto del "carattere peculiare" del giudizio sugli atti sottoposti al controllo; la Consulta sottolinea, infatti, come questo sfoci in una «funzione di garanzia dell'ordinamento, di "controllo esterno, rigorosamente neutrale e disinteressato (...) preordinato a tutela del diritto oggettivo" »<sup>33</sup>.

### **5.(segue) La dichiarazione di incostituzionalità: le ragioni della Corte.**

La Corte, con la sentenza n. 18 del 2019, dichiara fondata la questione di legittimità con riferimento tanto all'art. 81 quanto all'art. 97 Cost.. In particolare, i giudici della Consulta ritengono che l'art. 1, comma 714, della L. n. 208, non solo sia contrario ai principi dell'equilibrio di bilancio e della sana gestione finanziaria, ma anche ad ulteriori principi che la Corte definisce «interdipendenti» rispetto ai primi: quello di copertura pluriennale della spesa e quello di responsabilità nell'esercizio del mandato elettivo.

---

espressamente previste in Costituzione, «purché per queste ultime sia rintracciabile in Costituzione un adeguato fondamento normativo o un sicuro ancoraggio a interessi costituzionalmente tutelati». Nel rispetto delle condizioni sub a) e b), la scelta del legislatore statale di affidare funzioni di controllo di natura collaborativa alla Corte dei conti è ritenuta dalla Consulta compatibile con il quadro dell'autonomia regionale delineato dal vigente Titolo V della Costituzione. Secondo i giudici costituzionali, infatti, si realizza così una forma di controllo affidata ad un organo terzo e imparziale, posto a servizio dello Stato-comunità, che «si limita alla segnalazione all'ente controllato delle rilevate disfunzioni e rimette all'ente stesso l'adozione delle misure necessarie», cit. M. SALVAGO, *I nuovi controlli della Corte dei conti sulla gestione finanziaria regionale (art. 1, d.l. n. 174 del 2012) nei più recenti approdi della giurisprudenza costituzionale*, in *Federalismi*, 2015.

<sup>33</sup> «Va da sé che il controllo di costituzionalità non coinvolge aspetti di politica economica perché il parametro di giudizio non implica, in questo caso, un sindacato sulle leggi di tipo diverso da quello istituzionalmente proprio di questa Corte. L'art. 81, quarto comma, della Costituzione, costituisce il parametro di riferimento per valutare l'attendibilità delle deliberazioni di spesa anche di lunga durata e non solo per garantire l'equilibrio dei bilanci già approvati. Specie quando, come nel caso della legge in esame, gli oneri che vanno a gravare sugli esercizi futuri siano inderogabili, l'esigenza imposta dalla costante interpretazione dell'art. 81, quarto comma, della Costituzione, lungi dal costituire un inammissibile vincolo per i Governi ed i Parlamenti futuri, tende anzi proprio ad evitare che gli stessi siano costretti a far fronte, al di fuori di ogni margine di apprezzamento, ad oneri assunti in precedenza senza adeguata ponderazione dell'eventuale squilibrio futuro. L'obbligo di una ragionevole e credibile indicazione dei mezzi di copertura anche per gli anni successivi è diretto ad indurre il legislatore ordinario a tener conto dell'esigenza di un equilibrio tendenziale fra entrate e spese la cui alterazione, in quanto riflettentesi sull'indebitamento, postula una scelta legata ad un giudizio di compatibilità con tutti gli oneri già gravanti sugli esercizi futuri». Cit. Sentenza n. 384 del 1991 della Corte costituzionale.

Pur richiamando la tutela di distinti interessi costituzionalmente rilevanti, i giudici sottolineano come, in realtà, si verifichi una sostanziale coincidenza tra i suddetti principi al momento della loro concreta applicazione – idea fra l'altro emersa anche durante i lavori dell'Assemblea Costituente<sup>34</sup>. Ciò in quanto «il principio dell'equilibrio di bilancio – che in passato la stessa Corte ha trattato alla stregua di una vera e propria clausola generale<sup>35</sup> – non corrisponde ad un formale pareggio contabile, essendo intrinsecamente collegato alla continua ricerca di una stabilità economica di media e lunga durata, nell'ambito della quale la responsabilità politica del mandato elettorale si esercita non solo attraverso il rendiconto del realizzato, ma anche in relazione al consumo delle risorse impiegate».

Pertanto, emerge dalla pronuncia come il deficit debba necessariamente rientrare in un tempo anteriore alla scadenza del mandato elettorale nel corso del quale è maturato<sup>36</sup>. Inoltre, se da un lato si considera necessario porre tempestivamente rimedio al deficit al fine di evitare l'inevitabile dissesto finanziario dell'ente, dall'altro lato si richiede che ciò accada nei tempi idonei a consentire agli amministratori di presentarsi «in modo trasparente al giudizio dell'elettorato al termine del loro mandato».

Ebbene, la Consulta ritiene che ammettere una lunga dilazione temporale del deficit finisca col confliggere con «elementari principi di equità intergenerazionale». Più nello specifico, si sottolinea come perpetuare il deficit strutturale nel tempo finisca con il ledere tanto il principio di equità intragenerazionale tanto quello di equità intergenerazionale. Infatti, da un lato gli amministrati futuri dovranno provvedere non solo alla copertura di un deficit pregresso, ma anche alla restituzione di quei prestiti autorizzati dalla norma

---

<sup>34</sup> L'indissolubile rapporto fra economia e politica veniva rilevato già all'interno dell'Assemblea Costituente. Il 3 maggio del '47, P. Malvestiti dichiarava che «il divorzio fra politica e economia è assurdo», concetto ribadito da U. Della Seta il successivo 7 maggio, quando affermava che nella Costituzione «si è consacrata (...) la indissolubile connessione tra l'ordinamento economico e l'ordinamento politico». Inoltre, il Rapporto della *Commissione De Maria* metteva in luce come il rapporto fra politica ed economia emergesse proprio nel concetto di equilibrio di bilancio, inteso come un mezzo finanziario predisposto al perseguimento di uno scopo sociale.

<sup>35</sup> «La forza espansiva dell'art. 81, quarto [oggi terzo] comma, Cost., presidio degli equilibri di finanza pubblica, si sostanzia in una vera e propria clausola generale in grado colpire tutti gli enunciati normativi causa di effetti perturbanti la sana gestione finanziari e contabile», sentenza della Corte costituzionale n. 184 del 2016.

<sup>36</sup> Più nello specifico, la Corte ricorda come sia «evidente che l'ordinamento finanziario-contabile preveda, in via gradata: a) l'immediata copertura del deficit entro l'anno successivo al suo formarsi; b) il rientro entro il triennio successivo (in chiaro collegamento con la programmazione triennale) all'esercizio in cui il disavanzo viene alla luce; c) il rientro in un tempo comunque anteriore alla scadenza del mandato elettorale nel corso del quale tale disavanzo si è verificato».

censurata nel corso della procedura di rientro; dall'altro lato, si presenteranno, al giudizio degli elettori, gravati dalle conseguenze di una cattiva gestione finanziaria realizzata dai loro predecessori<sup>37</sup>.

### **6. La giustiziabilità dell'equilibrio di bilancio attraverso la tutela delle generazioni future.**

Al tempo della previsione in Costituzione dell'equilibrio di bilancio, tanto la dottrina quanto la giurisprudenza costituzionale rilevavano come la revisione avesse posto nelle mani dell'interprete un principio dai confini quanto mai incerti<sup>38</sup>; ciò sia in relazione alla esatta definizione dei concetti a cui la stessa fa riferimento – come "bilancio" o "ciclo economico" – sia in funzione dei risvolti applicativi cui avrebbe potuto dare seguito<sup>39</sup>.

In questa sede, alla luce della recente sentenza n. 18 del 2019 della Corte costituzionale, preme recuperare quel dibattito, non ancora esaurito, riguardo la giustiziabilità del principio introdotto dagli articoli 81 e 97 della Costituzione<sup>40</sup>. Emerge, infatti, come diversi autori abbiano rilevato la complessa assunzione dell'equilibrio di bilancio a parametro di costituzionalità. Tale considerazione poggia tanto sulla sostanziale indeterminatezza delle regole di bilancio introdotte in Costituzione, tanto sulle difficoltà di tipo tecnico-processuale nel sottoporre al vaglio della Corte questioni di legittimità fondate su quelle stesse regole<sup>41</sup>.

In realtà, autorevole dottrina, suffragata anche dalla giurisprudenza costituzionale pronunciata nel tempo, ha dimostrato come non ci siano ragioni ostative all'ammissibilità di un giudizio di legittimità relativo agli artt. 81 e 97 Cost.<sup>42</sup>.

<sup>37</sup> Per un'analisi più approfondita sul tema della responsabilità politica, cfr. P. BILANCIA, *Crisi nella democrazia rappresentativa e aperture a nuove istanze di partecipazione democratica*, in *federalismi.it*, 2017; F. BALAGUER, *La democrazia rappresentativa e l'Unione Europea*, in *federalismi.it*, 2017; G. CAVAGGION, *La democrazia rappresentativa e le sfide della società multiculturale*, in *federalismi.it*, 2017.

<sup>38</sup> Cfr. P. BILANCIA, *Modello economico e quadro costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1996.

<sup>39</sup> Si pensi che in occasione del seminario annuale tenutosi nel 2013 presso la Corte costituzionale, l'allora presidente G. SILVESTRI, durante la sua relazione introduttiva, rilevava la difficoltà che i giudici costituzionali avrebbero riscontrato nel dover interpretare concetti estranei al vocabolario del diritto.

<sup>40</sup> V. G. SCIACCA, *La giustiziabilità della regola del pareggio di bilancio*, in *Rivista Aic*, 3/2012.

<sup>41</sup> Cfr. N. D'AMICO, *Oplà: il pareggio di bilancio non c'è più*, in *IBL (Istituto Bruno Leoni)*, [www.brunoleoni.it](http://www.brunoleoni.it), n. 107, 2.

<sup>42</sup> V. M. LUCIANI, op. cit..

Rileva, in primo luogo, come non ostacoli l'intervento della Corte il contenuto "politico" dei paradigmi di riferimento; la Consulta ha precisato, infatti, come, pur sopravvivendo il principio dell'insindacabilità degli atti politici, «gli spazi della discrezionalità politica *trovino* i loro confini nei principi di natura giuridica posti dall'ordinamento»<sup>43</sup>. In secondo luogo, il sindacato di costituzionalità «è implicato dai principi generali del nostro ordinamento costituzionale e, ad ogni buon conto, è confermato dallo stesso art. 81, comma 6, Cost., laddove si dispone che *la legge prevista dallo stesso comma vada (ndr) adottata "nel rispetto dei principi definiti con legge costituzionale"*»<sup>44</sup>.

Ulteriore problematica rilevata dalla dottrina rispetto alla possibilità della Corte di adottare sentenze in materia di bilancio riguarda il peso economico-finanziario che le stesse potrebbero determinare. Ciò ha portato alcuni autori a parlare di «sentenze di spesa»<sup>45</sup>. La questione vuole qui essere analizzata, seppur brevemente, sotto due diversi profili: da un lato, ci si chiede se anche le sentenze della Corte costituzionale debbano rispettare il principio dell'equilibrio di bilancio e quindi essere tenute ad indicare i mezzi per far fronte agli oneri economici che comportano; dall'altra parte, separatamente dalla prima questione, ci si domanda se sia ammissibile che una pronuncia della Consulta comporti, quale effetto materiale, un onere economico a carico della spesa pubblica.

Rispetto al primo quesito rileva come sia da escludersi la possibilità di una sovrapposizione tra fonte legislativa e sentenza, laddove l'art. 81 fa esclusivo riferimento alla prima quando prevede l'obbligo di indicazione della copertura. Inoltre, emerge come «un giudice costituzionale che si considerasse vincolato a non adottare decisioni "costose", ritenendole riservate alla rappresentanza

---

<sup>43</sup> Cit. sentenza n. 81 del 2012 della Corte costituzionale; sul punto, si rilevi come nella sentenza n. 29 del 1995, la Corte giungesse ad identiche conclusioni in merito alla sindacabilità dei presupposti che ammettono l'adozione del decreto legge. Alcuni hanno però sostenuto tesi opposte: v. in particolare F. BILANCIA, *Ancora sull'"atto politico" e sulla pretesa insindacabilità giurisdizionale. Una categoria tradizionale al tramonto?*, in *Rivista AIC*, n.4/2012; R. DICKMAN, *L'atto politico questo sconosciuto*, in *Forum di Quad. cost.*, 2012.

<sup>44</sup> Cit. M. LUCIANI, op. cit., p. 20.

<sup>45</sup> «Il giudice costituzionale ha intensificato la propria attenzione alla incidenza delle leggi sugli equilibri di finanza pubblica non soltanto sotto il profilo del controllo sulla copertura finanziaria delle leggi di spesa, ma anche con riguardo alle possibili ripercussioni di ordine economico-finanziario derivanti dalle decisioni di accoglimento emesse dalla Corte stessa. È innegabile, infatti, che alcune pronunce della Corte costituzionale abbiano dato origine ad incrementi di spesa, oppure a minori entrate (si da indurre la dottrina a coniare anche la definizione di «sentenze di spesa») ponendo pertanto il problema della copertura finanziaria ai sensi del comma 4 dell'articolo in commento», cit. S. BARTOLE-R. BIN., *Commentario breve alla Costituzione*, 2008, p. 744.

politica, confesserebbe di credere in un deficit della propria legittimazione, così compiendo un sostanziale suicidio istituzionale»<sup>46</sup>.

Più complessa è la seconda questione, e cioè se la Corte possa, a prescindere dal vincolo di bilancio, emettere sentenze che comportino un costo. Senza dubbio, ciò deve considerarsi ammissibile quantomeno nei casi in cui la spesa introdotta dalla sentenza coincida con un'estensione di trattamenti più favorevoli, dando «applicazione doverosa di principi costituzionali violati»<sup>47</sup>.

Su questi presupposti, si vuole qui sottolineare come, in seguito all'entrata in vigore della L. costituzionale n. 1 del 2012, la Corte costituzionale si sia più volte pronunciata con riguardo a giudizi aventi come parametro di legittimità gli articoli oggetto della revisione, richiamando, talvolta, il principio dell'equità generazionale; ciò è avvenuto con riferimento, in primo luogo, alle misure che negli ultimi anni hanno imposto restrizioni alle prestazioni previdenziali e, in secondo luogo, rispetto a conflitti tra Stato e Regioni inerenti, in particolare, alla ripartizione delle competenze legislative in tema di coordinamento della finanza pubblica.

Nella sentenza n. 88 del 2014, per esempio, la Corte si è pronunciata sulla questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Regione Friuli-Venezia Giulia e dalla Provincia autonoma di Trento in relazione alla L. n. 243 del 2012, legge di attuazione della revisione costituzionale. Si contestava, in particolare, lo scarso spazio di manovra concesso alle autonomie locali in sede di indebitamento e di spesa<sup>48</sup>. In quell'occasione, la Corte ha rilevato come la sostenibilità del debito pubblico «*implichi* una responsabilità che (...) non è

<sup>46</sup> Cit. M. LUCIANI, op. cit., p. 33. L'Autore richiama anche EADEM., *Art. 81 della Costituzione e decisioni della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione*, Milano, 1993, 53 ss. Sempre M. LUCIANI fa riferimento, rispetto alla problematica analizzata nel testo, alla *countermajoritarian difficulty*, formula coniata da A. BICKEL, *The least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven – London, 1986.

<sup>47</sup> Cit. L. CARLASSARE, *Priorità costituzionali e controllo sulla destinazione delle risorse*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), 1/2013, p. 9. In questo senso, rileva come la pronuncia analizzata consenta di superare anche i dubbi espressi dalla dottrina – e richiamati in precedenza – afferenti al “costo” che può derivare dalle pronunce della Corte; si consideri, infatti, che la sentenza n. 18 del 2019 presenti un peso “economico-finanziario” in quanto la “bocciatura” del piano di riequilibrio determina il dissesto dell'ente – con tutte le conseguenze che ciò comporta anche da un punto di vista politico-rappresentativo. Ebbene, appellandosi ai diritti delle generazioni future la Corte finisce con il giustificare questo “costo”, in quanto la decisione è adottata in funzione di veri e propri diritti soggettivi - quelli delle generazioni future appunto – che non possono che prevalere sul principio di bilancio.

<sup>48</sup> Risulta opportuno ricordare come la revisione costituzionale del 2012 sia intervenuta anche sul testo dell'art. 117, trasferendo l'armonizzazione dei bilanci al comma 1, cioè nell'alveo delle competenze esclusive dello Stato.

solo delle istituzioni ma anche di ciascun cittadino nei confronti degli altri, ivi compresi quelli delle generazioni future».

Ancora, si ricordi la sentenza n. 49 del 2018<sup>49</sup>, con cui la Corte, dichiarando l'incostituzionalità della L. n. 16 del 2017 della Regione Abruzzo, recante «Rendiconto generale per l'esercizio 2013», ha dichiarato come un piano pluriennale di indebitamento incida negativamente sui diritti e le prospettive di crescita delle generazioni future.

Ebbene, nonostante le pronunce richiamate sembrano riconoscere un'autonoma rilevanza giuridica alla solidarietà generazionale, sino ad oggi la dottrina ha ritenuto che la giurisprudenza costituzionale pronunciata sul punto, in realtà, non permetta di affermare che la Corte tratti i diritti delle generazioni future alla stregua di «veri diritti»<sup>50</sup>.

La sentenza n. 18 del 2019 – collocandosi lungo il percorso evolutivo appena descritto – sembra, invece, a modesto avviso di chi scrive, definire e concedere ai “diritti di domani” autonoma rilevanza giuridica. La Consulta, invero, configura l'equità generazionale quale espressione di un vero e proprio principio.

Leggendo la pronuncia, oltre alla piena giustiziabilità degli artt. 81 e 97 della Costituzione ed alla possibilità degli stessi di fungere da parametro di legittimità, emerge infatti la estrema centralità dell'equità generazionale nel processo interpretativo illustrato dai Giudici delle leggi. Ebbene, se in passato la responsabilità nei confronti delle generazioni future è stata «evocata principalmente alla stregua di un argomento *ad adiuvandum* per valutare la ragionevolezza delle scelte legislative»<sup>51</sup>, in questa occasione la Corte dichiara la norma censurata incostituzionale proprio in funzione dei «diritti di domani»<sup>52</sup>. L'equità intergenerazionale, intesa come «la necessità di non gravare in modo sproporzionato sulle opportunità di crescita delle generazioni future», rappresenta dunque il principale argomento che fonda la declaratoria

<sup>49</sup> Cfr. G. A. FERRO, *Chiarezza dei conti pubblici e democrazia rappresentativa (Osservazioni a prima lettura su C. cost. n. 49 del 2018)*, in [www.ambientediritto.it](http://www.ambientediritto.it).

<sup>50</sup> In questo senso, si legga M. LUCIANI, *Generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali*, in R. BIFULCO - A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, 2008.

<sup>51</sup> Cit. G. ARCONZO, *La sostenibilità delle prestazioni previdenziali e la prospettiva della solidarietà intergenerazionale. Al crocevia tra gli artt. 38, 81 e 97 Cost.*, in *Rivista AIC*, 3/2018, p. 644.

<sup>52</sup> A. PAPA – G. PALOMBINO, *Abuso del diritto e responsabilità intergenerazionale: prime note di una riflessione in divenire*, in *L'abuso del diritto e la sua rinnovata rilevanza "trasversale" nell'ordinamento giuridico italiano: considerazioni introduttive*, L. Carpentieri (a cura di), Torino, 2018.



di illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 714, della legge 28 dicembre 2015, n. 208.

### **7. Conclusioni.**

Alla luce di quanto affermato dalla sentenza n. 18 del 2019, appare ragionevole domandarsi quali prospettive si aprano rispetto alla definizione del principio di solidarietà generazionale e, in particolare, quali spazi siano destinati alla sua applicazione.

Ebbene, appare condivisibile affermare che la tutela delle generazioni future sia un principio insito nel concetto stesso di Costituzione rigida<sup>53</sup> e non possa, pertanto, che trovare una autonoma tutela anche all'interno della Costituzione italiana; infatti, imponendo un vincolo al legislatore rispetto alla modificabilità dei valori cristallizzati nella Carta repubblicana, il Costituente ha disposto anche – e, forse, soprattutto – per il futuro<sup>54</sup>.

D'altra parte, se è vero che la Costituzione è espressione di uno specifico indirizzo politico<sup>55</sup>, è nel concetto stesso di "indirizzo" che sopravvive quella volontà originaria di perseguire un obiettivo a "indefinita scadenza"<sup>56</sup>.

---

<sup>53</sup> «Le categorie del diritto costituzionale devono aprirsi, in maniera rinnovata, a interpretazioni orientate al futuro se intendono rispondere efficacemente alle presenti e nuove richieste sociali. In proposito il contributo dell'interprete del diritto è determinante. A lui si chiede, piuttosto che la creazione di nuove categorie capaci di dare tutela agli interessi delle generazioni future, lo sforzo di ripensare quelle esistenti», cit. R. BIFULCO, op. cit., p. 180.

<sup>54</sup> La questione proposta ha radici antiche e richiama, in particolare, un dibattito sorto nel Nuovo Mondo al tempo della compilazione della Convenzione di Philadelphia. Mentre Thomas Jefferson sosteneva l'idea che la Costituzione, adottando i valori propri di una determinata generazione, dovesse essere modificata al subentrare di una nuova generazione, James Madison trattava la Carta alla stregua di una legge naturale secolarizzata<sup>54</sup>; riteneva, infatti, che qualsiasi generazione ispirata ai valori di civiltà, libertà e giustizia avrebbe dovuto rispettare quella stessa Costituzione. Cfr. Cfr. A. BALDASSARRE, *Il Presidente della Repubblica nell'evoluzione della forma di governo*, in *Rivista Aic*, 1/2011, p. 3. Si rilevi, inoltre, come durante quel dibattito «T. Jefferson si chiedeva se un padre avesse il diritto naturale di seppellire i figli sotto una montagna di debiti e, in termini più strettamente politici, se una generazione potesse giustificare il fatto di contrarre ingenti debiti prevedendo di farli pagare alle generazioni successive. Se Jefferson rispondeva che i successori sono "per natura esenti dai debiti dei loro predecessori", J. Madison, all'opposto, riteneva che gli obblighi finanziari possono essere trasmessi da una generazione all'altra per il fatto che alcuni obiettivi nazionali fondamentali possono essere raggiunti solo sulla base di una divisione intertemporale del lavoro». Cit. R. BIFULCO, *Jefferson, Madison e il momento costituzionale dell'Unione. A proposito della riforma costituzionale sull'equilibrio di bilancio*, in *Rivista Aic*, 2/2012, p. 1.

<sup>55</sup> Si vuole fare riferimento alla teoria di P. BARILE, il quale sostiene che, accanto ad un indirizzo politico di maggioranza, si posizioni un indirizzo politico costituzionale. Cfr. P. BARILE, *Presidente della Repubblica*, in *Noviss.dig.it.*, Torino 1966, pp. 718-720; nonché in precedenza il suo scritto del 1958, *I poteri del Presidente della Repubblica*, ora in *Scritti di diritto costituzionale*, Padova 1967, pp. 271-275.

In questo senso, commentando l'art. 2 della Costituzione italiana<sup>57</sup>, la dottrina ha affermato come, grazie al principio di solidarietà, vengano poste in essere «costituzioni intensamente "politiche", caratterizzate cioè da finalità di lungo periodo da perseguire attraverso l'impegno comune e solidale dei consociati»<sup>58</sup>. La Corte costituzionale, dunque, pur non citandolo espressamente, sembra ricorrere proprio al concetto di solidarietà per definire il principio su cui fonda la responsabilità dello Stato – e degli altri enti pubblici – verso le generazioni future.

Su questi presupposti è possibile raggiungere anche una conclusione ulteriore, quella per cui la solidarietà generazionale godrebbe di una autonoma rilevanza giuridica. La evidente matrice "etica" che suggerisce la sua configurazione, infatti, piuttosto che allontanare la categoria dai confini del diritto, la colloca all'interno del più ampio spazio della giustizia sociale<sup>59</sup>.

---

<sup>56</sup> Tale considerazione, inoltre, discende da un dato puramente testuale: se la Carta rivolge lo sguardo al passato quando *riconosce* i diritti inviolabili dell'uomo, l'impulso è del tutto rivolto all'avvenire, atteggiandosi a *promozione* o a *sviluppo*.

<sup>57</sup> Cfr. A. BARBERA, *Commento all'art. 2*, in *Commentario della Costituzione. Art. 1-12. Principi fondamentali*, Zanichelli - *Foro it.*, a cura di G. BRANCA, Bologna - Roma, 50 -119; Cfr. G. BONGIOVANNI, *Commento all'art. 2. Diritti inviolabili e libertà*, in BARBERA (1997), 67-92; D. FLORENZANO - D. BORGONOVO RE - F. CORTESE, *Diritti inviolabili, doveri di solidarietà e principio di eguaglianza: un'introduzione*, Torino, 2011.

<sup>58</sup> Cit. M. FIORAVANTI, *Art.2 – Costituzione italiana*, Roma, 2018, p. 32. L'Autore, nel corso della trattazione, dona all'interprete un'immagine particolarmente suggestiva al fine di comprendere con maggiore consapevolezza la funzione che il dettato costituzionale tenta di assolvere tramite il testo dell'art. 2; in particolare, Fioravanti rilegge il testo costituzionale richiamando la figura dell'ellisse, descrivendo la tensione cui si faceva cenno nel testo come un continuo trasferimento delle garanzie costituzionali da un fuoco all'altro della figura geometrica adottata a modello. Se un estremo, infatti, è abitato dall'individuo, inteso come singolo e libero, l'altro estremo è occupato dal suo simile, altrettanto libero, o dalla comunità intera, portatrice di interessi e comunque centro di imputazione di situazioni giuridiche.

<sup>59</sup> È in questo senso che la categoria viene definita da J. RAWLS. «Anche se tutte le generazioni devono fare la loro parte per il raggiungimento di uno stato di cose giusto, al di là del quale non è richiesto alcun ulteriore risparmio, questo stato di cose non può essere pensato come il solo che dà un significato e uno scopo all'intero processo. Al contrario, accade che tutte le generazioni abbiano i loro propri scopi. Esse non sono subordinate l'una all'altra più di quanto non lo siano gli individui. La vita di un popolo è concepita come un comune schema di cooperazione attraverso il tempo storico. Esso deve essere governato dalla medesima concezione della giustizia che regola la cooperazione dei contemporanei. Nessuna generazione ha più diritti di un'altra. Nel tentativo di valutare un tasso di risparmio equo, le persone nella posizione originaria si domandano cosa è ragionevole aspettarsi reciprocamente per i membri di generazioni contigue, a ciascun livello dello sviluppo. Esse tentano di mettere insieme un programma di giusto risparmio, valutando, per ogni fase, quanto sarebbero disposte a risparmiare per i propri immediati discendenti, insieme a quanto si sentirebbero in diritto di pretendere nei confronti dei propri immediati predecessori. Così immaginano ad esempio di essere dei padri, e cercano quindi di stabilire quanto dovrebbero mettere da parte per i loro figli, pensando a ciò che si sentirebbero in diritto di pretendere dai propri padri. Quando giungono a

Allo stesso tempo, però, l'equità generazionale costituisce un «derivato» di altri principi. A ben vedere, infatti, essa è richiamata principalmente nei momenti "patologici" che incidono negativamente – in generale – sull'ordinamento giuridico; in particolare, ci si rivolge alle generazioni future ogniqualvolta i diritti di queste ultime si vedano lesi dalle scelte degli attuali decisori politici. La stessa sentenza del 2019, del resto, fa discendere il principio di equità generazionale da quello dell'equilibrio di bilancio, dove il primo risulta essere, oltre che un «derivato», anche prerequisito per la realizzazione del secondo<sup>60</sup>. In definitiva, l'equità generazionale, se per un verso continua a venire essenzialmente in rilievo come parametro di controllo costituzionale, per altro verso integra l'oggetto di un valore autonomo dell'ordinamento, capace come tale di orientare l'attività del legislatore. La sentenza della Corte costituzionale del 2019 coglie questa duplice dimensione, facendo almeno in parte chiarezza su un tema ancora difficile da perimetrare.

---

una stima che sembra equa a entrambe le parti, con il dovuto spazio al miglioramento delle loro circostanze, allora è specificato un tasso equo (o un insieme di tassi) per quello stadio. Ora, una volta che ciò viene fatto, per tutti gli stadi abbiamo definito il principio di giusto risparmio. Se questo principio viene seguito, le generazioni contigue non possono lamentarsi l'una dell'altra; e, in effetti, nessuna generazione è in grado di incolpare un'altra, per quanto essa sia lontana nel tempo». Cit. J. RAWLS, op. cit., pp. 245-246.

<sup>60</sup> Cfr. F.M. PALOMBINO, *Il diritto all'acqua – una prospettiva internazionalistica*, Firenze, 2017, p. 63. L'A., nel tentativo di rintracciare un fondamento giuridico al diritto all'acqua, afferma che lo stesso, anche in assenza di specifiche disposizioni, non possa che essere riconosciuto dagli ordinamenti giuridici in quanto derivato di altri diritti fondamentali, come, ad esempio, il diritto alla salute.