



# DE IUSTITIA

RIVISTA GIURIDICA

ISSN 2974-7562  
ISBN 978-88-67355-74-7



Libellula

[WWW.DEIUSTITIA.IT](http://WWW.DEIUSTITIA.IT)  
Rivista scientifica Anvur

Rivista n° 1 / Gennaio 2021 Trimestrale

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

**Direttore responsabile:** Avv. Francesco Boccia

**Comitato scientifico:** Prof.ssa Carla Acocella - Prof. Amedeo Arena - Dott. Pierpaolo Arganelli - Dott. Alessandro Auletta - Prof. Adrian Bedford - Dott. Francesco Boccia - Avv. Emilio Boccia - Prof. Fernando Bocchini - Pres. Francesco Caringella - Prof. Avv. Gianluca Cascella - Avv. Gabriella De Maio - Dott. Mattia Di Florio - Dott.ssa Antonia Foglia - Dott. Marco Fratini - Prof. Rosaria Giampetraglia - Avv. Carlo Giordano - Cons. Roberto Giovagnoli - Avv. Pasquale Guida - Prof.ssa Laura Gutiérrez-Masson - Dott.ssa Fabiana Iorio - Avv. Luigi Lalla - Prof. Vincenzo Maiello - Pres. Luigi Maruotti - Dott.ssa Daniela Messina - Dott. Andrea Napolitano - Prof.ssa Anna Papa - Dott. Giacomo Palombino - Dott. Simone Petralia - Dott. Angelo Rubano - Prof.ssa Laura Solidoro - Dott.ssa Alessia Tomo - Avv. Silvia Tuccillo - Dott. Francesco Zappatore – Dott. Pierluigi Zarra

**Comitato di referaggio:** Prof.ssa Francesca Angiolini - Prof.ssa Maria Consiglia Botta - Prof. Antonio Cilento - Prof. Alberto De Vita - Prof. Fabrizio Ripa - Prof.ssa Francesca Salerno - Prof. Vincenzo Verdicchio

**Comitato di redazione:** Dott.ssa Abruzzi Leandra - Avv. Francesco Bottiglieri - Dott. Flavio Alessio Clemente - Avv. Gaetano del Giudice - Dott. Giuseppe Di Meglio - Avv. Davide Giordano - Dott. Francesco Iazeolla - Dott.ssa Paola Iazeolla - Dott. Vincenzo Iazzetta - Dott. Alessandro Iovino - Dott.ssa Viviana Francesca Ippolito - Dott.ssa Annamaria La Marca - Dott.ssa Iliaria Manna - Dott. Lorenzo Maruotti - Cons. Andrea Migliozi - Avv. Ferdinando Migliozi - Dott.ssa Edda Napolitano - Avv. Gianluca Pirozzi - Avv. Nicolò Rubino - Avv. Marina Sfarzo

**Redattori:** Dott.ssa Fabiana Iorio - Avv. 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

*Continuità nel possesso dei requisiti ed immodificabilità soggettiva del concorrente "composto" nelle gare d'appalto: ricognizione tra regole ed eccezioni. Le ultime frontiere: l'impatto del concordato in bianco.*  
di Luigi Lalla **Pag. 4**

*Gli effetti dell'emergenza sanitaria sul percorso di trasformazione digitale della Pubblica amministrazione.*  
di Gennario Dezio **Pag. 32**

*Nuove (e vecchie) questioni in materia di giurisdizione domestica.*  
di Giulia Papa **Pag. 45**

PARTE II – DIRITTO CIVILE

*Big data e Privacy: le nostre scelte influenzate dal mercato.*  
di Francesco Cirillo **Pag. 70**

*L'indagine ricostruttiva della volontà negoziale dei contraenti nelle fidejussioni "cospirative", tra difesa della competition on the merits nel mercato creditizio e libertà di scelta del consumatore finale.*  
di Gianpiero Gaudiosi **Pag. 88**

*La rinuncia abdicativa e la sua ammissibilità in tema di espropriazione: un approfondimento alla luce delle sentenze dell'adunanza plenaria (nn. 2 e 4 del 20 gennaio 2020 e n. 5 del 18 febbraio 2020).*  
di Monica Guzzardi **Pag. 108**

PARTE III – DIRITTO PENALE

*Il controverso paradigma dell'abuso d'ufficio fino alla riforma del 2020.*  
di Cristina Lauritano e Roberta Chiummariello **Pag. 136**

*Delitto di peculato: nessuna abolitio criminis in favore del gestore di struttura recettiva che si appropria della tassa di soggiorno, ritenendola per sé ed omettendo il conseguente versamento per l'Erario.*  
di Pierluigi Zarra **Pag. 158**

*L'evanescente tutela dell'onore nell'era del web.*  
di Vittoria Del Mercato **Pag. 168**

## PARTE IV – FOCUS COVID-19

*Emergenza e democrazia. Considerazioni sulla gestione governativa della crisi sanitaria da Covid-19.*

di Federico Perri

**Pag. 187**

*Vaccinazione covid-19: riflessione su necessità e obbligatorietà tra diritto e pluralismo. Un approccio metodologico che possa valere rappresentazione della nuova dimensione etica.*

di Edda Napolitano

**Pag. 211**

**Continuità nel possesso dei requisiti ed immodificabilità soggettiva del concorrente "composto" nelle gare d'appalto: ricognizione tra regole ed eccezioni. Le ultime frontiere: l'impatto del concordato *in bianco*.**

**di Luigi LALLA\***

**SOMMARIO:** 1.Introduzione. 2.Le recenti questioni rimesse alla Adunanza Plenaria. 3. Continuità nel possesso dei requisiti ed immodificabilità soggettiva del concorrente "composto" nelle gare d'appalto: ricognizione tra regole ed eccezioni. 3.1.Avalimento. 3.2.Raggruppamenti temporanei di imprese. 3.3.Consorzi ordinari e stabili. 4.Concordato in continuità aziendale. 4.1. Le ultime frontiere: l'impatto del concordato *in bianco*. 5.Conclusioni.

**ABSTRACT:** *The dialogue between the traditional principles and pro-competitive Euro-unitary values brings, for the economic operator, ever greater participative spaces in the tender: from "union is strength" to "union is the requirement". When the synthesis process pushes forward, undermining further traditional certainties, it is necessary to perimeter the limits. Nowadays the discussion concerns the participation in tenders of economic operators composed of several companies that integrate the requirements and participate "as a team". The rule is that if one member loses the requirement, the whole team leaves the game. This paper proposes to outline the legal exceptions that allow the game to continue through a "substitution", with particular regard to the most controversial events. In fact, recently, unresolved issues are pending to the attention of the Plenary Assembly of Council of State. Among these ones, an interesting remission concerns the impact on the participation in the matches of the whole team when a player run into the various forms of business crisis management ("business continuity agreement" and "blank agreement").*

*Il dialogo tra principi tradizionali e i valori eurounitari proconcorrenziali porta per l'operatore economico sempre maggiori spazi partecipativi alla gara: dalla "unione fa la forza", alla "unione fa il requisito".*

*Quando il processo di sintesi si spinge in avanti, scalfendo ulteriori tradizionali certezze, è necessario perimetrare i limiti.*

---

\*Avvocato, specializzato nelle professioni legali, cultore della materia in diritto civile.

*Oggi la discussione riguarda la partecipazione alle gare di operatori economici composti da più imprese che integrano i requisiti e partecipano "facendo squadra". La regola è che se un componente perde il requisito, tutta la squadra esce dal gioco.*

*Questo elaborato si ripropone di delineare le eccezioni di legge che consentono che la partita continui mediante una "sostituzione", con particolare riguardo alle vicende più controverse.*

*Di recente, infatti, all'attenzione della Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato pendono questioni irrisolte. Tra queste, una rimessione interessante riguarda l'impatto sulla partecipazione alla gara di tutta la squadra quando un giocatore incorre nelle diverse forme di gestione della crisi di impresa ("concordato in continuità aziendale" e "concordato in bianco").*

## **1. Introduzione.**

La pandemia esplosa nel 2020, tra i tanti effetti drammatici, reca con sé due spinte. La prima - verso il basso - inabissa gli operatori economici nel profondo di una crisi economica senza precedenti. La seconda - ancora tutta da scrivere<sup>1</sup> - proietta lo sguardo degli operatori economici verso i salvifici fondi UE, destinati alla rinascita<sup>2</sup>.

Tra i mille dubbi su quale sarà il disegno politico, appare una certezza: parte dei fondi destinati all'Italia sarà investita dalle Pubbliche Amministrazioni in appalti pubblici. Le "gare" pubbliche forniranno l'ossigeno che le imprese Italiane respireranno per riemergere.

Tenendo da parte considerazioni scontate sulla necessità di semplificare, per l'occasione, il quadro normativo, preme riflettere sugli effetti della crisi economica, cagionata dalla pandemia, sulla sopravvivenza delle imprese. Per quelle che resisteranno, il "Recovery Plan" promette un nuovo slancio: un piano massiccio di interventi pubblici rappresenta il volano necessario alla ripresa economica. Le commesse pubbliche avranno lo scopo primario di sostenere settori economici in crisi. Mai come in questo momento storico gli operatori economici sono fragili ed è, pertanto, di tutta evidenza il rischio che, nel corso

---

<sup>1</sup> "Recovery Fund": parola chiave sia dal fronte della politica economica che dal quello di politica interna. Si tratta di un Fondo per la ripresa che l'Unione Europea ha messo sul piatto per rilanciare le economie dei 27 Paesi membri travolte dalla crisi del Covid-19.

<sup>2</sup> FIMMANÒ Francesco, *La resilienza dell'impresa di fronte alla crisi da Coronavirus mediante affitto d'azienda alla newco-start up, auto-fallimento e concordato "programmat"*, in Rivista del Notariato, fasc.2, 1 APRILE 2020, pag. 163.

della procedura di gara o durante l'esecuzione dell'appalto aggiudicato, il loro passo risulti non spedito, ma al contrario claudicante ed il loro respiro affannoso. Operatori economici *in crisi (in odore di fallimento)*, per usare un eufemismo) rischiano "a partita in corso" di perdere i requisiti di partecipazione necessari. Se la regola è che in tal caso si venga esclusi dalla gara, il pericolo è di vedere frustrate le esigenze sottese al rilancio e alla "rinascita".

Si intende, in questo lavoro, effettuare una ricognizione di quali siano le regole che consentano di "rimanere in gioco" effettuando una "sostituzione".

## **2. Le recenti questioni rimesse alla Adunanza Plenaria.**

Le brevi premesse sopra tracciate accendono nuove luci su questioni aperte, dimostrandole attualissime. In particolare rilevano quelle pendenti innanzi alla Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato di seguito riportate.

**I)** Il Consiglio di Giustizia Amministrativa con ordinanza n. 1211 del 2020, ha rimesso alla Adunanza Plenaria alcune questioni:

- 1) se, nell'ipotesi di partecipazione ad una gara d'appalto di un consorzio stabile, che ripeta la propria qualificazione, necessaria ai sensi del bando, da una consorziata non designata ai fini dell'esecuzione dei lavori, quest'ultima vada considerata come soggetto terzo rispetto al consorzio, equiparabile all'impresa ausiliaria nell'avvalimento, sicché la perdita da parte della stessa del requisito durante la gara imponga alla stazione appaltante di ordinare la sostituzione, in applicazione dell'art. 89 co. 3, d.lgs. n. 50/2016 e/o dell'art. 63, direttiva 24/2014/UE, derogandosi, pertanto, al principio dell'obbligo del possesso continuativo dei requisiti nel corso della gara e fino all'affidamento dei lavori;
- 2) in caso di risposta negativa al quesito sub. 1, se comunque, qualora la consorziata - non designata ai fini dell'esecuzione dei lavori - derivi la qualificazione da un rapporto di avvalimento con altra impresa, trovino applicazione le disposizioni normative sopra citate e la conseguente deroga al richiamato principio dell'obbligo del possesso continuativo dei requisiti<sup>3</sup>.

**II)** Il Consiglio di Giustizia Amministrativa, Sez. Giurisdizionale, con sentenza n. 37 del 2021 ha rimesso alla Adunanza Plenaria le seguenti questioni:

- a) se le disposizioni normative di cui all'art. 48, commi 17 e 19 ter, d.lgs. n. 50/2016 debbano essere interpretate nel senso di consentire, in fase di gara, la sostituzione della mandataria dichiarata fallita successivamente alla presentazione dell'offerta con altro operatore economico subentrante, ovvero se

---

<sup>3</sup> Consiglio di Giustizia Amministrativa, Sez. Giurisdizionale, ordinanza del 29 dicembre 2020, n. 1211.

ne sia possibile soltanto la mera estromissione e, in questo caso, se l'esclusione dell'a.t.i. dalla gara possa essere evitata unicamente qualora le restanti imprese partecipanti al raggruppamento soddisfino in proprio i requisiti di partecipazione;

b) tempi e modalità per introdurre nel procedimento di gara l'estromissione della mandataria e la sostituzione della stessa, ed in particolare:

b.1) se l'impresa mandante (o le imprese mandanti) possa chiedere di essere ammessa a sostituire la mandataria fin quando non intervenga comunicazione, da parte dell'Amministrazione procedente, di apposito interpello, ovvero del provvedimento di esclusione;

b.2) se sia comunque consentito, nell'ipotesi di intervenuta conoscenza *aliunde* della vicenda che ha colpito la mandataria, proporre la sostituzione nel corso della gara ed anteriormente all'adozione dei citati atti da parte dell'Amministrazione procedente<sup>4</sup>.

**III)**Altra questione è stata rimessa dal Consiglio di Stato, sezione V, ordinanza n. 313 del 2021 che ha posto i seguenti quesiti:

1) se la presentazione di un'istanza di concordato in bianco ex art. 161, comma 6, legge fallimentare debba ritenersi causa automatica di esclusione dalle gare pubbliche, per perdita dei requisiti generali, ovvero se la presentazione di detta istanza non inibisca la partecipazione alle procedure per l'affidamento di commesse pubbliche, quanto meno nell'ipotesi in cui essa contenga una domanda prenotativa per la continuità aziendale;

2) Se la partecipazione alle gare pubbliche debba ritenersi atto di straordinaria amministrazione e, dunque, possa consentirsi alle imprese che abbiano presentato domanda di concordato preventivo c.d. in bianco la partecipazione alle stesse gare, soltanto previa autorizzazione giudiziale nei casi urgenti ovvero se detta autorizzazione debba ritenersi mera condizione integrativa dell'efficacia dell'aggiudicazione;

3) In quale fase della procedura di affidamento l'autorizzazione giudiziale di ammissione alla continuità aziendale debba intervenire onde ritenersi tempestiva ai fini della legittimità della partecipazione alla procedure e dell'aggiudicazione della gara<sup>5</sup>.

**IV)** L'ultima rimessione alla Plenaria è quella effettuata dal Consiglio di Stato, sez. V, con ordinanza n. 309 del 8 gennaio 2021, che ha posto i seguenti interrogativi:

---

<sup>4</sup> Consiglio di Giustizia Amministrativa, Sez. Giurisdizionale, sentenza del 20 gennaio 2021, n. 37.

<sup>5</sup> Consiglio di Stato, sezione V, ordinanza del 8 gennaio 2021, n. 313.



a) se la presentazione di un'istanza di concordato in bianco ex art. 161, comma 6, legge fallimentare (r.d. n. 267 del 1942) da parte dell'impresa mandante di un raggruppamento temporaneo debba ritenersi causa di automatica esclusione dalle gare pubbliche, per perdita dei requisiti generali, ovvero se la presentazione di detta istanza non inibisca la partecipazione alle procedure per l'affidamento di commesse pubbliche, quanto meno nell'ipotesi in cui essa contenga una domanda prenotativa per la continuità aziendale;

b) se la partecipazione alle gare pubbliche debba ritenersi atto di straordinaria amministrazione e, dunque, possa consentirsi alle imprese che abbiano presentato domanda di concordato preventivo cd. in bianco la partecipazione alle stesse gare, soltanto previa autorizzazione giudiziale nei casi urgenti, ovvero se detta autorizzazione debba ritenersi mera condizione integrativa dell'efficacia dell'aggiudicazione;

c) in quale fase della procedura di affidamento l'autorizzazione giudiziale di ammissione alla continuità aziendale debba intervenire onde ritenersi tempestiva ai fini della legittimità della partecipazione alla procedura e dell'aggiudicazione della gara;

d) se le disposizioni normative di cui all'art. 48 commi 17,19,19 ter, d.lgs. n. 50 del 2016 debbano essere interpretate nel senso di consentire la sostituzione della mandante che abbia presentato ricorso di concordato preventivo cd. in bianco ex art. 161, comma 6 cit. con altro operatore economico subentrante anche in fase di gara, ovvero se sia possibile soltanto la mera estromissione della mandante e, in questo caso, se l'esclusione del r.t.i. dalla gara possa essere evitata unicamente qualora la mandataria e le restanti imprese partecipanti al raggruppamento soddisfino in proprio i requisiti di partecipazione<sup>6</sup>.

Si tratta di importanti interrogativi ai quali l'Adunanza Plenaria fornirà chiarimenti in grado di completare il quadro del delicato rapporto tra il principio di continuità nel possesso dei requisiti di partecipazione alla gara e le modifiche soggettive del concorrente che di regola ne determinano l'esclusione, salvo le eccezioni stabilite dalla legge.

### **3. Continuità nel possesso dei requisiti ed immodificabilità soggettiva del concorrente "composto" nelle gare d'appalto: ricognizione tra regole ed eccezioni.**

Per il principio di continuità nel possesso dei requisiti di partecipazione, l'operatore economico, che intenda partecipare alla gara bandita dalla Pubblica

---

<sup>6</sup> Consiglio di Stato, sez. V, ordinanza del 8 gennaio 2021, n. 309.

Amministrazione, deve possedere i requisiti soggettivi di partecipazione senza alcuna soluzione di continuità<sup>7</sup>. La giurisprudenza granitica<sup>8</sup> e consolidata ritiene che, nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici, i requisiti generali e speciali di partecipazione devono essere posseduti dai concorrenti non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all'aggiudicazione definitiva e alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità<sup>9</sup>. La perdita dei requisiti, ancorché temporanea, impone l'esclusione del concorrente dalla gara<sup>10</sup>.

Questo è il principio della continuità del possesso dei requisiti, il quale impone che i requisiti siano posseduti ininterrottamente in tutte le fasi della procedura e

---

<sup>7</sup> Per una esaustiva analisi dei controlli sul possesso dei requisiti in capo all'aggiudicatario, si vedano S. BACCARINI-G. CHINÈ-R. PROIETTI, *Codice dell'appalto pubblico*, Milano, 2015, 454; D. PONTE, *Il controllo a campione sul possesso dei requisiti*, in M.A. SANDULLI-R. DE NICTOLIS-R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008, 1607.

<sup>8</sup> T.A.R. Lazio sez. I - Roma, 23/10/2020, n. 10822 su il possesso dei requisiti generali e speciali di partecipazione alle pubbliche gare deve permanere sino all'aggiudicazione e alla stipula del contratto di appalto. Massima in DeJure: «*Nelle gare d'appalto per l'aggiudicazione di contratti pubblici, i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dai candidati non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all'aggiudicazione definitiva e alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità (nel caso di specie, tale principio risulta rispettato per la mandante, atteso che, la stessa, sulla base dell'attestazione in rettifica di UNISOA, pienamente valida ed efficace, è risultata costantemente in possesso del requisito di qualificazione OG3, classifica III bis)*».

<sup>9</sup> T.A.R. Toscana sez. III, sentenza del 28/09/2020, n. 1117 sull'obbligo dei concorrenti di aggiornare le dichiarazioni relative al possesso dei requisiti di partecipazione alla gara. Si riporta una massima: «*La giurisprudenza, oramai da tempo e sulla scorta dell'indirizzo nomofilattico dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sentenza 20 luglio 2015, n. 8, ma già l'affermazione era contenuta nella precedente sentenza 7 aprile 2011, n. 4), si è condivisibilmente attestata nel senso di ritenere che, nelle procedure di affidamento di contratti pubblici, i requisiti generali e speciali di partecipazione debbono essere posseduti dai concorrenti non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all'aggiudicazione definitiva e alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità. La perdita dei requisiti, ancorché temporanea, impone l'esclusione del concorrente dalla gara (da ultimo, e con riferimento a procedure sottoposte al d.lgs. n. 50/2016, cfr. Cons. Stato, sez. V, 17 aprile 2020, n. 2443; id., 17 marzo 2020, n. 1918; id., 19 febbraio 2019, n. 1141). Cons. Stato, sez. IV, 10 febbraio 2015, n. 2231; id., 19 dicembre 2012, n. 6539)*».

<sup>10</sup> Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, sentenza del 20 luglio 2015, n. 8; precedente conforme in sentenza del 7 aprile 2011, n. 4. Più recentemente orientamento confermato dal Cons. Stato, sez. V, 17 aprile 2020, n. 2443; id., 17 marzo 2020, n. 1918; id., 19 febbraio 2019, n. 1141. Cons. Stato, sez. IV, 10 febbraio 2015, n. 2231; id., 19 dicembre 2012, n. 6539

che la loro perdita, ancorché temporanea, imponga l'esclusione della concorrente dalla gara<sup>11</sup>.

La tutela della concorrenza è alla base di questa scelta. In quest'ottica si spiega il rigore dell'esclusione quando il requisito perso in corso di gara, sia facilmente recuperabile prima della chiusura della procedura. Cionondimeno il concorrente viene escluso prevalendo le ragioni degli altri partecipanti alla gara.

La regola è che si viene esclusi dalla gara, salvo i casi in cui la legge consente la deroga. Vi sono previsioni normative, infatti, che specificamente consentono di restare in gara colmando l'assenza sopravvenuta del requisito con un reintegro successivo<sup>12</sup>.

Il problema si pone principalmente per le partecipazioni "composte", ovvero quei fenomeni di raggruppamento in cui "l'unione fa la forza" e soggetti singolarmente incapaci di realizzare la commessa pubblica, ci riescono unendo le forze.

Si registra il superamento dell'originario sfavore con il quale il legislatore nazionale guardava a determinati istituti: riletta con lenti europee in ottica di "favor participationis". Così il dialogo tra principi tradizionali e i valori eurounitari proconcorrenziali ha portato, per l'operatore economico, sempre maggiori spazi partecipativi alla gara: dalla "unione fa la forza", alla "unione fa il requisito".

Gli istituti *avvalimento*, *il raggruppamento temporaneo d'impresa*, *i consorzi*, sono tutti strumenti che ampliano il *favor participationis*, nella misura in cui consentono di partecipare a chi da solo non potrebbe, così favorendo la partecipazione di piccole e medie imprese agli appalti di più grandi dimensioni. Tuttavia il percorso è stato accidentato, perché essi si sono affermati (alcuni dei quali prima sconosciuti all'ordinamento) contro la tradizionale preoccupazione del legislatore nazionale, timoroso che potessero dare la stura a lavori eseguiti

---

<sup>11</sup> Sul "momento in cui devono essere posseduti i requisiti di partecipazione, vincolanti e non equivocabili", vedi Consiglio di Stato sez. V, sentenza n. 8021 del 15/12/2020, la cui massima in De Jure recita: «Riguardo ai requisiti di partecipazione, vincolanti e non equivocabili, è bene rammentare la granitica giurisprudenza che afferma che essi devono essere posseduti dai candidati non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa e fino all'aggiudicazione definitiva e alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità: il principio della continuità del possesso dei requisiti esige dunque che gli stessi siano posseduti ininterrottamente in tutte le fasi della procedura e che la loro perdita, ancorché temporanea, imponga l'esclusione della concorrente dalla gara».

<sup>12</sup> Sulle vicende modificative soggettive del concorrente, si veda S. BACCARINI-G. CHINÈ-R. PROIETTI, *Codice dell'appalto pubblico*, Milano, 2015, 677.

male da operatori idonei solo sulla carta, ma nella realtà *brancaleoniane* accozzaglie. Sono sempre stati visti con sfavore anche perché si temeva potessero rappresentare scatole vuote, nido perfetto per le infiltrazioni criminali. Tutti questi timori erano originati dalle loro caratteristiche che recavano una scissione tra colui che formalmente diventa aggiudicatario/contraente e chi con i mezzi e le risorse realizza effettivamente l'opera.

Preso atto che il diritto UE impone allo Stato di non porre limiti irragionevoli alla partecipazione "composta" alla gara (per favorire la concorrenza e la partecipazione alla gara più ampia possibile), con forza propulsiva e pervasiva i limiti nazionali sono caduti (e stanno cadendo ancora) come le tessere di un domino. La Corte di giustizia ha infatti, a più riprese, statuito l'incompatibilità comunitaria di talune norme nazionali che ponevano limiti sproporzionati a tali forme di partecipazione "composta" alla gara (e ancora continua ad essere chiamata a verificare la compatibilità di altre<sup>13</sup>).

La regola della necessaria continuità nel possesso dei requisiti di partecipazione va declinata nell'ambito della partecipazione "composta" alla gara. In tale ambito essa si riflette in due direzioni.

Da un lato, in necessaria continuità nella identità soggettiva dell'*operatore economico plurimo* (se l'operatore è composto dai soggetti A, B e C, è necessario che gli stessi ne siano i componenti per tutte le fasi).

Dall'altro occorre che tutti i requisiti di partecipazione richiesti siano conservati da tutti e da ciascuno per tutte le fasi della gara, fino alla esecuzione del contratto.

A questa regola la legge dispone talvolta eccezioni, alla presenza di particolari circostanze.

Una prima deroga emerge, in tema di *avvalimento*, dall'art. 89 comma 3 del d.lgs. 50 del 2016 che impone al concorrente di sostituire il soggetto ausiliario che non soddisfa i requisiti di partecipazione richiesti dalla legge.

Una seconda importante eccezione è quella contenuta nell'art. 48 del d.lgs. 50 del 2016 con riferimento ai Raggruppamenti Temporanei di Imprese ed ai *consorzi ordinari di operatori economici*, per i quali i commi 17 e 18 dispongono

---

<sup>13</sup> Ci si riferisce alla rimessione alla Corte di Giustizia U.E. da parte del Consiglio di Stato, sez. III, ordinanza del 20 marzo 2020, n. 2005, sulla esclusione automatica del concorrente per le false dichiarazioni dell'usurario; o ancora alla rimessione alla Corte di Giustizia U.E. da parte del Consiglio di Giustizia Amministrativa con l'ordinanza n. 1106 del 24 novembre 2020 sulla compatibilità dell'art. 83 comma 8 del Codice dei contratti pubblici che prescrive, in caso di ricorso all'avvalimento da parte della mandataria di un RTI, che quest'ultima debba in ogni caso possedere i requisiti di qualificazione e debba eseguire le prestazioni in misura maggioritaria.

peculiari meccanismi di "sostituzione" diversi a seconda che le vicende ivi indicate colpiscano l'impresa mandataria o una delle mandanti.

Ulteriore deroga è sempre prevista dall'art. 48 sopracitato al comma 7 *bis*, che legittima anche i *consorzi stabili* ad operare il "cambio".

Di seguito queste deroghe saranno illustrate più nel dettaglio.

### 3.1. Avvalimento.

L'istituto dell'avvalimento<sup>14</sup> viene recepito dalla legge su impulso comunitario per favorire la concorrenza e la massima partecipazione alle procedure di evidenza pubblica.

L'art. 63 della direttiva 2014/24/UE ha posto le basi perché l'operatore economico, al fine di partecipare a un determinato appalto, potesse fare affidamento sulle capacità di altri soggetti per quanto riguarda i requisiti tecnici, professionali, economici e finanziari richiesti dalle stazioni appaltanti per l'aggiudicazione (a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi altri soggetti).

Oggi la disciplina dell'avvalimento è contenuta nell'art. 89 del d.lgs. 50 del 2016<sup>15</sup>. Si tratta, dunque, di istituto proconcorrenziale in costante ascesa, che trova sempre maggiore applicazione. La giurisprudenza è da tempo protesa a rimuoverne gli irragionevoli ostacoli posti da un legislatore che ancora guardava con "cattivo occhio".

Il fenomeno di partecipazione alla gara di una impresa *ausiliata* insieme alla sua *ausiliaria*, pone problemi in ordine alla continuità nel possesso dei requisiti ogni qual volta vicende colpiscono l'ausiliaria privandola di un requisito necessario. In tal caso per la regola della continuità nel possesso dei requisiti si dovrebbe predicare l'esclusione del "gruppo" dalla gara.

Ma simile conclusione sarebbe deleteria per almeno due ragioni. Da un lato l'operatore economico principale verrebbe colpito per colpe non proprie, scontando una sorta di responsabilità per fatto altrui (le vicende che si verificano nella sfera della impresa ausiliaria sono fuori dalla sua sfera di controllo e dominio). Dall'altro si sostanzierebbe in un di quegli ostacoli all'avvalimento, che la giurisprudenza tende invece ad abbattere.

---

<sup>14</sup> Con efficacia, chiarezza e sintesi sull'argomento Marcello CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, ED. IV, il mulino, pag. 438.

<sup>15</sup> Su avvalimento e subappalto si veda: FRONTONI Massimo, SAVELLI Laura, *Subappalto ed avvalimento tra qualificazione ed esecuzione nel codice dei contratti pubblici*, 2018, Torino, Giappichelli.

Sotto la vigenza del codice degli appalti d.lgs. n. 163 del 2006 si è posto il problema. Il Consiglio di Stato rimise la questione alla Corte di Giustizia UE, dubitando della compatibilità con la disciplina eurounitaria delle disposizioni nazionali che determinavano l'esclusione dell'operatore economico dalla gara anche per perdita dei requisiti di qualificazione derivante da un fatto a lui non imputabile. Infatti l'art. 49, d.lgs. n. 163 del 2006 non sembrava consentire la sostituzione dell'impresa ausiliaria nella fase intercorrente tra la partecipazione alla gara e la stipulazione del contratto. Ci si chiese se potesse applicarsi analogicamente l'art. 37, commi 18 e 19 che sembrava ammettere, limitatamente alla fase di esecuzione del contratto, la modificazione soggettiva della composizione del raggruppamento temporaneo di imprese. Sorse la questione sul se fossero norme applicabili anche in fase di gara.

Questi furono i primi tentativi di una interpretazione conforme alla direttiva 2014/24/UE che, al contrario, prevedeva che l'amministrazione aggiudicatrice fosse tenuta a imporre all'operatore economico la sostituzione del soggetto che avesse perso i requisiti di partecipazione necessari<sup>16</sup>.

Per tali ragioni il codice dei contratti pubblici d.lgs. 50 del 2016 ha posto una disposizione conforme ai dettami del diritto UE, fissando una deroga al principio di immodificabilità soggettiva del concorrente con l'art. 89 comma 3, la quale norma impone all'operatore economico di sostituire l'ausiliaria che ha perduto il requisito, ponendosi così in salvo dalla esclusione<sup>17</sup>.

### **3.2. Raggruppamenti temporanei di imprese.**

L'Associazione Temporanea di Imprese (ATI) risponde all'esigenza di singole imprese di meglio svolgere la loro attività economica, soprattutto con riferimento alla possibile partecipazione negli appalti pubblici<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> TUCCILLO Raffaele, "Perdita dei requisiti di qualificazione per fatto non imputabile al concorrente e sostituzione dell'impresa ausiliaria", nota a sentenza Consiglio di Stato sez. IV, 15/04/2016, n. 1522, in *lamministrativista.it*, 25 LUGLIO 2016.

<sup>17</sup> L'art. 89 comma 3 d.lgs. 50 del 2016 dispone: « *La stazione appaltante verifica, conformemente agli articoli 85, 86 e 88, se i soggetti della cui capacità l'operatore economico intende avvalersi, soddisfano i pertinenti criteri di selezione o se sussistono motivi di esclusione ai sensi dell'articolo 80. Essa impone all'operatore economico di sostituire i soggetti che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione. Nel bando di gara possono essere altresì indicati i casi in cui l'operatore economico deve sostituire un soggetto per il quale sussistono motivi non obbligatori di esclusione, purché si tratti di requisiti tecnici.* »

<sup>18</sup> DI IORIO Viviana, "Requisiti dei raggruppamenti temporanei di progettisti e sulle vicende modificative soggettive in corso di gara" in *lamministrativista.it*, fasc., 26 APRILE 2016, nota a sentenza Consiglio di Stato, sez. V, del 25 febbraio 2016, n.773,.

Il raggruppamento di *imprese* non è *impresa* unitaria in senso tecnico e giuridico, ma è strumento messo in opera, di volta in volta, per consentire a più imprese, tra cui una capogruppo, di presentare un'offerta unitaria in gare d'appalto, alle quali non avrebbero altrimenti potuto partecipare per mancanza di requisiti tecnici e finanziari o per eccessivo rischio<sup>19</sup>.

Tecnicamente tali gruppi sono rappresentati da una impresa *mandataria* che riceve *mandato* ad esprimersi al cospetto della stazione appaltante in nome e per conto dell'intero gruppo. Coloro che partecipano in gruppo conferendo il mandato sono le altre imprese consorziate che assumono la vesti di *mandanti*. A seconda del peso assunto rispettivamente dalla mandataria e dalle mandatarie nell'equilibrio complessivo dell'operazione economica, questi gruppi possono essere *verticali* o *orizzontali*.

Nel primo caso, alla mandataria spetta l'esecuzione dei lavori prevalenti o principali, essendo tenute le mandanti a eseguire lavori secondari o scorporabili. Nel secondo caso, invece, le imprese si suddividono il medesimo tipo di prestazione richiesta in percentuali predeterminate e specificate nell'offerta<sup>20</sup>.

Anche per tali soggetti vige l'obbligo del possesso dei requisiti senza soluzione di continuità per tutte le fasi della gara, con le precisazioni di cui si dirà<sup>21</sup>.

Tale raggruppamento è volto a consentire l'integrazione dei requisiti di partecipazione da parte del gruppo, non possedendoli, al contrario, le imprese singolarmente.

La prima questione postasi nella prassi ha riguardato l'ammissibilità della cd. ATI *sovrrabbondante*, ossia un'associazione di imprese non necessaria al fine del possesso dei requisiti di partecipazione alla gara, ma a tal fine superflua ed

<sup>19</sup> Sui requisiti necessari nel raggruppamento temporaneo di concorrenti, si veda S. BACCARINI-G. CHINÈ-R. PROIETTI, *Codice dell'appalto pubblico*, Milano, 2015, 454.

<sup>20</sup> Con efficacia, chiarezza e sintesi sull'argomento Marcello CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, ED. IV, il mulino, pag. 438.

<sup>21</sup> In senso cfr. Consiglio di Stato, sez. V, sentenza del 23 dicembre 2020, n. 8299, che conferma la continuità nel possesso dei requisiti da parte dell'ATI, in coerenza con l'obbligo di mantenere il possesso dei requisiti di partecipazione per tutta la durata della gara e successivamente alla sua conclusione, afferma che i concorrenti hanno l'onere di comunicare alla stazione appaltante, nel corso della gara, tutte le vicende, anche sopravvenute, attinenti allo svolgimento della propria attività professionale al fine di consentire di valutare l'eventuale incidenza di tali precedenti sulla reale affidabilità, morale e professionale, dei concorrenti e quindi proprio sulla continuità nel possesso dei requisiti. In tal senso, testualmente, Consiglio di Stato, sez. V, 16 dicembre 2019, n. 8514, nella specie il collegio ha osservato che: «*alla data di presentazione delle offerte, le indagini penali non erano ancora concluse e l'a.t.i. nulla era pertanto tenuta a dichiarare in proposito, allorché però in corso di gara interveniva la richiesta di rinvio a giudizio del procuratore generale e direttore tecnico della mandataria e del legale rappresentante di una delle mandanti, ragioni di correttezza e leale collaborazione avrebbero dovuto condurre a darne tempestivamente conto alla stazione appaltante*».



evidentemente finalizzata ad altro. Questo fenomeno si verifica allorché ad un gruppo dotato di requisiti si aggiunge un'altra impresa, senza che ciò sia necessario alla partecipazione alla gara, ma per ragioni diverse. Si dubitava della compatibilità di siffatto raggruppamento considerato una forma di intesa volta a limitare e falsare la concorrenza mediante la creazione di un operatore dominante sul mercato e di una concentrazione del potere economico.

Tuttavia, successivamente, si è assistito ad un mutamento di prospettiva, così dal considerarlo vietato, si è ritenuto in linea di principio consentito, salvo che non integrasse un'intesa anticoncorrenziale.

I dubbi sono stati chiariti innanzi tutto dalla Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la fondamentale sentenza n. 8 del 2012 che ha ammesso tale possibilità. Si è chiarito che la regola della immodificabilità soggettiva del concorrente ha una finalità precisa: garantire che la PA sia chiamata a valutare il possesso dei requisiti in capo ai partecipanti alla gara una sola volta, nella fase di valutazione della domanda di partecipazione. Se questa è la logica, allora si chiarisce che la modifica successiva della composizione soggettiva del gruppo *per riduzione* (uno dei partecipanti perde il requisito di partecipazione), nel caso di ATI *sovraffondante* non lede il principio di continuità nel possesso dei requisiti di partecipazione, poiché il gruppo residuo possiede tutti i necessari requisiti. La PA non è chiamata a compiere alcuna successiva valutazione sul possesso dei requisiti. Per tali ragioni si è ritenuta possibile la modifica riduttiva del gruppo che non alterasse il possesso dei requisiti detenuti dal gruppo residuo.

Al contrario l'Adunanza Plenaria fissò in quella occasione un principio di diritto molto rigido, che ancora oggi alcune pronunce richiamano, nel sancire l'inammissibilità di una modifica additiva. Infatti ammettere che l'ATI potesse sostituire l'impresa consorziata che ha perso il requisito con una nuova "subentrante" avrebbe imposto alla PA una nuova verifica, in corso di gara, in ordine al possesso dei requisiti di partecipazione, ledendo sia il buon andamento che le ragioni degli altri partecipanti alla gara.

L'Adunanza Plenaria con sentenza n. 8 del 2012 ha chiarito che le modifiche soggettive ammesse sono solo quelle riduttive e non anche quelle additive<sup>22</sup>.

Tuttavia, rispetto a questo quadro originario, il codice dei contratti pubblici d.lgs. 50 del 2016 ha introdotto alcune significative novità, che sembrano superare questo orientamento "antico", che tuttavia ancora oggi riecheggia.

L'art. 48 comma 19 d.lgs. 50 del 2016 ammette espressamente la modifica riduttiva del raggruppamento (purché i residui partecipanti al gruppo da soli

---

<sup>22</sup> Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, sentenza del 4 maggio 2012, n.8.



soddisfino i requisiti necessari). Con la precisazione che la riduzione non deve essere il tentativo di eludere la carenza iniziale del requisito: tutti dovevano possedere già prima i requisiti.

Così dispone il comma 19: *«E' ammesso il recesso di una o più imprese raggruppate, anche qualora il raggruppamento si riduca ad un unico soggetto, esclusivamente per esigenze organizzative del raggruppamento e sempre che le imprese rimanenti abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire. In ogni caso la modifica soggettiva di cui al primo periodo non è ammessa se finalizzata ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara».*

Inoltre l'art. 48, ai commi 17 e 18, pone due deroghe importanti al principio di continuità nel possesso dei requisiti e di immodificabilità soggettiva. Sebbene vi sia una giurisprudenza che ritiene ancora non consentite le modifiche additive, queste norme sembrano, al contrario straordinariamente consentirle.

Questo è il tenore del comma 17 che descrive vicende che colpiscono la mandataria, rispetto alle quali è consentita la sua "sostituzione": *« Salvo quanto previsto dall'articolo 110, comma 5, in caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione controllata, amministrazione straordinaria, concordato preventivo ovvero procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione del mandatario ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo ovvero in caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all'articolo 80, ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, la stazione appaltante può proseguire il rapporto di appalto con altro operatore economico che sia costituito mandatario nei modi previsti dal presente codice purché abbia i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire; non sussistendo tali condizioni la stazione appaltante deve recedere dal contratto ».*

Invece quando le vicende suddette colpiscono la mandante, il comma 18 ne disciplina la "sostituzione" nel modo seguente: *«Salvo quanto previsto dall'articolo 110, comma 5, in caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione controllata, amministrazione straordinaria, concordato preventivo ovvero procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione di uno dei mandanti ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo ovvero in caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all'articolo 80, ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, il mandatario, ove non indichi altro operatore economico subentrante che sia in possesso dei*

*prescritti requisiti di idoneità, è tenuto alla esecuzione, direttamente o a mezzo degli altri mandanti, purché questi abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire».*

Sulla interpretazione di queste norme si è aperto un contrasto interpretativo. Se da un lato il comma 19 è chiaro nel consentire la sola modifica riduttiva, residuano dubbi sulla possibilità della modifica additiva, poiché i commi 17 e 18 presentano elementi di ambiguità tanto da dar luogo a diversi filoni interpretativi. Rispetto a chi ancora nega tale possibilità, vi sono posizioni che ammettono la modifica additiva, riconoscendo la facoltà di sostituire sia la mandante sia la mandataria con un soggetto "dall'esterno".

Tra le due estreme - che negano o ammettono sempre la sostituzione *ab externo* - una tesi intermedia ritiene consentita la modifica additiva soltanto per sostituire la mandante e non invece per la mandataria. Per quest'ultima l'unica modifica possibile resterebbe quella riduttiva<sup>23</sup>.

Del resto il cambio *alla guida* del gruppo è molto più incisivo rispetto alla sostituzione di un *passaggero*. La mandataria è il volto del gruppo e, consentire che venga sostituita con l'ingresso di un nuovo soggetto, impatta molto di più sull'equilibrio della situazione, ponendosi in aperto contrasto con il principio di immodificabilità soggettiva del concorrente. Invece il cambio della mandante passa quasi inosservato. Questa lettura poggia in primo luogo sulla lettera della norma: il comma 18 (che regola la sostituzione della mandante) è il solo a riferirsi al "subentrante" come possibile sostituto; mentre il comma 17 disciplina la sostituzione della mandataria "con altro operatore economico", senza alcun riferimento a un eventuale "subentrante". Inoltre questo orientamento richiama la posizione espressa dalla Corte costituzionale che ad altri fini ha distinto le posizioni di mandataria e mandanti. La sentenza della Corte costituzionale n. 85 del 2020 ha riconosciuto la legittimità costituzionale dell'art. 186 bis della Legge Fallimentare. Così legittimando la scelta ragionevole del legislatore di prevedere una deroga al principio di continuità nel possesso dei requisiti e di immodificabilità soggettiva del concorrente valida solo per la mandante, proprio in considerazione del più importante ruolo della mandataria nell'equilibrio dell'ATI. La sentenza dunque valorizza la distinzione tra mandante e mandataria, avallando questa interpretazione per la quale le vicende specifiche previste dalla legge hanno conseguenze diverse a seconda che colpiscano la mandataria o una

---

<sup>23</sup> La sostituzione della mandataria con una mandante, in termini di modifica riduttiva, è pacificamente ammessa. Si veda T.A.R. Lazio, sez. I, sentenza del 17 dicembre 2018, n. 655 .

delle mandanti, essendo possibile solo in quest'ultimo caso procedere alla modifica additiva *ab externo*.

La rimessione alla plenaria del Consiglio di Stato con ordinanza del 8 gennaio 2021, n. 309 propende per la tesi secondo la quale è ammessa la modifica riduttiva, richiamando l'orientamento risalente alla Plenaria n. 8 del 2012, mentre dubita della ammissibilità della modifica "additiva", in quanto ritiene questa debba ammettersi solo laddove espressamente prevista dal legislatore e i casi in cui la legge la consente, ponendosi come derogatori di un principio generale e fondamentale per la tutela della concorrenza, vanno considerati tassativi e di stretta interpretazione<sup>24</sup>.

Invece il CGA di gennaio 2021 nel rimettere la questione alla Adunanza Plenaria pare propendere per la tesi possibilista che ammette anche la modifica additiva, laddove le vicende che colpiscono la mandataria siano comunque successive alla presentazione della offerta e quindi possedendo il gruppo tutti i requisiti alla data di presentazione della offerta<sup>25</sup>.

### **3.3. Consorzi ordinari e stabili.**

I consorzi *ordinari* si distinguono da quelli *stabili*.

I primi agiscono come entità mandataria delle imprese consorziate (che figurano come mandanti), rappresentandole come accade in un raggruppamento temporaneo di imprese. Si tratta di un mero coordinamento tra le imprese consorziate, senza alcun ruolo operativo né autonoma identità soggettiva. Il consorzio ordinario è la sommatoria delle imprese consorziate. Infatti la consorziata non può partecipare alla gara da sola (in proprio), gareggiando contro il consorzio ordinario, sarebbe come partecipare contro se stessa. Parimenti il consorzio non possiede propri requisiti di qualificazione che si differenziano da quelli delle consorziate.

Rappresenta, invece, un fenomeno diverso il cd. *consorzio stabile*.

Questo si caratterizza per un requisito "teleologico" e "strutturale". Esso sostanzia un'autonoma struttura operativa ed organizzativa. È dotato di un proprio patrimonio ed è autonomamente in grado di realizzare l'appalto. Soggettivamente è *altro* rispetto alla sommatoria delle singole imprese consorziate, come se si trattasse di impresa autonoma, indipendente, nuova e diversa dalle consorziate, tanto da possedere autonomi requisiti di capacità.

---

<sup>24</sup> Consiglio di Stato, sez. V, ordinanza del 8 gennaio 2020, n. 309.

<sup>25</sup> Consiglio di Giustizia Amministrativa, Sez. Giurisdizionale, sentenza del 20 gennaio 2021, n. 37.

Questo "soggetto" può partecipare alle gare da solo, ed è possibile che alla gara partecipi contro una consorziata.

Il consorzio stabile può partecipare anche insieme alle consorziate, tutte o solo alcune. Dovrà farlo necessariamente se la presenza della consorziata gli serve per integrare requisiti che altrimenti non avrebbe. Invece può farlo facoltativamente se già da solo possiede tutti i requisiti di partecipazione. Quando si avvale dei requisiti di una mandante il fenomeno che si verifica è prossimo all'avvalimento.

Si pongono, anche per questi soggetti, i problemi legati alle vicende che privano, in corso di gara, l'operatore economico "composto" dei requisiti di partecipazione necessari.

Le norme che vengono in rilievo sono gli artt. 45, 47 e 48 commi 7 bis e 19 ter d.lgs. 50 del 2016.

Per i consorzi ordinari, viste le caratteristiche oggettivamente proprie del raggruppamento temporaneo di imprese - non avendo il consorzio una natura giuridica diversa ed autonoma rispetto all'insieme delle consorziate - la disciplina applicabile risulta essere proprio quella delineata nel capitolo dedicato alle RTI. Per quanto riguarda i consorzi stabili, invece, il codice dei contratti pubblici delinea una peculiare disciplina. L'art. 48 comma 7 bis regola la sostituzione ammessa durante l'esecuzione dei lavori (estesa dal comma 19 ter anche alla fase di gara<sup>26</sup>): «*E' consentito, per le ragioni indicate ai successivi commi 17, 18 e 19 o per fatti o atti sopravvenuti, ai soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettere b) e c), designare ai fini dell'esecuzione dei lavori o dei servizi, un'impresa consorziata diversa da quella indicata in sede di gara, a condizione che la modifica soggettiva non sia finalizzata ad eludere in tale sede la mancanza di un requisito di partecipazione in capo all'impresa consorziata*».

Quindi la legge consente, alle condizioni previste dai commi 18 e 19, al consorzio stabile di sostituire, con altra consorziata diversa, "l'impresa consorziata designata ai fini dell'esecuzione dei lavori o dei servizi". In tal modo il consorzio resta in gara ovvero continua ad eseguire i lavori aggiudicati.

Questa è la deroga al principio di immodificabilità soggettiva disposta per il consorzio stabile.

Tuttavia nella prassi è emersa una questione interpretativa, finita all'attenzione della Plenaria. Il caso dubbio ha riguardato la perdita del requisito da parte di

---

<sup>26</sup> Art. 48 comma 19 ter, d.lgs. n. 50 del 2016: «*Le previsioni di cui ai commi 17, 18 e 19 trovano applicazione anche laddove le modifiche soggettive ivi contemplate si verificano in fase di gara*».

una impresa del consorzio (portatrice di un requisito di partecipazione necessario per il gruppo) non designata ai fini dell'esecuzione dei lavori.

Ci si è chiesti se potesse trovare applicazione la norma che, al contrario, espressamente consente la deroga solo quando le vicende colpiscano "l'impresa designata ai fini dei lavori o dei servizi". Letteralmente, infatti, tale disposizione non contempla una possibilità di sostituire una impresa consorziata, colpita dalle medesime vicende di cui ai commi 18 e 19, che non sia stata designata ai fini dell'esecuzione dell'appalto. Il consorzio stabile, quale soggetto autonomo, potrebbe partecipare alla gara da solo, con talune o con tutte le consorziate. In questo secondo caso possono avere ruoli diversi, limitandosi a fornire requisiti senza poi eseguire i lavori oppure essendo indicate anche come esecutrici dei lavori. Non è detto che tutte le consorziate svolgano un ruolo nella esecuzione dei lavori: potrebbero rimanere estranee e non essere allora designate ai fini dell'esecuzione dei lavori. La questione che è stata di recente portata all'attenzione della Plenaria riguarda proprio la sorte del consorzio in seguito alla perdita di requisito di una consorziata (necessario per integrare i requisiti di partecipazione alla gara) non designata ai fini dell'esecuzione dei lavori. La legge prevede che la consorziata che partecipa alla gara, indicata come esecutrice dei lavori, colpita da una delle vicende di cui ai commi 17 e 18, può essere sostituita. Invece nulla dispone per la consorziata non designata. Si pone così un dubbio interpretativo.

Il CGA nel rimettere la questione alla Plenaria ipotizza le alternative possibili. Da un lato si potrebbe dedurre che il consorzio vada escluso dalla gara, valorizzando il principio di immodificabilità soggettiva. Tale regola vale, salvo deroghe espresse e, non riferendosi la deroga di cui al comma 7 bis a questo caso, allora dovrebbe operare la regola: il raggruppamento partecipante alla gara non potrebbe sostituire l'impresa consorziata e andrebbe escluso dalla gara. Tuttavia tale opzione - pure osserva il CGA - manifesta profili di contraddittorietà. Si fa presente che ammettere la sostituzione dell'impresa *designata* ha un impatto maggiore sull'identità del concorrente, rispetto al marginale avvicendamento di *uno per un altro* che ai fini dell'appalto non dovrà eseguire alcunché. Nel primo caso non può dirsi ciò che invece può sostenersi nella seconda ipotesi: *l'uno vale l'altro*. Sarebbe pertanto contraddittorio ammettere la sostituibilità del impresa designata (il cui ruolo nella gara è più importante) e viceversa non consentire di sostituire l'impresa non designata e, per ragioni attinenti a quest'ultima, di conseguenza essere esclusi dalla gara. In tal modo si

finisce per riconoscere un'esclusione motivata dalla manchevolezza di una impresa che ha un ruolo marginale nella gara.

Si propone, allora, di indagare quale sia il vero ruolo svolto da tale impresa, verificando quanto incida la sua sostituzione nell'economia della gara.

Se essa si limita a prestare un requisito che il consorzio non possiede da solo, si verifica una situazione del tutto simile all'avvalimento. In tal caso potrebbe ben concludersi che trovi applicazione la regola che impone la sostituzione della ausiliaria che perde il requisito (ma si resterebbe in gara).

Così argomentando, se il consorzio indica una o più imprese consorziate come esecutrici dei lavori queste possono essere sostituite solo nei casi dei commi 17 e 18; mentre se perdono il requisito le consorziate non designate i cui tuttavia il consorzio si avvale, la loro sostituzione dovrebbe essere ammessa incondizionatamente (con applicazione analogica della regola prevista per l'avvalimento).

Tale questione è stata rimessa alla Adunanza Plenaria dal Consiglio di Giustizia Amministrativa con l'ordinanza n. 1211 del 2020. Si è espressamente domandato alla Plenaria *"se, nell'ipotesi di partecipazione ad una gara d'appalto di un consorzio stabile, che ripeta la propria qualificazione, necessaria ai sensi del bando, da una consorziata non designata ai fini dell'esecuzione dei lavori, quest'ultima vada considerata come soggetto terzo rispetto al consorzio, equiparabile all'impresa ausiliaria nell'avvalimento, sicché la perdita da parte della stessa del requisito durante la gara imponga alla stazione appaltante di ordinare la sostituzione, in applicazione dell'art. 89 co. 3, d.lgs. n. 50/2016 e/o dell'art. 63, direttiva 24/2014/UE, derogandosi, pertanto, al principio dell'obbligo del possesso continuativo dei requisiti nel corso della gara e fino all'affidamento dei lavori."* E se *"in caso di risposta negativa al quesito sub. 1, se comunque, qualora la consorziata - non designata ai fini dell'esecuzione dei lavori - derivi la qualificazione da un rapporto di avvalimento con altra impresa, trovino applicazione le disposizioni normative sopra citate e la conseguente deroga al richiamato principio dell'obbligo del possesso continuativo dei requisiti<sup>27</sup>".*

#### **4. Concordato in continuità aziendale.**

Nell'introduzione si è detto degli effetti della crisi economica, cagionata dalla pandemia, sulla sopravvivenza delle imprese. Per quelle che resisteranno, il *"Recovery Plan"* promette un nuovo slancio verso la *"Next Generation EU"*. Un

---

<sup>27</sup> Consiglio di Giustizia Amministrativa, Sez. Giurisdizionale, ordinanza del 29 dicembre 2020, n. 1211.

piano massiccio di interventi pubblici rappresenta il volano necessario alla ripresa economica. Le commesse pubbliche avranno lo scopo primario di sostenere settori economici in crisi. Mai come in questo momento storico gli operatori economici sono fragili e pertanto è di tutta evidenza il rischio che, nel corso della procedura di gara o durante l'esecuzione dell'appalto aggiudicato, il loro passo risulti non spedito, ma al contrario claudicante ed il loro respiro affannoso. Operatori economici *in crisi (in odore di fallimento)*, per usare un eufemismo) rischiano "a partita in corso" di perdere i requisiti di partecipazione necessari. Se la regola è che in tal caso si venga esclusi dalla gara, il pericolo è di vedere frustrate le esigenze sottese al rilancio e alla "rinascita".

Lo strumento principale che consente all'operatore economico "in difficoltà" (non ancora "in aperta crisi") di continuare a partecipare alle gare e di espletare le commesse pubbliche già aggiudicatesi è il concordato con continuità aziendale. Si tratta dell'istituto disciplinato dall'art. 186 bis della Legge Fallimentare. Esso ricorre quando *"il piano di concordato di cui all'articolo 161, secondo comma lettera e), prevede la prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore, la cessione dell'azienda in esercizio ovvero il conferimento dell'azienda in esercizio in uno o più società, anche di nuova costituzione"*. Introdotto insieme al "preconcordato" come figura particolare di concordato preventivo disciplinato *ex novo* dal d.l. n. 83 del 2012, convertito dalla legge n. 134 del 2012, si tratta di uno strumento predisposto al fine di aiutare l'impresa a superare lo stato di crisi aziendale scongiurando il fallimento. Si inserisce in un rinnovato contesto giuridico e sociale, nel quale la crisi aziendale non è più vista come conseguenza patologica dell'inadeguatezza individuale, pertanto da sanzionare, colpire e reprimere mediante la bolla di "fallito". Oggi la crisi aziendale è consapevolmente fenomeno patologico molto più diffuso al quale l'azienda è esposta per ragioni anche diverse dalle incapacità o dalla *mala gestio* dell'imprenditore. Le crisi ormai dipendono sempre più dall'oscillazione dei mercati e da fenomeni contingenti non controllabili: oggi dalla pandemia. Allora la disciplina stessa del "fallimento" si trasforma e diviene disciplina della "crisi di impresa" volta ad aiutare l'azienda a gestire la crisi. Allora l'ordinamento predispone una serie di misure prefallimentari allo scopo di aiutare l'azienda a superare il momento di difficoltà per restare a galla e magari evitare il fallimento.

Il concordato con continuità aziendale si pone esattamente in questa direzione e *si caratterizza per la previsione di stabilità dei contratti in essere con le pubbliche amministrazioni, ex art. 186 bis, terzo comma, della Legge*



*Fallimentare, e , al contempo, per la possibilità che l'impresa partecipi alle procedure di affidamento dei contratti pubblici*<sup>28</sup>.

L'art. 110, comma 3, d.lgs. 50 del 2015 dispone che il curatore del fallito autorizzato dal tribunale e l'impresa ammessa al concordato in continuità aziendale su autorizzazione del giudice delegato possono partecipare a procedure di affidamento ed eseguire i contratti già stipulati dall'impresa.

Anche questa risulta essere una importante deroga al principio di continuità nel possesso dei requisiti e alla immodificabilità soggettiva<sup>29</sup>.

Sebbene l'impresa ammessa al concordato in continuità abbia perso un requisito di partecipazione o abbia visto sostituirsi alla guida dell'originario imprenditore altro soggetto (cessionario d'azienda) la legge ammette straordinariamente che l'azienda (intesa nella sua consistenza oggettiva che resta immutata) non vada esclusa bensì continui a gareggiare o a eseguire l'appalto. La *ratio* si rinviene nella particolarità del concordato in continuità aziendale che tende alla sopravvivenza dell'impresa e alla sua attività. L'autorizzazione del Tribunale richiesta a tal fine ha il precipuo fine di accertare e comprovare l'utilità della partecipazione alla gara per l'azienda ma anche e soprattutto per i suoi creditori. Al vaglio del Tribunale, infatti, passa l'accertamento delle condizioni<sup>30</sup> previste dalla legge per l'ammissione al concordato, le quali sono molto significative e

<sup>28</sup> Corte costituzionale, sentenza del 7 maggio 2020, n. 85, in Foro.it, 2020,I, 3003 con nota di D'AURIA.

<sup>29</sup> In dottrina si segnala: FIMMANÓ Francesco, *Concordato preventivo in continuità e contratti «stipulati o da stipulare» con la pubblica amministrazione*, in Rivista del Notariato, fasc. 3, 1 giugno 2018, 451.

<sup>30</sup> Art. 186 bis legge fallimentare R.D. 267 del 1942: «Quando il piano di concordato di cui all'articolo 161, secondo comma, lettera e) prevede la prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore, la cessione dell'azienda in esercizio ovvero il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società, anche di nuova costituzione, si applicano le disposizioni del presente articolo. Il piano può prevedere anche la liquidazione di beni non funzionali all'esercizio dell'impresa.

*Nei casi previsti dal presente articolo:*

a) il piano di cui all'articolo 161, secondo comma, lettera e), deve contenere anche un'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura;

b) la relazione del professionista di cui all'articolo 161, terzo comma, deve attestare che la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori;

c) il piano può prevedere, fermo quanto disposto dall'articolo 160, secondo comma, una moratoria fino a un anno dall'omologazione per il pagamento dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, salvo che sia prevista la liquidazione dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione. In tal caso, i creditori muniti di cause di prelazione di cui al periodo precedente non hanno diritto al voto.

Fermo quanto previsto nell'articolo 169 bis, i contratti in corso di esecuzione alla data di deposito del ricorso, anche stipulati con pubbliche amministrazioni, non si risolvono per effetto dell'apertura della procedura. Sono inefficaci eventuali patti contrari. L'ammissione al concordato preventivo



proprio dirette a garantire l'utile prosecuzione dell'attività. A tal fine occorre presentare:

- un *piano* di concordato che progetti la continuità dell'impresa ad opera del debitore o eventualmente per il tramite di altri a seguito della cessione d'azienda;
- l'analitica descrizione dei costi e di ricavi che si prevedono deriveranno dalla prosecuzione della attività di impresa;
- una *relazione* di un professionista che attesti che la prosecuzione della attività di impresa sia funzionale al migliore soddisfacimento dei creditori.

L'art. 186 bis fissa un limite all'ambito applicativo di questa fattispecie: «*L'impresa in concordato può concorrere anche riunita in raggruppamento temporaneo di imprese, purché non rivesta la qualità di mandataria e sempre*

---

*non impedisce la continuazione di contratti pubblici se il professionista designato dal debitore di cui all'articolo 67 ha attestato la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento. Di tale continuazione può beneficiare, in presenza dei requisiti di legge, anche la società cessionaria o conferitaria d'azienda o di rami d'azienda cui i contratti siano trasferiti. Il giudice delegato, all'atto della cessione o del conferimento, dispone la cancellazione delle iscrizioni e trascrizioni. Le disposizioni del presente comma si applicano anche nell'ipotesi in cui l'impresa è stata ammessa a concordato che non prevede la continuità aziendale se il predetto professionista attesta che la continuazione è necessaria per la migliore liquidazione dell'azienda in esercizio.*

*Successivamente al deposito della domanda di cui all'articolo 161, la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici deve essere autorizzata dal tribunale, e, dopo il decreto di apertura, dal giudice delegato, acquisito il parere del commissario giudiziale ove già nominato.*

*Successivamente al deposito del ricorso, la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici deve essere autorizzata dal tribunale, acquisito il parere del commissario giudiziale, se nominato; in mancanza di tale nomina, provvede il tribunale*

*L'ammissione al concordato preventivo non impedisce la partecipazione a procedure di assegnazione di contratti pubblici, quando l'impresa presenta in gara:*

*a) una relazione di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), che attesta la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento del contratto;*

*[\*b) la dichiarazione di altro operatore in possesso dei requisiti di carattere generale, di capacità finanziaria, tecnica, economica nonché di certificazione, richiesti per l'affidamento dell'appalto, il quale si è impegnato nei confronti del concorrente e della stazione appaltante a mettere a disposizione, per la durata del contratto, le risorse necessarie all'esecuzione dell'appalto e a subentrare all'impresa ausiliata nel caso in cui questa fallisca nel corso della gara ovvero dopo la stipulazione del contratto, ovvero non sia per qualsiasi ragione più in grado di dare regolare esecuzione all'appalto. Si applica l'articolo 49 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163.]\* [disposizione abrogata in questa lettera b) dal d.l. 32 del 2019]*

*Fermo quanto previsto dal comma precedente, l'impresa in concordato può concorrere anche riunita in raggruppamento temporaneo di imprese, purché non rivesta la qualità di mandataria e sempre che le altre imprese aderenti al raggruppamento non siano assoggettate ad una procedura concorsuale. In tal caso la dichiarazione di cui al quarto comma, lettera b), può provenire anche da un operatore facente parte del raggruppamento.*

*Se nel corso di una procedura iniziata ai sensi del presente articolo l'esercizio dell'attività d'impresa cessa o risulta manifestamente dannoso per i creditori, il tribunale provvede ai sensi dell'articolo 173. Resta salva la facoltà del debitore di modificare la proposta di concordato».*

*che le altre imprese aderenti al raggruppamento non siano assoggettate ad una procedura concorsuale».* Si tratta di una previsione che si pone come eccezione dell'eccezione, che quindi ripristina la regola: si viene esclusi!

La legge fissa una disciplina diversa a seconda che a trovarsi in questa situazione di crisi aziendale sia l'impresa mandataria ovvero una delle mandanti, consentendo la continuazione straordinaria nella gara o nell'esecuzione dell'appalto soltanto quando ad essere colpita sia la mandante. La Corte costituzionale - come già osservato nel paragrafo sopra dedicato alle ATI - ha chiarito che si tratta di una discriminazione ragionevole, nella piena discrezionalità del legislatore prevedere una disciplina diversa tra mandanti e mandatarie stante la diversa importanza dei due ruoli.

Dunque nel caso in cui ad essere sottoposta al concordato in continuità aziendale sia l'impresa mandataria del gruppo, si apre un bivio: dentro o fuori dalla gara o dal contratto. Si resta dentro se una mandante prende il posto della mandataria, si va fuori se nessuna mandante ne ha i requisiti, perché non si può sostituire *ab externo*.

E' ammessa la modifica meramente riduttiva: una delle mandanti prende il posto della mandataria senza che il gruppo perda i requisiti di partecipazione, allora si può continuare<sup>31</sup>.

Viceversa non si potrebbe procedere alla modifica additiva sostituendo la mandataria con altro operatore subentrante *ab externo* che possieda i requisiti necessari.

Tale soluzione è discussa. Vi è chi ritiene possibile. A risolvere il dubbio è stata chiamata l'Adunanza Plenaria dal CGA, con il quesito:

*«a) se le disposizioni normative di cui all'art. 48, commi 17 e 19 ter, d.lgs. n. 50/2016 debbano essere interpretate nel senso di consentire, in fase di gara, la*

---

<sup>31</sup> In tal senso Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza del 30 luglio 2020, n. 4858 la cui massima in De Jure - intitolata "Immodificabilità soggettiva del R.T.I.: regola ed eccezioni" – riporta: «*Si ritiene legittima la modificazione dell'a.t.i. (con sostituzione dell'impresa mandataria) che sia intervenuta dopo l'aggiudicazione definitiva, a seguito della presentazione da parte dell'originaria mandataria dell'istanza di concordato preventivo "in bianco" ai sensi dell'art. 161, comma 6, l. fall. In deroga alla regola generale dell'immodificabilità del raggruppamento temporaneo rispetto alla composizione risultante dall'impegno presentato in sede di offerta (art. 48, comma 9), è concessa al raggruppamento aggiudicatario la possibilità di modificare la propria composizione in conseguenza di un evento che privi l'impresa mandataria della capacità di contrarre con la pubblica amministrazione. Le quote di qualificazione e di esecuzione della mandataria originaria e di quella subentrante debbano essere identiche sin dall'origine (ossia, sin dalla presentazione dell'offerta), si giungerebbe ad un'inammissibile interpretatio abrogans della disciplina che ammette le modifiche soggettive, di fatto imponendo in via cautelativa la costituzione di raggruppamenti sovrabbondanti e così immobilizzando inutilmente i fattori produttivi aziendali di molte imprese».*

*sostituzione della mandataria dichiarata fallita successivamente alla presentazione dell'offerta con altro operatore economico subentrante, ovvero se ne sia possibile soltanto la mera estromissione e, in questo caso, se l'esclusione dell'a.t.i. dalla gara possa essere evitata unicamente qualora le restanti imprese partecipanti al raggruppamento soddisfino in proprio i requisiti di partecipazione;*

*b) tempi e modalità per introdurre nel procedimento di gara l'estromissione della mandataria e la sostituzione della stessa, ed in particolare:*

*b.1) se l'impresa mandante (o le imprese mandanti) possa chiedere di essere ammessa a sostituire la mandataria fin quando non intervenga comunicazione, da parte dell'Amministrazione procedente, di apposito interpello, ovvero del provvedimento di esclusione;*

*b.2) se sia comunque consentito, nell'ipotesi di intervenuta conoscenza aliunde della vicenda che ha colpito la mandataria, proporre la sostituzione nel corso della gara ed anteriormente all'adozione dei citati atti da parte dell'Amministrazione procedente<sup>32</sup>».*

#### **4.1. Le ultime frontiere: l'impatto del concordato *in bianco*.**

L'ultima frontiera del discorso sin qui condotto è rappresentata dall'impatto del concordato *in bianco* sulla partecipazione alla gara dell'operatore economico "composto"<sup>33</sup>.

Il concordato *con riserva* o *preconcordato* rappresenta un istituto innovativo, disciplinato dall'art. 161, comma 6, della Legge Fallimentare. Esso consente di presentare domanda di concordato *in bianco* ovvero non corredata da alcun piano. L'istituto fu introdotto insieme al "concordato preventivo con continuità aziendale" come figura particolare di concordato preventivo disciplinato *ex novo* dal d.l. n 83 del 2012, convertito dalla legge n. 134 del 2012.

Il concordato in bianco consente di ottenere, dal Tribunale, la concessione di un termine entro il quale predisporre il piano, ma nel frattempo di essere al riparo dalle azioni esecutive dei creditori, le quali sono temporaneamente paralizzate. In questo modo si possono anticipare gli effetti del concordato ad un momento preventivo, appunto prima della redazione del piano. L'effetto utile è mettere, *medio tempore*, a riparo l'azienda da pignoramenti che bloccherebbero l'attività. Le azioni esecutive sono sospese in attesa che il piano successivamente

<sup>32</sup> Consiglio di Giustizia Amministrativa, Sez. Giurisdizionale, sentenza n. 37 del 20 gennaio 2021.

<sup>33</sup> STEFFENONI Rocco, "Limiti e conseguenze della domanda di concordato "in bianco" nelle procedure di affidamento di contratti pubblici", in *lamministrativista.it*, 4 NOVEMBRE 2020.

elaborato delinei con esattezza anche le modalità di rientro per ciascun creditore. Posto al riparo da questo temporaneo "ombrello protettivo", l'imprenditore ha modo e tempo di riflettere, preparando il piano e decidendo la tipologia di concordato più utile al caso. Scelte non di poco rilievo, tenuto conto che il nodo da scogliere può riguardare la decisione sul se imboccare la strada liquidatoria o quella della continuità aziendale.

L'ammissione al concordato in bianco *sic et simpliciter* dovrebbe produrre gli effetti propri delle procedure concorsuali, che, di regola, causano l'esclusione dalle gare e dall'esecuzione dei lavori, non rientrando nella deroga prevista dalla legge di cui sopra.

Tuttavia vi sono casi in cui nella richiesta di ammissione a concordato in bianco, già si esprima la volontà di imboccare la strada del concordato con continuità aziendale. Allora la questione che si pone è se questa forma di concordato in bianco, che già si proietta verso il concordato con continuità aziendale, possa rientrare nella deroga che consente di continuare a gareggiare o a eseguire l'appalto (solo all'impresa sottoposta a concordato con continuità aziendale).

Si tratta di comprendere se la domanda in bianco sia compatibile con una proposta di concordato preventivo in continuità aziendale e se possa già configurarsi la tipologia del concordato con continuità aziendale di cui all'art. 186 bis della Legge Fallimentare, quando sia proposta una semplice domanda di *preconcordato*. *Al riguardo, nonostante la disposizione del comma 1 dell'art. 182 quinquies l. Fall. sembrerebbe legittimare la presentazione di una domanda di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale, possono porsi seri dubbi sulla compatibilità tra le due previsioni, sino ad evidenziare una vera e propria aporia normativa*<sup>34</sup>.

Una corrente possibilista<sup>35</sup> propende per l'applicabilità della deroga di cui all'art. 186 bis l. Fall. alla fattispecie in esame. Nelle more tra il deposito della istanza e la ammissione al concordato preventivo in continuità aziendale, l'impresa conserva la facoltà di partecipare alle gare per l'affidamento dei contratti pubblici. Ciò varrebbe anche nell'ipotesi in cui l'impresa abbia inizialmente proposto una domanda di ammissione "in bianco" con riserva di presentare la proposta, il piano e la documentazione necessaria. Dunque, l'istanza di ammissione al concordato in bianco non sarebbe una causa automatica di

<sup>34</sup> In questi termini si esprime il Consiglio di Stato nelle recenti sentenze di Rimessione alla Plenaria del gennaio 2021.

<sup>35</sup> Consiglio di Stato, sez. V, sentenza del 21 febbraio 2020, n. 1328; Consiglio di Stato, sez. III, sentenza del 4 dicembre 2015, n. 5519.

esclusione dalla procedura, specialmente allorquando abbia contenuti "prenotativi" della presentazione della proposta in continuità<sup>36</sup>. Tale impostazione fa leva sull'*efficacia prenotativa* del concordato in bianco, che consente al concordato con continuità aziendale, una volta ammesso, di retroagire alla data della prenotazione.

Siccome l'art. 161, comma 7, l. Fall. dispone che *nelle more tra istanza di ammissione e decisione del Tribunale di cui al 163 l. Fall., il debitore può compiere gli atti di ordinaria amministrazione e quelli di straordinaria amministrazione solo se urgenti e autorizzati dal Tribunale*, la giurisprudenza si è divisa sulla natura ordinaria o straordinaria dell'atto di partecipazione alla gara.

Un orientamento ha escluso che la partecipazione ad una gara d'appalto in pendenza di domanda per l'ammissione al concordato costituisca un atto di straordinaria amministrazione necessitante di autorizzazione del Tribunale<sup>37</sup>. Tale impostazione argomenta sulla base del fatto che per la giurisprudenza civile di legittimità vanno considerati tali solo gli atti che possono oggettivamente incidere in senso negativo sul patrimonio destinato al soddisfacimento del creditori, mentre sono di ordinaria amministrazione gli atti di comune gestione dell'impresa strettamente aderenti alle finalità e alle dimensioni del suo patrimonio, compresi quelli che, ancorché comportanti spese, lo migliorino o lo conservino<sup>38</sup>. Si ritiene pure che la valutazione sull'atto (per determinare se sia di ordinaria o straordinaria amministrazione) vada condotta caso per caso, tenendo conto della finalità che oggettivamente persegue.

Questo filone interpretativo ha anche ritenuto che la circostanza che le autorizzazioni del Tribunale siano state adottate in corso di gara (e finanche dopo il provvedimento di aggiudicazione) non sia rilevante: si tratterebbe di condizioni integrative dell'efficacia dell'aggiudicazione che possono intervenire anche in pendenza di gara<sup>39</sup>.

Si contrappone un orientamento restrittivo che esclude a priori ogni possibilità di partecipare alla gara per l'impresa che abbia presentato domanda di concordato preventivo ai sensi dell'art. 161, comma 6, l. Fall., quand'anche ci

<sup>36</sup> Consiglio di Stato, sez. III, sentenza del 20 marzo 2018 n. 1772; Determinazione ANAC del 8 aprile 2015, n. 5.

<sup>37</sup> Consiglio di Stato, sentenza del 8 maggio 2019.n. 2963.

<sup>38</sup> Corte di Cassazione, sez. I, sentenza del 29 maggio 2019, n. 14713.

<sup>39</sup> In tal senso compie una disamina sulle condizioni di ammissione alle gare pubbliche delle imprese che hanno presentato istanza di concordato preventivo in bianco e con continuità aziendale e sul relativo regime autorizzatorio Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza del 13 giugno 2019, n. 3984.

sia la relativa autorizzazione da parte del Tribunale, a meno che detta partecipazione non sia straordinaria ed urgente<sup>40</sup>.

Prima che il Tribunale ammetta al concordato, soltanto l'urgenza può giustificare la permanenza in gara dell'impresa: ciò perché prima della ammissione al concordato (solo allora vi sarà un piano dettagliato consultabile) non è dato sapere quali siano i programmi di questa azienda, né se la continuazione sia utile o dannosa. Siffatte valutazioni possono essere condotte solo dopo che vi sia stata l'ammissione al concordato con la presentazione del piano. Allora non si può considerare la partecipazione alla gara un atto di ordinaria amministrazione<sup>41</sup>. Si tratterebbe di atti di straordinaria amministrazione che necessitano di provvedimenti autorizzativi giurisdizionali che accertino l'effettiva possibilità di contrarre e di eseguire le obbligazioni oggetto di appalto. D'altronde i presupposti previsti dall'art. 186 bis l. Fall confermerebbero questa ricostruzione. Tale norma subordina la possibilità dell'impresa di partecipare alle procedure di gara all'esistenza di un "piano" che abbia determinati contenuti, idonei ad esplicitare la programmazione societaria della attività futura e a far emergere le reali possibilità di contrarre ed eseguire l'appalto. Inoltre il 186 bis richiede la presentazione di una "relazione" di un professionista che garantisce che la prosecuzione dell'attività di impresa sia funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori. Questi elementi previsti dal 186 bis mancano nella fattispecie del concordato in bianco, così dimostrando la bontà della tesi restrittiva.

Circa la questione sulla individuazione del momento entro il quale debba intervenire l'autorizzazione del Tribunale al concordato con continuità aziendale per evitare l'esclusione dalla gara, i fautori delle tesi restrittive si richiamano ad un orientamento del Consiglio di Stato. L'eccezione al principio di continuità dei requisiti - per questa giurisprudenza - può operare solo se l'autorizzazione del Tribunale che ammette al concordato con continuità aziendale intervenga prima della conclusione della fase ad evidenza pubblica. I giudici di palazzo Spada hanno infatti confermato la legittimità dell'esclusione sancita nei confronti di una mandante, la quale (interessata da una procedura di concordato "in bianco" con

---

<sup>40</sup> Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza del 13 giugno 2019, n. 3984.

<sup>41</sup> T.A.R. Lazio, sez. III, sentenza del 12 agosto 2020, n. 9184, secondo la quale: «*la presentazione dell'istanza di concordato preventivo in bianco preclude la partecipazione alla procedura selettiva, ovvero la permanenza nella medesima, in assenza dell'autorizzazione del Tribunale, richiesta ex lege per gli atti di straordinaria amministrazione contraddistinti da un carattere di urgenza*».

riserva ex art. 161 comma 6 l. Fall.) aveva ottenuto l'autorizzazione ex 186 bis solo dopo l'intervenuta aggiudicazione definitiva. Quello che accade dopo, non rileva. Né i tempi tecnici per addivenire alla autorizzazione possono essere riversati sull'Amministrazione, in quanto appare più congruo addossarli all'impresa che pur essendo in crisi, aspira a eseguire un appalto pubblico, in deroga alle regole generali sui requisiti di partecipazione: è suo onere ottenere l'autorizzazione e suoi i rischi del ritardo.

L'Adunanza Plenaria fornirà i chiarimenti necessari a rispondere ai tanti dubbi emersi. Dubbi che bene le rimessioni del Consiglio di Stato hanno saputo concentrare nei quesiti posti, delineando esattamente le diverse posizioni emerse in dottrina ed in giurisprudenza.

La prima questione:

*«1) se la presentazione di un'istanza di concordato in bianco ex art. 161, comma 6, legge fallimentare debba ritenersi causa automatica di esclusione dalle gare pubbliche, per perdita dei requisiti generali, ovvero se la presentazione di detta istanza non inibisca la partecipazione alle procedure per l'affidamento di commesse pubbliche, quanto meno nell'ipotesi in cui essa contenga una domanda prenotativa per la continuità aziendale;*

*2) Se la partecipazione alle gare pubbliche debba ritenersi atto di straordinaria amministrazione e, dunque, possa consentirsi alle imprese che abbiano presentato domanda di concordato preventivo c.d. in bianco la partecipazione alle stesse gare, soltanto previa autorizzazione giudiziale nei casi urgenti ovvero se detta autorizzazione debba ritenersi mera condizione integrativa dell'efficacia dell'aggiudicazione;*

*3) In quale fase della procedura di affidamento l'autorizzazione giudiziale di ammissione alla continuità aziendale debba intervenire onde ritenersi tempestiva ai fini della legittimità della partecipazione alla procedure e dell'aggiudicazione della gara;»<sup>42</sup>*

La seconda questione:

*«a) se la presentazione di un'istanza di concordato in bianco ex art. 161, comma 6, legge fallimentare (r.d. n. 267 del 1942) da parte dell'impresa mandante di un raggruppamento temporaneo debba ritenersi causa di automatica esclusione dalle gare pubbliche, per perdita dei requisiti generali, ovvero se la presentazione di detta istanza non inibisca la partecipazione alle procedure per l'affidamento di commesse pubbliche, quanto meno nell'ipotesi in cui essa contenga una domanda prenotativa per la continuità aziendale;*

---

<sup>42</sup> Consiglio di Stato, sezione V, ordinanza del 8 gennaio 2021, n. 313.



*b) se la partecipazione alle gare pubbliche debba ritenersi atto di straordinaria amministrazione e, dunque, possa consentirsi alle imprese che abbiano presentato domanda di concordato preventivo cd. in bianco la partecipazione alle stesse gare, soltanto previa autorizzazione giudiziale nei casi urgenti, ovvero se detta autorizzazione debba ritenersi mera condizione integrativa dell'efficacia dell'aggiudicazione;*

*c) in quale fase della procedura di affidamento l'autorizzazione giudiziale di ammissione alla continuità aziendale debba intervenire onde ritenersi tempestiva ai fini della legittimità della partecipazione alla procedura e dell'aggiudicazione della gara;*

*d) se le disposizioni normative di cui all'art. 48 commi 17,19,19 ter, d.lgs. n. 50 del 2016 debbano essere interpretate nel senso di consentire la sostituzione della mandante che abbia presentato ricorso di concordato preventivo cd. in bianco ex art. 161, comma 6 cit. con altro operatore economico subentrante anche in fase di gara, ovvero se sia possibile soltanto la mera estromissione della mandante e, in questo caso, se l'esclusione del r.t.i. dalla gara possa essere evitata unicamente qualora la mandataria e le restanti imprese partecipanti al raggruppamento soddisfino in proprio i requisiti di partecipazione»<sup>43</sup>.*

## **5. Conclusioni.**

L'elaborato è stato costruito su due direttrici entrambe sviluppate in forma circolare.

La prima ha riguardato le considerazioni circa i riflessi temibili della crisi economica pandemica, che porta il rischio di procedure concorsuali, accanto alla promessa di fondi e commesse pubbliche. Spinte opposte che dovranno necessariamente convivere, per mantenere le aspettative di rinascita. In questo contesto, occorre fare molta attenzione volgendo lo sguardo alle norme senza mai perdere di vista la realtà, per evitare il paradosso per il quale proprio le aziende in crisi ossia quelle più bisognose di ossigeno (bramose di aggiudicarsi lavori pubblici per trarne utili e respiro), si vedano escluse dalle gare d'appalto tanto attese. In tal modo la crisi rischia di essere presupposto dell'erogazione di fondi pubblici (per il tramite di pubblici appalti), ma anche causa di esclusione per carenza dei requisiti di partecipazione necessari.

La seconda direttrice è rappresentata dalle questioni rimesse alla Adunanza Plenaria, dalle quali si è partiti e alle quali si è volutamente giunti in conclusione. Esse rappresentano un nodo cruciale - punto di arrivo ma anche di (ri)partenza -

---

<sup>43</sup> Consiglio di Stato, sez. V, ordinanza n. 309 del 8 gennaio 2021.



crystallizzando il quadro attuale con lo sguardo rivolto al futuro. Sarà, infatti, la risposta ai quesiti che la Plenaria vorrà fornire a rappresentare la base per la ripartenza, non solo giuridica, ma anche economica e sociale di questo grande Paese.

## **Gli effetti dell'emergenza sanitaria sul percorso di trasformazione digitale della Pubblica amministrazione.**

**di Gennaro DEZIO\***

**SOMMARIO:** **1.** Premessa. **2.** La digitalizzazione della PA: una genesi complessa. **3.** L'erogazione servizi pubblici alla prova dell'emergenza sanitaria e delle criticità strutturali: alcuni esempi. **4.** Riflessioni conclusive: possibili strategie oltre la pandemia.

**ABSTRACT:** *The emergency caused by Covid-19 has forced the various public administrations to necessarily use the telematic and digital tools that have become indispensable to guarantee the provision of services. With the aim of relaunching the country's development, it is clear that it is no longer possible to postpone the implementation of a structured and consistent investment plan for the country's digitization process, for greater efficiency of the system and to respond adequately to the changes that the pandemic determined in the relations between citizens and administration.*

### **1. Premessa.**

La pubblica amministrazione può senza dubbio essere considerata parte attiva di quell'inarrestabile processo di trasformazione socio-economica che trova il suo fondamento nella implementazione, sempre più capillare, dei processi di automazione e di interconnessione<sup>1</sup>: basti pensare all'internet of things (IoT), alle continue innovazioni nell'ambito delle ICT<sup>2</sup> o, più in generale, all'utilizzo sempre più spinto del web<sup>3</sup>.

---

\* *Abilitato all'esercizio della professione forense e cultore della materia in Istituzioni di Diritto Privato presso l'Università degli Studi di Napoli "Parthenope".*

<sup>1</sup> Sul punto, si v., tra gli altri: O. POLLICINO, M. BASSINI, *Freedom of Expression and Defamation in Internet*, in J. TRZASKOWSKI, A. SAVJN (a cura di), *Research Handbook on EU Internet Law*, London, 2014; A.G. BIUSO, *Corporeità, sicurezza e potere in Internet*, in *Lessico di etica pubblica*, 1/2018; D.U. GALETTA, J.G. CORVALÁN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *www.federalismi.it*, n.3/2019.

<sup>2</sup> Con l'acronimo ICT si fa riferimento alle Information and Communications Technology, e cioè all'insieme dei metodi e delle tecniche utilizzate nella trasmissione, ricezione ed elaborazione di dati e informazioni.

<sup>3</sup> C. BENETAZZO, *Intelligenza artificiale e nuove forme di interazione tra cittadino e pubblica amministrazione*, in *www.federalismi.it*, 27 maggio 2020.

In un tale contesto, il raggiungimento di elevati livelli di utilizzo degli strumenti digitali e delle nuove tecnologie della comunicazione e dell'informazione, nell'ambito dei rapporti tra pubbliche amministrazioni e cittadini, rappresenta, ormai da anni, uno degli obiettivi principali delle politiche eurounitarie, in una prospettiva di progresso economico ed inclusione socio-culturale<sup>4</sup>.

L'emergenza sanitaria, tutt'ora in corso, ha dato una plastica rappresentazione del fondamentale ruolo rivestito da tali tecnologie nel garantire continuità nell'erogazione di imprescindibili servizi pubblici<sup>5</sup>, mediante modalità di accesso agli stessi divenute da un giorno all'altro esclusive e, nello stesso tempo, caratterizzanti una nuova morfologia dei rapporti tra il cittadino e Pubblica amministrazione.

In un tale contesto, sebbene restrizioni e misure di contenimento andranno, giocoforza, una volta superata l'emergenza, via via allentandosi è probabile che il permanere di molte delle logiche organizzative affermatesi durante l'emergenza renderà ineludibile l'esigenza di investire nella digitalizzazione e, quindi, nella valorizzazione della centralità strategica delle tecnologie digitali quale nuovo asse portante del sistema Paese, provando a porre rimedio alle criticità preesistenti, al fine di riplasmare le modalità di erogazione e fruizione dei servizi pubblici e dei principali diritti sociali, dall'istruzione al lavoro, dalla tutela della salute all'assistenza sociale.

## **2. La digitalizzazione della PA: una genesi complessa.**

Le tecnologie della informazione e della comunicazione rappresentano il tratto peculiare di ogni strategia di ammodernamento delle pubbliche amministrazioni e dei servizi pubblici in considerazione della loro intrinseca attitudine alla radicale modifica del funzionamento degli apparati pubblici<sup>6</sup>. Tale assunto può dirsi essere stato compreso, in tutto il suo potenziale, per la prima volta negli USA, nei primi anni '90 del secolo scorso, quando, in un momento fondamentale per l'evoluzione tecnologica globale<sup>7</sup>, sotto la neonata presidenza Clinton, venne inizialmente definito il *National Performance Review*, divenuto, in seguito, nel

<sup>4</sup> A. BANFI, G. GALLI, *La digitalizzazione delle pubbliche amministrazioni*, in Osservatorio sui conti pubblici italiani, 6 gennaio 2020.

<sup>5</sup> Oltre a quelle tipologie già disponibili, anche, *online*, è stato possibile continuare ad assicurare tutta una serie di attività, prima svolte "in presenza", solo grazie ad *Internet*: è il caso dell'"e-learning per la didattica e dello *smart working* per molte delle attività erogate dal settore pubblico e da quello privato.

<sup>6</sup> *Federalismo informatico e rinnovamento delle istituzioni: dieci tesi sull'E-government*, in *www.astrid-online.it*, Roma, 2002.

<sup>7</sup> Cfr. E. CHADWICK, P.N. HOWARD, *The routledge handbook of internet politics*, USA, 2010.

1997, durante il secondo mandato presidenziale, il *National Partnership for reinventing government*.

Questo processo di digitalizzazione e di riforma della Pubblica Amministrazione, che aveva quale orizzonte di riferimento la creazione di un'amministrazione federale "*ess expensive and more efficient*", che operasse in modo più efficiente e costasse meno, si pose tra le priorità della presidenza per diversi ordini di motivi.

Rilevavano, innanzitutto, considerazioni prettamente economiche visto che una nuova modalità organizzativa e di gestione del personale, oltre a determinare effetti benefici dal punto di vista della qualità delle prestazioni rese dalla pubblica amministrazione federale e statale, avrebbe, oltretutto, inciso significativamente rispetto alla riduzione degli stanziamenti federali.

Inoltre, un approccio orientato alla partecipazione del personale, degli stessi cittadini (quali destinatari dell'attività della p.a.) e dei sindacati avrebbe rinsaldato la fiducia della società civile nei confronti delle istituzioni. Fondamentali, infine, erano considerati gli effetti benefici che, da una nuova configurazione del rapporto tra privati ed amministrazione basata sullo sviluppo delle reti e della tecnologia<sup>8</sup>, si sarebbero prodotti sul sistema industriale. Questa evoluzione è proseguita con alterne fortune poiché, dopo questa prima fase espansiva, significativo si è rivelato lo stop seguito ai fatti dell'11 settembre 2001 che hanno concorso a determinare un clima di minor fiducia circa lo sviluppo dell'*e-government* specie per i timori relativi alle minacce alla sicurezza nazionale determinate, indirettamente, della "*total disclosure*" di documenti, dati ed informazioni<sup>9</sup>.

In un mutato quadro, economico e geopolitico, durante la presidenza Obama (2008-2016) si è dato nuovo impulso all'implementazione ed alla piena realizzazione di un efficiente modello di *e-government*<sup>10</sup>, fondato su tre principi fondamentali quali trasparenza, partecipazione e collaborazione.

La trasparenza è da intendersi declinata quale impegno, da parte delle amministrazioni, alla divulgazione dei dati che, oltre ad essere facilmente accessibili per i cittadini, in rete, devono essere accompagnati dalla predisposizione di meccanismi idonei a consentire il rilascio di feedback da parte

<sup>8</sup> L. COSTUMATO, *Trasparenza della pubblica amministrazione tra e-government e open data*, in <https://tesi.luiss.it/16808/1/622712.pdf>

<sup>9</sup> Cfr. W. MATTHEWS, *Walking a Fine Line on Web Access*, 2002, p. 42.

<sup>10</sup> Cfr. F. DI DONATO, *Lo stato trasparente. Linked open data e cittadinanza attiva*, 2011, p. 15.

di questi ultimi sul grado di soddisfazione per il servizio reso, sempre al fine di perseguire una maggiore *accountability* dell'amministrazione stessa.

Diversamente, la partecipazione, volta a garantire un salto di qualità nell'apporto dei cittadini all'attività di definizione delle politiche pubbliche<sup>11</sup>, è strettamente connessa alla collaborazione tra gli stessi e l'amministrazione all'interno dei diversi livelli amministrativi: ciò con l'obiettivo di condividere quelle competenze utili, se correttamente declinate, al miglioramento dell'offerta di servizi ed all'efficientamento dell'organizzazione interna dell'amministrazione stessa.

Se, da un lato, è innegabile che tale nuovo approccio abbia rappresentato un modello cui ispirarsi per gran parte degli ordinamenti occidentali<sup>12</sup> dall'altro sono evidenti le difficoltà strutturali dell'UE ad agire tanto incisivamente come avvenuto oltreoceano. Ciò è dipeso certamente sia dalle diverse caratteristiche dell'assetto istituzionale eurounitario rispetto a quello statunitense, sia dalla chiara volontà degli Stati membri di riservare a sé le prerogative concernenti la disciplina sull'organizzazione ed il funzionamento della pubblica amministrazione<sup>1314</sup>.

Ne è derivato un ridotto spazio di manovra per le istituzioni europee che da sempre, però, si sono proposte di agire nell'ottica di rendere omogenee le politiche degli Stati membri, provando ad armonizzare gli assetti preesistenti ed individuando standard minimi da rispettare<sup>15</sup>.

I primi interventi in materia che risalgono al programma eEurope 2002, poi proseguiti con eEurope 2005<sup>16</sup> ed i2010<sup>17</sup>, poggiavano su una impalcatura caratterizzata da tre pilastri fondamentali: *open government*, personalizzazione ed accessibilità dei servizi offerti (limitando così il *digital divide*<sup>18</sup>), maggiore efficienza e produttività delle amministrazioni pubbliche.

<sup>11</sup> Il c.d. "policy making".

<sup>12</sup> Cfr. *The Obama administration's commitment to open government: a status report*, p. 13 ss.

<sup>13</sup> Prova ne è anche l'assenza, all'interno dei trattati fondativi della Comunità Europea ed in seguito dell'Unione europea, di riferimenti all'amministrazione digitale o all'*e-government*.

<sup>14</sup> F. MERLONI, *Introduzione all'e-government, pubbliche amministrazioni e società dell'informazione*, Torino, 2005. p. 38.

<sup>15</sup> L. COSTUMATO, *Trasparenza della pubblica amministrazione tra e-government e open data*, op. cit.

<sup>16</sup> Sul punto si v. M. GAIANI, *La strategia di Lisbona per la crescita e l'occupazione per il post 2010: Europa 2020*, in *Europa 2020. La sfida alla crescita*, a cura di L. PAGANETTO, Roma, 2010.

<sup>17</sup> Si v. P.G. NIXON, V.N. KOUTRAKOU, *E-government in Europe, re-booting the state*, 2007.

<sup>18</sup> Con tale espressione si fa riferimento al divario tra i soggetti che possono accedere ai servizi erogati tramite internet e coloro ai quali tale possibilità è preclusa per conoscenza o mezzi.

Fondamentale, anche in considerazione dei risvolti ordinamentali interni, si è rivelata la predisposizione dell'Agenda Digitale Europea 2010-2015<sup>19</sup>, nell'ambito delle 7 iniziative faro di Europa 2020<sup>20</sup>, che indica i target di crescita dell'UE fino al 2020<sup>21</sup>.

L'obiettivo della strategia è stato quello di offrire, anche attraverso le potenzialità offerte dalle ICT, adeguata risposta alla crisi economica che ha investito l'economia degli Stati membri prefigurando, attraverso una sempre più alta velocità della rete ed applicazioni di nuovissima generazione, un tangibile miglioramento delle prestazioni offerte<sup>22</sup> per cittadini ed imprese.

Venendo al nostro Paese, come da più parti segnalato<sup>23</sup>, il processo di digitalizzazione della Pubblica amministrazione sconta una situazione di significativo ritardo rispetto alla media europea.

Se gli albori del processo di digitalizzazione si ritiene possano coincidere con la riforma del titolo V della Costituzione, che ha, tra l'altro, riconosciuto la centralità del ruolo di regioni ed Enti locali nello sviluppo economico dell'intero Paese, anche attraverso lo sviluppo tecnologico, e con il "piano di azione per l'e-government" del 23 giugno 2000, il punto di svolta di tale percorso, ancora in divenire, resta l'emanazione, nel 2005, del Codice dell'Amministrazione Digitale<sup>24</sup>. Oggetto di successivi interventi di modifica da parte del legislatore,

<sup>19</sup> Si v. L. ROMANI, *La strategia "Europa 2020": obiettivi e criticità, con particolare riferimento all'agenda digitale europea e all'interoperabilità dei sistemi informativi delle amministrazioni pubbliche europee*, in Riv. amm. Rep. it., 2010, p. 573 e ss.

<sup>20</sup> Presentata dalla Commissione Europea nel marzo 2010, «Europa 2020 - Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva» si è posta l'obiettivo di superare la crisi e di preparare l'economia eurounitaria per le sfide del prossimo decennio (cfr. il documento di FormezPA, L'Agenda Digitale Europea 2020, che è possibile consultare al link [egov.formez.it/sites/all/files/agenda\\_digitale\\_europea.pdf](http://egov.formez.it/sites/all/files/agenda_digitale_europea.pdf)).

<sup>21</sup> In tale contesto viene alla luce l'Agenda Digitale Italiana. L'art. 47 del DL n. 5 del 9 febbraio 2012 (convertito con L. n. 35/2012) dal titolo "Disposizioni urgenti in materia di semplificazione e di sviluppo" prevede: "1. Nel quadro delle indicazioni dell'Agenda Digitale Europea, di cui alla comunicazione della Commissione europea COM (2010) 245 definitivo/2 del 26 agosto 2010, il Governo persegue l'obiettivo prioritario della modernizzazione dei rapporti tra pubblica amministrazione, cittadini e imprese, attraverso azioni coordinate dirette a favorire lo sviluppo di domanda e offerta di servizi digitali innovativi, a potenziare l'offerta di connettività a larga banda, a incentivare cittadini e imprese all'utilizzo di servizi digitali e a promuovere la crescita di capacità industriali adeguate a sostenere lo sviluppo di prodotti e servizi innovativi".

<sup>22</sup> Con livelli qualitativi più elevati per quanto concerne assistenza sanitaria, trasporti ed ambiente, potenziamento dei servizi pubblici e semplificazione delle relative modalità di erogazione.

<sup>23</sup> Si v., da ultimo, Digitalizzazione della Pubblica amministrazione e competitività del sistema Italia, Uil-Eures, 2020. Il documento è reperibile al link: [https://www.uil.it/documents/REPORT\\_DIGIT\\_NE%20PA\\_4\\_8.pdf](https://www.uil.it/documents/REPORT_DIGIT_NE%20PA_4_8.pdf)

<sup>24</sup> L. COSTUMATO, *Trasparenza della pubblica amministrazione tra e-government e open data*, op. cit.

esso è stato realizzato con l'obiettivo di promuovere una radicale spinta innovativa nei comportamenti delle P.A. e nelle connesse prassi amministrative, garantendo lo sviluppo ed una maggiore qualità dei servizi digitali offerti al fine di perseguire, adeguatamente, obiettivi di efficienza, efficacia, economicità, imparzialità, trasparenza, semplificazione e partecipazione<sup>25</sup>.

In tal senso un ulteriore passo avanti in materia è poi stato fatto con le modifiche intervenute con la Legge Madia (l. 7 agosto 2015, n. 124) che, nel precisare i criteri sui quali fondare le norme delegate volte alla realizzazione di una riforma della P.A., attribuisce un ruolo fondamentale, per la realizzazione delle istanze di semplificazione<sup>26</sup> e del principio del *digital first*, all'implementazione ed alla valorizzazione dell'uso delle ICT<sup>27</sup>.

Ed infatti il Governo, sulla base della delega prevista dall'art. 1 della l. 124/2015, ha emanato il d.lgs. 26 agosto 2016, n. 179, che ha apportato rilevanti modifiche al CAD finalizzate a velocizzare il processo di semplificazione e digitalizzazione<sup>28</sup>. A tal fine, in capo alle amministrazioni è stata posta, tra l'altro, la riorganizzazione e l'aggiornamento dei servizi erogati on line<sup>29</sup>: questi, infatti, devono essere realizzati in prospettiva di massimo gradimento per gli utenti, con la garanzia della completezza del procedimento, della certificazione dell'esito e dell'accertamento del grado di soddisfazione dei cittadini, anche attraverso modalità funzionali alla rilevazione immediata dei feedback<sup>30</sup>.

Coerenti a questo approccio possono essere considerate le previsioni relative all'istituzione di un'Anagrafe Nazionale della Popolazione Residente (ANPR), ovvero una banca dati nazionale in sostituzione delle anagrafi dei comuni; la realizzazione del Sistema Pubblico di gestione dell'Identità Digitale (SPID) che

---

<sup>25</sup> Sul punto si v., tra gli altri, S.G. SILVERI, *L'utilizzo dell'information and communication technology nel procedimento amministrativo*, in *Procedimento amministrativo*, a cura di M. CLARICH e G. FONDERICO, Assago 2015.

<sup>26</sup> Cfr. P. LAZZARA, *Principio di semplificazione e situazioni giuridiche soggettive*, in *Dir. amm.*, 2011, p. 679 ss.

<sup>27</sup> L. COSTUMATO, *Trasparenza della pubblica amministrazione tra e-government e open data*, op. cit.

<sup>28</sup> F. MARTINES, *La digitalizzazione della pubblica amministrazione*, in *www.medialaws.it*, Rivista di diritto dei media, 2, 2018.

<sup>29</sup> G. CAMMAROTA, *Servizi pubblici on line e partecipazione migliorativa*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA (a cura di), *La tecnificazione. A 150 dall'unificazione amministrativa italiana*, p. 114. Secondo l'A. potrebbero essere considerati "servizi on line" sia i servizi pubblici in senso stretto (ad es. alla telemedicina, alla formazione a distanza), sia le funzioni pubbliche tradizionali esercitate all'esito di un procedimento amministrativo "elettronico", sia l'informazione e la comunicazione pubblica.

<sup>30</sup> P. OTRANTO, *Decisione amministrativa e digitalizzazione della p.a.*, in *www.federalismi.it*, 17 giugno 2018.

consente agli utenti, che possono attivare il profilo con vari provider, di accedere con la stessa utenza a tutti servizi erogati online dalla pubblica amministrazione; la previsione dell'obbligo per la P.A. di accettare i pagamenti attraverso strumenti elettronici; la promozione del domicilio digitale; la diffusione della fruibilità della rete internet negli uffici e nei luoghi pubblici, garantendo accesso libero agli utenti dei servizi; la previsione di moduli uniformi per le istanze presentate da parte di cittadini e imprese; la promozione dell'utilizzo del c.d. fascicolo elettronico e degli strumenti telematici per le comunicazioni<sup>31</sup>.

### **3. L'erogazione servizi pubblici alla prova dell'emergenza sanitaria e delle criticità strutturali: alcuni esempi.**

Il percorso evolutivo finalizzato alla promozione della digitalizzazione, attraverso la riorganizzazione dei processi di lavoro e delle modalità di erogazione dei servizi attraverso l'uso delle ICT, in funzione di sviluppo ed ammodernamento della P. A., rappresenta una modalità di sviluppo economico-organizzativo che può considerarsi consolidata e comparabile alle tradizionali innovazioni di sistemi produttivi esistenti attraverso nuovi strumenti tecnologici.

In questo contesto, una delle principali novità a cui si assiste è la nascita di nuovi diritti e di nuove modalità di erogazione dei servizi come conseguenza dell'applicazione delle tecnologie digitali all'attività pubblica.

Tuttavia il quadro interno, così come brevemente tratteggiato, è ancora lontano dal rendere la pubblica amministrazione italiana al passo con le omologhe degli altri Stati membri. Ed infatti secondo l'Indice DESI <sup>32</sup>, realizzato dalla Commissione Europea e basato su 5 macro aree tematiche quali a) connettività (vale il 25% dell'indice); b) competenze digitali (vale il 25% dell'indice); c) uso di Internet da parte dei singoli (vale il 15%); d) integrazione delle tecnologie digitali da parte delle imprese (vale il 20%); e) servizi pubblici digitali (vale il 15%), il nostro Paese nell'ultimo anno preso in considerazione, il 2020, si colloca alla 25esima posizione nella classifica stilata, con un valore dell'indice che, pari a 43,6/100 e quindi nettamente più basso della media europea del 52,6%, ha anche retrocesso l'Italia di 2 posizioni rispetto al 2019<sup>33</sup>. Un tale risultato è la conseguenza di quelle fragilità sistemiche non ancora risolte e che

<sup>31</sup> F. MARTINES, *La digitalizzazione della pubblica amministrazione*, op. cit.

<sup>32</sup> Indice Sintetico di Digitalizzazione dell'Economia e della Società. Il funzionamento e i dati dell'Indice sono disponibili al link: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/digital-economy-and-society-index-desi>

<sup>33</sup> Una panoramica sulla situazione italiana è disponibile al link: <https://d110erj175o600.cloudfront.net/wp-content/uploads/2020/06/report-italia.pdf>



principalmente attengono alla mancata traduzione dell'offerta di digitalizzazione in servizi realmente fruiti da cittadini e imprese: si consideri, infatti, che meno della metà delle amministrazioni pubbliche territoriali del nostro Paese, il 47,8%, è in grado di assicurare la gestione tutta in digitale, dall'avvio alla conclusione, di almeno uno tra i 24 servizi più frequentemente erogati<sup>34</sup>.

Tali aspetti critici, peraltro, sono risultati amplificate dall'emergenza in corso che ha, però, nel contempo fornito l'occasione per un'improvvisa accelerazione rispetto alla necessità di semplificare lo svolgimento dell'attività amministrativa e riorganizzare l'intera gestione di determinati servizi, nonché dello stesso sistema sanitario, attraverso interventi di rilancio basati su una sempre più diffusa digitalizzazione<sup>35</sup>.

Questa accelerazione da obiettivo auspicabile, è divenuta imprescindibile necessità per garantire, nel momento probabilmente più critico nella storia della Repubblica, il funzionamento del Paese, per poi accompagnarlo, rilanciandolo, nel prossimo futuro<sup>36</sup>.

Da questo punto di vista, lo *smart working*, si è rivelato tra i primi strumenti idonei ad assicurare il rispetto delle misure di contenimento dell'epidemia garantendo, nel contempo, il prosieguo dell'attività amministrativa evitandone un collasso sistemico.

Ciò si è reso possibile abbandonando la prospettiva tradizionale dell'attività lavorativa svolta necessariamente all'interno degli uffici ma, diversamente, la stessa è erogata con modalità telematiche e con l'ausilio di strumenti digitali, senza alcuna possibilità, salvo eccezioni<sup>37</sup>, di recarsi negli uffici pubblici.

Sebbene lo *smart working* non fosse estraneo al nostro contesto ordinamentale, la necessità di procedere alla sua implementazione ed applicazione su larga scala ha posto in rilievo debolezze derivanti da un quadro regolatorio non compiutamente implementato ed impreparazione per quanto concerne la disponibilità di una adeguata infrastruttura tecnologica.

---

<sup>34</sup> C. GERINO, *E-government, Italia è agli ultimi posti in Europa*, la Repubblica, 6 agosto 2020. L'articolo è disponibile al link: [https://www.repubblica.it/tecnologia/2020/08/06/news/e-government\\_italia\\_e\\_agli\\_ultimi\\_posti\\_in\\_europa-263922750/](https://www.repubblica.it/tecnologia/2020/08/06/news/e-government_italia_e_agli_ultimi_posti_in_europa-263922750/)

<sup>35</sup> A.M. TANDA, *Dopo il Covid-19: resilienza digitale e amministrazione 4.0*, Note della Fondazione Giandomenico Romagnosi Nota 13-2020.

<sup>36</sup> L.GASTALDI, *Resilienza digitale del Paese: il ruolo chiave della PA*, in [www.som.polimi.it](http://www.som.polimi.it), 20 aprile 2020.

<sup>37</sup> Solo a titolo esemplificativo si pensi all'attività svolta dagli assistenti sociali incardinati presso gli Enti locali che anche, nel periodo del più duro *lockdown* di Marzo-Aprile 2020, si alternavano in presenza all'interno degli uffici.

Il legislatore, già con la Legge 7 agosto 2015 n. 124, all'art. 14, aveva posto in capo alle pubbliche amministrazioni l'adozione di misure organizzative, volte a fissare obiettivi annuali per l'attuazione e la sperimentazione del telelavoro, e di nuove modalità di svolgimento della prestazione lavorativa che consentissero, entro tre anni, ad almeno il 10% dei dipendenti che ne facessero richiesta, di avvalersi dello *smartworking* senza pregiudizio ai fini del riconoscimento di professionalità e della progressione di carriera.

Tale misura non ebbe particolare successo. Le ragioni di questo scarso interesse erano di carattere economico per la convinzione che si trattasse di una previsione eccessivamente dispendiosa, stante la necessità di adeguare le dotazioni tecnologiche della P.A., ma anche di tipo culturale non ritenendosi potessero derivarne sensibili benefici per la collettività.

Un netto cambio di passo, dettato dall'incedere drammatico della pandemia, ha portato, dapprima, il legislatore con l'ultimo comma dell'art. 18 del Decreto-legge 2 marzo 2020, n. 9, ad escludere il riferimento alla "sperimentazione" del lavoro agile contenuto nella disciplina previgente e, successivamente, con l'art. 87, comma 1, del Decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18<sup>38</sup>, a individuare nello *smartworking*, la «modalità ordinaria di svolgimento della prestazione lavorativa nelle pubbliche amministrazioni», per il perdurare dell'emergenza, residuando la presenza in sede solo in caso di indifferibilità dell'attività da porre in essere e di impossibilità di un suo adempimento da remoto.

In una delle fasi più drammatiche dell'emergenza sanitaria, quella iniziale, quando la diffusione, fino a quel momento silente, del COVID-19<sup>39</sup> è esplosa con tutta la sua forza portando al collasso le strutture sanitarie in parte del Paese e determinando il Governo a scelte, fino a quel momento, impensabili, è emersa, in modo dirompente, l'urgenza di una rapida e radicale riorganizzazione dei sistemi sanitari, tanto per provare a ridurre i danni derivanti da una

---

<sup>38</sup> Si v. il Decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19, convertito in legge con modificazioni dalla L. 24 aprile 2020, n. 27.

<sup>39</sup> Diffusione cominciata ben prima che a febbraio 2020 e che, cronologicamente, può essere fatta risalire almeno al mese di Novembre 2019: F. FLORINDI, *Il primo caso di Covid-19 in Italia è stato nel novembre 2019*, Agi Agenzia Italia, 11 Gennaio 2021. Articolo disponibile al link: <https://www.agi.it/cronaca/news/2021-01-11/primo-caso-covid-italia-novembre-2019-10978766/>

manifesta impreparazione quanto per provare ad affrontare meglio minacce dello stesso genere<sup>40</sup> che potrebbero sorgere in futuro<sup>41</sup>.

E se il ricorso alle nuove tecnologie è stato e, ancora, si rivelerà fondamentale per garantire il bilanciamento tra strategie di contenimento e continuità nell'erogazione dei servizi ciò vale, a maggior ragione, in ambito sanitario dovendosi evitare o, quantomeno, limitare le interazioni dirette tra pazienti e operatori sanitari.

Da questo punto di vista la telemedicina<sup>42</sup> può contribuire efficacemente nel tentativo di ad arginare l'emergenza epidemiologica, assicurando, nel contempo, continuità nell'assistenza sanitaria attraverso il superamento di quegli ostacoli a carattere spaziale e temporale<sup>43</sup>.

In particolare, grazie a tale strumento è possibile potenziare ed integrare le ordinarie prestazioni sanitarie, con l'obiettivo di migliorarne l'efficacia e l'efficienza, attraverso l'erogazione dei servizi diagnostici e terapeutici in modalità digitale. Sul punto, è possibile distinguere tra: a) telemedicina specialistica, che consiste in una televisita, in un teleconsulto ed in una telecooperazione sanitaria per pazienti con patologie acute o croniche e per le situazioni di post-acuzie; b) telesalute, rivolta, in particolare modo, a pazienti affetti da patologie croniche; c) teleassistenza, orientata prevalentemente ad anziani, disabili e persone fragili<sup>44</sup>.

Il ricorso alla telemedicina, in molti Paesi, non rappresenta un'ipotesi residuale da attivare in una fase emergenziale ma, diversamente, una risorsa efficace sia a livello sanitario sia economico che, ad esempio, nel Regno Unito, come rilevato dal *Royal College of General Practitioners* rappresenta il 25% delle visite di routinarie<sup>45</sup>. Nel nostro Paese, invece, solo nel momento in cui si è preso

---

<sup>40</sup> Si vedano ad esempio le conclusioni del rapporto di IPBES, che descrive inoltre dettagliatamente il rapporto tra declino della biodiversità e pandemie: [https://ipbes.net/sites/default/files/2020-12/IPBES%20Workshop%20on%20Biodiversity%20and%20Pandemics%20Report\\_0.pdf](https://ipbes.net/sites/default/files/2020-12/IPBES%20Workshop%20on%20Biodiversity%20and%20Pandemics%20Report_0.pdf)

<sup>41</sup> E per le quali è stato da predisposto, nel Gennaio 2021, il Piano strategico-operativo nazionale di preparazione e risposta a una pandemia influenzale (PanFlu 2021-2023): [http://www.salute.gov.it/imgs/C\\_17\\_pubblicazioni\\_3005\\_allegato.pdf](http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_3005_allegato.pdf)

<sup>42</sup> La telemedicina è stata definita dall'OMS nel 2010 come «la fornitura di servizi sanitari in situazioni in cui la distanza è un fattore critico, da parte di qualsiasi professionista della salute, utilizzando tecnologie dell'informazione e della comunicazione per lo scambio di informazioni rilevanti per la diagnosi, il trattamento, la prevenzione, la ricerca e la formazione continua dei professionisti, con l'obiettivo ultimo di incrementare la salute di individui e popolazione».

<sup>43</sup> C. BOTRUGNO, *Telemedicina ed emergenza sanitaria, un grande rimpianto per il nostro Paese*, in *BioLaw Journal*, Rivista di BioDiritto, speciali *Issue* 1/2020.

<sup>44</sup> V. ZEPELLI, *La telemedicina*, in [www.studiocataldi.it](http://www.studiocataldi.it), 7 gennaio 2021.

<sup>45</sup> F.M. FERRARA, *Telemedicina, il risveglio delle Regioni italiane: progressi e prossimi passi necessari*, in [www.agendadigitale.eu](http://www.agendadigitale.eu), 19 maggio 2020.

coscienza dell'estrema gravità della diffusione dell'epidemia, questa nuova modalità di offerta dei servizi, a distanza, attraverso il trasferimento di dati e di informazioni digitalizzate con strumenti telematici<sup>46</sup>, si è riscoperta imprescindibile e, ciò, non solo per assistere i pazienti Covid, ma anche, a maggior ragione, per assicurare adeguato accesso alle cure a tutti gli altri pazienti, specie se fragili o cronici, gravemente penalizzati dalla saturazione dei reparti ospedalieri<sup>47</sup>.

Ed è in questa fase di grandissima difficoltà che, infatti, sono state messe a punto le prime iniziative (portali ed app) da parte delle regioni, mirate a facilitare l'interazione con i pazienti positivi e la collaborazione della rete territoriale. Con l'obiettivo di provare a recuperare parte del terreno perso in questi anni, le delibere delle giunte regionali della Toscana (n. 464 del 6 aprile), del Veneto (n. 568 del 5 maggio) e della Lombardia (n. 3155 del 7 maggio) relative alla telemedicina, prenotabile via cup e finanche esente ticket in Toscana, hanno rappresentato il primo, importante, passo verso per la strutturazione ed il potenziamento di questi servizi nell'ambito dei sistemi sanitari regionali.

In tal senso, ed una più ampia prospettiva di sviluppo di implementazione dello strumento, di peculiare importanza è l'ingresso, nel dicembre 2020, all'interno del Servizio Sanitario Nazionale, delle relative linee guida in materia di telemedicina.

Queste ultime che prendono in considerazione a) televisita; b) teleconsulto; c) teleconsulenza; d) teleassistenza; e) telerefertazione e che escludono il triage/consulenza telefonica, per indicare il percorso diagnostico/terapeutico più appropriato, teleriabilitazione, telecertificazione e telemonitoraggio, forniscono, poi, tutta una serie di indicazioni sulle caratteristiche necessarie per erogare le prestazioni cui si è fatto riferimento, prevedendo, per le aziende sanitarie coinvolte, il rispetto di requisiti ulteriori a quelli imposti per l'offerta dei servizi tradizionali<sup>48</sup>.

#### **4. Riflessioni conclusive: possibili strategie oltre la pandemia.**

Dal quadro così come finora delineato emerge una situazione non confortante sullo stato dei progressi della digitalizzazione nel nostro Paese

---

<sup>46</sup> U. IZZO, *Medicina e diritto nell'era digitale: i problemi giuridici della cybermedicina*, in *Danno e Responsabilità*, n. 8-9 (2000), p. 807-818.

<sup>47</sup> F.M. FERRARA, *Telemedicina, il risveglio delle Regioni italiane: progressi e prossimi passi necessari*, op. cit.

<sup>48</sup> V. ZEPPILLI, *Responsabilità medica: telemedicina nel SSN*, in *www.studicataldi.it*, 4 gennaio 2021.

Le diverse innovazioni che avrebbero dovuto spingere verso un cambio di rotta in materia di progresso digitale non hanno conseguito i risultati sperati come dimostra, ad esempio, la scarsa diffusione dello Spid<sup>49</sup>, pensato quale punto di partenza del nuovo corso dei rapporti tra cittadini e PA digitale<sup>50</sup>.

Da questo punto di vista, lo shock derivante dalla necessità di dover agire, ad horas, per garantire la continuità dei servizi in emergenza può fare, per il nostro Paese, da catalizzatore per lo sviluppo di un non più rinviabile processo di innovazione tecnologica basato su una piena digitalizzazione delle informazioni detenute, sull'informatizzazione dei procedimenti e dell'offerta dei connessi servizi pubblici, su un nuovo approccio in punto di lavoro agile.

Sul tema, con l'obiettivo di superare sacche di resistenza ancora presenti, una prima linea d'azione potrebbe essere rivolta, da parte del legislatore, all'approntare un chiaro sistema di regole che siano anche in grado di ancorare, ancor di più, la valutazione della performance dei lavoratori alla produttività e non più alla presenza fisica sul posto di lavoro<sup>51</sup>. Nel contempo dovranno essere previste misure volte ad evitare quelle criticità che possano in qualche modo rendere più difficoltosa l'organizzazione di forme di protesta o, diversamente, ledere il diritto alla disconnessione<sup>52</sup> che garantisce il lavoratore rispetto ad un utilizzo non corretto dello *smartworking*<sup>53</sup>.

Altrettanto importante sarà pianificare, negli anni, quei considerevoli investimenti che dovranno consentire l'adeguamento della dotazione informatica e delle risorse da assicurare al dipendente<sup>54</sup>.

In tale senso sembrano essere dirette le previsioni contenute D.L. "Cura Italia", che hanno previsto per le amministrazioni, per l'anno 2020, facilitazioni nell'acquisto di beni e servizi digitali. Tuttavia la sola disponibilità di una strumentazione all'avanguardia non è di per sé sufficiente quando non accompagnata da voci di spesa per la formazione dei dipendenti chiamati ad

---

<sup>49</sup> Si v. P. COPPOLA, *Spid, tutti gli errori che ne hanno frenato la diffusione e come rimediare*, in *www.agendadigitale.eu*, 24 gennaio 2020.

<sup>50</sup> A. BANFI, G. GALLI, *La digitalizzazione delle pubbliche amministrazioni*, op. cit.

<sup>51</sup> A.M. TANDA, *Dopo il Covid-19: resilienza digitale e amministrazione 4.0*, op. cit.

<sup>52</sup> Tale diritto è stato oggetto di riconoscimento legislativo, per la prima volta, nel 2016, in Francia. Le disposizioni in materia specificano che, ad esempio, nelle aziende con un numero di dipendenti superiore a 50 non possano essere inviate, a questi ultimi, e-mail, comunicazioni, messaggi o telefonate al di fuori dell'orario di lavoro. In Italia, invece, esso è previsto dall'art. 19 della Legge 81 del 2017, che tuttavia ne rimette la disciplina ad accordi collettivi.

<sup>53</sup> A.M. TANDA, *Dopo il Covid-19: resilienza digitale e amministrazione 4.0*, op. cit.

<sup>54</sup> *Ibidem*.

apprendere nuove tecniche e nuovi strumenti e ad adeguarsi, quindi, ad una differente modalità di intendere e svolgere la prestazione lavorativa.

La tematica chiaramente attiene a quella più ampia strategia volta ad intervenire sul necessario coinvolgimento dei cittadini nella formazione e nell'implementazione delle proprie abilità digitali al fine di ridurre il digital divide<sup>55</sup>.

Con tale espressione si richiama la "divisione" tra individui che dispongono di strumenti e competenze utili ad accedere e ad usufruire proficuamente delle ICT, e persone che, invece, ne rimangono escluse<sup>56</sup>, con grave pregiudizio rispetto alla possibilità di partecipare alla vita politica, economica e sociale<sup>57</sup>

Nel nostro Paese il *digital divide* è presente in entrambe le sue manifestazioni patologiche e quindi sia con riferimento al profilo tecnologico che riguarda la disponibilità della Rete e la copertura del territorio, con forti disparità, specie tra zone urbane e rurali, sia con riferimento al profilo culturale, relativo all'alfabetizzazione informatica, influenzato dall'età media della popolazione e dal suo livello di scolarizzazione<sup>58</sup>.

Anche da questo punto di vista la pandemia ha evidenziato una maggior capacità di affrontare l'emergenza da parte dei soggetti in possesso di conoscenze e tecnologie adeguate diversamente da coloro che, anche a causa dell'età, ne sono stati oltremodo penalizzati per mancanza di risorse tecniche e per lo scarso livello di preparazione e conoscenze digitali<sup>59</sup>, non riuscendo a beneficiare, talvolta, di quegli ausili che avrebbero consentito di superare in parte le restrizioni imposte dalle misure di contenimento.

Anche su tali profili ha inteso intervenire il legislatore con l'art. 82 del D.L. "Cura Italia" approntando, tuttavia, misure emergenziali, non sistemiche, volte a fronteggiare il sovraccarico delle reti durante il primo periodo di *lockdown* mediante il potenziamento delle infrastrutture e la garanzia della continuità del

<sup>55</sup> Si v., L. SARTORI, *Il digital divide*, Bologna, 2006.

<sup>56</sup> P. ZUDDAS, *Covid-19 e digital divide: tecnologie digitali e diritti sociali alla prova dell'emergenza sanitaria*, in Osservatorio Costituzionale, 3/2020, 26 maggio 2020.

<sup>57</sup> Si v. A. VALASTRO, *Internet e social media prima e dopo il coronavirus: fraintendimenti e deviazioni che tradiscono la democrazia sociale*, in Consulta OnLine, 1, 20 aprile 2020.

<sup>58</sup> P. ZUDDAS, *Covid-19 e digital divide: tecnologie digitali e diritti sociali alla prova dell'emergenza sanitaria*, op. cit.

<sup>59</sup> Significativi, sul punto, sono i dati emersi, nel 2018, nell'ambito del Progetto europeo Harvest, in base ai quali in Italia solamente 1 persona su 4, tra i 65 e i 74 anni, usa tecnologie digitali, ben al di sotto della media europea pari a 1 su 2.

funzionamento delle reti da parte delle imprese che forniscono reti e servizi di comunicazioni elettroniche<sup>60</sup>.

Appare chiaro come la drammaticità dell'esperienza vissuta in questi mesi, dal punto di vista sanitario, economico e sociale, imponga però di rimediare alle carenze rilevate provando ad elaborare soluzioni adeguate, non estemporanee, e che possano guidare lo sviluppo del Paese nei prossimi anni.

Da questo punto di vista una, ulteriore, linea d'azione che potrebbe risultare opportuno seguire attiene alla possibilità che una quota importante della spesa pubblica in investimenti sia volta ad implementare e rafforzare l'infrastruttura digitale nazionale<sup>61</sup>, con l'obiettivo di superare stabilmente le problematiche connesse al digital divide, fornendo, quindi, al rilancio del sistema produttivo una idonea base di partenza.

In questo senso, di particolare interesse risultano essere i risultati di un recente studio di Ernst&Young<sup>62</sup> secondo il quale le città fortemente colpite dalla pandemia, ma che possono contare su una infrastruttura digitale adeguata e quindi tecnologicamente all'avanguardia, affronteranno meglio la ripresa rispetto a quelle non in grado di offrire servizi pubblici interamente digitalizzati né forme di comunicazione con i cittadini mediante app e social network<sup>63</sup>.

Ciò, oltretutto, avvicinerà una percentuale sempre più ampia di cittadini ad un effettivo esercizio dei diritti della personalità, del diritto alla salute, del diritto all'istruzione<sup>64</sup> ed al lavoro così come al godimento delle libertà fondamentali<sup>65</sup>. Ed infatti, forme di comunicazione innovative ed una maggiore interconnessione si rendono irrinunciabili anche in ambito sanitario al fine di pervenire ad un rafforzamento del sistema di telemedicina che, lungi dal poter essere considerato una risorsa emergenziale, dovrà essere imperniato su una regolamentazione puntuale e su specifiche linee guida così da assumere un ruolo fondamentale sia per l'attività di prevenzione e screening sia, anche, per la presa in carico, la

<sup>60</sup> P. ZUDDAS, *Covid-19 e digital divide: tecnologie digitali e diritti sociali alla prova dell'emergenza sanitaria*, op. cit.

<sup>61</sup> F. RUSSO, A. VISCIONE, *Digitale e Pubblico: una politica per favorire la ripresa post-emergenza COVID-19*, in *Economia e Politica, Political and Social Notes*, 7, 7 giugno 2020.

<sup>62</sup> *La Fase 2: sono pronte le città italiane?*, in [www.ey.com](http://www.ey.com), 21 aprile 2020.

<sup>63</sup> A.M. TANDA, *Dopo il Covid-19: resilienza digitale e amministrazione 4.0*, op. cit.

<sup>64</sup> Si v., sull'argomento, S. DE VIDO, *Diritto all'istruzione e accesso ad internet all'epoca del Covid-19*, in [www.sidiblog.org](http://www.sidiblog.org), 20 aprile 2020. <http://www.sidiblog.org/2020/04/20/diritto-allistruzione-e-accesso-ad-internet-allepoca-del-covid-19/>; M. PIERRI, *Il bilanciamento tra diritto alla salute e all'istruzione ai tempi del Covid-19, tra poteri del Governo e dei Governatori: il caso della Puglia*, in *Osservatorio Costituzionale*, 6/2020, 1 dicembre 2020.

<sup>65</sup> P. ZUDDAS, *Covid-19 e digital divide: tecnologie digitali e diritti sociali alla prova dell'emergenza sanitaria*, op. cit.



gestione e il trattamento dei pazienti<sup>66</sup>. La telemedicina, in questo modo, potrà divenire uno strumento fondamentale per affrontare non solo la pandemia in corso ma anche le prossime sfide che coinvolgeranno i sistemi sanitari, aiutandoli a gestire al meglio le possibili nuove minacce che, anche su scala globale, dovessero presentarsi per la salute pubblica<sup>67</sup>.

L'interazione multicanale tra cittadino e servizio sanitario, su canali istituzionali e certificati, potrà rivelarsi indispensabile anche per la complessa fase della campagna vaccinale di massa.

Se, infatti, molte regioni hanno previsto delle piattaforme web per la fase di prenotazione dei vaccini, in un primo momento riservati solo alla fascia di popolazione più anziana, altre quali Abruzzo, Marche, Sicilia e Calabria, hanno aderito alla piattaforma di prenotazione predisposta da Poste italiane: in questo caso i cittadini potranno usufruire del servizio, online, attraverso i siti o le App delle Regioni, oppure rivolgendosi ai call center ciò dedicati.

Inoltre, sarà possibile effettuare la prenotazione anche attraverso gli ATM Postamat, ovvero gli sportelli di prelievo di Poste (inserendo la propria tessera sanitaria anziché il bancomat) ed anche tramite il personale adibito alla consegna della corrispondenza, che potrà ricevere la richiesta per poi inoltrarla dai *device* in dotazione.

Ciò posto, nel prosieguo della campagna, potrebbe rivelarsi opportuno digitalizzare anche altri segmenti del processo di vaccinazione e cioè prevedendo, sin dalla fase di promozione della campagna di immunizzazione, l'invio di sms, di mail, implementando sistemi telefonici automatici, applicazioni, moduli *web*, *chatbot*. Questi strumenti, integrati tra loro, sarebbero ancor più utili se in grado di assegnare appuntamenti e consentire di prenotare la somministrazione del vaccino, programmare il richiamo, se previsto, e facilitare il successivo follow-up mediante la raccolta di informazioni, anche per monitorare eventuali reazioni avverse<sup>68</sup>.

A confermare quanto finora rilevato circa la centralità degli obiettivi di sviluppo digitale e di modernizzazione della macchina pubblica per il rilancio del sistema Paese, in attesa delle inevitabili modifiche, anche radicali, che il nuovo Governo

---

<sup>66</sup> C. BOTRUGNO, *Telemedicina ed emergenza sanitaria, un grande rimpianto per il nostro Paese*, op. cit.

<sup>67</sup> Sul tema si v. U. GASSER, M. IENCA, J. SCHEIBNER, J. SLEIGH, E. VAYENA, *Digital tools against COVID-19: taxonomy, ethical challenges, and navigation aid*, *Lancet Digital Health* 2020, 2: e425–34, 29 giugno 2020.

<sup>68</sup> M. MANGIA, *Mancano i vaccini, urge un piano digitale per gestire i processi: ecco perché*, in *www.agendadigitale.eu*, 25 gennaio 2021.



potrà apportarvi, il Piano nazionale di ripresa e resilienza – *Next Generation Ue* nella sua ultima e non definitiva versione ha attribuito peculiare importanza ai temi della digitalizzazione della Pubblica amministrazione, della semplificazione burocratica nonché alla riqualificazione ed al miglioramento delle competenze digitali del personale della Pubblica amministrazione. Complessivamente, infatti, il capitolo digitalizzazione, innovazione e sicurezza della P.A. beneficia, al momento, di fondi per 11,45 miliardi<sup>69</sup> destinati a toccare, in modo trasversale, molti settori, dalla sanità alla scuola, dal fisco alla ricerca, dal lavoro alla cultura<sup>70</sup>.

In ultima analisi, a consuntivo di un futuro assestamento normativo e regolamentare che, in punto di digitalizzazione, alla luce dei prossimi interventi si renderà opportuno, particolarmente funzionale potrà rivelarsi lo snellimento delle sovrabbondanti norme in materia, attraverso una loro riorganizzazione all'interno di in testi unici organici e sulla base di forme di cooperazione tra pubbliche amministrazioni ed utenti.

---

<sup>69</sup> Le tre voci principali riguardano: 1) 7,95 miliardi per la digitalizzazione, suddivisi in 5,57 miliardi per la Cittadinanza Digitale, Servizi e Piattaforme Abilitanti, 1,25 miliardi per le Infrastrutture digitali e cyber security, 1,13 miliardi per i Dati e l'interoperabilità; 2) 1,5 miliardi per la Modernizzazione della Pa, suddivisi in 720 milioni per PA Competente: rafforzamento e valorizzazione del capitale umano, 480 milioni per la PA semplice e connessa: semplificazione delle procedure e digitalizzazione dei processi, 210 milioni per la PA capace: reclutamento di capitale umano, 100 milioni per la PA Smart: creazione di Poli Territoriali per il reclutamento, la formazione, il *coworking* e lo *smartworking*; 3) 2 miliardi per l'innovazione organizzativa della Giustizia.

<sup>70</sup> <http://www.funzionepubblica.gov.it/articolo/ministro/13-01-2021/ok-dal-cdm-al-recovery-plan-ecco-le-risorse-la-pa>

## Luci ed ombre della digitalizzazione del processo amministrativo

di Giulia PAPA \*

**SOMMARIO:** **1.** La digitalizzazione della giustizia. **2.** L'informatizzazione dei processi giudiziari in Europa. **3.** La digitalizzazione della funzione giurisdizionale amministrativa: il P.A.T. **3.1.** La normativa in tema di P.A.T. **3.2.** I cambiamenti del processo amministrativo dopo il P.A.T. **4.** L'intelligenza artificiale applicata al giudice amministrativo: rischio o esigenza? **5.** Brevi conclusioni.

**ABSTRACT:** *The justice digitalisation is, for various reasons, the topic of the moment. The digital revolution of justice is advancing thanks to the implementation of Information and Communications Technologies. By applying them to the administrative process, the organization of administrative activities and procedures improve. This paper, moving from the analysis of the national contexts, aims to examine the Italian telematic administrative process. A critical reflection is proposed about the advantages I.C.T. in the implementation of the efficiency of administrative process, and the limits and unknowns that are involved. In addition to responding to the needs of the judiciary and reducing costs, what does automation - albeit partial - of justice entail and what effects does it entail?*

### 1. La digitalizzazione della giustizia

Sul piano del processo giurisdizionale vengono in rilievo diversi aspetti dell'attuale dibattito sull'uso delle nuove tecnologie<sup>1</sup>. L'innovazione tecnologica è un tema nuovo e stimolante, ma anche ostico per il diritto. Diritto ed evoluzione tecnologica sono da sempre connessi ed interdipendenti. Il mutamento epocale cui stiamo assistendo è riconducibile a una "quarta rivoluzione industriale"<sup>2</sup>, che

---

\* *Dottoressa in giurisprudenza L.U.I.S.S.*

<sup>1</sup> La tecnologia ha ad oggetto l'applicazione e l'uso degli strumenti tecnici, ossia di tutto ciò che può essere applicato alla soluzione di problemi pratici, all'ottimizzazione delle procedure, alla presa di decisioni, alla scelta di strategie finalizzate a determinati obiettivi. Voce *Tecnologia* in *Enciclopedia Treccani*.

<sup>2</sup> L'espressione "industria 4.0" è divenuta negli ultimi anni di uso comune. Per un primo inquadramento del fenomeno cfr. M. BRETTEL, N. FRIEDERICHSEN, M. KELLER, M. ROSENBERG, *How Virtualization, Decentralization and Network Building Change the Manufacturing Landscape: An Industry 4.0 Perspective*, in *International Journal of Mechanical, Industrial Science and Engineering*, 2014, 8.1, p. 37 ss.

è connotata da fattori quali l'utilizzo di *big data*, tecnologie di *cloud computing*, internet e intelligenza artificiale. L'applicazione di tecnologie digitali nel diritto concerne anche la funzione giurisdizionale, che è esercitata in forma telematica. Il processo telematico<sup>3</sup> è un termine entrato con forza nel dibattito attuale sul funzionamento della giustizia. Attraverso il ricorso alle *I.C.T.*<sup>4</sup> si cerca di migliorare i procedimenti, oltre che automatizzare e accelerare la gestione di compiti standardizzati e uniformi, migliorando così l'efficacia e l'efficienza del sistema giudiziario<sup>5</sup>.

Si tratta di far entrare, in misura molto larga, la tecnologia digitale nel funzionamento della giustizia, a partire dal suo accesso alla produzione risultante dall'attività giurisdizionale. In tale contesto, poi, assumono particolare rilevanza le più frequenti applicazioni dell'intelligenza artificiale<sup>6</sup>.

La digitalizzazione dei processi ha subito una forte e inaspettata accelerazione nell'ultimo anno a seguito della situazione emergenziale sanitaria, ma è stata per lo più forzata e caotica: in assenza di linee guida nazionali<sup>7</sup>, ogni ufficio giudiziario si è dotato di proprie regole. L'emergenza da COVID-19 ha messo in luce la necessità di investire negli strumenti digitali e di utilizzarli nei procedimenti giudiziari.

La digitalizzazione dei processi civile, tributario, contabile, amministrativo e da ultimo penale ha apportato numerosi benefici. Infatti, l'impiego degli strumenti

---

<sup>3</sup> Ossia la gestione in formato elettronico delle comunicazioni e dello scambio di documenti che intercorrono tra i soggetti coinvolti in un procedimento giudiziario (sia esso civile, penale, contabile, tributario o amministrativo) e l'ufficio giudicante.

<sup>4</sup> *Information and Communications Technologies*, acronimo che ricomprende per brevità tutte le tecnologie in uso, compresa l'Intelligenza Artificiale: cfr. ad esempio A. GREENFIELD, *Tecnologie radicali*, Giappichelli, Torino, 2017. L'impatto sociale delle I.C.T. è diventato significativo. Il fatto che in Europa più di 250 milioni di persone utilizzano internet ogni giorno e tutti i cittadini possiedono un cellulare ha cambiato il nostro stile di vita. Cfr. Comunicazione della Commissione del 19 maggio 2010, COM (2010) 245.

<sup>5</sup> Conclusioni del Consiglio dell'Unione Europea, *Accesso alla giustizia - Cogliere le opportunità della digitalizzazione*, 8 ottobre 2020.

<sup>6</sup> Per intelligenza artificiale si intende la «riproduzione parziale dell'attività intellettuale propria dell'uomo (con particolare riguardo ai processi di apprendimento, di riconoscimento, di scelta) realizzata o attraverso l'elaborazione di modelli ideali, o, concretamente, con la messa a punto di macchine che utilizzano per lo più a tale fine elaboratori elettronici (per questo detti cervelli elettronici)» (*Enciclopedia Treccani*). La macchina, in altre parole, è intelligente se e nei limiti in cui sia in grado di pensare come un essere umano. La frontiera più avanzata di tali ricerche è rappresentata dalla *machine learning* («Branca dell'Intelligenza Artificiale che si occupa dello sviluppo di algoritmi e tecniche finalizzate all'apprendimento automatico mediante la statistica computazionale e l'ottimizzazione matematica», cit. *Enciclopedia Treccani*) volti a creare sistemi che sono capaci di apprendere autonomamente.

<sup>7</sup> Una delle indicazioni più ricorrenti con riguardo alla svolgimento dell'attività giudiziaria è quella di contingentare il più possibile gli accessi presso gli uffici giudiziari.

digitali ha realizzato un considerevole risparmio dei costi e dei tempi della giustizia, nonché una maggiore tracciabilità delle attività svolte e la circolazione delle informazioni nel rispetto dei dati personali e della *privacy*. Quindi, sembrerebbe che l'utilizzo delle tecnologie digitali realizzi e dettami dei principi costituzionali del diritto di difesa (art. 24), del buon andamento dell'amministrazione<sup>8</sup> (art. 97) e della terzietà ed imparzialità del giudice (art. 111): il privato ha costantemente a disposizione le informazioni mediante la connessione ad internet senza bisogno di accedere fisicamente agli uffici e in qualsiasi momento e da qualsiasi luogo può compiere le attività che in passato presupponevano l'accesso ad un ufficio ed evita di fornire informazioni già in possesso<sup>9</sup>.

La digitalizzazione della funzione giurisdizionale non è certo una novità degli ultimi tempi. Già nel Piano d'azione in materia di Giustizia elettronica europea del 2009<sup>10</sup> era suggerito l'utilizzo della videoconferenza. L'Italia ha usato tale tecnologia in modo particolare per i processi penali che coinvolgono detenuti "pericolosi" per i quali è auspicabile evitare qualsiasi spostamenti dal carcere alle aule giudiziarie.

Dal confronto con quanto fatto da alcuni Paesi europei per non frenare la giustizia nel periodo pandemico, emergono per l'Italia molti *gap* da recuperare<sup>11</sup>. Infatti, il nostro Paese ha avuto problemi a lavorare da remoto. Eppure, fino a qualche tempo fa l'Italia era in una posizione di vantaggio rispetto ai Paesi dell'U.E. grazie al processo civile telematico, a quello amministrativo, ecc., ma ora tale vantaggio è praticamente eroso.

## 2. L'informatizzazione dei processi giudiziari in Europa

Prima di parlare dell'Italia, è interessante fare una breve disamina del quadro europeo sull'informatizzazione della giustizia. Da anni anche gli altri Paesi europei hanno iniziato a sperimentare la possibilità di passare dal sistema consolidato, fondato sull'utilizzo della carta, di scambio informativo

---

<sup>8</sup> Il processo telematico costituisce un principio dell'azione amministrativa (art. 3 *bis* l.n. 241/1990) ed volto al miglioramento della stessa. Quindi, le tendenze all'automatizzazione devono muovere sempre in tale direzione. È ricondotto quale applicazione concreta ed attuale dell'art. 97 Cost. perché è suscettibile di implementare il buon andamento tramite cui la pubblica amministrazione opera secondo i criteri di efficienza, efficacia ed economicità.

<sup>9</sup> Cfr. F. MARTINES, *La digitalizzazione della pubblica amministrazione*, in *Medialaws – Rivista dir. media*, n. 2, 2018, p. 3.

<sup>10</sup> Pubblicato Sulla Gazzetta Ufficiale dell'U.E. C 75/1 del 31 marzo 2009.

<sup>11</sup> C. MORELLI, *Digitalizzazione della Giustizia: Houston, abbiamo... 2 problemi!*, in *Altalex*, 14 dicembre 2020.

normativamente regolato tra i soggetti coinvolti (parti, avvocati, testimoni, ecc.) ed il giudice, ad un sistema fondato sulle *I.C.T.*. Lo sviluppo di sistemi di giustizia telematica è un fenomeno riscontrabile negli altri Paesi europei con differenti modalità e tempistiche. Ciò è la conseguenza dell'ampissima diffusione nella società degli strumenti digitali.

È diffuso ovunque un sistema di gestione automatizzata dei registri dei giudizi pendenti e un costante monitoraggio dei flussi giudiziari, a fini statistici e di controllo della produttività dei magistrati<sup>12</sup>. Inoltre, esistono banche dati per la ricerca giurisprudenziale e l'accessibilità in internet delle sentenze e degli atti processuali. Sono ausili o metodi integrativi, che non sono in grado di sostituire l'uomo. Continuando con gli esempi, in molti Paesi è possibile il deposito informatico di atti giudiziari, ma non è previsto obbligatoriamente né sostituisce il deposito cartaceo.

In Francia gli avvocati per effettuare e ricevere comunicazioni elettroniche con le Corti devono registrarsi su un *virtual private network* di avvocati<sup>13</sup>. L'utilizzo della procedura elettronica chiamata "*telerecours*", avviato nel 2013 e inizialmente limitato agli avvocati che difendono alla *Cour de Cassation* e al *Conseil d'Etat*<sup>14</sup>, attualmente riguarda tutte le Corti amministrative. Esso permette di depositare in formato elettronico e con firma digitale gli atti procedurali.

Tuttavia, la digitalizzazione non riguarda necessariamente anche il lavoro del giudice: questi può continuare ad utilizzare il fascicolo cartaceo (o copie cartacee dei documenti in formato digitale) nel caso in cui la delicatezza della questione lo necessiti. Per tale ragione molti giudici ed utenti di Paesi europei, preoccupati per l'abbandono dei tradizionali metodi di lavoro sul cartaceo, hanno formalmente chiesto che sia sempre garantita la possibilità di avere una copia cartacea del fascicolo.

Per di più, la sentenza è tuttora nella maggior parte dei casi in formato cartaceo, essendo firmata ancora tradizionalmente, poiché la firma digitale non è impiegata in ogni ramo della giurisdizione. Infatti, si segnala che in *Cour de*

---

<sup>12</sup> G. TADDEI ELMI, *Un panorama europeo di informatizzazione della giustizia*, in *Tecnologie e organizzazione giudiziaria in Italia e in Europa*, in *Sociologia del diritto*, n. 2, 2006.

<sup>13</sup> J.P. JEAN, *E-Justice and E-Law in French Court of Cassation*, intervento svolto in occasione della Conferenza tenutasi presso la Corte di cassazione il 13 e 14 ottobre 2016, dal titolo: *e-Justice and e-Law conference*, [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it).

<sup>14</sup> J.M. SOMMER e M. AZOULA, *La dématérialisation de l'organisation du travail et des procédures: l'exemple de la Cour de cassation*, in [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr), settembre 2013.

*Cassation* è stata firmata per la prima volta una sentenza con firma digitale il 20 dicembre 2013<sup>15</sup>.

In molti altri Stati è possibile avere un provvedimento giurisdizionale automatizzato, ma soltanto per alcune tipologie di procedimento. Ad esempio, per i decreti ingiuntivi spesso si giunge ad elevati livelli di automazione, in quanto si tratta di una procedura piuttosto semplice.

In Inghilterra ci sono due procedure automatizzate dal 2002 per ottenere i decreti ingiuntivi (*money claims* e *Claim Production centre*). Il primo sistema è rivolto ai privati oppure alle piccole imprese; invece il secondo è pensato per i grandi creditori, come le aziende di pubblici servizi. Nel primo caso la procedura può essere attivata da ciascun cittadino. La domanda è notificata al debitore dall'ufficio giudiziario virtuale e, qualora il debitore non si oppone, è emesso un decreto ingiuntivo automatizzato<sup>16</sup>. In caso di opposizione, invece, si apre la fase giudiziale. Un sistema simile è previsto anche in Francia dal 2012<sup>17</sup>.

Ecco che ne emerge un quadro disomogeneo e complesso. I Paesi europei tendono in generale verso l'informatizzazione della giustizia, in linea con le indicazioni fornite dall'Unione Europea, seppur ognuno percorrendo strade e adottando soluzioni diverse.

Inoltre, l'utilizzo delle *I.C.T.* in ambito giudiziario è un indicatore dell'efficienza della giustizia di ogni Paese. Infatti nell'annuale rapporto sulla giustizia in Europa presentato dalla Commissione (*EU Scoreboard*) sono stati considerati anche indicatori relativi alle forme di comunicazioni elettronica tra avvocati e tribunali, alla presentazione di semplici ricorsi *on line*, alla pubblicazione in internet delle sentenze, all'utilizzo delle *I.C.T.* per la gestione del lavoro dei tribunali e per la redazione delle statistiche, ecc.<sup>18</sup>. È dunque un importante elemento di valutazione anche ai fini della complessiva competitività di un Paese.

In tale quadro l'Italia, pur essendo partita relativamente tardi rispetto al resto dell'Europa, ha raggiunto una posizione molto avanzata in materia di digitalizzazione dei procedimenti giudiziari, quantomeno nel processo civile, operativo dal 2014, e nel processo amministrativo, in vigore dal 2018, che

<sup>15</sup> B. EVEN, *Implication of new IT developments in courts on the work of judges*, in [www.aeaj.org](http://www.aeaj.org), giugno 2016.

<sup>16</sup> M.L. MADDALENA, *La digitalizzazione della vita dell'amministrazione e del processo*, 4 ottobre 2016, in [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it), p. 43.

<sup>17</sup> Cfr. sul punto V. CAROLLO, *La roadmap del processo civile telematico in Europa*, 2015, [www.agendadigitale.eu](http://www.agendadigitale.eu).

<sup>18</sup> [ec.europa.eu](http://ec.europa.eu).

costituisce uno dei pochi esempi in Europa di procedura giurisdizionale interamente informatizzata<sup>19</sup> e alternativa allo strumento cartaceo.

### **3. La digitalizzazione della funzione giurisdizionale amministrativa: il P.A.T.**

#### **3.1. La normativa in tema di P.A.T.**

In tema di digitalizzazione delle funzioni giurisdizionali rientra anche il processo amministrativo telematico (P.A.T.)<sup>20</sup>, che è stato recentemente oggetto di varie riforme di cui bisogna dare conto.

Al giorno d'oggi lo svolgimento del processo amministrativo è condizionato dall'utilizzo di mezzi informatici. Già con il d.p.r. 13 febbraio 2001, n. 123<sup>21</sup> si prevedeva innovativamente la possibilità che gli atti del processo potessero essere compiuti mediante documenti informatici e sottoscritti con la firma digitale.

Grazie al sollecito del Consiglio di Stato nel suo parere preventivo, poiché nello schema di decreto si faceva riferimento solo al processo civile e penale, è stato espressamente inserito anche il riferimento al processo amministrativo telematico<sup>22</sup>.

La digitalizzazione della giustizia amministrativa è stata avviata con la l. 18 giugno 2009, n. 69 che, all'art. 44, affidava al Governo la delega per il riassetto del processo amministrativo prevedendo anche mediante procedure informatiche e telematiche<sup>23</sup>.

In attuazione della delega è stato introdotto il Codice del Processo Amministrativo<sup>24</sup>. In realtà, tale codice contiene soltanto poche ed isolate norme

<sup>19</sup> Infatti, nel P.A.T. tutti gli atti processuali sono soggetti all'obbligo di deposito telematico.

<sup>20</sup> C. GIURDANELLA, E. GUARNACCIA, *Il processo amministrativo telematico (PAT)*, Maggioli Editore, Rimini, 2017.

<sup>21</sup> Regolamento recante l'uso degli strumenti informatici e telematici nel processo civile, nel processo amministrativo e nel processo dinanzi alle sezioni giurisdizionali della Corte dei conti.

<sup>22</sup> Cfr. L. ALTERIO, *La digitalizzazione del processo amministrativo: il pat*, in *SalvisJuribus*, 6 aprile 2017.

<sup>23</sup> "Il Governo è delegato ad adottare uno o più decreti legislativi per il riassetto del processo avanti ai tribunali amministrativi regionali e al Consiglio di Stato [...]. I decreti legislativi si attengono ai seguenti principi e criteri direttivi:

a) assicurare la snellezza, concentrazione ed effettività della tutela, anche al fine di garantire la ragionevole durata del processo, anche mediante il ricorso a procedure informatiche e telematiche'.

<sup>24</sup> D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104.

relative al P.A.T., rinviando ad una successiva regolamentazione da emanarsi a livello governativo<sup>25</sup>.

Il nostro legislatore aveva scelto di demandare alla fonte regolamentare e, nello specifico, a un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, delle regole tecnico-operative del nuovo processo digitale<sup>26</sup>. Con il d.p.c.m. 16 febbraio 2016, n. 40 è stato adottato il Regolamento recante le norme tecnico-operative per l'attuazione del P.A.T.. L'avvio del P.A.T., inizialmente fissato per il 1° luglio 2016, è stato posticipato al 1° gennaio 2017 per procedere ad una preliminare sperimentazione. A decorrere dal 1° gennaio 2018 il P.A.T. è stato esteso a tutti i ricorsi, anche quelli depositati prima del 2017.

Inoltre, si segnala che anche al processo civile, penale, amministrativo, contabile e tributario si applicano le norme del Codice dell'Amministrazione Digitale (C.A.D.) in base a quanto stabilito dal d.lgs. n. 179 del 2016 (attuativo della Riforma Madia)<sup>27</sup>. Si tratta di un'importante innovazione poiché, in precedenza, le disposizioni del C.A.D. trovavano applicazione soltanto alla pubblica amministrazione costituendo, rispetto all'attività giurisdizionale, dei meri valori di principio<sup>28</sup>.

Successivamente, con d.l. 31 agosto 2016 n. 168, conv. in l. 25 ottobre 2016 n. 197, il legislatore ha introdotto alcune modifiche al codice del processo amministrativo e alle norme di cui all'art. 2 del d.lgs. n. 104/2010 concernenti il P.A.T.. In particolare, l'art. 7, c. 1 lett. a) del d.l. n. 168/2016 ha introdotto tra le norme di attuazione del testo codicistico una nuova disposizione (l'art. 13 *bis*) che denota un deciso impegno del legislatore affinché la digitalizzazione della funzione giurisdizionale si compia senza ulteriori indugi ed ostacoli applicativi<sup>29</sup>.

<sup>25</sup> L'art. 13 dell'Allegato 2 (Norme di attuazione) reca norme sul processo telematico; gli artt. 39 e 136 dell'Allegato 1 (Codice del processo amministrativo) pongono norme in materia di comunicazioni, depositi informatici e firma digitale.

<sup>26</sup> La scelta per la fonte regolamentare è stata giustificata, nella stessa Relazione di accompagnamento al codice del processo amministrativo, dall'esigenza di assicurare i requisiti della flessibilità e tempestività di adattamento alle novità tecnologiche, che non potevano essere garantiti dalla fonte legislativa, in un contesto caratterizzato da una forte tecnicità e da una rapida obsolescenza dei sistemi.

<sup>27</sup> Art. 2, co. 6, d.lgs. n. 179 del 2016 le disposizioni del C.A.D. "*si applicano altresì al processo civile, penale, amministrativo, contabile e tributario, in quanto compatibili e salvo che non sia diversamente disposto dalle disposizioni in materia di processo telematico*".

<sup>28</sup> F. MARTINES, *idem*, p. 11.

<sup>29</sup> L'art. 13 stabilisce: "*per il triennio 2017-2020 che ciascun Tribunale Amministrativo Regionale se rileva che il punto di diritto sottoposto al suo esame e vertente sull'interpretazione e sull'applicazione delle norme in tema di processo amministrativo telematico ha già dato luogo a significativi contrasti giurisprudenziali [...] tali da incidere in modo rilevante sul diritto di difesa di una parte, con ordinanza emanata su richiesta di parte o d'ufficio e pubblicata in udienza, può sottoporre al presidente del Consiglio di Stato istanza di rimessione del ricorso all'esame*



L'art. 7 del d.l. n. 168/2016 definisce delle questioni applicative, come quella che concerne la rilevanza delle comunicazioni effettuate ai difensori presso il domicilio digitale, che dal 1° gennaio 2018 sostituiscono totalmente quelle presso il domicilio tradizionale.

Il d.p.c.m. del 2016 regolamenta prevalentemente il processo amministrativo telematico. Recentemente però vi è stata una modifica legislativa con il d.l. del 30 aprile 2020 n. 28. Il decreto ha apportato alcune modifiche sostanziali al regime processuale amministrativo, tra cui l'introduzione nel processo amministrativo, sin dal 30 maggio e fino al 31 luglio 2020, dell'udienza con la discussione orale da remoto in videoconferenza con la partecipazione delle parti. Il decreto legge ne ha dettato la relativa disciplina, al fine recuperare il valore dell'oralità momentaneamente abbandonato dall'art. 84 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, che aveva previsto che le cause andassero in decisione senza discussione orale<sup>30</sup>.

Il decreto legge in questione ha previsto un cambiamento permanente della disciplina delle fonti normative del p.a.t., importante soprattutto in proiezione futura, attribuendo al Presidente del Consiglio di Stato la competenza ad adottare le regole tecnico-operative del P.A.T., compito che in precedenza era rimesso dall'art 13, co. 1 delle norme di attuazione al codice del processo amministrativo e contenuta nel d.p.c.m. n. 40/2016 al Governo, che vi ottemperava mediante l'adozione di regolamento<sup>31</sup>. In altri termini, l'art. 4, co. 1, del d.l. n. 28/2020 ha attribuito al Presidente del Consiglio di Stato la competenza a dettare le regole tecnico-operative del p.a.t., con l'effetto di far automaticamente venire meno la normativa tecnica precedente.

---

*dell'adunanza plenaria, contestualmente rinviando la trattazione del giudizio alla prima udienza successiva al sessantesimo giorno dall'udienza in cui è pubblicata l'ordinanza. Il presidente del Consiglio di Stato comunica l'accoglimento della richiesta entro trenta giorni dal ricevimento, e in tal caso nell'udienza davanti al tribunale il processo è sospeso fino all'esito della decisione dell'adunanza plenaria. La mancata risposta del presidente del Consiglio di Stato entro trenta giorni dal ricevimento della richiesta equivale a rigetto. L'adunanza plenaria [...] decide la sola questione di diritto relativa al processo amministrativo telematico".*

<sup>30</sup> In particolare, in base al combinato disposto dell'art. 84 d.l. n. 18/2020 e dell'art. 4 d.l. n. 28/2020 il regime del processo amministrativo prevede che, fino al 31 luglio 2020 tutte le controversie passano in decisione, senza discussione orale, sulla base degli atti depositati, ma a partire dal 30 maggio 2020 è possibile che su richiesta di parte o d'ufficio venga disposta la discussione orale delle controversie chiamate in udienza in modalità videoconferenza.

<sup>31</sup> L'art. 4, co. 2, del d.l. n. 28/2020, ha sostituito l'art. 13, co. 1, delle norme di attuazione del codice del processo amministrativo, prevedendo che le regole tecnico-operative del processo amministrativo telematico siano adottate "con decreto del Presidente del Consiglio di Stato, sentiti il Dipartimento della Presidenza del Consiglio dei ministri competente in materia di trasformazione digitale e gli altri soggetti indicati dalla legge, che si esprimono nel termine perentorio di trenta giorni dalla trasmissione dello schema di decreto".

Infine, il decreto legge in questione aveva temporaneamente sospeso sino al 31 luglio 2020 il deposito della cd. copia d'obbligo o copia cartacea degli atti processuali prevista dal comma 4 dell'art. 7 del d. l. 31 agosto 2016, n. 168, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 ottobre 2016, n. 197.

La modifica più importante, infatti, non riguarda la disciplina transitoria del processo dovuta all'emergenza COVID-19, ma l'introduzione di un mutamento stabile della disciplina del processo amministrativo telematico, ovvero la venuta meno del controverso obbligo del deposito della copia cartacea degli atti processuali. In sostanza, è stato tagliato l'ultimo "filo" che il vigente rito processuale, integralmente digitalizzato, manteneva con la concezione tradizionale del processo, incentrato sull'utilizzo dei documenti cartacei<sup>32</sup>. A questo punto bisogna affidarsi totalmente ai giudici e al loro scrupolo di studio dei file digitali messi a disposizione.

Infine, il d.l. del 28 ottobre 2020, n. 137 (d.l. ristori) ha riproposto le udienze da remoto. In particolare, quest'ultimo provvedimento ha disposto che continuano ad applicarsi dal 9 novembre 2020 al 31 gennaio 2021 le previsioni che permettono alle parti di chiedere la discussione orale con modalità da remoto. Le esperienze della discussione da remoto sono diverse. Quando si è avuta di nuovo la possibilità di discussione di persona si è avvertita molto la differenza e si è sentita una maggiore attenzione da parte di chi ascoltava, oltre che una maggiore facilità nella gestione delle udienze.

### **3.2. I cambiamenti del processo amministrativo dopo il P.A.T.**

A differenza degli effetti prodotti dall'implementazione delle *I.C.T.* sull'attività di amministrazione attiva, che sono per lo più di razionalizzazione e semplificazione del procedimento amministrativo, il ricorso a tali tecnologie nel processo giurisdizionale non può comportare un cambiamento strutturale sul modo di atteggiarsi di esso. Il motivo è legato ad una serie di vincoli, specialmente di matrice costituzionale, ed alla tendenziale sovranità che ogni Paese mantiene sulla disciplina in materia processuale, il che rende pressoché impermeabile il

---

<sup>32</sup> Il comma 4 dell'art. 7, del d.l. n. 168/2016, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 ottobre 2016, n. 197, in occasione dell'introduzione del P.A.T. ha previsto l'obbligo del deposito di almeno una copia cartacea con l'attestazione di conformità degli atti depositati in formato telematico. Era una copia d'obbligo poiché la doverosità del deposito era fatta palese dall'espressione "deve essere depositata", anche se poi lasciava margini di incertezza sulla portata precettiva della norma la mancata previsione di una sanzione oppure degli effetti del mancato deposito, e l'assenza di un riferimento temporale entro il quale il deposito deve essere compiuto

sistema processuale agli *input* che vengono dalla normativa europea ed internazionale.

In altri termini, l'applicazione delle nuove tecnologie al settore dell'azione esecutiva delle pubbliche amministrazioni, attraverso la diffusione dei diversi modelli di *e-government*, ha determinato o comunque determinerà delle profonde modifiche alla struttura stessa dell'attività pubblica che, in breve tempo, sfuggerà ai canoni tradizionali riguardanti, per un verso, l'organizzazione degli uffici e, per altro verso, le modalità di esercizio del potere. Lo stesso non può dirsi per quanto riguarda la funzione giurisdizionale rispetto alla quale l'applicazione di modelli digitalizzati di gestione si presenta come la mera messa a disposizione degli utenti di mezzi più rapidi e funzionali per lo svolgimento di alcune attività prima svolte presso le cancellerie o tramite gli ufficiali giudiziari, senza intaccare lo svolgimento delle udienze, le modalità di esercizio del contraddittorio fra le parti, la maturazione delle decisioni da parte dei giudici in composizione collegiale o monocratica<sup>33</sup>.

Infatti, l'impatto della digitalizzazione del processo concerne le modalità telematiche di deposito e di sottoscrizione degli atti processuali, con conseguente elaborazione del fascicolo digitale, le comunicazioni di cancelleria e l'individuazione del domicilio delle parti presso il loro difensori. Anche l'organizzazione del lavoro dell'ufficio giudiziario da parte dei Presidenti (fissazione delle udienze, assegnazione dei fascicoli ai relatori) è gestita in via informatica. Tuttavia, l'impatto di tale automazione non è da sottovalutare tenuto conto i problemi di eccessiva durata dei processi in Italia.

Nonostante si atteggi in maniera diversa rispetto a quanto occorso nell'ambito dell'organizzazione dell'attività di amministrazione attiva, la digitalizzazione della funzione giurisdizionale comporta in ogni caso un significativo mutamento del rapporto giuridico processuale. Inoltre, molte delle incognite legate prevalentemente all'oggettiva inadeguatezza delle abilità informatiche della popolazione, non dovrebbero configurarsi in ambito giurisdizionale considerato che il rapporto fra l'utente del servizio giustizia e i magistrati che lo erogano è mediato tramite il ruolo professionale del difensore, dotato delle competenze necessarie.

Per quanto riguarda il P.A.T. è possibile affermare che l'automazione delle procedure sarà una frontiera invalicabile, dal momento che appare molto azzardato — quantomeno nel nostro ordinamento costituzionale — arrivare a

---

<sup>33</sup> Vd. M. L. MADDALENA, *La digitalizzazione della vita dell'amministrazione e del processo*, in *Foro amm.*, 2016, p. 2535 ss..

prefigurare evoluzioni nel senso della possibilità di adozione di provvedimenti giurisdizionali automatizzati, come invece sembra avvenire in altri ordinamenti. Il processo telematico non introduce un nuovo modello processuale, ma sostanzialmente soltanto una nuova forma di comunicazione tra i soggetti del processo.

Le questioni problematiche riguardanti gli aspetti tecnici sono state quasi sempre sinora ragionevolmente superate.

Un ulteriore tema di maggiore impatto, ma non di rilevanza giuridica, riguarda il nuovo modo di lavorare dei giudici e degli uffici di segreteria dopo l'avvio del P.A.T.. Si tratta sicuramente di una rivoluzione rispetto ai tradizionali modelli organizzativi del lavoro: di certo molte energie lavorative fino a poco tempo fa occupate dalla gestione dell'ingente mole di carta che accompagnava il processo amministrativo sono state immediatamente liberate. Di converso è stato istituito, nonostante non sia entrato ovunque a pieno regime, l'Ufficio per il processo, il quale dovrà accompagnare il giudice nello studio dei fascicoli e della giurisprudenza.

Allo stesso tempo è cambiato il modo di lavorare del giudice, soprattutto in relazione allo studio dei fascicoli e alle modalità di scrittura delle sentenze. Infatti, bisogna riflettere sul fatto che la maggior parte dei giudici amministrativi non appartiene ad una generazione cd. di "nativi digitali". Quindi, occorre capire se la lettura digitale e non cartacea da parte del giudice potrebbe influire sul suo modo e sul tempo di concentrazione, di memorizzazione e di comprensione del testo. Infatti, ciò potrebbe anche influire sulla redazione della sentenza.

A tale proposito è opportuno sottolineare come in sede di conversione del d.l. n. 168 del 2016, il legislatore abbia inteso disciplinare i criteri per la sinteticità e la chiarezza degli atti di parte, ampliando a tutte le controversie proposte davanti al giudice amministrativo il principio introdotto dall'art. 120 c.p.a. soltanto per i ricorsi in materia di appalti pubblici, prevedendo tramite il decreto del Presidente del Consiglio di Stato l'individuazione dei criteri e dei limiti dimensionali del ricorso e degli altri atti difensivi<sup>34</sup>. Questo significa che, almeno nell'ottica del legislatore, all'utilizzo della telematica nel processo deve corrispondere una riduzione della lunghezza degli atti del processo per motivi tecnici e per permettere più leggibilità.

Per quanto riguarda le differenze tra la lettura su carta e quella su schermo ci sono state recentemente diverse ricerche, che hanno messo in luce vantaggi e svantaggi di tali modalità di lettura. Da esse emerge che, a fronte di una

<sup>34</sup> Cfr. art. 13 *ter* dell'allegato II al c.p.a., introdotto dalla l. 197/2016.

maggior rapidità e facilità di consultazione di internet, propria della lettura su video, essa è tuttavia meno approfondita e potrebbe comportare maggiori difficoltà di memorizzazione e comprensione rispetto alla lettura su carta. Vero è che alla riprova dei fatti si sta registrando un notevole aumento delle sentenze in rito, che consentono al giudice di evitare l'esame nel merito di molte vicende anche complesse; c'è da chiedersi se questa sia una conseguenza della inconscia difficoltà, se non proprio subliminale rifiuto, a studiare in video complesse questioni, che la decisione in rito consente invece di eludere completamente, fermandosi prima.

#### **4. Intelligenza artificiale: rischio o esigenza?**

La Commissione europea sull'efficacia della giustizia (C.e.p.e.j.) ha redatto la «Carta etica europea per l'uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e in ambiti connessi»<sup>35</sup>, in occasione della sua trentunesima sessione plenaria<sup>36</sup>. Si tratta del primo strumento europeo in materia che enuncia i principi sostanziali e metodologici che si applicano all'analisi e al trattamento delle decisioni giudiziarie. La Carta mira ad essere un punto di riferimento per l'attività dei soggetti privati e pubblici del settore giudiziario, sia per quanto concerne lo sviluppo concreto di applicazioni di intelligenza artificiale sia per l'elaborazione di politiche pubbliche che riguardano l'integrazione di queste applicazioni nel sistema giudiziario. I principi della «Carta» sono: il rispetto dei diritti fondamentali; il principio di non discriminazione; la trasparenza, qualità e sicurezza del trattamento dei dati; la garanzia della neutralità e la tutela dell'integrità intellettuale; infine, il principio del controllo delle proprie scelte da parte dell'utente<sup>37</sup>.

A tal punto, è necessario domandarsi se anche alle decisioni del Consiglio di Stato e del T.A.R. Lazio possano applicarsi i nuovi strumenti di tecnologia e, in particolare, se possano essere affidate all'intelligenza artificiale. Al proposito bisogna evidenziare dei profili attinenti al rapporto tra giurisdizione amministrativa e intelligenza artificiale.

In primo luogo, il giudizio amministrativo ha per oggetto archetipico non dei semplici fatti, ma una precedente decisione che è presa all'esito di una

<sup>35</sup> [www.coe.int/fr/web/cepej/cepej-european-ethical-charter-on-the-use-of-artificial-intelligence-ai-in-judicial-systems-and-their-environment](http://www.coe.int/fr/web/cepej/cepej-european-ethical-charter-on-the-use-of-artificial-intelligence-ai-in-judicial-systems-and-their-environment).

<sup>36</sup> Strasburgo, 3-4 dicembre 2018.

<sup>37</sup> S. GABORIAU, *Libertà e umanità del giudice: due valori fondamentali della giustizia. La giustizia digitale può garantire nel tempo la fedeltà a questi valori?*, in *Questione Giustizia*, n. 4, 2018.

valutazione funzionale all'interesse pubblico<sup>38</sup>. In secondo luogo, nella regolazione dei fenomeni, il legislatore ricorre a modelli normativi aperti, in cui trovano posto clausole generali e concetti giuridici indeterminati che il giudice deve "riempire"<sup>39</sup>, così come alcuni canoni ermeneutici o valutativi. Alcuni esempi sono le tradizionali fattispecie sintomatiche di eccesso di potere (quale illogicità, inadeguatezza della motivazione, istruttoria insufficiente), ma anche i canoni di ragionevolezza, di adeguatezza o proporzionalità, il bilanciamento tra gli interessi coinvolti che il giudice deve operare (sicuramente in sede cautelare e in sede di esecuzione delle sentenze sugli appalti). Di conseguenza bisogna chiedersi quanti di tali indicatori di (il)legittimità è possibile misurare e quindi è possibile "trasferire" ad un algoritmo<sup>40</sup>.

Così, non sarebbe agevole applicare le nuove tecnologie alla valutazione del *periculum in mora* e alla motivazione della sentenza<sup>41</sup>.

Al giorno d'oggi esistono svariate perplessità sulla possibilità di un giudice "robotizzato" o di una sentenza che sia il prodotto dell'intelligenza artificiale. Anzi, sarebbe un "genocidio" se mai si realizzasse l'ipotesi della sostituzione dei giudici con i robot<sup>42</sup>.

L'incertezza predittiva ha spinto molti<sup>43</sup> ad approfondire il tema della giustizia predittiva<sup>44</sup>. Con tale concetto si intende la possibilità di prevedere l'esito di un

---

<sup>38</sup> Una decisione giudiziaria è, essenzialmente, la selezione dei fatti rilevanti da parte del giudice, l'interpretazione e l'applicazione delle norme giuridiche a tali fatti.

<sup>39</sup> Nella relazione d'inaugurazione dell'anno giudiziario 2018 del Consiglio di Stato dal presidente Alessandro Pajno osserva: «E così le controversie politiche diventano giuridiche, anzi giudiziarie, ed il giudice rischia di essere il decisore pubblico di ultima istanza, chiamato a pronunciarsi non sulla legittimità dei provvedimenti sottoposti al suo esame, ma sul conflitto politico e sociale che è sotteso alla controversia esaminata». È quindi difficile da immaginare e d'accettare che decisioni di tal fatta possano essere prese da una macchina per quanto sofisticata.

<sup>40</sup> F. PATRONI GRIFFI, *La decisione robotica e il giudice amministrativo*, Intervento al Convegno "Decisione robotica", organizzato nell'ambito dei Seminari 'Leibniz' per la teoria e la logica del diritto – Roma, Accademia dei Lincei, 5 luglio 2018.

<sup>41</sup> Cfr. sul punto D. DALFINO, *Stupidità (non solo) artificiale, predittività e processo*, in *Questione giustizia*, n. 3, 2020.

<sup>42</sup> M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, in *Rivista A.I.C.*, n. 3, 2018: «Ma perché mai sostituire un robot a un giudice? Ipotizzo tre possibili risposte: liberare gli esseri umani dal peso del lavoro; erogare prestazioni più efficienti di quelle che son fornite dall'elemento umano; garantire certezza giuridica».

<sup>43</sup> C. CASTELLI, D. PIANA, *Giustizia predittiva. La qualità della giustizia in due tempi*, in *Questione Giustizia*, n. 4, 2018, p. 153; D. DALFINO, *Creatività e creazionismo, prevedibilità e predittività*, in *Foro it.*, n. 12, 2018, p. 393; L. VIOLA, *Interpretazione della legge con modelli matematici*, Milano, *DirittoAvanzato*, 2018, p. 167. Cfr. A. GAGLIOTTI, *Un modello matematico per l'analisi quantitativa del diritto*, Città del Sole Edizioni, Reggio Calabria, 2011.

<sup>44</sup> Per LEYENBERGER, *Justice of the future : predictive justice and artificial intelligence*, in Cepej newsletter, n. 16, 2018, 1, in "Europe and throughout the world, the justice of the future,

giudizio mediante dei calcoli<sup>45</sup>. In sostanza, si tratta di prevedere la probabile sentenza tramite l'utilizzo degli algoritmi<sup>46</sup>. Il tema della giustizia predittiva è al giorno d'oggi sviluppato in base ad un'impostazione statistica-giurisprudenziale: quando si verificano i precedenti giurisprudenziali si prevedono le future decisioni<sup>47</sup>.

Nel sistema anglosassone la prevedibilità dell'esito di un giudizio è legata alla vincolatività del precedente (espresso dalla formula *stare decisis*). In ogni caso, tale utilizzo presuppone la stabilità e l'uniformità della giurisprudenza che da noi non esistono, nonostante si cerchi di rafforzare la funzione nomofilattica<sup>48</sup>.

Tali dubbi non intendono comunque spingersi sino al punto di negare che l'intelligenza artificiale possa essere d'aiuto sia per limitare i casi di contrasti giurisprudenziali inconsapevoli sia per indirizzare in maniera migliore l'attività forense, tramite la percezione più precisa delle percentuali di successo di un'azione. Tale funzione è una realtà diffusissima che già si coglie riflettendo

---

*predictive justice and artificial intelligence are at the forefront of the debates on the reform of the functioning of judicial systems*".

<sup>45</sup> Per RICCIO, *Ragionando su intelligenza artificiale e processo penale*, in *Archivio Penale*, 3, 2019, è «usanza comune far riferimento alla formula "giustizia predittiva" per riferirsi alla possibilità di prevedere l'esito di un giudizio tramite calcoli e algoritmi e, quindi, per mezzo degli strumenti dell'intelligenza artificiale. È ovvio. Non si tratta di formule magiche, ma del modo di prevedere la probabile decisione di uno specifico caso, attraverso l'ausilio di algoritmi, e risolvere così la vecchia questione del "precedente", che assume rilievo decisivo nei Paesi di common law e nella giurisprudenza per casi, dove ha valore vincolante, non nei sistemi di civil law, dove riveste, invece, un rilievo scarsamente persuasivo e in rari casi anche convincente».

<sup>46</sup> Voce "Giustizia Predittiva", in *Enciclopedia Treccani*. Si veda E. QUARTA, *Il concetto di giustizia nell'era digitale. La nuova frontiera del "predicting judicial decision making" tra luci ed ombre: timori di un "nuovo millennium bug"?*, in *GiustiziaInsieme.it*, 2019. Si veda pure GILLI, *La predittività come strumento per l'efficienza delle amministrazioni territoriali di livello locale*, in *La Nuova procedura Civile*, n. 4, 2018.

<sup>47</sup> Per CHOUCANE, *Justice Prédictive : bouleversement du monde du droit*, in *Mbaci.com*, 2019, la «*justice prédictive est un mélange d'intelligence artificielle (avec des algorithmes prédictifs issues de l'ouverture des bases de jurisprudence en open source) et du droit. La capacité prédictive d'une méthode d'anticipation des décisions futures se base en tout ou partie sur l'analyse des décisions jurisprudentielles passées c'est ce qui constitue l'indicateur de sa valeur scientifique. Cette nouvelle technologie a permis de faire des statistiques, des probabilités sur des solutions à un problème juridique donné: peu importe la solidité d'un dossier client, les décisions juridiques impliquent une part d'aléa qu'il est possible de mesurer, d'évaluer les chances de gagner un procès ou les risques juridiques, de déterminer un montant éventuel des indemnités. Cette révolution résulte donc d'un rassemblement entre technique, science et justice*».

<sup>48</sup> Ad esempio, la questione della competenza ad emanare ordinanze di rimozione dei rifiuti (art. 192, comma 3, del d. lgv. 3 aprile 2006, n. 152) per anni ha trovato soluzioni divergenti in giurisprudenza.



sull'essenza dei meccanismi di funzionamento delle banche-dati che gli operatori del diritto consultano ogni giorno<sup>49</sup>.

Come precedentemente detto, la stabilità della giurisprudenza è *conditio sine qua non* per l'intelligenza artificiale nell'ambito giudiziario. Un ulteriore scontato presupposto è la stabilità della legislazione<sup>50</sup>, ma anch'essa non esiste in Italia, neppure laddove la certezza del diritto dovrebbe essere connaturale all'ordinamento: come nel diritto penale investito invece da ripetuti flussi di legislazione dell'emergenza (spesso confusa e non coordinata con il sistema del codice), prodotta per contrastare il terrorismo, la criminalità organizzata, l'immigrazione clandestina, la corruzione, ma che sembra a volte perdere di vista il basilare canone della proporzionalità della pena<sup>51</sup>.

Infine, una notazione concerne l'essenza stessa del processo amministrativo.

Il processo penale e il processo civile sono dei giudizi che si rivolgono al passato, in cui si punisce un reato, in un caso, si risarcisce un torto, nell'altro, ma quello processo amministrativo è diverso: «il giudizio [amministrativo] è un episodio nel flusso dell'attività amministrativa; non è la fine della vicenda, ma il suo nuovo inizio e ciò anche quando il ricorrente è vittorioso»<sup>52</sup>. Infatti, nel caso in cui è portatrice di un interesse pretensivo, è la stessa parte che ha interesse nella riattivazione dell'azione dell'amministrazione, in quanto senza di essa non potrà soddisfare le proprie pretese; invece nel caso in cui abbia agito soltanto per opporsi all'*agere* amministrativo, l'interesse pubblico in nome del quale sono stati emanati provvedimenti illegittimi non è scomparso, ma non è stato soddisfatto tramite gli atti annullati dal giudice. Se, ad esempio, era stata programmata la costruzione di una strada, ma l'impugnata espropriazione è risultata illegittima, la strada dovrà essere costruita in ogni caso (magari con altri atti, con un altro

---

<sup>49</sup> Considerazioni analoghe, nell'ambito di una critica all'ipotesi dell'intelligenza artificiale, incentrata sulla *humanitas*, sono espresse da M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, cit., pag. 892.

<sup>50</sup> C. CASTELLI, D. PIANA, *Giustizia predittiva. La qualità della giustizia in due tempi*, cit.: «Questo ragionamento di massima va però declinato all'interno della specificità dei sistemi giuridici e giudiziari, tenendo conto di un fattore rilevante: la variabilità della normativa stessa. In ambiti in cui la revisione del quadro normativo costringe le istituzioni che sono responsabili della attuazione di questa ad una azione di aggiustamento, interpretazione e adattamento funzionale la possibilità di prevedere gli orientamenti giurisprudenziali si riduce a fronte degli ambiti o dei periodi nei quali la normativa è consolidata».

<sup>51</sup> È un tema molto dibattuto tra gli studiosi del diritto penale che tocca anche la *restorative justice* (per un quadro d'insieme: *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista* in [archiviopdc.dirittopenaleuomo.org/d/5087-la-societa-punitiva-populismo-diritto-penale-simbolico-e-ruolo-del-penalista](http://archiviopdc.dirittopenaleuomo.org/d/5087-la-societa-punitiva-populismo-diritto-penale-simbolico-e-ruolo-del-penalista)).

<sup>52</sup> M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, il Mulino, Bologna, 1983, pagg. 36 e 392.



percorso o accorgimenti) per rispondere alle esigenze di mobilità che l'amministrazione aveva avvertito.

Tale fenomeno è stato anche ricostruito dai processualisti, che hanno individuato l'effetto conformativo della sentenza. Per di più, il concetto è stato ampliato alla luce delle ricadute extraprocessuali del giudizio, arrivando alla definizione dell'effetto conformativo esterno il quale prescinde dalle parti del giudizio. Infine, dà concrete direttive di interpretazione e di applicazione delle norme alle pubbliche amministrazioni che dovessero gestire vicende simili<sup>53</sup>.

Con tali premesse non esiste un'intelligenza artificiale in grado di competere con le conoscenze, l'esperienza, il buon senso, l'equilibrio e la flessibilità della mente umana. Tuttavia, non è da escludere che la decisione robotica troverà ingresso nei sistemi giudiziari. In tal caso, si dovrà avere la consapevolezza che si è compiuta una radicale scelta culturale in favore di un modello anglosassone di giurisdizione che vede la funzione del processo nella definizione della controversia, abbandonando l'idea continentale per la quale bisogna decidere su chi ha torto o ragione, chi agito *contra ius* oppure secondo diritto<sup>54</sup>.

Per una valutazione costi-benefici, è necessario chiarire le controindicazioni. Alcune sono effetti che sono in comune a tutti i settori e sono la memorizzazione<sup>55</sup> e la varietà lessicale. Da un lato, affidare alla macchina delle semplici fasi di calcolo dei tempi del processo (decadenza, perenzione), del risarcimento e simili comporta il rischio che si perda il controllo pieno dei parametri<sup>56</sup>. Dall'altro, un impoverimento del linguaggio può essere legato ai programmi di correzione ortografica e grammaticale, che sono dotati di un vocabolario *standard*, e costituisce il precipitato logico di una tendenza alla

---

<sup>53</sup> D. DALFINO, *Stupidità (non solo) artificiale, predittività e processo*, cit.: «Il punto è proprio questo: il robot agisce in base ad un pensiero che non è il suo, pensa un pensiero che non gli appartiene, un pensiero elargitogli dall'uomo; se si vuole si può dire che pensa un passato senza futuro, perché il futuro si costruisce partendo sì dall'esperienza (ammesso che il robot sia in grado di maturarla), ma anche dalla comprensione del significato e delle conseguenze, anche in termini etici, delle azioni che si compiono. Ma per fare questo occorre anche un'autocoscienza».

<sup>54</sup> Cfr. A. GARAPON, *Lo Stato minimo. Il neoliberalismo e la giustizia*, Raffaello Cortina editore, Milano, 2012, pag. 48 ss.

<sup>55</sup> Il tema potrebbe richiamare alla mente *Fahrenheit 451* di Ray Bradbury e il film del 1966 che ne fu tratto, diretto da François Truffaut con Oskar Werner e Julie Christie; più prosaicamente, per prendere consapevolezza delle conseguenze negative, è sufficiente riflettere su quanti numeri di telefono si ricordavano in passato e quanti si rammentano oggi avendo a disposizione la rubrica integrata nel cellulare.

<sup>56</sup> Cfr. sul punto G. ADAMO, *Innovazione tecnologica, azione amministrativa e organizzazione della P.A.*, seminario "Innovazione tecnologica, azione amministrativa e organizzazione della p.A." tenutosi a Bari, Palazzo Fizzarotti, 22 gennaio 2020

normalizzazione che rendere più facile la riconoscibilità di una sentenza come rientrante in un determinato orientamento giurisprudenziale<sup>57</sup>.

Il problema è che una giurisprudenza che si vuole prevedibile, deve essere necessariamente statica e conservatrice e resistere ad ogni spinta evolutiva, ossia deve essere il prodotto di *input* che vengono dal passato senza finestre sul futuro<sup>58</sup>. Questo costituisce l'inconveniente più grave; nel nostro Paese, in cui il disordine normativo e la disomogeneità della giurisprudenza rendono il passato (informaticamente trasformato in *input*) incerto quasi quanto il futuro, il risultato è inaccettabile.

Tale conclusione non significa però un rifiuto *a priori* dell'uso della "macchina" nel processo giurisdizionale, che invece può aiutare sia nello studio della causa (mediante le banche-dati perfezionate tramite meccanismi di autoapprendimento) sia nella preparazione degli atti, inclusa la sentenza (avvalendosi di formulari informatici integrati con le banche-dati). Tuttavia, non si può pensare che la robotica possa essere messa al posto della realtà umana, intellettuale e psicologica dei protagonisti del processo. Allo stesso modo, è difficile immaginare che i giudizi (specialmente quelli prognostici) possano nascere meccanicamente dalla rielaborazione di *input*; ciò porterebbe a privare ogni significato, speranza e prospettiva alla volontà e al libero arbitrio, alla libertà e all'umanità dei soggetti coinvolti.

Inoltre, il controllo del rispetto dei requisiti di imparzialità e terzietà del giudice, nel loro insieme, avviene mediante la pubblicità, fatte salve giustificate eccezioni. Lo sguardo di terzi, quali i cittadini o la stampa, sul funzionamento della giustizia, soprattutto nelle aule di tribunale, è una garanzia indispensabile a una giustizia democratica. Al contrario, non è possibile vedere il funzionamento di un algoritmo<sup>59</sup>. Il problema è che tale sistema è una "scatola nera" e contiene profili di valutazione ai quali il privato non ha accesso.

Non è da escludere che nel lungo periodo non si producano effetti più radicali, pur procedendo con molta prudenza nell'utilizzo dell'intelligenza artificiale<sup>60</sup>. In

<sup>57</sup> G. ADAMO, *La redazione della sentenza nell'era del processo digitale*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it) e in *Diritto e processo amministrativo*, 2019, pag. 757, spec. pag. 775.

<sup>58</sup> C. BARBARO, *Uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari: verso la definizione di principi etici condivisi a livello europeo?*, in *Questione giustizia*, n. 4, 2018.

<sup>59</sup> Sul problema dell'utilizzo degli algoritmi e della loro regolamentazione vedi A. CELOTTO, *Algoritmi e algoretica: quali regole per l'intelligenza artificiale?*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, 27 marzo 2020.

<sup>60</sup> Nel futuro si potrebbe parlare anche dell'attribuzione della soggettività giuridica ai robot. Sul punto A. CELOTTO, *I robot possono avere diritti?*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 1, 2019

tale prospettiva, in futuro potranno anche essere elaborati criteri per distinguere, mediante appositi filtri, le controversie che possono essere decise attraverso un robot da quelle destinate a seguire canali tradizionali.

Le prime presumibilmente potrebbero essere le cause di carattere prettamente economico oppure applicative di una normazione stabile, interpretata da una giurisprudenza consolidata (si pensi alla materia dei diritti reali o ai casi che prevedono il decreto ingiuntivo<sup>61</sup>). In ogni caso, la decisione frutto degli algoritmi dovrebbe essere richiesta dalle parti, che rinunciarebbero con consapevolezza al contraddittorio e all'oralità tutelata dal processo classico a favore della celerità nella risoluzione del conflitto<sup>62</sup>.

Tra le seconde, un ruolo rilevante dovrebbe essere assunto da quei contenziosi in cui, anche se il valore della causa è elevato, prevalgono gli aspetti personali<sup>63</sup>. La necessità di rapidità è stabilita con il nuovo art. 111 Cost. e con il principio della ragionevole durata del processo. Tuttavia, la rapidità nel diritto ha un costo. Come è dimostrato nel processo amministrativo, composto da riti abbreviati o accelerati di varia natura, ridurre i termini processuali ha molti inconvenienti: accelerare una controversia vuol dire rallentarne un'altra; la rapidità può danneggiare la qualità, il che pone dei problemi di legittimità costituzionale, in quanto la giurisdizione deve soddisfare un diritto fondamentale come quello di difesa. In conclusione, la maggiore rapidità della decisione robotica potrebbe importare soltanto a condizione che la prestazione robotica e quella umana si equivalgono in termini qualitativi e soddisfano il principio della tutela giurisdizionale effettiva che la giurisprudenza valorizza.

Poiché qualunque macchina può sbagliare<sup>64</sup>, non è possibile soddisfare appieno il bisogno di certezza che potrebbe giustificare la sostituzione del giudice-umano con il giudice-robot.

---

<sup>61</sup> In questo campo, l'Italia vanta un'esperienza non episodica perché, già nei primi anni '80, l'Istituto per la documentazione giuridica del C.N.R. di Firenze (in ultimo confluito nell'Istituto di informatica giuridica e sistemi giudiziari) condusse una ricerca sperimentale sul decreto ingiuntivo robotico, come mi spiegarono, ricevendomi con grande disponibilità in una torrida giornata del 1983, Costantino Ciampi e Isabella D'Elia, responsabili del progetto.

<sup>62</sup> G. ADAMO, *Innovazione tecnologica, azione amministrativa e organizzazione della P.A.*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 6 marzo 2020.

<sup>63</sup> Un tipico esempio è costituito dalle liti ereditarie.

<sup>64</sup> Già A. TURING, *Proposal for the Development in the Mathematics Division of an Automatic Computing Engine (ACE). Part I: Descriptive Account*, rapporto all'Executive Committee del National Physics Laboratory, 1945, elencava tre possibili fattori di errore: difetti dell'impianto; interferenze temporanee; tavole di istruzione non corrette. A sua volta, J. v. NEUMANN, *Computer e cervello*, Il Saggiatore, Milano, 2014 p. 82, aveva opportunamente messo in luce come nelle procedure di calcolo complesse gli errori possono sovrapporsi e moltiplicarsi.

## 5. Brevi conclusioni

La società attuale è connotata dall'ingente uso della tecnologia. Si assiste ad una sempre maggiore diffusione del cd. *cyber* spazio, in cui operano un numero crescente di società, aziende e professionisti. Di conseguenza, la comunità giuridica non può restare fuori da tale processo di sviluppo, poiché il commercio elettronico dominerà nel nostro futuro. Un numero crescente di azioni umane sono state sostituite, o lo saranno, dal ricorso alle *I.C.T.* Sarebbe, però, fantascienza immaginare che un *cyber* giudice sostituirà le aule di giustizia. Sul piano processuale, una decisione di un giudice-robot può essere adottata nel nostro giudizio come supporto alla decisione del giudice, per esempio in materia di calcolo del danno da perdita di chance, più che come decisione sostitutiva di quella del giudice<sup>65</sup>.

La normativa in vigore, riferendosi al diritto di tutti che la propria causa sia esaminata da parte di un "tribunale indipendente ed imparziale" e prevedendo che ogni processo debba svolgersi davanti ad un "giudice terzo e imparziale"<sup>66</sup>, esclude la possibilità che la decisione di un processo, che sia amministrativo, civile o penale, dipenda da un giudice robot. La soluzione è quella di non fermare il progresso, in quanto sarebbe un grave errore non sfruttare la speditezza e la semplicità che la nuova tecnologia offre.

Di notevole rilevanza è anche il principio di trasparenza delle metodologie e delle tecniche usate nel trattamento delle decisioni giudiziarie. Qui si pone l'accento sull'esigenza di rendere accessibili e comprensibili le tecniche di trattamento dei dati, così come di autorizzare delle verifiche (*audits*) esterne da soggetti indipendenti, per individuare delle distorsioni. È anche incoraggiato un sistema di certificazione delle varie applicazioni da tali autorità.

Si sottolinea altresì l'esigenza di non subire passivamente e, al contrario, di rinforzare l'autonomia degli utenti nell'utilizzo di strumenti e servizi di intelligenza artificiale: il giudice dovrebbe essere in grado di tornare in ogni momento alle decisioni giudiziarie e ai dati che sono stati usati per produrre un risultato, e continuare ad avere la possibilità di discostarsi da esse considerando le particolarità del caso concreto. Ciascun utente dovrebbe essere informato

---

<sup>65</sup> In Francia, si è pensato di offrire strumenti di supporto alla decisione utilizzabili nella sfera giurisdizionale: ne è una riprova la comparsa dei sistemi cd. di «*legaltech*», che offrono ai professionisti nuovi servizi (ricerca di un'informazione giuridica adeguata, valutazione e prevedibilità delle decisioni, etc.). Oggi esistono più di 75 *start-up legaltech*.

<sup>66</sup> Art. 6, co. 1, Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e art. 111, co. 2 Cost

riguardo alla natura vincolante o meno delle soluzioni proposte dagli strumenti di intelligenza artificiale, delle diverse scelte possibili e del proprio diritto all'assistenza legale e al ricorso a un tribunale.

Le sfide poste dall'intelligenza artificiale nell'ambito della giustizia potranno essere trattate in modo più efficace solo tramite una fusione delle conoscenze. A tal proposito, la creazione di équipes pluridisciplinari formate da magistrati, ricercatori in scienze sociali e informatici è raccomandata, tanto allo stadio di elaborazione che di pilotaggio e di attuazione delle soluzioni proposte. È essenziale verificare che le applicazioni proposte (spesso da imprese private) abbiano un valore aggiunto per gli utenti e che contribuiscano effettivamente alla realizzazione degli scopi fissati dal servizio pubblico della giustizia. Per tale ragione è raccomandabile un graduale approccio nell'integrazione dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari.

È necessario cogliere le opportunità offerte dalla tecnologia ed iniziare, ad esempio ad ipotizzare l'uso dell'informatica come strumento alternativo e a base volontaria di risoluzione delle controversie di natura commerciale più semplici, come nel caso dell'esperienza inglese, il che potrebbe tradursi in uno strumento di giustizia rapido ed efficiente<sup>67</sup>.

Non è possibile ignorare le «ragioni della stabilità»; lo esigono elementari bisogni di garanzia, la necessità di assicurare l'uguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge, il bisogno di permettere ad ognuno di orientare le proprie condotte anche in relazione alle conseguenze che ne possono scaturire. In tale prospettiva è necessario che la giurisdizione si interroghi sul come assicurare la prevedibilità del diritto<sup>68</sup>.

Per contro, non è possibile ignorare nemmeno le «ragioni del cambiamento»: bisogna evitare che la prevedibilità del diritto sia soltanto lo strumento utilizzato per "poter garantire la impietosa disuguaglianza fra ricchi e poveri", in una visione fortemente riduttiva di una realtà sociale e giuridica di straordinaria ricchezza e complessità.

Quindi, quando è la complessità della realtà ad imporlo, i giudici devono garantire il rispetto delle promesse costituzionali, ricordando come la Carta costituzionale sia una polemica non soltanto contro il tragico passato pre-repubblicano, ma – come insegna l'articolo 3 – anche una «polemica contro il

---

<sup>67</sup> Cfr sul punto A. DELL'ORFANO, *Il processo telematico nell'esperienza giudiziaria statunitense ed europea*, [www.giustizia.lazio.it](http://www.giustizia.lazio.it).

<sup>68</sup> Da qui il rilievo dei ragionamenti sui concreti meccanismi di funzionamento della nomofilachia e sugli strumenti – anche tecnici – che possono aiutare la giurisdizione ad essere più prevedibile

presente, contro la società presente. (...) Dà un giudizio, la Costituzione – un giudizio polemico – contro l'ordinamento sociale attuale, che bisogna modificare attraverso questo strumento di legalità, di trasformazione graduale, che la Costituzione ha messo in mano ai cittadini italiani. Ma non è una Costituzione immobile, che abbia fissato un punto fermo, è una Costituzione che apre le vie verso l'avvenire. (...) è una Costituzione rinnovatrice, progressiva, che mira alla trasformazione di questa società»<sup>69</sup>.

Per condurre una sfida simile – quella di contemperare le ragioni del cambiamento con quelle della stabilità – è necessario sguardo attento sulla realtà, rigore tecnico, intelligenza interpretativa, indipendenza, onestà intellettuale e anche coraggio civile. Una macchina forse non basta, nonostante sia intelligente, prevedibile e veloce<sup>70</sup>.

---

<sup>69</sup> Così P. CALAMANDREI, *Discorso sulla Costituzione agli studenti milanesi*, 26 gennaio 1955.

<sup>70</sup> A. NATALE, *Introduzione. Una giustizia (im)prevedibile?*, in *Questione Giustizia*, n. 4, 2018.

## Big data e Privacy: le nostre scelte influenzate dal mercato.

di Francesco CIRILLO\*

**SOMMARIO:** **1.** Che cos'è il marketing. **2.** Il legittimo interesse come base giuridica del trattamento. **3.** Big data. **4.** Pseudonimizzazione e Anonimizzazione. **5.** Rischi per la privacy.

**ABSTRACT:** *The digital world has manipulated the market by pushing companies to use web channels to develop their commercial network, adapting production processes and sales strategies each time to the needs and preferences of consumers. Therefore, the aim is no longer to find the right customers for the product, but the right product for the customers whose personal data represents the true business of the 21st century. Big data, indeed, through a series of predictive analyzes, take on the connotation of a knowledge that can be exploited for various purposes, allowing companies to adopt targeted marketing strategies. However, beyond the advantages that databases offer in terms of competition on the market, the risks that the aggregation of data could entail for the interests and freedoms of individuals must also be duly taken into account.*

### 1. Che cos'è il *marketing*.

Il termine *marketing* deriva dal verbo inglese "to market", ovvero immettere e rendere adatto per il mercato, a cui viene aggiunta la desinenza del gerundio per indicare la partecipazione attiva, cioè l'azione sul mercato stesso da parte delle imprese. Si tratta di un ramo dell'economia che si occupa dello studio e della descrizione di un mercato di riferimento, ed in generale dell'analisi dell'interazione del mercato e degli utenti di un'impresa.

In questa prospettiva, lo sviluppo scientifico e tecnologico hanno contribuito a introdurre nuove e più diversificate modalità di interazione tra imprese e clienti osservando una sempre crescente centralità del cliente. Con il passare del tempo, infatti, il *marketing* transazionale è stato definitivamente soppiantato dal *marketing* relazionale. In altre parole, si è passati dall'impresa *production oriented*, focalizzata sulla produzione e sul prodotto, a quella *marketing oriented*, focalizzata sul cliente.

---

\* *Dottore in Giurisprudenza. Abilitato come D.P.O.*

Se la prima persegue obiettivi di fatturato e punta a vendere tutto ciò che ha prodotto sulla base della sola potenzialità produttiva, la seconda mira a ottenere profitto producendo solo ciò che ritiene di poter vendere in base alle esigenze della propria domanda di riferimento.

Ritenere di poter raggiungere la centralità del cliente solo attraverso un eccellente *customer service* è sbagliato, più nel dettaglio, l'attività prioritaria dell'impresa è quella di individuare e stimolare i bisogni dei consumatori e di promuovere servizi o prodotti idonei a soddisfarli, avendo la premura di adattare di volta in volta i processi produttivi e le strategie di vendita al variare dei desideri e delle preferenze dei clienti. Lo scopo, dunque, non è trovare clienti giusti per il prodotto, ma il prodotto giusto per i clienti, quindi, il raggiungimento degli obiettivi dell'impresa risiede nella capacità di sviluppare, comunicare e rendere disponibile ai clienti la propria offerta di valore ottenendo in cambio un valore.

In estrema sintesi, possono essere fornite varie definizioni a seconda del ruolo che il *marketing* svolge o del punto di vista dal quale si vogliono analizzare le sue funzioni, così, focalizzando l'attenzione sul suo ruolo all'interno della società avremo un «Processo sociale attraverso il quale gli individui e i gruppi ottengono ciò di cui hanno bisogno attraverso la creazione, l'offerta e lo scambio di prodotti e di servizi di valore»<sup>1</sup>.

Appare ancora più interessante la definizione che Kotler dà dal punto di vista manageriale, poiché sottolinea un aspetto surclassato dalla diffusa credenza che il marketing sia l'arte di vendere il prodotto, pertanto, secondo questa definizione, il *marketing* sarebbe «La capacità di creare il prodotto giusto sulla base dell'analisi delle ricerche di mercato»<sup>2</sup>.

Con l'avvento della tecnologia digitale, il *marketing* si apre ad una nuova definizione venendo inteso come l'insieme delle attività che utilizzano i canali *web* per sviluppare la propria rete commerciale, analizzare i *trend* di mercato, prevederne l'andamento e creare offerte sul profilo del cliente *target*. Quanto all'aspetto transazionale, riferendoci all'ambito digitale, dobbiamo tener presente che la moneta resa in cambio della prestazione o del servizio non necessariamente si concretizza in una somma di denaro, ma spesso si sostanzia nella fornitura da parte del cliente dei propri dati, i quali sono considerati dato

---

<sup>1</sup> P. KOTLER, *Il marketing secondo Kotler. Come creare, sviluppare e dominare i mercati*, Gruppo 24 ore, Milano, 2011.

<sup>2</sup> P. KOTLER, *Il marketing secondo Kotler. Come creare, sviluppare e dominare i mercati*.



il grandissimo valore d'uso ma anche di scambio come "il petrolio del 21esimo secolo".

Ecco spiegato, il come oggi facciamo ad esistere numerose piattaforme che si rivolgono a monte e a valle a soggetti diversi riuscendo a sorreggersi sul piano del *business*, perché, attraverso gli effetti di rete permettono di massimizzare i profitti di coloro che si rivolgono al mercato, offrendo un'ampia rete di consumatori a valle. Un esempio può essere *Amazon Market Place* che aggrega le offerte di vendita di una pluralità di soggetti, tra i quali la stessa *Amazon*, e che lucra sul fatto di riuscire ad offrire grazie alla propria visibilità l'accesso ad un parco di clienti altrimenti inimmaginabile. Questo sistema funziona proprio perché il passaggio dagli utenti a valle, agli utenti a monte attraverso la piattaforma presuppone l'accesso e quindi l'analitica ed il controllo di miriadi di dati personali definiti come:

«qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile; si considera identificabile la persona fisica che può essere identificata direttamente o indirettamente, con particolare riferimento a un identificativo come il nome, un numero di identificazione, dati relativi all'ubicazione, un identificativo online o a uno o più elementi caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale o sociale»<sup>3</sup>.

In sostanza, i dati personali sono la ragione che permette a molti operatori economici di porre in essere un'organizzazione di servizi a titolo gratuito, la stessa *Google* ad esempio, si regge su due pilastri fondamentali quali: vendita di spazi pubblicitari e possibilità di accedere ai dati per analizzarli e rivenderli in forma aggregata ad una molteplicità di domandanti sul mercato, essendo questi ormai considerati uno strumento analitico cruciale per una pluralità di azioni predittive in senso commerciale o in senso politico.

## **2. Il legittimo interesse come base giuridica del trattamento.**

Per le attività di *marketing* la base giuridica principe è il consenso che in base al Considerando 32 del Gdpr «dovrebbe essere espresso mediante un atto positivo inequivocabile con il quale l'interessato manifesta l'intenzione libera, specifica, informata di accettare il trattamento dei dati personali che lo riguardano» pertanto, l'esecuzione di un contratto compresa la prestazione di un servizio non può essere condizionata al rilascio del consenso al trattamento perché, se così fosse, verrebbe meno la validità dello stesso.

---

<sup>3</sup> Art. 4 Gdpr.

In caso di *marketing* diretto, il titolare dei dati ha il diritto in qualsiasi momento e gratuitamente di opporsi al trattamento dei propri dati attraverso la revoca del consenso, tuttavia, come base giuridica alternativa alle altre previste dall'art. 6 del Gdpr, troviamo il legittimo interesse, per il perseguimento del quale, il titolare potrebbe procedere al trattamento anche in assenza del consenso da parte dell'interessato, di un rapporto contrattuale o di misure precontrattuali, di obblighi legali, di esigenze di salvaguardia di interessi vitali del soggetto titolare dei dati o di altra persona fisica, di esercizio di poteri pubblici.

Trattandosi di un nuovo istituto, appare utile, per comprenderne la portata e le modalità di attuazione, rifarsi ai contenuti nel Gdpr i quali menzionano le ragioni per cui è stato introdotto e propongono esempi concreti di una sua applicazione.

In particolare, il Considerando 47 del Gdpr chiarisce che per la valutazione della sussistenza di un legittimo interesse del titolare è necessario prendere in considerazione le "ragionevoli aspettative dell'interessato in base alla sua relazione con il titolare del trattamento". Tale valutazione che nell'impostazione del Regolamento Europeo è svolta autonomamente dal titolare, di conseguenza deve basarsi su ciò che l'interessato potrebbe ragionevolmente attendersi rispetto al trattamento dei propri dati da parte del titolare con cui abbia rapporti. Il Gdpr elenca alcuni esempi di legittimo interesse, tra cui rapporto tra cliente/fornitore o tra datore di lavoro e dipendente, in cui è evidente che il titolare dei dati non può non aspettarsi che venga effettuato il trattamento dei propri dati personali proprio per la necessità di perseguire legittimi interessi.

Il Considerando in esame, inoltre, prevede espressamente che «può essere considerato legittimo interesse trattare dati personali per finalità di *marketing* diretto» così facendo, però, apre una "finestra di incertezza" su uno scenario già di per se poco chiaro, ingenerando la convinzione che per attività di *marketing* diretto, non sarebbe più necessario acquisire il consenso, in quanto, appunto, il legittimo interesse del titolare costituirebbe ormai la base giuridica per lo svolgimento di tale attività.

In realtà, deve sin da subito precisarsi, che detta interpretazione non può essere considerata corretta almeno fino a quando resterà in vigore la direttiva 2002/58/CE cd. Direttiva *e-Privacy*, che disciplina specificamente il trattamento dei dati personali nel settore delle comunicazioni elettroniche. Quindi, la semplice menzione da parte del Considerando 47 dell'attività di *marketing* diretto quale attività ipoteticamente idonea a far venir meno la necessità di acquisire il consenso dell'interessato, deve essere letta sia alla luce di quanto

chiarito nel medesimo Considerando, sia tenendo in considerazione il rapporto tra il Gdpr e la direttiva sopra citata.

L'art. 95 del Regolamento n. 679/2016, infatti, prevede che il Gdpr: «non impone obblighi supplementari alle persone fisiche o giuridiche in relazione al trattamento nel quadro della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico su reti pubbliche di comunicazione nell'Unione, per quanto riguarda le materie per le quali sono soggette a obblighi specifici aventi lo stesso obiettivo fissati dalla direttiva 2002/58/CE».

Il rapporto tra le due norme di rango comunitario è preso in considerazione anche dal Considerando 173, che, nel chiarire appunto la "neutralità" del Gdpr rispetto agli obblighi specifici previsti dalla direttiva *e-Privacy*, espressamente dichiara la necessità di riesaminare la disciplina dettata da tale direttiva per assicurarne la coerenza con il Gdpr, riesame che in realtà è già in atto avendo presentato la Commissione Europea, nel gennaio 2017, una proposta di regolamentazione specifica della materia cd. Regolamento *e-Privacy*.

La direttiva *e-Privacy*, pertanto, rimane applicabile anche dopo l'entrata in vigore del Gdpr ed è stata recepita nel nostro ordinamento nel Titolo X del Codice per la protezione dei dati personali<sup>4</sup>.

Con specifico riferimento all'attività di *marketing* diretto, quindi, sono tuttora applicabili le regole dettate dall'art. 130 d.lgs. n. 196/2003, secondo cui:

per l'utilizzo di sistemi automatizzati di chiamata o di comunicazione di chiamata senza l'intervento di un operatore, per l'invio di materiale pubblicitario o di vendita diretta o per il compimento di ricerche di mercato o di comunicazione commerciale rimane necessario acquisire il consenso del contraente o utente (anche persone giuridiche) e ciò anche se effettuato mediante posta elettronica, telefax, messaggi del tipo *Mms* o *Sms* o di altro tipo; qualora non vengano utilizzati sistemi automatizzati, l'attività di *direct marketing* è consentita solo nei confronti di coloro che non abbiano esercitato il diritto di opposizione tramite iscrizione all'apposito registro.

Il consenso non è necessario quando il titolare, ai fini di vendita diretta di propri prodotti o servizi, utilizza le coordinate di posta elettronica raccolte dall'interessato nel contesto della vendita di un prodotto o di un servizio, purché si tratti di servizi analoghi a quelli oggetto della vendita e non vi sia il rifiuto da parte dell'interessato a tale uso, inizialmente o in occasione di successive

---

<sup>4</sup> M. NICOTRA, *GDPR, cos'è il "legittimo interesse" e come si applica al marketing diretto*, in [www.agendadigitale.eu](http://www.agendadigitale.eu).

comunicazioni. In ogni comunicazione, inoltre, deve essere data l'informazione della possibilità di opporsi in ogni momento al trattamento cd. *opt out*<sup>5</sup>.

Con la legge di bilancio 2018 e nello specifico ai sensi dell'art. 1, comma 1022, fu stabilito che il trattamento fondato sull'interesse legittimo che prevedeva l'utilizzo di nuove tecnologie o strumenti automatizzati doveva essere previamente comunicato al Garante per la protezione dei dati personali.

Tuttavia, in assenza di risposta da parte dell'autorità di controllo ed entro quindici giorni dalla comunicazione, il titolare avrebbe potuto procedere al trattamento, fermo restando, la possibilità per il Garante di disporre, laddove avesse ravvisato il rischio di una lesione dei diritti e delle libertà degli interessati, una moratoria del trattamento per un massimo di trenta giorni, inclusa la possibilità di ordinare l'inibitoria al trattamento.

Nel complesso, dunque, il combinato disposto delle previsioni del Gdpr, della direttiva n. 2002/58/CE e della procedura di previa informazione stabilita dalla legge di bilancio 2018 fanno ritenere che il legittimo interesse quale base giuridica del trattamento troverà scarsa applicazione.

Oggi, infatti, al di là dell'obbligo di informazione preventiva, peraltro sostituito, in virtù del principio di *accountability*, con gli obblighi previsti dal nuovo regolamento, di tenuta dei registri e valutazioni di impatto autonome da parte del titolare, si può giungere alla seguente conclusione: nel *marketing*, il legittimo interesse va usato con parsimonia, mentre la regola base è il consenso, salvi i casi disciplinati dalla legge di *opt out* e di *soft spam*. Ciò è quanto è lecito desumere dal provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali n. 7 del 15 gennaio 2020.

Il provvedimento si segnala nella parte in cui fornisce un'interpretazione autorevole della base giuridica da applicare ai trattamenti di dati per scopi di *marketing*.

In proposito, il garante evidenzia che il legittimo interesse non può surrogare in via generale il consenso dell'interessato quale base giuridica del *marketing*, infatti, il Gdpr, in continuità con la direttiva 95/46/CE, art. 7, comma 1, lett. f), ammette il legittimo interesse solo «a condizione che non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato che richiedono la protezione dei dati personali». Inoltre, aggiunge il Garante, il medesimo Considerando 47, che pure dichiara applicabile il legittimo interesse al *marketing*, nel contempo esige che si tengano in debito conto le ragionevoli aspettative nutrite dall'interessato in base alla sua relazione con il titolare del

<sup>5</sup> In tal senso v. art. 130 d.lgs. 196/2003.

trattamento. Si desume, perciò, che l'approccio del Gdpr non è di aprire un varco, ma è caratterizzato al contrario da rigore e prudenza. Quindi, quando è applicabile in concreto il legittimo interesse? La conseguenza tratta dal Garante è che l'applicazione della base giuridica del legittimo interesse, presuppone la prevalenza in concreto di quest'ultimo sui diritti libertà e meri interessi degli interessati, cioè dei destinatari delle comunicazioni promozionali non assistite dal consenso.

Il giudizio di prevalenza deve scaturire da un bilanciamento rimesso al titolare ma sempre valutabile dall'autorità di controllo. Su un "piatto della bilancia" si poggerà la finalità del titolare del trattamento e sull'altro il contrappeso rappresentato dai diritti, libertà e interessi, fra cui il diritto alla protezione dei dati, il diritto alla tranquillità individuale dell'interessato, avendo cura di garantire ed agevolare, tra gli altri, il diritto di opposizione.

Corollario dell'impostazione del Garante è che il titolare del trattamento non può ricorrere retroattivamente alla base dell'interesse legittimo in caso di problemi di validità del consenso<sup>6</sup>. Questo, perché il titolare ha l'obbligo di comunicare nell'informativa rilasciata all'interessato in forma concisa, trasparente, facilmente accessibile, chiara e semplice, la base legittimante il trattamento dei dati personali. Tutto ciò, chiaramente, deve avvenire prima della raccolta dei dati da parte del titolare.

### 3. Big data.

Il termine *big data* si riferisce a masse enormi di dati universali per oggetto e soggetto, variabili per capacità auto-generativa, veloci per la formazione *in progress* del patrimonio informativo.

Sulla *querelle* definitoria, la dottrina americana<sup>7</sup> si diceva soddisfatta dalle tre V, quali: volume, varietà e velocità. Oggi, il paradigma di Laney è stato arricchito, dapprima, dalla variabile della *veracity*, ed in seguito se ne è aggiunta una quinta, quella del valore, economicamente inestimabile, anche se questa non è una buona ragione per negare loro questo attributo<sup>8</sup>.

Da un'ottica economica, i *big data* rappresentano un *essential facility* delle cd. imprese operanti in rete, le quali mirano a trasformarsi in *data driven companies*

<sup>6</sup> A. MESSINA, *Il legittimo interesse non è il passepartout per le attività di marketing. La check-list per fare il bilanciamento*, in [www.federprivacy.org](http://www.federprivacy.org).

<sup>7</sup> D. LANEY, *3-D data management: controlling data volume, velocity and variety*, 2001, <https://blogs.gartner.com/doug-laney/files/2012/01/ad949-3D-Data-Management-Controlling-Data-Volume-Velocity-and-Variety.pdf>.

<sup>8</sup> B. MAR, *Big data: The 5 Vs Everyone Must Know, 2014*, in [www.linkedin.com](http://www.linkedin.com).

per prendere decisioni consapevoli basate su dati pertinenti attraverso cui conseguire un vantaggio competitivo<sup>9</sup>.

Al di là dei flussi di dati prodotti dai sistemi informatici e dalle infrastrutture a supporto della produzione, della distribuzione e dell'erogazione dei servizi, i *big data* sono un fenomeno associato a un'evoluzione massiva degli usi e delle abitudini delle persone. Ogni volta che usiamo un computer, accendiamo uno *smartphone* o apriamo un *app* sul *tablet*, lasciamo cadere frammenti della nostra identità, che raccolti e riorganizzati da chi verrà dopo, comporranno il patrimonio virtuale della sua attività di impresa, cioè gioveranno a chi li ha raccolti, non alla persona alla quale i dati appartenevano.

Questa genesi fa dubitare della legittimità di atteggiamenti proprietari sui dati da parte di chi li utilizza per fini lucrativi, perché, reclamare posizioni di esclusiva è incompatibile con la terzietà dei beni rispetto al patrimonio del rivendicante; lì dove le uniche pretese azionabili sono simili a quelle del depositario di un bene altrui, con la conseguente preclusione di ogni aspettativa dominicale sui *big data*<sup>10</sup>.

I dati privi di consenso non hanno alcun valore sul mercato, pertanto, una società che intenda acquistare una banca dati, deve previamente accertare che tutti i contatti in essa contenuti siano "consensati", cioè, deve verificare che tutti i soggetti a cui i dati appartengono abbiano effettivamente manifestato il proprio consenso al trattamento, prestando particolare attenzione ad un eventuale *opt out*.

Per le aziende, ovviamente, le banche profilate hanno un *quid pluris*, consentendo di: creare un miglior profilo del proprio cliente; fare offerte personalizzate; effettuare analisi predittive; ridurre le inefficienze e favorire l'interazione *B2B* e *B2C* nella creazione di nuovi prodotti/servizi facilitando e velocizzando le decisioni strategiche.

Ciò nonostante, chi le possiede, prima di venderle, dovrà accertare se nell'informativa resa ai soggetti interessati era stata prevista l'ipotesi di cederle e se per tale fine era stato ottenuto il consenso a trasferirle a terzi.

È una verità ormai assodata che maneggiare in tempi accettabili queste moli sterminate e di tipologia eterogenea di informazioni contenute nei *data warehouse* è pressoché impossibile.

<sup>9</sup> L. ZANOTTI, *Big data: cosa sono e come le aziende competono con le big data analytics*, in [www.digital4.biz](http://www.digital4.biz).

<sup>10</sup> G. DE MINICO, *Big data e la debole resistenza delle categorie giuridiche. Privacy e lex mercatoria*, in *Il Mulino – Riviste web*, 2019, p. 90.

Dunque, entra in campo il *data mining*, il quale analizza i dati presenti in uno o più *database*, attraverso algoritmi informatici e specifici *software*, riuscendo a scovare, tramite estrapolazione mirata da grandi banche dati (singole o multiple), le associazioni, le anomalie e gli schemi ricorrenti (*pattern*) presenti all'interno delle stesse. In sostanza, fa sì che partendo da informazioni criptiche e disseminate senza un ordine apparente in un *database*, si arrivi ad una conoscenza sfruttabile per vari fini.

Certo è che i dati non rimarranno fermi perché rappresentano il punto di avvio delle analisi predittive, cioè di quelle attività previsionali dirette ad anticipare con prognosi *ex ante* le condotte che intere categorie di soggetti presumibilmente assumeranno secondo la proiezione dell'algoritmo<sup>11</sup>.

Un'azienda che riesce ad estrapolare le informazioni nascoste ha un vantaggio competitivo rispetto ai concorrenti, ed è qui che si coglie la reale utilità del *data mining* che consente di adottare strategie di *marketing* mirato attraverso, ad esempio, la clusterizzazione della clientela, che permette l'individuazione di tipologie di clienti accomunati da abitudini di acquisto e caratteristiche socio-demografiche.

Volendo muovere una critica, si può ritenere che, con l'avvento dei *big data*, le antiche forme di tutela basate sul consenso si rivelano ben presto insufficienti. Chi colleziona dati, pur se consapevole dello scopo della raccolta, è libero di impiegarli per fini diversi da quelli iniziali. Invero, i dati raccolti in forma massiva sono tendenzialmente anonimi ovvero non hanno un titolare, individuato o individuabile, legittimato a prestare il consenso. Pertanto, nelle condizioni di buio totale il nostro consenso<sup>12</sup> informato è diventato un "non consenso".

#### **4. Pseudonimizzazione e Anonimizzazione.**

I nostri dati durante la navigazione sono realmente al sicuro? Nell'ambito del trattamento dei dati personali, quella della identificazione di una persona fisica è di fondamentale importanza perché attorno a tale concetto orbita la stessa applicabilità del Gdpr.

Se, per i più svariati motivi, un titolare del trattamento avesse intenzione di procedere allo scorporo dei dati, rimuovendo la possibile, se pur reversibile,

---

<sup>11</sup> G. DE MINICO, *Big data e la debole resistenza delle categorie giuridiche. Privacy e lex mercatoria*, cit., p. 92.

<sup>12</sup> W. KERBER, *Digital markets, data and privacy: competition law, consumer law and data protection*, in GRUN int, 2016, 641 ss.

identificabilità di una persona fisica, la pseudonimizzazione potrebbe essere la carta vincente<sup>13</sup>.

Invero, quest'ultima, è definita nel disposto dell'art. 4, paragrafo 5 del Gdpr come:

«il trattamento dei dati personali in modo tale che i dati personali non possono più essere attribuiti a un interessato specifico senza l'utilizzo di informazioni aggiuntive, a condizione che tali informazioni aggiuntive siano conservate separatamente e soggette a misure tecniche e organizzative intese a garantire che tali dati personali non siano attribuiti a una persona fisica identificata o identificabile».

In concreto, questa operazione sostituisce alcuni identificatori con pseudonimi o *token*, cioè dati realistici, ma non veritieri.

I dati originali, vengono conservati in un database separato costituito da una tabella delle corrispondenze tra dati originali e gli pseudonimi utilizzati. Tutto ciò, permette di re-identificare le persone fisiche, in quanto il titolare, o il responsabile del trattamento, possiede le informazioni aggiuntive per poter risalire all'identità degli interessati: si parla perciò di un processo reversibile<sup>14</sup>. Ciò, in quanto, i dati pseudonimizzati rappresentano a tutti gli effetti dati personali, nel senso che, l'interessato rimane comunque identificabile attraverso l'elaborazione delle informazioni aggiuntive in possesso del titolare.

È utile richiamare i considerando del Gdpr che arricchiscono, ed aiutano a comprendere, la materia in esame.

Per la prima parte del Considerando 26:

«I dati personali sottoposti a pseudonimizzazione, i quali potrebbero essere attribuiti a una persona fisica mediante l'utilizzo di ulteriori informazioni, dovrebbero essere considerati informazioni su una persona fisica identificabile. Per stabilire l'identificabilità di una persona è opportuno considerare tutti i mezzi, come l'individuazione, di cui il titolare del trattamento o un terzo può ragionevolmente avvalersi per identificare detta persona fisica direttamente o indirettamente. Per accertare la ragionevole probabilità di utilizzo dei mezzi per identificare la persona fisica, si dovrebbe prendere in considerazione l'insieme dei fattori obiettivi, tra cui i costi e il tempo necessario per l'identificazione,

<sup>13</sup> L. MISCHITELLI, *Tecniche di pseudonimizzazione e anonimizzazione: differenze e campi di applicazione*, in [www.cybersecurity360.it](http://www.cybersecurity360.it).

<sup>14</sup> D. STEFANELLO, *Come proteggere i dati personali? Anonimizzazione, pseudonimizzazione e cifratura a confronto*, in [www.iusinitinere.it](http://www.iusinitinere.it).



tenendo conto sia delle tecnologie disponibili al momento del trattamento, sia degli sviluppi tecnologici».

Per il Considerando 28:

«l'applicazione della pseudonimizzazione ai dati personali può ridurre i rischi per gli interessati e aiutare i titolari del trattamento e i responsabili del trattamento a rispettare i loro obblighi di protezione dei dati. L'introduzione esplicita della «pseudonimizzazione» nel presente regolamento non è quindi intesa a precludere altre misure di protezione dei dati».

Infine, in base ai Considerando 29 e 30:

«al fine di creare incentivi per l'applicazione della pseudonimizzazione nel trattamento di dati personali, dovrebbero essere possibili misure di pseudonimizzazione con possibilità di analisi generale all'interno dello stesso titolare del trattamento, qualora il titolare del trattamento abbia adottato le misure tecniche e organizzative necessarie ad assicurare, per il trattamento interessato, l'attuazione del presente regolamento, e che le informazioni aggiuntive per l'attribuzione di dati personali a un interessato specifico siano conservate separatamente. Il titolare del trattamento che effettua il trattamento dei dati personali dovrebbe indicare le persone autorizzate all'interno dello stesso titolare del trattamento».

Dunque, in base al Considerando 29, se si effettua il trattamento di un dato sulla base di un certo presupposto giuridico che può essere il consenso o un contratto, e si vuole effettuare un'analisi di carattere generale su quello stesso dato, la pseudonimizzazione lo consente. Non è vero, quindi, che il dato abbia come unico destino la cancellazione una volta perseguita la finalità. Poiché è uno strumento di mitigazione dei rischi e poiché il regolamento incentiva l'utilizzo della pseudonimizzazione, si ottiene che, una volta pseudonimizzato il dato è possibile ri-utilizzarlo per svolgere analisi di carattere generale, dimostrandosi utile per perseguire una finalità di interesse pubblico oltre che privato, purché, in quest'ultimo caso, la nuova finalità sia compatibile con quella precedente.

Il Considerando 28, all'interno del Gdpr, ha avuto una valenza anticipatoria rispetto al contenuto di due importanti articoli del Regolamento: art. 25.1 sulla "Protezione dei dati fin dalla fase della progettazione" e l'art. 32 sulla "Sicurezza del trattamento", entrambi capisaldi della normativa *privacy* europea.

Per l'art. 25.1 del Gdpr:

«Tenendo conto dello stato dell'arte e dei costi di attuazione, nonché della natura, dell'ambito di applicazione, del contesto e delle finalità del trattamento,

come anche dei rischi aventi probabilità e gravità diverse per i diritti e le libertà delle persone fisiche costituiti dal trattamento, sia al momento di determinare i mezzi del trattamento sia all'atto del trattamento stesso, il titolare del trattamento metti in atto misure tecniche e organizzative adeguate, quali la pseudonimizzazione, volte ad attuare in modo efficace i principi di protezione dei dati, quali la minimizzazione, e integrare il trattamento le necessarie garanzie al fine di soddisfare i requisiti del presente regolamento e tutelare i diritti degli interessati».

Invece, soffermandoci sul paragrafo 1 dell'art. 32 Gdpr:

«Tenendo conto dello stato dell'arte dei costi di attuazione, nonché della natura, dell'oggetto, del contesto e delle finalità del trattamento, come anche il rischio di varia probabilità e gravità per i diritti e le libertà delle persone fisiche, il titolare del trattamento è responsabile del trattamento mettono in atto misure tecniche e organizzative adeguate per garantire un livello di sicurezza adeguato a rischio, che comprendono, tra le altre, se del caso: la pseudonimizzazione e la cifratura dei dati personali; la capacità di assicurare su base permanente la riservatezza, l'integrità, la disponibilità e la resilienza dei sistemi e dei servizi di trattamento; la capacità di ripristinare tempestivamente la disponibilità e l'accesso dei dati personali in caso di incidente fisico o tecnico; una procedura per testare, verificare e valutare regolarmente l'efficacia delle misure tecniche e organizzative al fine di garantire la sicurezza del trattamento».

In estrema sintesi, quindi, l'utilizzo di tecniche di pseudonimizzazione non riduce gli obblighi a carico del titolare del trattamento e consiste nel sostituire un attributo, solitamente univoco, di un dato, con un altro attributo, ugualmente univoco, ma non immediatamente intellegibile. L'associazione biunivoca tra dato e persona rimane immodificata.

I dati non possono essere attribuiti ad un interessato specifico senza l'utilizzo di informazioni ausiliarie aggiuntive e a seconda del contesto, può variare l'esigenza di mascherare o rivelare l'identità del soggetto. È chiaro, che le informazioni aggiuntive, dette anche chiavi, devono essere materialmente conservate in zone differenti, ad esempio *server* distinti, al fine di impedire un facile ricongiungimento.

Vi sono due tipologie di pseudonimizzazione che permettono di mascherare i dati di una persona fisica, in base alle chiavi utilizzate: simmetrica e asimmetrica.

Nella pseudonimizzazione simmetrica si utilizza la stessa chiave per cifrare, o mascherare, il dato e per renderlo nuovamente leggibile. Con questa tecnica,

però, si pone il problema di come condividere la chiave senza che questa venga scoperta.

Nella pseudonimizzazione asimmetrica, invece, si utilizzano due chiavi distinte: la prima per cifrare il dato; la seconda per decifrarlo. In questo modo è possibile facilitare la condivisione poiché si utilizza una chiave per crittografare, visibile a chiunque; e una chiave per decifrare che conosce solo il destinatario, rendendo quindi non necessaria la sua condivisione<sup>15</sup>.

Nella pratica, il titolare del trattamento deve individuare: quali variabili sono identificatori diretti (ad esempio il codice fiscale); quali variabili sono identificatori indiretti (ad esempio la data di nascita); quali variabili non è necessario prendere in considerazione nel processo di anonimizzazione del dato, in quanto non sono elementi identificativi diretti o indiretti.

La riservatezza è garantita, in entrambi i casi, dalla distruzione della chiave di lettura del codice pseudocasuale.

Diversamente dalla pseudonimizzazione, per anonimizzazione si intende una tecnica che viene applicata ai dati personali per rendere le persone fisiche interessate non più identificabili: l'obiettivo è ottenere una deidentificazione irreversibile e quindi scongiurare il rischio di singolarità introducendo incertezza. Deidentificare significa eliminare la correlazione tra i dati personali e una determinata persona fisica interessata, rendendo impossibile l'identificazione della stessa<sup>16</sup>. Nel momento in cui i dati personali riferiti ad un individuo sono stati adeguatamente anonimizzati, dovrebbe essere impossibile poter invertire il processo, che risulta quindi irreversibile.

Presupposto fondamentale è che i dati personali siano stati raccolti, trattati e conservati in conformità alla normativa vigente, con riferimento ai principi applicabili al trattamento e alla liceità dello stesso, ai sensi degli artt. 5 e 6 del Gdpr.

Se l'anonimizzazione è andata a buon fine, i dati oggetto dell'operazione non sono più classificabili come dati personali e quindi non rientrano più nella dimensione applicativa del Gdpr. A sostegno di ciò, il Considerando 26 del Gdpr specifica che:

«I principi di protezione dei dati non dovrebbero pertanto applicarsi a informazioni anonime, vale a dire informazioni che non si riferiscono a una persona fisica identificata o identificabile o a dati personali resi sufficientemente

<sup>15</sup> L. MISCHITELLI, *Tecniche di pseudonimizzazione e anonimizzazione: differenze e campi di applicazione*, cit..

<sup>16</sup> Gruppo di lavoro articolo 29, *Parere 05/2014 sulle tecniche di anonimizzazione*, p. 7.

anonimi da impedire o da non consentire più l'identificazione dell'interessato. Il presente regolamento non si applica pertanto al trattamento di tali informazioni, anche per finalità statistiche o di ricerca».

Ciò nonostante, è un errore ritenere che dati adeguatamente anonimizzati e perciò esclusi dal campo di applicazione della direttiva sulla protezione dei dati, privino le persone di ogni qualsivoglia salvaguardia, anzitutto per il motivo che all'utilizzo di tali dati potrebbero essere applicabili altri atti legislativi.

I dati anonimizzati sono compresi fra gli esempi specifici di "dati non personali", così come definito nel Considerando 9 del Regolamento UE 2018/1807 (regolamento "*Free flow data*" FFD) relativo alla libera circolazione dei dati non personali nell'Unione Europea.

In particolare in base al 2.1 del FFD «i dati non personali possono essere classificati in base alla loro origine come: in primo luogo, dati che in origine non si riferivano ad una persona fisica identificata o identificabile: esempio, i dati sulle condizioni meteorologiche prodotti da sensori installati sulle turbine eoliche. In secondo luogo, dati che inizialmente erano dati personali, ma che poi sono stati resi anonimi.

La valutazione se i dati siano stati adeguatamente resi anonimi dipende dalle condizioni specifiche ed uniche di ogni singolo caso.

Per stabilire se un soggetto è identificabile, si devono osservare tutti i mezzi di che possono essere ragionevolmente usati dal titolare o da un altro individuo per identificare, direttamente o indirettamente, una persona».

Tuttavia, non è sempre possibile elencare le circostanze in cui l'identificazione dell'interessato non risulta più possibile. In tal senso, potrebbe essere utile che i titolari del trattamento si concentrassero sui mezzi concreti necessari per invertire il processo di anonimizzazione, in particolare per quanto riguarda i costi e le competenze necessarie a mettere in atto tali sistemi e la valutazione della loro probabilità e gravità. Pertanto, poiché il rischio di identificazione può aumentare col tempo e dipende anche dallo sviluppo della tecnologia dell'informazione e della comunicazione, i costi sostenuti ai fini della anonimizzazione andrebbero adeguati alla crescente disponibilità di mezzi tecnici a basso costo adatti ad invertire il processo.

Nella maggior parte delle situazioni reali, è molto probabile che un insieme di dati sia composto da dati personali e non personali. In questo caso, si parla spesso di "insiemi di dati misti" che vengono raccolti grazie a sviluppi tecnologici come *l'internet of things*, l'intelligenza artificiale e le tecnologie che consentono l'analisi dei *big data*. I documenti fiscali di un'impresa, che indicano il nome e il

numero di telefono dell'amministratore delegato della società, sono esempi di insiemi di dati misti<sup>17</sup>.

Il Regolamento FFD disciplina la fattispecie in esame, prevedendo che «nel caso di un insieme di dati composto sia da dati personali che da dati non personali, il presente regolamento si applica alla parte dell'insieme contenente i dati non personali. Qualora i dati personali e non personali all'interno di un insieme di dati siano indissolubilmente legati, il presente regolamento lascia impregiudicata l'applicazione del Regolamento n. 679/2016».

Occorre, dunque, prestare particolare attenzione quando si gestiscono informazioni rese anonime, soprattutto ogniqualvolta tali informazioni vengano utilizzate, spesso in combinazione con altri dati (anche personali), per prendere decisioni che producono effetti, sebbene indirettamente, sulle persone.

Quindi, l'impiego di dati adeguatamente anonimizzati, soprattutto nel caso della definizione di profili, potrebbe rendere il titolare del trattamento negligente, laddove, non tenga in debita considerazione dell'impatto sulle persone e della possibile perdita di riservatezza, che potrebbe determinare l'utilizzo di insiemi di dati resi anonimi e pubblicati ad uso di terzi.

### **5. Rischi per la privacy.**

Appurato che i *big data* rappresentano la linfa vitale per le aziende che intendono acquisire un vantaggio competitivo sul mercato, occorre soffermarsi sul fulcro di criticità dato dal rapporto *privacy* o prevedibilità dell'algoritmo, sul quale il Regolamento europeo<sup>18</sup> è latitante per il mondo in cui il legislatore europeo ha risolto l'interrogativo su come valutare il rischio inerente alle analisi predittive.

La soluzione ideata, consiglia o impone, a seconda dei casi, alle imprese con vocazione al trattamento dei dati, di compilare una valutazione di impatto sulla *privacy* cd. Dpia (art. 35 Reg.).

In sostanza, questa valutazione consiste nell'analizzare *ex ante* i rischi elevati che l'aggregazione dei dati potrebbe «comportare per gli interessi e le libertà delle persone fisiche» (art. 35) e quindi nel prevedere le misure organizzative e comportamentali più adatte a evitarli. Grazie ai nove criteri consegnati nelle

---

<sup>17</sup> A. DELLE PONTI, *Tre cose che ogni azienda deve sapere sulla circolazione e la localizzazione dei dati*, in [www.studiolegalestefanelli.it](http://www.studiolegalestefanelli.it).

<sup>18</sup> Regolamento Europeo 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», nonché in adeguamento il D.lgs. 10/8/2018, n. 101.

Linee guida dei Garanti Europei<sup>19</sup>, nonché al concerto delle Autorità garanti nazionali chiamate in causa a vario titolo, è possibile individuare quali sono i rischi con i corrispondenti rimedi.

Questo sistema denuncia almeno quattro criticità<sup>20</sup>.

La prima riguarda la circostanza che i rischi di facile individuazione si riducono alla lesione della integrità delle banche dati, alle intromissioni e violazioni esterne o interne, trascurando il vero pericolo connesso ai *big data*: i dati aggregati, che se usati da un algoritmo come materiale grezzo, sono suscettibili di provocare valutazioni pregiudizievoli per ampie categorie di soggetti. Dunque, al momento di questa valutazione, il rischio da previsione comportamentale rimane la vera incognita, giacché è inimmaginabile in cosa possa consistere, quale possa essere la sua gravità, quando possa verificarsi e chi possa pregiudicare. Ne consegue che nessun rimedio anticipato sarebbe proponibile per scongiurare l'avveramento, perché, si avrà contezza del rischio solo a fatto compiuto. Quindi, si faccia o meno questa valutazione, la situazione non cambia in termini di tutela anticipata della collettività: il rischio rimane fuori da questa assicurazione collettiva.

La seconda obiezione è che la valutazione riguarderebbe dati personali e non anche i *big data*, che lavorano tendenzialmente su dati anonimi.

A ciò si potrebbe obiettare che l'anonimato diffuso esclude che qualcuno possa avere un motivo giuridico di doglianza visto che le previsioni dannose interesseranno soggetti non identificabili. Tuttavia, questa eccezione, non tiene conto della circostanza che anche i dati anonimi, a seguito di incroci sinergici tra più banche dati, diventano riferibili a persone. Solo che la reidentificazione è successiva rispetto alla valutazione d'impatto, rimanendo perciò incapace di garantire l'effettività del nuovo diritto esposto agli attacchi dei *big data*.

La valutazione, pertanto, pur presentando delle utilità, non assicura la piena difesa della *privacy* in quanto non adotta modalità di protezione inedite, adatte all'ambiente digitale, resistenti all'esposizione integrale dell'individuo e capaci di stare al passo con il mutare della tecnica.

La terza obiezione riguarda l'atteggiamento contraddittorio del legislatore europeo, che da un lato, prova a capire il contesto tecnologico della *privacy* nel

---

<sup>19</sup> Gruppo di lavoro articolo 29 per la protezione dei dati, *Linee guida in materia di valutazione di impatto sulla protezione dei dati e determinazione della possibilità che il trattamento possa presentare un rischio elevato ai fini del regolamento (UE) 2016/679*, 4 aprile 2017, in [www.besantsrl.it](http://www.besantsrl.it).

<sup>20</sup> G. DE MINICO, *Big data e la debole resistenza delle categorie giuridiche. Privacy e lex mercatoria*, cit., p. 93.

momento in cui si avvicina al rischio, dall'altro, continua a guardare al passato nel tenere presenti gli scopi «determinati, espliciti e legittimi» (art. 5, par. 1, lett. *b* del Reg.) per i quali i dati vengono raccolti, quando al contrario i fini connessi ai *big data* sono di regola ignoti e cangianti<sup>21</sup>.

La quarta obiezione è l'ossimoro della valutazione d'impatto, perché per come è stata disegnata, non si esclude che possa condurre al risultato opposto a quello sperato. Infatti, se l'analisi viene confortata anche dal placet del Garante, essa finisce per consegnare una semi immunità giuridica al suo autore. Dunque, anche il concerto dei Garanti concepito come garanzia per gli interessati, potrebbe giocare contro di loro nel giudizio di responsabilità.

Invero, la norma non assume l'osservanza del dovere valutativo come esimente la responsabilità giuridica; ma se un significato le si vuole riconoscere, è quantomeno quello di aver ingenerato una ragionevole affidabilità circa la conformità della valutazione al diritto, salvo che il danneggiato provi che il danno trascurato si sarebbe potuto prevedere, valutazione a parte<sup>22</sup>.

Analizzato questo aspetto critico, è necessario precisare che analisi del rischio e Dpia non sono la stessa cosa, giacché, quest'ultima non è sempre obbligatoria e deve essere effettuata nei casi espressamente previsti dalla normativa, compreso il caso in cui un tipo di trattamento presenti un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone fisiche.

È evidente che, così come la valutazione che un rischio sia elevato non può che derivare da una precedente analisi dei rischi (artt. 24, 25 e 32 del Gdpr) non necessariamente riguardante aspetti di sicurezza; così la valutazione di quali siano le misure tecniche ed organizzative adeguate a prevenire i rischi per i diritti e le libertà degli interessati, non può prescindere da una valutazione di quali siano i rischi, secondo un approccio basato sulla loro probabilità ed impatto. Quindi, pur essendo connesse, Dpia e analisi dei rischi, vanno distinte. Dunque, andando con ordine, il primo articolo che richiede l'effettuazione di un'analisi dei rischi è l'art. 24 rubricato "Responsabilità del titolare del trattamento" in base al quale:

«Tenuto conto della natura, dell'ambito di applicazione, del contesto e delle finalità del trattamento, nonché dei rischi aventi probabilità e gravità diverse per i diritti e le libertà delle persone fisiche, il titolare del trattamento mette in

<sup>21</sup> O. TENE, J. POLONETSKY, *Privacy in the Age of Big Data: A Time for Big Decisions*, in *Stanford Law Review*, 2012, pp. 64 ss..

<sup>22</sup> G. DE MINICO, *Big data e la debole resistenza delle categorie giuridiche. Privacy e lex mercatoria*, cit., p. 96.

atto misure tecniche e organizzative adeguate per garantire, ed essere in grado di dimostrare, che il trattamento è effettuato conformemente al presente regolamento. Dette misure sono riesaminate e aggiornate qualora necessario». La valutazione dei rischi va coordinata in particolare con il Considerando 75, che da alcune indicazioni in merito a quali siano i diritti e le libertà delle persone fisiche «I rischi per i diritti e le libertà delle persone fisiche, aventi probabilità e gravità diverse, possono derivare da trattamenti di dati personali suscettibili di cagionare un danno fisico, materiale e immateriale, in particolare: se il trattamento può comportare discriminazioni, furto o usurpazione di identità, perdite finanziarie, pregiudizio alla reputazione, perdita di riservatezza dei dati personali protetti da segreto professionale, di cifratura non autorizzata della pseudonimizzazione, o qualsiasi altro danno economico o sociale significativo». Il secondo articolo da prendere in considerazione è l'art. 25 (*Privacy by design e by default*), il quale si applica solo nel caso in cui sussistano le condizioni previste dalla normativa. Esso prevede che:

«Tenendo conto dello stato dell'arte dei costi di attuazione, nonché della natura dell'ambito di applicazione, del contesto e delle finalità del trattamento, come anche dei rischi aventi probabilità e gravità diverse per i diritti e le libertà delle persone fisiche costituiti dal trattamento, sia il momento di determinare i mezzi del trattamento sia dall'atto del trattamento stesso, il titolare del trattamento metti in atto misure tecniche e organizzative adeguate, quali la pseudonimizzazione, volte ad attuare in modo efficace i principi di protezione dei dati, quali la minimizzazione, e a integrare nel trattamento le necessarie garanzie al fine di soddisfare i requisiti del presente regolamento e tutelare i diritti degli interessati».

Infine, l'art. 32 del Gdpr, dedicato alle misure di sicurezza, stabilisce che:

«Tenendo conto dello stato dell'arte e dei costi di attuazione, nonché della natura, dell'oggetto, del contesto e delle finalità del trattamento, come anche del rischio di varia probabilità e gravità per i diritti e le libertà delle persone fisiche, il titolare del trattamento e il responsabile del trattamento mettono in atto misure tecniche organizzative adeguate per garantire un livello di sicurezza adeguato al rischio».

Il rischio, quindi, è strettamente collegato allo stato dell'arte e alla sostenibilità economica, ovvero concerne i costi di attuazione. Pertanto, in virtù del principio di *accountability*, il titolare del trattamento è l'unico soggetto capace di valutare, in base al trattamento che andrà ad effettuare, il rischio correlato alla propria attività economica.



**L'indagine ricostruttiva della volontà negoziale dei contraenti nelle fideiussioni "cospirative", tra difesa della *competition on the merits* nel mercato creditizio e libertà di scelta del consumatore finale.**

**di Gianpiero GAUDIOSI\***

**SOMMARIO:** **1.** Le fideiussioni bancarie al vaglio del *private enforcement antitrust*: nuovi lampi di luce all'orizzonte? **2.** Agli albori di una mai sopita *querelle* giurisprudenziale: la scure di Palazzo Koch. **3.** Dal punto di vista del consumatore finale. La sentenza "apri-fila", Cass. civ. n. 29810/2017. **4.** *Segue*: riflessioni critiche attorno alle posizioni radicalmente demolitorie dei contratti "a valle". **5.** "In medio stat virtus"? Argomenti a supporto della nullità parziale. **6.** I rischi di *underdeterrence* sottesi ad una tutela "esclusivamente" riparatoria. **7.** Sul test "economico" di convenienza della fideiussione: timide prospettive *de iure condendo* dal Collegio di Coordinamento dell'A.B.F.

**ABSTRACT:** *The legal background of this paper dated back to 2005, when the Bank of Italy adopted the measure no. 55. Following the above step, the banking system has seen the development of a new dispute on the thorny subject of the possible nullity of the open-ended guarantee when it closely follows articles 2, 6, and 8 of ABI's model forms. Currently, the Court of Cassation and the Italian Banking and Financial Ombudsman (ABF) have dealt with the aforementioned matter, but there still remains a huge area of perplexity on the choice and application of civil remedies for consumer protection. Beyond the opposition of radical theories (respectively, focused on seeking redress or considering as completely null and void the so-called "downstream" contracts in application of the illicit upstream agreement), there are some isolated decisions which deserve new detailed examination, since they seem to have overruled the previous interpretation on art. 1419 c.c. (about the sanction of derived nullity).*

**1. Le fideiussioni bancarie al vaglio del *private enforcement antitrust*: nuovi lampi di luce all'orizzonte?**

---

\* *Dottore in giurisprudenza presso l'Università LUISS "Guido Carli" di Roma. Abilitato all'esercizio della professione forense; già tirocinante ex art. 73 D.L. n. 69/2013 presso il Tribunale Ordinario di Roma - settore Civile.*

Come constatato – senza timore alcuno di esporsi a smentite – dagli “addetti ai lavori” cimentatisi nella questione, il dialogo giurisprudenziale attorno alla sorte dei contratti “a valle” di intese restrittive della concorrenza e la sottesa ricerca degli assetti rimediali più congeniali alle esigenze di protezione del consumatore si mostrano, a tutt’oggi, ben lungi dal ricevere univoche soluzioni e risposte esaustive. Paradigmatico in tal senso è il noto caso pratico delle fideiussioni bancarie corredate da clausola *omnibus* e redatte in conformità allo schema predisposto dall’Associazione Bancaria Italiana (di seguito, A.B.I.). Trattasi di un fenomeno le cui profonde radici sono per lo più attecchite nella prassi operativa del mercato degli impieghi bancari e che, ciclicamente, torna in auge tra i commentatori offrendo interessanti occasioni di riflessione. La recuperata centralità del tema, questa volta, è da imputarsi alla recente pronuncia della Cass. civ. n. 4175/2020, oltre che ad una decisione resa nell’agosto dello scorso anno dal Collegio di Coordinamento dell’Arbitro Bancario Finanziario, di cui più approfonditamente si dirà *infra*. Malgrado l’autorevolezza degli immediati precedenti sembrasse aver dato avvio ad un rinnovato e uniforme corso esegetico, i divergenti approdi cui sono addivenute successivamente le Corti territoriali hanno tradito l’aspettativa coltivata da numerosi autori ed innescato una nuova ondata di contenzioso in materia. Abbandonata qualsivoglia pretesa di esaustività, nelle pagine che seguono si cercherà di mettere in luce i principali filoni argomentativi avvicendatisi sull’argomento, al crocevia di un dibattito che vede coinvolta tanto la normativa *antitrust* (a monte dell’analisi) quanto profili più strettamente civilistici involgenti, in particolare, la perimetrazione dell’area di intervento dei singoli rimedi negoziali.

## **2. Agli albori di una mai sopita *querelle* giurisprudenziale: la scure di Palazzo Koch.**

È d’uopo fin d’ora far constatare che il contratto di fideiussione al centro della presente disamina assume caratteri di autentica peculiarità rispetto all’omologa garanzia concepita, in generale, dal codice civile agli artt. 1936 e ss., costituendo una sorta di proiezione negoziale di quest’ultima, a copertura dei singoli rapporti intercorrenti tra istituti bancari ed i relativi clienti. La prassi del mercato creditizio ha da sempre fatto registrare una considerevole propensione dei privati a ricorrere al detto schema contrattuale in ragione del biforcarsi degli effetti vantaggiosi dal medesimo prodotti tanto *ex latere debitoris*, prevenendo l’immobilizzazione di ricchezze tipicamente connaturata alle garanzie di tipo reale, quanto altresì *ex latere creditoris*, incentivando le banche all’apertura di nuove linee di credito in favore di correntisti supportati esternamente ed

altrimenti "non meritevoli". "Supporto" di cui il debitore principale – ove tra le pattuizioni è inserita la clausola *omnibus* – beneficia in relazione a qualunque obbligazione presente o futura, fino ad un importo massimo predefinito in sede di sottoscrizione, coerentemente con la *ratio* sottesa alle modifiche introdotte dalla legge n. 154/1992<sup>1</sup>. L'utilizzo da parte del ceto bancario della cennata *species* contrattuale, annoverabile nel *genus* delle garanzie personali, trae la relativa legittimazione dagli artt. 1938 e 1956 c.c.<sup>2</sup>. Essa ha cominciato a suscitare le attenzioni dei regolatori *antitrust* dopo che, nel 2002, successivamente ad un'intesa raggiunta con un folto gruppo di organizzazioni a tutela dei consumatori<sup>3</sup>, l'A.B.I. – in rappresentanza della quasi totalità degli operatori attivi nell'ambito dell'offerta dei servizi riconducibili al settore del risparmio gestito, dell'intermediazione in strumenti finanziari e degli strumenti di pagamento – definì e successivamente comunicò alla Banca d'Italia degli schemi contrattuali, ciascuno dei quali riferibile ad uno dei predetti settori e concernente la standardizzazione delle condizioni contrattuali in merito ai rapporti banca-cliente. Nell'occasione, Palazzo Koch – all'epoca investito delle funzioni di Garante della concorrenza – all'esito del parere espresso dall'Agcm<sup>4</sup>, ebbe a ritenere che, sebbene in via generale l'uniformità contrattuale non presupponga necessariamente un intento collusivo da parte dei produttori<sup>5</sup>, le condizioni

<sup>1</sup> Recante "Norme per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari", ispirate alla finalità di rafforzare la tutela della posizione contrattuale del garante.

<sup>2</sup> secondo il noto testo delle quali norme, rispettivamente, «*la fideiussione può essere prestata anche per un'obbligazione condizionale o futura con la previsione, in questo ultimo caso, dell'importo massimo garantito*» ma, in caso di obbligazioni future, il garante è liberato se il creditore, pur senza la speciale autorizzazione del fideiussore, abbia concesso «*credito al terzo, pur conoscendo che le condizioni patrimoniali di questo erano divenute tali da rendere notevolmente più difficile il soddisfacimento del credito*».

<sup>3</sup> Che riuniva l'Associazione Consumatori Utenti (ACU), Associazione Italiana Difesa Consumatori e Ambiente (Adiconsum), Associazione per la Difesa e l'Orientamento dei Consumatori (ADOC), Associazione Nazionale Consumatori e Utenti (Federconsumatori), Cittadinanzattiva, Confederazione Generale dei Consumatori (Confconsumatori), Lega Consumatori - ACLI, Movimento Consumatori (MC), Movimento Difesa del Cittadino (MDC), Unione Nazionale dei Consumatori (UNC).

<sup>4</sup> Richiesto conformemente a quanto stabilito ai sensi dell'abrogato art. 20, co. 3, l. n. 287/90 (Norme per la tutela della concorrenza e del mercato).

<sup>5</sup> Palesandosi anzi quale fenomeno da valutarsi positivamente «*se favorisce il confronto e agevola il consumatore nella scelta dell'impresa che offre le condizioni economiche più vantaggiose*», non risultando incompatibile d'altronde con una situazione concorrenziale «*nella misura in cui produce una riduzione dei costi di ricerca e di sostituzione della banca da parte della clientela, della quale accresce la mobilità*» (cfr. Provvedimento Banca d'Italia n. 236/A dell'8 novembre 2003). Su posizioni analoghe è parsa attestarsi anche l'omologa Autorità tedesca (Bundeskartellamt) la quale faceva osservare che «*la standardizzazione contrattuale, pur essendo in via generale una limitazione della libertà contrattuale delle banche nei confronti della clientela, non (fosse) contraria alla legge antitrust in relazione al legittimo interesse delle banche a razionalizzare i rapporti*

generali di contratto fissate relativamente allo schema delle "fideiussioni a garanzia delle operazioni bancarie" acquisissero rilievo in una prospettiva *antitrust* e che – in quanto deliberazione di un'associazione di imprese<sup>6</sup> – fossero perciò da ricondursi nell'alveo di applicazione del divieto tratteggiato dall'art. 2, co. 2, lett. a), l. n. 287/90<sup>7</sup>, sostanziandosi in un'intesa orizzontale all'intero sistema bancario<sup>8</sup>. In particolare, l'esame istruttorio e le connesse censure mosse dalla Banca d'Italia si appuntarono in ordine a tre clausole accomunate dalla previsione, a carico del fideiussore, di oneri aggiuntivi e diversi rispetto a quelli derivanti dalla disciplina ordinaria<sup>9</sup>. Sicché, con provvedimento n. 55 del 2005, l'Autorità di vigilanza bancaria reputò la previsione di siffatte clausole, difformemente da altre pur contenute nel medesimo schema contrattuale<sup>10</sup>, non coerente con l'esigenza di garantire una particolare tutela alle specificità del credito bancario, avendo quale scopo precipuo unicamente quello di «*addossare al fideiussore le conseguenze negative derivanti dall'inosservanza degli obblighi di diligenza della banca ovvero dall'invalidità o dall'inefficacia dell'obbligazione*

---

*giuridici di massa, al miglioramento della tutela del cliente nei confronti della banca e all'assenza di riflessi sulle condizioni economiche applicate alla clientela»* (v. Provvedimento Banca d'Italia n. 55 del 2 maggio 2005).

<sup>6</sup> Sotto la cui denominazione deve ricondursi l'A.B.I.

<sup>7</sup> Il quale fa divieto delle «*intese tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, anche attraverso attività consistenti nel: a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi di acquisto o di vendita ovvero altre condizioni contrattuali*», quando queste siano suscettibili di restringere la concorrenza sui mercati interessati

<sup>8</sup> «*avente a oggetto la fissazione di condizioni contrattuali uniformi peggiorative per la clientela rispetto a quelle applicabili sulla base della normativa prevista in via generale dal codice civile per l'omonimo contratto di garanzia non bancaria*», in tal senso si veda il parere reso dall'Agcm pubblicato nel bollettino n. 45 del 24 novembre 2003, pag. 8.

<sup>9</sup> Nello specifico, si fa riferimento alle clausole cc.dd. "di reviviscenza", "di sopravvivenza" e a quella di "rinuncia al termine di decadenza di cui all'art. 1957 c.c.". In merito alla prima, l'art. 2 dello schema A.B.I. dichiarava il fideiussore tenuto «*a rimborsare alla banca le somme che dalla banca stessa fossero state incassate in pagamento di obbligazioni garantite e che dovessero essere restituite a seguito di annullamento, inefficacia o revoca dei pagamenti stessi, o per qualsiasi altro motivo*»; l'art. 8, di converso, sanciva l'insensibilità della garanzia prestata agli eventuali vizi del titolo in virtù del quale il debitore principale è tenuto nei confronti della banca, disponendo che «*qualora le obbligazioni garantite (fossero state, n.d.r.) dichiarate invalide, la fideiussione (avrebbe) comunque (garantito) l'obbligo del debitore di restituire le somme allo stesso erogate*»; da ultimo, la terza clausola incriminata era contenuta all'art. 6 del citato schema e prevedeva che «*i diritti derivanti alla banca dalla fideiussione (restassero) integri fino a totale estinzione di ogni suo credito verso il debitore, senza che essa (fosse) tenuta ad escutere il debitore o il fideiussore medesimi o qualsiasi altro coobbligato o garante entro i tempi previsti, a seconda dei casi, dall'articolo 1957 cod. civ., che si intende derogato*».

<sup>10</sup> In questo senso, non si riteneva ad esempio privo di giustificazione «*l'onere per il fideiussore determinato dalla presenza nello schema ABI della clausola 'a prima richiesta'*», in quanto funzionale a garantire l'accesso al credito bancario.

*principale e degli atti estintivi della stessa»* e ritenne che le stesse, configurando un'illecita restrizione del mercato concorrenziale, cadessero perciò sotto la scure della nullità.

### **3. Dal punto di vista del consumatore finale. La sentenza "apri-fila", Cass. civ. n. 29810/2017.**

Una volta esaurite siffatte premesse metodologiche, giova soffermarsi sull'aspetto che maggiormente riflette il "core" della presente analisi e ossia il tema delle ripercussioni negoziali innescate dal constatato scenario distorsivo del contraddittorio economico. La sentenza di legittimità inaugurale del filone in tema di fidejussioni bancarie riprodotte delle clausole "incriminate" è la n. 29810/2017, sopraggiunta a distanza di oltre dieci anni dal provvedimento sanzionatorio della Banca d'Italia. Il *dictum* del Collegio merita di essere segnalato in quanto – oltre che teorizzare l'estensione *ratione temporis* dell'efficacia invalidante dei divieti *antitrust* ai contratti conclusi prima del 2005<sup>11</sup> – consolida le fila dei precedenti<sup>12</sup> con cui la Cassazione aveva già in passato riconosciuto all'accertamento condotto dall'Autorità di concorrenza valore di "prova privilegiata" nell'ambito dei giudizi civili intrapresi dai consumatori, in ragione della sua «*elevata attitudine a provare tanto la condotta anticoncorrenziale quanto l'astratta idoneità della stessa a procurare loro un danno*»<sup>13</sup>. La soluzione in commento – oggi avallata in maniera pressoché

<sup>11</sup> Riproducendo un ragionamento simile a quello già svolto in passato, la Cassazione ha attribuito rilevanza agli illeciti *de quibus* – per quanto generati anteriormente all'emanazione della legge del 1990 – sulla scorta del principio di diritto in base a cui «*quanto ai rapporti ancora in corso alla data di entrata in vigore della legge n. 287/90, non si renda di per sé sufficiente ad escludere l'applicabilità ad essi della disciplina in questione il profilo per cui il fatto (di natura in sé negoziale) generatore del singolo rapporto (ad esempio, una convenzione fra imprese) si fosse, alla suddetta data, già realizzato; ed infatti, ferma restando la ovvia intangibilità di quel fatto originario e di qualunque suo effetto già verificatosi antecedentemente all'entrata in vigore della nuova legge, rientrano comunque sotto la disciplina in questione tutte le vicende successive del rapporto che realizzino profili di distorsione della concorrenza*» (punto 11.7).

<sup>12</sup> Sotto questo profilo, assume un ruolo antesignano la pronuncia della Cass. n. 2305 del 2 febbraio 2007 che, per prima, militò in favore della tesi della c.d. "prova privilegiata"; nello specifico, i giudici – in riferimento al contenzioso in materia di polizze Rc auto scaturito dai danni provocati da Fondiaria Sai ai propri assicurati – osservarono che da parte del danneggiato sarebbe stato sufficiente «*allegare l'accertamento dell'intesa concorrenziale da parte dell'Autorità garante (come condotta preparatoria) e la polizza contratta (come condotta finale), individuando il danno nella maggior somma pagata (rispetto a quella che avrebbe pagato se il mercato assicurativo non fosse stato viziato nella sua competitività)*».

<sup>13</sup> Il riferimento che fanno gli Ermellini è alla sentenza di Cass., Sez. I, n. 11904 del 2014 con cui si era detto che la natura di "prova rinforzata" che le decisioni dell'Autorità indipendente assumono nell'ambito del procedimento civile non violasse il principio *praesumptum de praesumpto non admittitur*, in ordine al fatto che «*dalla condotta anticoncorrenziale sia scaturito un danno per la generalità (...), nel quale è ricompreso, come essenziale componente, il danno subito dal singolo*».

unanime in via pretoria – non è certo scevra di implicazioni in un’ottica consumeristica, atteso che tanto più ampia è la portata dell’inferenza presuntiva che si riconosce alle decisioni assunte dall’Autorità *antitrust*, tanto meno gravose risulteranno le incombenze probatorie gravanti sul danneggiato in merito all’accertamento della violazione<sup>14</sup>. A ben vedere, però, la questione relativa alla fase patologica dei contratti di fideiussione è qui soltanto “lambita” dai giudici di Piazza Cavour, i quali – in un passaggio conclusivo della motivazione – hanno affermato in maniera apodittica che «*l’illecito anticoncorrenziale consumatosi prima della stipula della fideiussione oggetto della presente controversia non può che travolgere il negozio concluso ‘a valle’, per la violazione dei principi e delle disposizioni regolative della materia*», senza chiarire alcunché in merito alla portata (totale o parziale) del rimedio demolitorio<sup>15</sup>. Alla stregua di quanto visto, può lecitamente asseverarsi che il carattere scarno ed estremamente vago delle riportate osservazioni da un lato abbia destituito l’emarginata sentenza di qualsivoglia valenza chiarificatrice e, da un altro, ha finito per produrre un inevitabile effetto moltiplicatore delle controversie *in subiecta materia*.

#### **4. Segue: riflessioni critiche attorno alle posizioni radicalmente demolitorie dei contratti “a valle”.**

Se la soluzione affrettatamente coniata nel 2017, come visto, è sembrata “affidare” *in toto* al lettore il compito nient’affatto agevole di disambiguare il tenore della formula oltremodo generica secondo cui la nullità dell’intesa a

<sup>14</sup> Il discorso relativo al valore probatorio riconosciuto in sede civilistica dalla giurisprudenza di Cassazione alle azioni di *private enforcement* di tipo *follow-on* – in contrapposizione alle controversie di tipo *stand-alone*, così denominate in quanto introdotte in assenza del preventivo accertamento esperito dall’AGCM o dalla Commissione europea – è dettagliatamente sviluppato nelle pagine del contributo redatto a cura di A.P. MASSARO, *Pratiche concordate contrarie al diritto antitrust: il caso delle fideiussioni omnibus redatte secondo lo schema ABI* in *Riv. Dir. Banc.*, 2020 pp. 264 ss.; l’A. fa osservare come la tesi propensa a riconoscerne la natura di prova rafforzata abbia fatto registrare un largo riscontro tra gli Ermellini in considerazione del fatto che «*nel contesto normativo italiano, fino alla trasposizione della direttiva 104/2014 tramite il d.lgs. 3/2017, non vigevano disposizioni volte a regolare il profilo dell’efficacia delle decisioni dell’AGCM*». In una prospettiva comparatistica detta soluzione, “*sebbene per certi aspetti timida*”, è sembrata essere modellata sulla scorta dell’esperienza tedesca del GWB (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*) che riconosce un’efficacia vincolante alle decisioni prese dal *Bundeskartellamt*.

<sup>15</sup> Per tale lettura propende Libertini che – sebbene ammetta che dalla sentenza in parola residuino ampi margini di dubbio circa l’applicabilità ai contratti a valle del 1419 c.c. sulla nullità parziale – non ritiene condivisibile l’assunto per cui la pronuncia affronti la problematica solamente in un *obiter dictum*. Sul punto si rinvia all’accurata ricostruzione della più recente giurisprudenza in materia offerta da M. LIBERTINI, *Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza sui c.d. contratti “a valle”*. *Un commento sullo stato della giurisprudenza in Italia* in *NGCC II*, 2020, pp. 380 ss.

monte “non può che travolgere” il contratto a valle, gli *arrêts* resi in sede di legittimità negli anni immediatamente successivi hanno comunque lasciato parzialmente irrisolti i dubbi già residuati in passato, ingenerando un comprensibile disorientamento tra le Corti di merito. Nel tentativo di mettere ordine all’interno della moltitudine di posizioni emerse in giurisprudenza è inevitabile render conto del gioco di equilibri sotteso alla contrapposizione tra i bisogni di tutela del consumatore finale – concepito quale soggetto che «*subisce danno da una contrattazione che non ammette alternative per l’effetto di una collusione a monte*»<sup>16</sup> – e la necessità di disincentivare il ricorso a pratiche anticoncorrenziali, in linea con gli obiettivi di difesa e promozione di un mercato basato su una reale ed effettiva *competition on the merits*. È evidente che la costante ricerca di un siffatto bilanciamento contribuisce a spiegare la disomogeneità tra i rimedi ipotizzati dai giudici attingendo dall’arsenale del diritto contrattuale. In proposito, seguendo un ordine decrescente, si partirà con l’illustrare le tesi a supporto della nullità assoluta delle fideiussioni bancarie conformi al modello A.B.I.. Questa soluzione è stata variamente pensata. Anzitutto, optano a favore della concezione radicalmente demolitoria della garanzia, tra gli altri, quanti ritengono che l’invalidità delle singole clausole riprodotte dell’intesa illecita si riverbera sull’intero contratto. L’approccio in esame poggia sulle argomentazioni sviluppate a partire dalla previsione contenuta nell’art. 1419, co. 1, c.c., a mente del quale, come risaputo, la nullità di singole clausole importa la nullità dell’intero contratto «*se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità*». L’anzidetta disposizione implica perciò una verifica controfattuale basata sul seguente ragionamento: nell’ipotesi in cui – espunte le clausole affette dalla patologia invalidante – dovesse venir meno l’utilità del contratto in relazione agli interessi con esso perseguiti dalle parti contraenti, di guisa che le stesse non sarebbero egualmente addivenute alla sua conclusione, dovrà allora ritenersi caducato l’intero titolo negoziale. La norma riposa sul principio di conservazione del contratto (*utile per inutile non vitiatur*), che configura la regola nel sistema del codice civile<sup>17</sup>. In considerazione di ciò, spetta alla parte che abbia interesse ad eccepirne la nullità totale fornire prova dell’interdipendenza esistente tra la parte contrattualmente viziata e l’intero contratto o, per dirla in altri termini, su di essa incombe l’onere di dimostrare

<sup>16</sup> In tal senso, Cass. civ., III sez., ord. 19 febbraio 2020, n. 4175.

<sup>17</sup> Ai fini di una ricognizione in materia di nullità codicistiche decisamente più ampia e dettagliata, si rinvia al manuale di R. GALLI, *Nuovo corso di diritto civile*, 2018, CEDAM, pp. 943 ss.



che le clausole *de quibus* abbiano assunto un rilievo essenziale nell'economia complessiva del negozio di fideiussione, sì da integrarne una *condicio sine qua non*<sup>18</sup>. Un simile procedimento argomentativo appare tuttavia eccessivamente riduttivo. Difatti, nell'acceso confronto che vede contrapporsi il riferito principio di conservazione a quello di autonomia delle parti contraenti, gli antitetici risultati cui può condurre sul piano pratico il "test economico" sulla convenienza della fideiussione<sup>19</sup> sono inevitabilmente condizionati dal concreto atteggiarsi dell'indagine ricostruttiva della volontà negoziale dei paciscendi. In tal senso, assume rilievo dirimente la scelta di propendere per una ricostruzione della medesima volontà in termini effettivi o puramente ipotetici nonché quella di contestualizzarla in rapporto alla fase conclusiva del contratto, epurato delle clausole maggiormente sfavorevoli per il consumatore, ovvero proiettarla, attualizzandola, al momento in cui la controversia avente ad oggetto il credito garantito da polizza fideiussoria si trovi *sub iudice*. Sul tema si tornerà più dettagliatamente *infra*, nel riferire degli importanti risultati interpretativi cui è giunto il Collegio di Coordinamento dell'A.B.F. Tra le ulteriori motivazioni addotte dai fautori dell'orientamento testé citato tipicamente risaltano quelle per cui gli effetti prodotti dalle intese anticompetitive andrebbero inquadrati nella prospettiva di una fattispecie, *lato sensu*, a formazione progressiva<sup>20</sup>, nel cui ambito «*il contratto cosiddetto "a valle" costituisce lo sbocco della intesa, essenziale a realizzarne gli effetti*», configurandosi quale parte integrante e fase che «*oltre ad estrinsecarla, la attua*»<sup>21</sup> e integrando così una sorta di invalidità

<sup>18</sup> Come più volte ribadito dal Consesso nomofilattico in tema di estensione degli effetti della nullità all'intero contratto: «*...la parte interessata (è) all'uopo tenuta a dimostrare che la clausola colpita da nullità non ha esistenza autonoma, ma è in correlazione inscindibile con il resto*» cfr., *ex multis*, Cass. civ., Sez. I, 5 febbraio 2016, n. 2314; Cass. civ., Sez. lavoro, 16 novembre 1996, n. 10050; Cass. civ. Sez. lavoro, 26 giugno 1987, n. 5675.

<sup>19</sup> Espressione ripresa da F. DENOZZA, *Incongruenze, paradossi e molti vizi della tesi del "solo risarcimento" per le vittime di intese ed abusi* in *NGCC*, II, 2020, p. 413.

<sup>20</sup> La fattispecie negoziale, così inquadrata, sembrerebbe riprendere la figura del *Ausführungsverträge*, di derivazione tedesca, costruito in termini di accordo rafforzativo dell'intesa principale, concluso fra le parti del contratto "a monte" e sanzionato con la nullità in quanto partecipa, costituendone la puntuale esecuzione pattuita su base convenzionale, della medesima natura del progetto anticompetitivo. In tema, E. CAPOBIANCO, *I Contratti Bancari*, Assago UTET Giuridica, 2016. Tali accordi sono da leggersi in contrapposizione rispetto al *Folgeverträge*. La distinzione tra i due schemi negoziali tuttavia non è nitida ed è stata oggetto di critiche in dottrina. Perplexità sono state manifestate da F. DENOZZA, *op. cit.*, p. 410 e dallo stesso LIBERTINI, *op. cit.*, pp. 388-389.

<sup>21</sup> Si v. a questo proposito Cass., Sez. Un., 4 febbraio 2005, n. 2207 cui si richiama, in senso adesivo, la sopra citata sentenza della Cass. n. 29810/2017 (punto 9.1.). Prendendo le mosse dal riferimento ivi contenuto, taluni autori hanno ritenuto potersi desumere un indice sintomatico del



di secondo grado. Opinare nel senso che il contratto finale tra imprenditore ed utente partecipi direttamente ed inscindibilmente della illiceità della concertazione tra imprese bancarie equivale a ricondurre il singolo contratto, mediante cui sono imposte al debitore condizioni ingiuste e svantaggiose<sup>22</sup>, al di fuori della zona d'ombra della legge di settore n. 287/90, la cui *ratio* risponderebbe così non più soltanto all'esigenza di assicurare la libertà di iniziativa economica, sancita all'art. 41 Cost., ma varrebbe altresì a soddisfare le ragioni del contraente debole del rapporto negoziale<sup>23</sup>. Alle medesime conclusioni giungono ulteriori giudizi di merito nei quali la nullità (c.d. virtuale) dell'intero contratto ha trovato giustificazione nella previsione delineata dall'art. 1418, co. 1, c.c., invocando la contrarietà della polizza fideiussoria all'art. 2 (se non addirittura all'art. 101 T.F.U.E.), quali norme aventi carattere imperativo e, come tali, poste a tutela di interessi generali<sup>24</sup>. Una possibile alternativa argomentativa è enucleabile dal testo di pronunce<sup>25</sup> con le quali si ipotizza la ricorrenza della variante "di protezione" posta, come noto, in rapporto di

---

fatto che la pronuncia del 2017 abbia in realtà accolto la tesi della nullità assoluta dei singoli momenti negoziali attuativi dell'intesa "a monte". *Contra*, LIBERTINI, *op. cit.*, p. 381.

<sup>22</sup> Dal momento che questi vede leso il proprio diritto ad una scelta effettiva tra prodotti in concorrenza, sostituita con una scelta (soltanto) apparente, così Cass., 4 febbraio 2005, n. 2207, cit.

<sup>23</sup> Sono inclini ad avallare una siffatta impostazione gli interpreti che rinvergono un possibile appiglio testuale nel medesimo dettato dell'art. 2 rubricato "intese restrittive della libertà di concorrenza" che, al comma 3, dispone la nullità "ad ogni effetto" delle intese vietate, riproducendo fedelmente una formula adoperata nel sistema francese per indicare il massimo grado dell'invalidità. Cfr., al riguardo, M. MAUGERI, *Breve nota su contratti a valle e rimedi in NGCC*, II, 2020, pp. 415 ss. Tra le più recenti pronunce, Trib. Terni, 20 novembre 2020 in *Il Caso.it*, ove si legge che l'art. 2 cit. «non riguarda esclusivamente il negozio giuridico originario postosi all'origine della successiva sequenza comportamentale, ma si estende a tutta la più complessiva situazione anche successiva al negozio originario la quale - in quanto tale - realizzi un ostacolo alla concorrenza». Conformemente, Trib. Pesaro sentenza n. 219/2019.

<sup>24</sup> In termini, Corte d'Appello Bari, Sez. II, 19 maggio 2020: «l'obiettivo della più ampia possibile eliminazione degli effetti che l'intesa ha prodotto sul mercato, è quello decisamente più coerente con l'imperatività delle norme a tutela della concorrenza e con la tutela degli interessi generali che queste perseguono, in quanto la diversa soluzione, che si limiti ad eliminare, con la comminatoria di nullità, il vincolo giuridico nascente dall'intesa illecita (ed a sanzionare i colpevoli partecipanti), ma lasci sopravvivere intatti tutti gli effetti che l'intesa stessa ha prodotto sul mercato in termini di contratti stipulati "a valle", diviene sicuramente molto poco coerente con gli obiettivi di difesa e promozione del mercato concorrenziale che sono propri del diritto antitrust». Con un ragionamento simile, A.B.F. Milano, decisione n. 16558 del 4 luglio 2019: «non sembra dubbio che l'obiettivo della più ampia possibile eliminazione degli effetti che l'intesa ha prodotto sul mercato sia quello decisamente più coerente con l'imperatività delle norme a tutela della concorrenza e con la tutela degli interessi generali che queste perseguono».

<sup>25</sup> In questo senso, *inter alia*, Trib. Siena 14 maggio 2019 in *Il caso.it*: la nullità delle intese a monte «non può che travolgere l'intero contratto fideiussorio, trattandosi di una vera e propria nullità di protezione»

specialità rispetto alla figura demolitoria classica in quanto presidia gli interessi settoriali e specifici del soggetto economicamente debole all'interno del rapporto negoziale e dunque, per definizione, a legittimazione relativa. Questa suggestiva modalità della nullità andrebbe a sopperire al paradosso – avvertito da taluni commentatori – di rendere azionabile, in caso contrario, la sanzione di nullità da parte di chiunque vi abbia interesse e perciò anche dallo stesso autore dell'illecito<sup>26</sup>. Infine, si orientano nel senso di concedere spazio alla praticabilità del rimedio invalidatorio, concepito nella sua massima estensione, anche quanti fanno leva sulla invalidità c.d. endogena del contratto "a valle", questa volta per illiceità della causa<sup>27</sup> od ancora valorizzando l'esistenza tra l'intesa restrittiva e il contratto di fideiussione bancaria di un vincolo di dipendenza funzionale o, quantomeno, di un collegamento negoziale oggettivamente apprezzabile. A ben vedere, le richiamate valutazioni si sono rivelate piuttosto deboli sul piano tecnico-giuridico e perciò "preda" di facili confutazioni. Degno di nota, in tal senso, è il contributo di merito fornito dal Tribunale di Treviso in data 30 luglio 2018, il quale compendia i principali *puncta dolentia* delle tesi a favore alla propagazione della nullità all'intero negozio e che qui, pertanto, si intende riproporre integralmente. Anzitutto, a proposito dell'addotta esistenza di un nesso di indissolubile dipendenza con l'intesa a monte, osserva il giudice trevigiano che il dedotto legame «*non sembra invece riscontrarsi con riguardo alla normale dinamica della contrattazione individuale in cui, al contrario, le intese mostrano di non costituire un tutt'uno con i contratti a valle, di non essere a questi collegati né per legge né per volontà delle parti e di non rappresentarne in alcun modo un presupposto di esistenza, validità od efficacia*». Del pari, ad avviso del giudice di prime cure, andrebbe esclusa l'invocabilità della soluzione radicalmente demolitoria, da taluni, ascrivibile ai "vizi propri" del contratto di fideiussione bancaria. Per quanto riguardo l'asserito difetto di liceità della causa, anche a voler ammettere «*...che l'imprenditore perseguisse, con la contrattazione individuale, il fine ultimo, anticoncorrenziale, di alterare a suo favore il mercato o di ottenere un extraprofitto, l'altro contraente stipula il contratto per soddisfare un proprio interesse che si ricollega ed esaurisce nel*

<sup>26</sup> Così, DENOZZA, *op. cit.*, pp. 406-407, il quale nel mettere in luce la problematica insita nel ricorso al rimedio demolitorio classico, identificandola nella legittimazione assoluta, richiama, a titolo di esempio gli effetti paradossali che comporterebbe in ipotesi di c.d. *predatory pricing* «*la possibilità per l'impresa che ha praticato prezzi sottocosto di caducare tutti i contratti vantaggiosi per i consumatori che ha concluso con costoro*».

<sup>27</sup> Così, già L.C. UBERTAZZI, *Ancora su norme bancarie uniformi e diritto antitrust*, in *Dir. bancamerc. fin.*, 1997, I, pp. 428 ss.

*fine tipico dell'operazione posta in essere»,* ragion per cui – potendosi individuare soltanto il motivo illecito dell'imprenditore «*che giammai potrebbe ritenersi comune e condiviso dall'altro contraente*» – al più potrebbe venire in rilievo il motivo illecito di un solo contraente, irrilevante a norma dell'art. 1345 c.c.. Parallelamente, la pronuncia *de quo* "smonta" anche l'impianto motivazionale che sorregge l'ulteriore eccezione di nullità "diretta" e fondata sulla violazione della norma imperativa di cui all'art. 2, facendo notare come – affinché possa trovare applicazione l'eccepita sanzione di nullità – occorre in ogni caso «*una situazione di oggettiva incompatibilità tra il precetto posto dalla disposizione antimonopolistica e la regola negoziale contenuta nei contratti a valle dell'intesa*»; situazione, questa, che non si verifica «*nella fattispecie normativa in esame, in quanto la proibizione dettata dalla legge antitrust non condanna in maniera diretta il contenuto degli atti negoziali, ma un comportamento che si pone a monte di questi*». Non si esauriscono qui le obiezioni mosse avverso il percorso ermeneutico scandagliato da quanti propendono per la caducazione del contratto ex 1418, co. 1, c.c.. Un ragionamento comunemente speso per escludere l'invalidità totale dell'atto negoziale eventualmente violativo di norme che impongono o precludono alle parti taluni comportamenti si rifà al principio della non interferenza tra regole di comportamento<sup>28</sup> e regole di validità degli atti<sup>29</sup>. Non convince nemmeno la tesi del collegamento negoziale in senso tecnico. Sul punto, giova rammentare che

<sup>28</sup> Anche denominate regole di correttezza, la cui violazione giustificerebbe al più l'attivazione di rimedi risarcitori. In tal senso, la celebre Cass., Sez. Un. Civ., 19 dicembre 2007, n. 26725 (quanto alla violazione delle regole di comportamento gravanti sull'intermediario in tema di informazione del cliente e di divieto di operazioni in conflitto d'interessi o inadeguate al profilo patrimoniale del cliente medesimo).

<sup>29</sup> A tale principio si richiama, *inter alia*, la recente sentenza del Trib. di Busto Arsizio, 26 maggio 2020. *Contra*, A.B.F. Milano decisione del 4 luglio 2019, citata, contenente una critica all'argomento che vorrebbe escludere la nullità invocando il principio della "non interferenza", che l'Arbitro giudica del tutto formalistico. Il Collegio, per un verso, dubita della tenuta dogmatica della distinzione tra le due cennate categorie di norme imperative, che ritiene peraltro ormai essere «*in via di dissolvimento*»; per un altro verso, contesta giacché «*del tutto insoddisfacente*» la stessa qualificazione delle norme *antitrust* come semplici norme di comportamento. Di contro, è incline a riconoscere il perdurante "stato di salute" del distinguo in esame. E. CAMILLERI, *Validità della fideiussione omnibus conforme a schema-tipo dell'ABI e invocabilità della sola tutela riparatoria in chiave correttiva* in *NGCC II*, 2020, pp. 403 ss.; l'A., per quanto ritenga priva di fondamento tanto la tesi della nullità derivata quanto quella della nullità diretta dei contratti "a valle", adotta una chiave di lettura focalizzata sulla violazione delle regole di comportamento, riecheggiando l'insegnamento di Oppo il quale – contrariamente alla decisione dell'Arbitro bancario – riteneva di poter ravvisare nella disciplina *antitrust* (con specifico riferimento alla fattispecie dell'abuso di posizione dominante) «*una regola (eccezionale) di responsabilità, associata a violazione di regole di comportamento*».

– affinché la fattispecie contrattuale possa assumere rilievo unitario – è necessario il ricorrere tanto dell'elemento oggettivo, identificabile nella omogenea proiezione teleologico-funzionale dell'intera dinamica negoziale, quanto di un elemento soggettivo, da rintracciarsi nel comune intento pratico delle parti di volere, non solo l'effetto tipico dei singoli negozi in concreto posti in essere, ma anche il coordinamento tra gli stessi per la realizzazione di un fine ulteriore<sup>30</sup>. Soltanto in tali casi può trovare applicazione il principio sintetizzato nel noto brocardo latino *simul stabunt simul cadent*. Il caso di specie appare invece carente dei requisiti anzidetti, dal momento che i due negozi, ipoteticamente collegati tra loro, non sono avvinti da un assetto economico globale ed unitario, né tantomeno sembrerebbe possibile ravvisare una consapevole e fattiva adesione del consumatore, quale ultimo anello della filiera produttiva, «*all'accordo che lo pregiudicherebbe*»<sup>31</sup>. Mette conto rilevare, dappoi, che anche la giurisprudenza che fiancheggia la tesi della nullità di protezione<sup>32</sup> si palesa in realtà incline ad errori e vizi logici<sup>33</sup>. Conclusivamente, in uno alle critiche sin qui addotte, non può non darsi atto in via generale di come le riflessioni propedeutiche alla totale eradicazione del negozio fideiussorio – rispondenti all'interesse generale di realizzare la più ampia eliminazione possibile degli effetti scaturiti dall'illecito *antitrust*<sup>34</sup> – se, da un lato, rinvergono

<sup>30</sup> Cass., Sez. Un., sentenza 14 giugno 2007, n. 13894 in *Il caso.it*, che riflette una posizione eclettica, quale perfetta sintesi tra i contrapposti indirizzi, oggettivo e soggettivo; così GALLI, *op. cit.*, pp. 807 ss.

<sup>31</sup> Trib. Treviso, 30 luglio 2018 in *Il caso.it*.

<sup>32</sup> Istituto che, del resto, non si è mostrato del tutto esente da dubbi in dottrina. Sul regime giuridico delle nullità di protezione operanti sul piano della legittimazione processuale e degli effetti sostanziali in favore dell'investitore in ragione della posizione di subalternità in cui versa nel rapporto con l'Istituto di credito, sia consentito rinviare a G. GAUDIOSI, *Il valore dell'informazione nella "contrattazione tra ineguali" in materia di investimenti. Riflessioni sulla (presunzione del) nesso di causalità a margine della sentenza Cass. civ. n. 7905/2020*, in questa Rivista, n. IV 2020, pp. 76-104.

<sup>33</sup> A questo proposito, v'è stato chi giustamente ha obiettato, sulla scorta di generali considerazioni di ordine sistematico, che la nullità di protezione costituisca "il nome di una disciplina, non di una fattispecie" e che invero la fattispecie in questione difetterebbe nel caso di specie «*non avendosi alcuna previsione di nullità speciale cui fare plausibilmente capo e rispetto alla quale (soltanto) potrebbero del resto cogliersi i tratti della variante di protezione*». Il riferimento è ripreso da un passaggio del lavoro di CAMILLERI, *op. cit.*, p. 403. Giova al riguardo svolgere un breve accenno anche alle considerazioni proposte da MAUGERI, *op. cit.* p. 415. L'A. fa notare che nel caso di intese vietate a norma dell'art. 101 T.F.U.E. e dell'art. 2 della legge *antitrust* non venga in considerazione una vera e propria ipotesi di nullità di protezione, quale tipicamente ravvisabile invece in presenza di un abuso di posizione dominante, trattandosi di nullità che può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse, «*comprese le parti che hanno partecipato al cartello e possa essere rilevata d'ufficio dal giudice*».

<sup>34</sup> In omaggio a superiori valori solidaristici, la cui (grave) violazione ben giustifica "che sia sanzionato l'intero agire dei responsabili", così Trib. Salerno, 23 agosto 2018, in *Il caso.it*. In tal

una plausibile spiegazione nell'esigenza di individuare un efficace deterrente avverso un'eventuale e futura scelta dei *players* operanti all'interno del mercato creditizio di dar vita ad ulteriori intese anticompetitive, precludendo loro la facoltà di rendere "operative" le obbligazioni frutto dei relativi accordi, da un altro, assumono una connotazione ingiustamente punitiva a discapito del contraente debole. Questi difatti vedrebbe (nuovamente) sacrificata la propria libertà contrattuale in relazione a tutte le ipotesi in cui avesse maturato un interesse a mantenere in piedi l'assetto negoziale realizzabile in assenza delle clausole "ammonite" dalla Banca d'Italia. Quanto estesamente esposto spiega la ragion per cui la soluzione "più estremista" della nullità radicale ed assoluta dei contratti "cospirativi", decisamente minoritaria quantomeno nella giurisprudenza di merito, appaia oggi foriera di incongruenze e criticità dal punto di vista applicativo, realizzando un vistoso arretramento in controtendenza rispetto alla agognata direzione della pienezza della tutela del consumatore.

##### **5. "In medio stat virtus"? Argomenti a supporto della nullità parziale.**

Lungo i tornanti del contenzioso bancario, a mezza via tra i poli opposti occupati rispettivamente dalla declaratoria di nullità totale del contratto di garanzia e dalla condanna risarcitoria per equivalente, "stazionano" un ventaglio di pronunce con le quali i giudici hanno ritenuto che, nei casi di specie, dovesse ravvisarsi un'ipotesi di nullità parziale con effetto caducatorio limitato alle sole clausole forgiate sul modello A.B.I. Alla tesi mediana sembrano aderire gli Ermellini nella recente decisione n. 24044/2019, che sgombera il campo da qualsivoglia logica automatistica avallando, in sostanza, le conclusioni cui già era giunta la Corte d'Appello. In questo senso, il Collegio giudicante ha ritenuto «*di preservare la dichiarazione fideiussoria espungendo le clausole frutto di intese illecite, favorevoli alla banca*»<sup>35</sup>. Il ragionamento da cui muovono i giudici di legittimità risulterebbe *prima facie* del tutto pertinente alla necessità di temperare la tutela dell'ordine pubblico economico con la custodia dell'assetto di interessi coltivati dal garante e «*meglio tutelato proprio in ragione della declaratoria di*

---

senso, si veda anche Trib. Santa Maria Capua Vetere, 13 ottobre 2020, in cui si fa leva ancora una volta sulla gravità delle violazioni commesse in rapporto alla posizione del garante, sicché soltanto «*la sanzione della nullità nella sua massiva estensione riesce a riequilibrare la violazione della buona fede pre-contrattuale e contrattuale, nonché la violazione dei principi di solidarietà sociale*».

<sup>35</sup> Cass. civ., Sez. I, 26 settembre 2019, n. 24044, punto 2.3., in *Giur. it.*, 2020, II, con nota di D. DI MICCO, che ravvisa nella pronuncia l'occasione utile per riaprire un confronto su «*quello che sembrava essere un orientamento ormai consolidato nella giurisprudenza di legittimità che, a torto o a ragione, aveva più volte indicato la prospettiva della nullità dell'intero contratto di fideiussione*».

*nullità parziale*»<sup>36</sup>. Per vero, secondo autorevoli commentatori, neppure tale pronuncia “brillerebbe” per linearità nella parte motiva dal momento che – nel suo abbrivio introduttivo – sembra dare spazio al solo rimedio del risarcimento dei danni subiti mentre, subito dopo, conferma le statuizioni del giudice di merito orientatosi a favore della demolizione, sia pur soltanto parziale, della polizza fideiussoria<sup>37</sup>. Nel solco dell’ipotizzata incidenza parziale della nullità si annoverano, altresì, talune pronunce di merito in cui l’esito salvifico del contratto è parso trovare conforto nell’art. 1419, co. 1, c.c., secondo una lettura invero giudicata da molti riduttiva. Stando difatti alla linea di pensiero che accomuna quanti militano in favore di una ricostruzione della volontà dei contraenti su base del solo criterio della scelta del male minore e della logica del “meglio poco che niente”, la norma *de qua* finirebbe per essere interamente svuotata dei relativi contenuti<sup>38</sup>. In altri termini, la disposizione, così interpretata, condurrebbe inevitabilmente alla conclusione per la quale la banca avrebbe ad ogni modo accettato di addivenire alla stipula della polizza, «*qualsiasi garanzia essendo migliore della mancanza di garanzia*»<sup>39</sup>. Come precipitato della precedente considerazione ed in ragione del fatto che, nel contempo, la nullità parziale non può che giovare anche al garante rendendone meno gravosa la posizione, pare ovvio che, così opinando, entrambe le parti mostrerebbero interesse al “mantenimento in vita” del negozio lite pendente, quand’anche mutilato delle parti echeggianti il contenuto del cartello “fulminato” dalla sanzione di nullità. D’altra parte, si è anche osservato come avrebbe senso condurre una siffatta valutazione di convenienza laddove il parametro di riferimento venisse

<sup>36</sup> *Ibidem*.

<sup>37</sup> In termini, G. STELLA, *Fideiussioni predisposte su modello uniforme ABI dichiarato parzialmente nullo dall’Autorità Garante della Concorrenza: quali rimedi a favore del fideiussore? nel rimarcare la contraddittorietà* in *i Contratti*, IV 2020, pp. 391 ss., il quale – nel rimarcare la contraddittorietà – assume che il passaggio argomentativo a mezzo del quale viene superato il profilo esclusivo del diritto al risarcimento a vantaggio della pronuncia di nullità, anche se soltanto parziale, sia connotato da un vistoso “salto logico” che avrebbe necessitato di maggiori approfondimenti da parte dei giudici della Corte. Analogamente LIBERTINI, *op. cit.*, p. 407. Sul carattere *icto oculi* antitetico delle conclusioni rispetto alle premesse insiste anche E. CAMILLERI, *op. cit.*, in *NGCC II*, 2020, pp. 399 ss.

<sup>38</sup> Rischio già avvertito dallo stesso CAMILLERI, *op. cit.*, p. 403 il quale fa riferimento alle opinioni che propugnano l’applicabilità della nullità parziale, escludendo l’effetto demolitorio totale, dal momento che temono “*un rimedio peggiore del male*”, formula che l’A. a sua volta ha mutuato da Oppo.

<sup>39</sup> Cfr., *ex multis*, Trib. Rovigo 9 settembre 2018 in *Il caso.it*; così, anche Trib. Benevento, 25 maggio 2019: «*la presenza di tali clausole determina un’ipotesi di nullità soltanto parziale dovendosi escludere, nell’economia complessiva dell’operazione compiuta, che la banca potesse preferire di rimanere addirittura senza alcuna garanzia, rispetto ad ottenere una garanzia che meno vincolasse i garanti*».



identificato in un mercato connotato da condizioni di stabilità e non già in ipotesi in cui la cornice mercatuale fosse attraversata da fattori distorsivi, dappoi eliminati<sup>40</sup>. Dette critiche, difficilmente confutabili, preludono all'ormai avviato processo di ridefinizione dei criteri guida recepiti, da ultimo, anche in sede A.B.F., e rispondenti all'intento pratico di orientare la verifica della volontà negoziale dei contraenti in modo da renderla realmente aderente alla *ratio* sottesa all'art. 1419 c.c.. Sull'argomento, che meriterebbe autonoma e ben più ampia trattazione, si tornerà nell'ultimo paragrafo.

### **6. I rischi di *underdeterrence* sottesi ad una tutela "esclusivamente" riparatoria.**

Proseguendo nella disamina dei rimedi aventi funzione di correttivo del rapporto fideiussorio inficiato da allineamenti restrittivi della concorrenza, occorre porre mente ad un ulteriore filone di pensiero che giace su un sostrato di valutazioni perfettamente antinomiche rispetto a quelle maturate dai sostenitori della teoria a favore della caducazione del contratto. Trattasi dell'idea – condivisa da una parte pressoché isolata della dottrina e della giurisprudenza, ma che ha trovato significativa applicazione pratica nel quadro di molti ordinamenti stranieri<sup>41</sup> – secondo cui la sottoscrizione di fideiussioni conformi a norme A.B.I. con soggetti terzi determinerebbe esclusivamente l'insorgere di un'obbligazione risarcitoria in capo all'impresa cartellista ed in favore della controparte, sempreché questi sia rimasto estraneo alla cospirazione. Una tutela siffatta nell'ordinamento civilistico sarebbe predicabile invocando, ad esempio, l'istituto del dolo incidente, sancito in materia contrattuale dall'art. 1440 c.c.<sup>42</sup> e adducendo il fideiussore la circostanza che l'istituto di credito avrebbe dolosamente apposto al contratto delle condizioni conformi allo schema illecito. Ad ogni modo, la praticabilità di una tutela "puramente" riparatoria deve accompagnarsi ad un congruo corredo

<sup>40</sup> La critica riprende un passaggio del contributo di F. DENOZZA, *op. cit.*, p. 413, il quale si sofferma a riflettere sull'inevitabile interesse che i beneficiari della fideiussione (*i.e.* gli istituti bancari) maturerebbero nel caso *de quo* secondo il comune ragionamento sintetizzabile nelle forme del "*meglio meno che niente*". Tuttavia, osserva l'A., è completamente diversa la domanda posta dalla lettera del citato art. 1419 c.c. e ossia: «*all'epoca in cui esisteva tra le banche il cartello, quale fideiussore sarebbe riuscito a convincere una banca a concludere l'operazione alle stesse condizioni, anche senza la parte del contratto colpita da nullità, e cioè senza le clausole incriminate?*» e, in conclusione, ritiene che una piatta applicazione della norma in esame non può che condurre a risultati assolutamente insoddisfacenti sotto il profilo pratico.

<sup>41</sup> Per un'analisi comparatistica dei principali diritti nazionali europei (in particolare, Francia e Germania) e del diritto statunitense, in merito al tema di odierno studio, si rinvia, *mutatis mutandis*, agli spunti offerti da LIBERTINI, *op. cit.*, pp. 387 ss.

<sup>42</sup> Norma che, come noto, espressamente statuisce che: «*se i raggiri non sono stati tali da determinare il consenso, il contratto è valido, benché senza di essi sarebbe stato concluso a condizioni diverse; ma il contraente in mala fede risponde dei danni*».

probatorio, in quanto necessita della prova del danno-conseguenza patito dal contraente e consistente, come accennato, nella lesione del diritto ad una scelta effettiva tra una pluralità di prodotti concorrenti<sup>43</sup>. La capostipite del gruppo di pronunce orientate in questo senso è la n. 2207/2005 con cui la Cassazione, riunita nel suo massimo Consesso, aveva già canonizzato il principio generale in base al quale anche al consumatore rimasto estraneo all'intesa anticompetitiva è riconosciuta la legittimazione ad agire ai sensi dell'art. 33, comma 2, l. 287/1990, una volta appurato che quest'ultima legge contiene prescrizioni rivolte non soltanto agli imprenditori ma alla generalità dei soggetti del mercato e ossia a «*chiunque abbia interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del suo carattere competitivo al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere*». Si sono espresse in termini adesivi anche le Corti territoriali, quasi sempre appellatesi al riferimento testuale rinvenibile nella previsione di cui all'art. 1, co. 1, d.lgs. n. 3/2017<sup>44</sup>. Norma, quest'ultima, recante disciplina del diritto al risarcimento «*in favore di chiunque (abbia) subito un danno a causa di una violazione del diritto della concorrenza da parte di un'impresa o di un'associazione di imprese*» e, nel cui testo, non è invece dato rinvenire il benché minimo accenno ad una tutela reale in favore del danneggiato. Ad ogni buon conto, l'esposta tesi deve misurarsi con il rilievo, ad oggi ritenuto assorbente e condiviso da svariati autori<sup>45</sup>, per il quale il ricorso alla tutela risarcitoria – se certamente funge da metodo meglio

<sup>43</sup> In termini, *ex plurimis*, Trib. Treviso 26 luglio 2018 nonché Trib. Verona, sent. 1 ottobre 2018, in cui si riteneva che non fosse sufficiente la mera allegazione della nullità dell'intesa medesima. Nello stesso senso, Trib. Roma, 21 settembre 2020, la cui sentenza si fonda sull'argomento in base al quale «*la nullità per violazione della disciplina antitrust è espressamente prevista per le intese illecite tra imprenditori, non per i contratti stipulati a valle, rispetto ai quali, in quanto costituiscano lo sbocco delle intese illecite e ne rappresentino l'esecuzione, l'ordinamento giuridico prevede la tutela risarcitoria a favore del contraente danneggiato*».

<sup>44</sup> Di attuazione della direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea.

<sup>45</sup> In termini strenuamente critici avverso la tesi del "solo risarcimento" si è espresso, tra gli altri, il già ricordato DENOZZA, il quale ravvisa molteplici incongruenze nel ragionamento di quanti ritengono che il consumatore – salva la possibilità di agire per il risarcimento dei danni patiti – sarebbe altrimenti impossibilitato ad avvalersi di rimedi ben più pregnanti e perciò ad esperire azioni "in grado" di incidere sulla vincolatività del sinallagma contrattuale. In questo senso, l'A. ritiene che l'argomento oggetto di critica conduca all'inevitabile paradosso di rendere passibile di nullità «*il contratto con cui un cartello impone ad un venditore di rivendere ad un prezzo elevato (impegno del terzo a condotta di collaborazione attiva)*» e non anche il contratto con cui successivamente «*il rivenditore impone questo prezzo al consumatore (che è in realtà proprio l'evento che alla fin fine si vuole impedire)*» (p. 411).



idoneo a calibrare la reazione ordinamentale, tarandola sulla scorta dell'effettivo pregiudizio sofferto dal consumatore – non mancherebbe di sollevare delicati problemi in punto di coerenza e di tenuta rispetto agli obiettivi avuti di mira dalle *policies* sanzionatorie antimonopolistiche<sup>46</sup>. Un ulteriore profilo critico investe poi la quantificazione, nel loro preciso ammontare, dei danni concretamente subiti dal fideiussore, stante la quanto mai difficoltosa trasponibilità in termini monetari della lesione ad un (non meglio precisato) diritto di "autodeterminazione economica"<sup>47</sup>. In via generale, il pregiudizio sarebbe da identificare nella immobilizzazione di parte dei cespiti patrimoniali facenti capo al garante per un periodo di tempo nettamente superiore a quello che, altrimenti, si sarebbe reso necessario in assenza del contegno sleale della controparte. Tuttavia anche a voler ragionare in termini di minor aggravio economico, stanti i riflessi economicamente pregiudizievoli patiti dal fideiussore e valutabili sotto il profilo della perdita di *chances* che questi si sarebbe procacciato, con ogni probabilità, in ipotesi di sottoscrizione della medesima polizza fideiussoria a condizioni meno onerose, non può nemmeno escludersi che per effetto dei più stringenti obblighi contrattuali il garante possa aver beneficiato di condizioni economiche in concreto più vantaggiose<sup>48</sup>. Va da sé che la complessità della prova a supporto delle descritte operazioni di calcolo oltre alla (non peregrina) possibilità di una compensazione tra le poste riconosciute a titolo di ristoro economico ed il credito

<sup>46</sup> *Contra*, LIBERTINI, *op. cit.*, pp. 393 ss. il quale – nel prendere in esame la tesi fondata sulla insufficienza del rimedio *de quo* – liquida la posizione contraria, basata sul rimedio caducatorio, mettendone in luce, ancora una volta, tutti i risvolti critici e ossia *in primis* la circostanza che trattasi, come detto, di soluzione «*che va oltre le esigenze riparatorie degli interessi delle parti lese e si presta ad azioni opportunistiche di nullità selettiva delle controparti contrattuali*» oltre al fatto che una consimile soluzione, nell'assumere una chiara connotazione punitiva «*nei confronti dei partecipanti al cartello, si espone al rischio di over-deterrence (oltre che, nello specifico mercato in cui si pone il problema delle fideiussioni, al risultato di moltiplicare la quantità di crediti deteriorati delle banche)*»; sulla base di tali presupposti l'A. reputa del tutto irragionevole ed ingiustificata l'applicazione di sanzioni *extra-ordinem* quali tipicamente resesi necessarie invece nel quadro di politiche aventi lo scopo di contrastare fenomeni espressivi di un ben più accentuato disvalore sociale (*i.e.* quelli riconducibili al perimetro di azione della criminalità organizzata).

<sup>47</sup> L'eccezionale difficoltà della prova è stata messa in evidenza già da Corte di Cassazione, sezione I, sentenza 28 maggio 2014, n. 11904 (in presenza di una fattispecie riguardante l'indebito aumento dei premi assicurativi cagionato da comportamenti collusivi a monte) che la imputò e, in parte, alla «*complessità dei fattori che concorrono nella determinazione dei premi*» e, in parte, al dato ulteriore e decisamente non secondario in base al quale «*soltanto l'impresa conosce esattamente la relativa incidenza dell'intesa anticoncorrenziale*». Alla stregua di ciò, il Collegio ha ritenuto opportuno procedere ad una sua valutazione equitativa.

<sup>48</sup> Così, STELLA, *op. cit.*, pp. 398-399, il quale nel tentare di scorporare le possibili voci di danno confluenti all'interno del *quantum debeatur* per certo ritiene possibile escludere «*un danno sub specie di maggiori costi vivi*», dal momento che la fideiussione è tipicamente prestata in favore della banca senza alcun corrispettivo.

comunque vantato dalla controparte in esecuzione del contratto di garanzia, abbiano reso assai frequente la definizione del giudizio risarcitorio mediante ricorso alla formula della liquidazione equitativa dei danni, sancita a norma dell'art. 1226 c.c..

### **7. Sul test "economico" di convenienza della fideiussione: timide prospettive *de iure condendo* dal Collegio di Coordinamento dell'A.B.F.**

Giunti a questa fase della trattazione viene difficile anche solo immaginare di poter rassegnare delle conclusioni consacrabili quale saldo punto d'arrivo in giurisprudenza come in dottrina. Tuttavia, tra le tante questioni interpretative frappostesi nel panorama del *private antitrust enforcement*, merita sicuramente un cenno l'importante *revirement* registratosi in merito alla verifica in tema di nullità parziale ex art. 1419 c.c.. La norma – giova ricordarlo ancora una volta – cristallizzando la regola generale ed implicita per cui «*vanno salvati i contratti che possono considerarsi come effettivamente voluti, ed eliminati quelli non fondati su un presumibile effettivo consenso*»<sup>49</sup>, necessita di essere "cucita" su misura del contesto all'interno del quale è stato erogato il credito garantito<sup>50</sup>. Sul punto, alcune preziose indicazioni esegetiche sembrano potersi ricavare già dal testo della decisione dell'A.B.F. Milano, datata 4 luglio 2019. Il Collegio Meneghino – assumendo quale indefettibile premessa logica la connotazione accessoria della garanzia<sup>51</sup> – aveva prediletto un approccio teso ad analizzare monoliticamente il senso economico dell'operazione. Su base di tali premesse, l'A.B.F. aveva destituito di qualsivoglia pregio, agli effetti dell'art. 1419 c.c., tanto la proposta di analizzare "a posteriori" la volontà dei contraenti, proiettandola "surrettiziamente" nel contesto esistente al momento dell'accertamento della nullità secondo la prospettiva del "prendere o lasciare", quanto quella riferentesi al contesto anticoncorrenziale esistente all'atto della stipula della fideiussione. In questa seconda ipotesi, l'indagine sulla presumibile volontà dei contraenti, per vero sorniti di qualsivoglia libertà di scelta, a parere del Collegio avrebbe configurato un illogico controsenso. Volgendo invece lo sguardo verso la *pars costruens*, la decisione dell'Arbitro aveva affermato la necessità di esaminare l'effettiva volontà delle parti «*immaginando il contesto che sarebbe esistito in assenza dell'atto principale colpito da nullità*». Secondo questo

<sup>49</sup> Cfr. A.B.F. Milano, decisione n. 16558/2019.

<sup>50</sup> Secondo il criterio logico in base al quale «*il contratto, che potrebbe apparire conveniente e, quindi, probabilmente voluto, in un contesto, potrebbe apparire non conveniente, e, quindi, probabilmente non voluto, in un altro*», cfr. *ibidem*.

<sup>51</sup> Sicché «*è da ritenere che il prezzo del credito dipende e varia, non solo in rapporto alle sue caratteristiche intrinseche, ma anche in rapporto a quelle della garanzia da cui venga, originariamente o successivamente, assistito. Una garanzia "più forte" consentirà di praticare al debitore principale condizioni migliori rispetto a quelle che sarebbero praticate nel caso di una garanzia più debole*», *ibidem*.

punto di vista, se l'impresa bancaria, da un lato, in ragione della sopravvenuta impossibilità di scaricare alcuni costi sul cliente, sarebbe stata costretta ad operare una complessiva ristrutturazione della politica contrattuale con l'obiettivo di ripristinare una combinazione ottimale «*tra rischi del credito, costi del medesimo e coperture realizzabili attraverso garanzie*», non può andare del tutto esclusa neppure l'evenienza che controparte, dal canto suo, possa rifiutare la stipula del contratto, ormai spogliato delle clausole oggetto di censura, decidendo di avvalersi delle offerte alternativemente reperibili sul mercato a condizioni più vantaggiose. Più di recente, è stato investito di un ricorso analogo anche il Collegio A.B.F. di Roma. Diversamente dall'omologo milanese, il Collegio capitolino ha scelto tuttavia di deferire<sup>52</sup> la questione, ritenuta di massima importanza, al Collegio di Coordinamento. Riunitosi nella speciale composizione preordinata a scongiurare possibili contrasti interpretativi tra i Collegi territoriali<sup>53</sup>, l'Arbitro ha emesso nell'agosto 2020 la decisione n. 14555. Nel pronunciarsi su un ricorso volto ad ottenere la nullità della polizza fideiussoria "a valle", il Collegio ha preferito estendere l'orizzonte decisorio al di là delle classiche valutazioni già rassegnate in materia, articolando nuove e più pregnanti argomentazioni sul ragionamento controfattuale da seguire in sede di ricostruzione della volontà dei contraenti nei contratti *de quibus*. Rifacendosi ad una tesi in parte già concettualizzata dalla dottrina, il Collegio di Coordinamento ha inteso chiarire, in via del tutto preliminare, che l'approccio alla sfera volitiva dei paciscendi declinata al condizionale implica la conoscenza di un dato meramente congetturale, dal quale non può farsi discendere in alcun modo la validità o meno dell'intero contratto. Ciò posto, il Collegio – richiamandosi ai generali criteri fissati dall'art. 12 disp. prel., in tema di interpretazione della legge – ha sposato una lettura teleologicamente orientata dell'art. 1419 c.c.. Nella parte conclusiva della decisione, accantonata la dicotomia incentrata sulla c.d. "volontà ipotetica", ha quindi affermato il principio di carattere generale per cui il giudizio controfattuale imposto dalla norma in questione si sostanzia in una valutazione di «*compatibilità della modifica del contratto con la causa concreta di esso*», con salvezza del titolo negoziale ed applicazione della disciplina della nullità parziale qualora le modifiche sopravvenute abbiano inciso sul contratto elidendone le sole clausole "accessorie". A questo punto, nel circostanziare la definizione di "accessorietà", l'A.B.F. qualifica come accessorie le tre clausole risultate "frutto" di

<sup>52</sup> In particolare, il riferimento è all'ordinanza di rimessione n. 8577 dell'11 maggio 2020.

<sup>53</sup> Che vede la partecipazione dei Presidenti dei tre Collegi territoriali, nonché di un membro designato dalle associazioni degli intermediari (il c.d. Conciliatore Bancario Finanziario) e di un membro ulteriore, designato dalle associazioni rappresentative dei clienti appartenenti ai singoli Collegi. Per maggiori approfondimenti sul tema della composizione e del funzionamento dell'organo decidente in sede A.B.F. si rinvia alla più recente Relazione sull'attività dell'Arbitro Bancario Finanziario, 2019, n. 10.

un disegno anticoncorrenziale, una volta constatato che, anche in ipotesi in cui le stesse «*non fossero state apposte al contratto, quest'ultimo avrebbe comunque avuto un oggetto determinato (o almeno determinabile), ai sensi degli artt. 1346 ss. c.c.*». In ragione di siffatte considerazioni, il Collegio di Coordinamento ha ritenuto caducate soltanto le clausole che ricalcano lo schema-tipo dell'A.B.I. e non invece l'intero contratto di fideiussione. Ciò malgrado, con riferimento al tema oggetto della presente analisi, restano ancora insolute numerose questioni per le quali resta auspicabile un intervento delle Sezioni Unite risolutore degli acclarati contrasti giurisprudenziali. Ciò tanto più in considerazione del fatto che i giudici di Piazza Cavour nel febbraio dello scorso anno, sia pure con sentenza della Terza Sezione civile, sono ritornati ad affrontare, in via soltanto incidentale, il tema della nullità o meno delle fideiussioni "collusive", con risultati interpretativi non molto dissimili da quelli già commentati all'esito della sentenza n. 29810/2017. Difatti, nel soffermarsi sulla questione processuale inerente la rilevabilità *ex officio* della nullità sollevata per la prima volta in appello e in Cassazione anche in relazione alle c.d. "nullità relative", il Consesso nomofilattico ha statuito solamente che: «*le nullità 'a valle' delle fideiussioni omnibus in questione debbano essere valutate alla stregua degli artt. 1418 c.c. e segg. e che possa trovare applicazione l'art. 1419 c.c., laddove l'assetto degli interessi in gioco non venga pregiudicato da una pronuncia di nullità parziale, limitata alle clausole rivenienti dalla intesa illecita, posto che, in linea generale, solo la banca potrebbe dolersi della loro espunzione*»<sup>54</sup>.

---

<sup>54</sup> Cfr., Cassazione civile sez. III, 19/02/2020, n.4175 (punto 3.8).

La rinuncia abdicativa e la sua ammissibilità in tema di espropriazione: un approfondimento alla luce delle sentenze dell'adunanza plenaria (nn. 2 e 4 del 20 gennaio 2020 e n. 5 del 18 febbraio 2020)

di **Monica GUZZARDI** \*

**SOMMARIO:** **1.** La rinuncia in generale: abdicativa, traslativa e liberatoria **1.1** Differenza con altre figure affini: revoca, recesso e rifiuto. **1.2** Ammissibilità della *species* rinuncia abdicativa al diritto di proprietà immobiliare. **2.** La rinuncia del privato nel diritto amministrativo. Cenni sull'espropriazione (occupazione acquisitiva/appropriativa e occupazione usurpativa). **3.** Le decisioni dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nn. 2, 4 e 5 del 2020. **4.** Osservazioni conclusive.

**ABSTRACT:** *This paper investigates the admissibility of the relinquishment of property rights, by outlining the legal institute of relinquishment, as well as the differences between translative relinquishments and disclaimer relinquishments. By recalling the jurisprudential evolution that has affected indirect expropriation, this paper ultimately analyzes the administrative jurisprudence's conclusions on the matter of relinquishment of ownership rights, following a case of erroneous conveyancing by the administrative authority.*

### **1. La rinuncia in generale: abdicativa, traslativa e liberatoria.**

L'analisi delle conclusioni recentemente raggiunte dalla giurisprudenza amministrativa in tema di rinuncia del privato al diritto di proprietà, in seguito ad una vicenda ablativa non correttamente posta in essere da parte dell'autorità amministrativa, impone una preliminare trattazione dell'istituto della rinuncia abdicativa in generale, così da poterne determinare i confini e tracciarne le differenze con ulteriori fattispecie.

Ebbene, pur non essendovi una norma di carattere generale sulla rinuncia, si rammentano le numerose disposizioni del codice civile che vi fanno riferimento: se ne parla, ad esempio, con riguardo all'eredità e al legato (art. 478, 519 ss., 649, 650 c.c.), a prescrizioni di forma e di pubblicità (art. 1350 e 2643 c.c.); si contempla la rinuncia fra le cause di estinzione dei diritti reali di godimento, specificamente in tema di enfiteusi (art. 963 c.c.) e di servitù (art. 1070 c.c.); la

---

\* *Magistrato ordinario in tirocinio presso il Tribunale di Catania.*

rinuncia è espressamente considerata dal legislatore in materia di garanzie dell'obbligazione (art. 1238, 1240 c.c.), di prescrizione e decadenza (art. 2937, 2968 c.c.), in materia di ipoteca (art. 2878, 2879 c.c.), di contratto di mandato (art. 1722, 1727 c.c.), e in materia di rapporto di lavoro (art. 2113 c.c. come novellato dall'art. 6 l. 11 agosto 1973, n. 533).

Ed invero, nonostante il Legislatore non abbia espressamente disciplinato in una norma *ad hoc* la rinuncia abdicativa, la prevalente e tradizionale dottrina ne afferma la sua ammissibilità<sup>1</sup>.

Trattasi di un negozio giuridico unilaterale non recettizio, con il quale un soggetto, nell'esercizio di una facoltà, dismette, abdica, perde una situazione giuridica di cui è titolare, *rectius* esclude un diritto dal suo patrimonio, senza che ciò comporti "trasferimento" del diritto in capo ad altro soggetto né automatica estinzione dello stesso.

La dottrina definisce la rinuncia un negozio giuridico poiché l'attività rinunciativa si manifesta in genere attraverso una dichiarazione di volontà diretta al perseguimento di uno specifico scopo, ossia la dismissione della situazione giuridica di cui è titolare il rinunciante<sup>2</sup>. La nozione di atto giuridico, pertanto, non sarebbe sufficiente a giustificare l'effetto della fattispecie, che appare una diretta conseguenza della volontà espressa dal rinunciante. Si osserva, inoltre, che, in quanto negozio unilaterale, ne consegue l'applicabilità dell'art. 1324 c.c. Il titolare del diritto, privandosi dello stesso, si limita a dismetterlo senza trasferirlo ad altri; gli ulteriori effetti, estintivi o modificativi del rapporto, che possono anche incidere sui terzi, sono solo conseguenze riflesse del negozio rinunciativo, non direttamente ricollegabili all'intento negoziale e non correlate al contenuto causale dell'atto, tant'è che la rinuncia abdicativa si differenzia, come infra meglio precisato, dalla rinuncia c.d. traslativa, proprio per la mancanza del carattere traslativo-derivativo dell'acquisto e per la mancanza di natura contrattuale, con la conseguenza che l'effetto in capo al terzo si produce *ipso iure*, a prescindere dalla volontà del rinunciante, quale mero effetto di legge. Per il suo perfezionamento non è, pertanto, richiesto l'intervento né l'espressa accettazione del terzo né che lo stesso debba esserne informato.

<sup>1</sup> F. MACIOCE, *Rinuncia* (dir. priv.), in *Enc. dir.*, XL, 1989, Milano, p. 923; N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile. Parte generale*, Milano, 1929, p. 324; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 2002, p. 218; F. ATZERI, *Delle rinunzie secondo il codice civile italiano*, Torino, 1910, p. 1; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in Tratt. Vassalli, XV, t. 2, Torino, 1960, p. 299; G. IACCARINO, *La rinuncia al diritto di (com)proprietà nella prassi notarile*, in *Notariato*, 2016, 578 ss.

<sup>2</sup> L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1962 144.e seg.

Ne consegue la natura non recettizia del negozio in questione, in quanto la rinuncia non ha un destinatario immediato; se vi è un accrescimento del patrimonio di altro soggetto, questo avviene sempre in via mediata ed indiretta né può essere lo scopo del rinunciante.

La rinuncia, dunque, produce effetti immediati, non dipendenti dalla notificazione o comunicazione della dichiarazione ad eventuali terzi interessati; la dichiarazione abdicativa, in quanto immediatamente perfetta ed efficace non appena esteriorizzata, in forma espressa o tacita, sarebbe, pertanto, irrevocabile<sup>3</sup>.

Dal punto di vista degli effetti, si distinguono ulteriori ipotesi di rinuncia rispetto a quella sinora tracciata: la rinuncia traslativa e la rinuncia liberatoria.

La rinuncia traslativa è un negozio dispositivo, con struttura bilaterale, ove la dismissione del diritto del rinunciante è una controprestazione di un contratto che deve essere comunicato a colui nei cui confronti si verifica il trasferimento e che deve accettare, ovvero, a sua volta, rinunciare.

Tale rinuncia è, dunque, inserita all'interno di un contratto sinallagmatico, trovando la sua causa in una controprestazione; essa, pertanto, non costituisce rinuncia in senso tecnico, costituendo un negozio dispositivo ed essendo priva della unilateralità della dichiarazione, tipica della rinuncia "pura". Nella rinuncia traslativa, infatti, l'atto dismissivo costituisce un'obbligazione della pattuizione, realizzandosi così un contratto atipico plurilaterale, generalmente oneroso.

Ne consegue che, qualora la rinuncia sia inserita in un contratto sinallagmatico, perde la sua natura di autentica rinuncia abdicativa e perde la sua causa propriamente dismissiva in quanto il negozio, trovando giustificazione nella corrispettività della prestazione diviene negozio dispositivo-traslato (cd. rinuncia traslativa)<sup>4</sup>.

Quanto alla rinuncia liberatoria, si rileva che questa comporta l'ulteriore effetto estintivo di tutte le obbligazioni connesse, per cui il rinunciante è liberato dall'obbligazione di pagamento delle spese non solo future ma anche anteriori, come accade nelle ipotesi di cui agli artt. 882 e 1104 c.c., caratterizzate dall'effetto ulteriore della liberazione del rinunciante dalla c.d. obbligazione *propter rem* di contribuzione alle spese, oltre che per il futuro, anche per il passato.

---

<sup>3</sup> S. ROMANO, *La revoca degli atti giuridici privati*, Padova, 1935, 300 ss.; contra G. STOLFI, *In tema di revocabilità della rinuncia*, in Foro it., 1933, I, 758 ss.; L. V. MOSCARINI, *I negozi a favore di terzo*, Milano, 1970, 181 ss., il quale sembra ammettere la revoca fin tanto che non si sia verificata l'apprensione del diritto dismesso da parte di un soggetto terzo.

<sup>4</sup> L. BOZZI, *La negozialità degli atti di rinuncia*, Milano, 2008, p. 7.

Ed invero, l'art 882 c.c. consente al comproprietario di un muro comune di esimersi dall'obbligo di contribuire nelle spese di riparazione e ricostruzione, rinunciando al proprio diritto di comunione. Dalla rinuncia consegue l'abbandono della quota e il conseguente accrescimento in favore degli altri condomini, sui quali si riversa automaticamente l'onere delle spese per la quota del rinunziante. In base all'ultimo comma dell'art. 882 c.c. la rinuncia può farsi anche quando alle riparazioni abbia dato causa col fatto proprio lo stesso rinunziante; a carico di costui, però, nonostante la rinuncia, rimarrà l'obbligo di provvedere a sue spese alle riparazioni e ricostruzioni necessarie. È invece esclusa la facoltà di rinuncia, quando il muro comune sostenga un edificio di proprietà del rinunziante<sup>5</sup>.

L'art 1104 c.c., invece, consente al comunista che intenda liberarsi delle spese derivanti dalla propria quota di comproprietà – e cioè dalla situazione passiva discendente da *obbligazioni propter rem* già perfette – di rinunciare al proprio diritto di proprietà immobiliare (riferito alla quota di spettanza). Anche in tal caso, l'eccezionalità della previsione non risiede nell'attribuzione della facoltà di rinuncia, bensì nella possibilità di liberarsi unilateralmente da un vincolo obbligatorio già sorto.

In tali casi si ritiene che la rinuncia divenga negozio recettizio, con la conseguenza che la stessa dovrà essere necessariamente portata a conoscenza del terzo.

La produzione di questo ulteriore effetto di carattere liberatorio in capo ad un soggetto comporta, infatti, un contestuale incremento delle spese gravanti sugli altri comproprietari con efficacia *ex tunc*, sicché sorge la necessità che l'atto abdicativo sia portato a conoscenza degli altri comproprietari.

Infine, si osserva che anche l'abbandono del fondo servente disciplinato dall'1070 c.c. produce la liberazione del dichiarante da un obbligo o da un peso. L'apparente somiglianza fra la fattispecie prevista dall'art. 1070 c.c. e quella contemplata nell'art. 1104 c.c., tuttavia, si riferisce soltanto al fondamento dell'effetto liberatorio per il rinunziante, ma non all'effetto acquisitivo.

Ed invero, l'acquisto da parte dei contitolari della comunione si verifica per naturale espansione del diritto di ciascun partecipante e non in virtù di una

---

<sup>5</sup> F. DE MARTINO, *Proprietà. Beni in generale*, in *Comm. Scialoja, Branca*, sub art. 882, Bologna-Roma, 1976, 316.



fattispecie appositamente disciplinata quale l'acquisto della proprietà da parte del proprietario del fondo dominante<sup>6</sup>.

L'art 1070 c.c. a prima vista, sembra prevedere un'ipotesi di rinuncia abdicativa: il proprietario del fondo servente dismette la proprietà del bene immobile, la quale sarà acquistata dal proprietario del fondo dominante, con estinzione del diritto reale minore di servitù<sup>7</sup>. La disposizione in commento, tuttavia, prevede un elemento aggiuntivo rispetto alla mera enunciazione del potere dismissivo del proprietario del fondo servente. Infatti, il presupposto applicativo della disposizione consiste nell'essere tenuto, per il titolo costitutivo o per la legge, alle spese necessarie per l'uso o per il mantenimento del diritto di servitù. Si fa, dunque, riferimento all'eventualità che il soggetto passivo di una servitù prediale sia il titolare di obbligazioni inerenti al diritto reale minore (cd. *obbligazioni propter rem*) ex art. 1030 c.c.

Ebbene, l'art. 1070 c.c. prevede eccezionalmente la facoltà del titolare del fondo servente di liberarsi di tali obbligazioni. La norma configura pertanto un eccezionale modo di estinzione dell'obbligazione (*propter rem*) basato sulla manifestazione unilaterale di volontà da parte del soggetto debitore: il titolare del fondo servente, per liberarsi delle obbligazioni *propter rem*, eccezionalmente, può rinunciare alla proprietà del fondo a favore del titolare del fondo dominante<sup>8</sup>. In conclusione, si ritiene che l'art. 1070 c.c. presupponga una generalizzata ammissibilità della rinuncia abdicativa, statuendo l'ulteriore effetto della liberazione dalle obbligazioni. La disposizione è altresì da intendersi come eccezionale, non già perché ammette la facoltà di rinunciare ad un diritto reale, quanto piuttosto perché prevede un modo di estinzione unilaterale dell'obbligazione.

### **1.1 Differenza con altre figure affini: revoca, recesso e rifiuto.**

È necessario distinguere il negozio di rinuncia da altre manifestazioni di esercizio del potere che con esso hanno in comune il fine negativo di determinare la

<sup>6</sup> L'abbandono di cui all'art. 1070 c.c. non è vera rinuncia, tale carattere va invece riconosciuto alla dichiarazione resa ai sensi dell'art. 1104 c.c. ancorché ad essa la norma ricolleggi un effetto liberatorio: V. LENER, *La comunione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, VIII, 1982, 314.

<sup>7</sup> Per il principio *nemini res sua servit*, non possono convivere in capo al medesimo soggetto le posizioni attive e passive derivanti da un medesimo diritto di servitù prediale.

<sup>8</sup> La rinuncia, benché irrevocabile, resterebbe priva di efficacia sino ad accettazione avvenuta da parte del titolare della servitù, senza soluzione di continuità tra abbandono e nuovo acquisto in cui il fondo diventi *res nullius* e, come tale, acquisito ex art. 827 dallo Stato (cfr. G. BRANCA, *Servitù prediali*, in *Comm. Scialoja, Branca*, 6 ed., Bologna-Roma, 1987, 400).

cessazione di una situazione giuridicamente rilevante, come l'esercizio del potere di revoca, di recesso e di rifiuto.

La revoca è negozio giuridico con cui si toglie vita ad altro negozio<sup>9</sup>; Autorevole dottrina lo definisce come negozio contrario<sup>10</sup>, esplicazione discrezionale dell'autonomia privata rivolta a porre nel nulla retroattivamente il disposto regolamento di interessi<sup>11</sup>. La revoca «è espressione del potere di ritrattazione facoltativa di un atto giuridico (privato), compiuta o provocata dall'autore dell'atto stesso, o da chi è autorizzato a sostituirsi a lui o a subentrargli, con l'effetto di impedire il sorgere di una nuova situazione giuridica o di ripristinare quella preesistente»<sup>12</sup>.

Se la revoca, dunque agisce sull'atto determinandone l'eliminazione degli effetti, il recesso, invece, incide sul rapporto causando lo scioglimento del soggetto dai poteri e doveri che in esso trovano fonte<sup>13</sup>. Mentre la revoca opera *ex tunc*, con effetti retroattivi, eliminando il negozio dal mondo giuridico, la rinuncia (come il recesso) opera *ex nunc*, comportando la dismissione di un diritto già acquistato. Il negozio di recesso, quale mezzo di liberazione unilaterale dal rapporto, se produce effetti nella sfera del soggetto che lo compie, è altresì destinato ad incidere nella sfera giuridica del destinatario, mentre - come più volte sottolineato - la rinuncia produce solo conseguenze indirette e riflesse nei confronti dei terzi. Un'importante differenza tra rinuncia e recesso risiede nella considerazione che mentre la prima è atto rimessa all'esclusivo potere di libera autonomia del soggetto, il recesso è invece atto vincolato, nel senso che può esercitarsi o a seguito di legittimazione legale o convenzionale.

Dal punto di vista dell'efficacia, l'attività rinunciativa può consistere in una fattispecie che opera in senso positivo nel campo delle vicende del rapporto giuridico (remissione del debito, rinuncia al diritto reale), ovvero in senso negativo, come fattispecie impeditiva o eliminativa.

In proposito, maggiori difficoltà presenta la distinzione fra rinuncia e rifiuto, ed in particolare in tema di rinuncia all'eredità e di rinuncia al legato.

La dottrina ha definito il rifiuto quale atto di esercizio negativo del potere spettante al soggetto di perfezionare, con propria manifestazione di volontà unilaterale, l'acquisto di un diritto (legato, donazione, contratti unilaterali),

<sup>9</sup> CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, cit., 169.

<sup>10</sup> SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali*, op. cit., 211

<sup>11</sup> E. BETTI, *Teoria generale*, cit., 251 ss.

<sup>12</sup> S. ROMANO, *Revoca* (Diritto privato), in Nss.D.I., XV, 1968, 809; *La revoca degli atti giuridici privati*, op. cit., 302 ss. e 312 ss.

<sup>13</sup> W. D'AVANZO, *Recesso* (Diritto civile), in Nss.D.I., XIV, 1967, 1027 ss.

l'assunzione di una situazione giuridica complessa (eredità e contratti bilaterali), l'assunzione di una obbligazione (accettazione del trattario ex art. 51 l. camb.)<sup>14</sup>. Dunque, mentre il rifiuto atterrebbe ad un procedimento acquisitivo, la rinuncia si specificherebbe come atto abdicativo di un diritto in precedenza acquisito al patrimonio del soggetto.

Autorevole della dottrina<sup>15</sup> distingue tra rifiuto impeditivo che impedisce che un diritto entri a far parte del patrimonio e rifiuto eliminativo che neutralizza gli effetti già prodotti nel patrimonio ma non ancora stabilizzati (es. rifiuto del terzo ex 1411 o rinuncia al legato).

Il rifiuto, infatti, sembra potersi configurare come potere che esclude l'acquisizione del diritto, o come potere che elimina un acquisto già avvenuto; dal punto di vista logico-temporale della vicenda giuridica l'esercizio del potere di rifiuto preclude un successivo atto di rinuncia, mentre un valido esercizio del potere di rinuncia presuppone che un atto di rifiuto non vi sia stato.

Secondo tale ultima prospettiva, il rifiuto eliminativo consiste in una manifestazione di volontà con cui il dichiarante respinge gli effetti giuridici incrementativi già prodottosi nella propria sfera giuridica. In tal modo, si rimuove l'acquisto di un diritto con effetti retroattivi: il diritto acquisito e rifiutato ritornerà nella sfera dell'originario disponente o di un terzo. Costituisce noto esempio di questa categoria il rifiuto che il terzo può operare a fronte del negozio stipulato tra il promittente e lo stipulante nel contratto a favore di terzo (art. 1411 ss. c.c.). Parimenti, è rifiuto eliminativo la manifestazione di volontà che potrebbe operare il terzo ex art. 1333 c.c.

In tali ipotesi, l'ordinamento consente di dare rilevanza alla volontà del terzo, poiché esso non ha avuto modo di esprimere il proprio consenso *ex ante* rispetto al momento di produzione dell'effetto ultimo del contratto.

Il rifiuto impeditivo, invece, consiste in una manifestazione di volontà volta ad impedire un effetto giuridico incrementativo nel proprio patrimonio: si impedisce l'acquisto di un diritto e non già si eliminano retroattivamente gli effetti già prodottisi in virtù di un negozio cui si è estranei, come nel primo caso.

La necessità di distinguere l'istituto del rifiuto da quello della rinuncia abdicativa deriva dalla constatazione per cui, talvolta, il legislatore impiega il termine

---

<sup>14</sup> L. FERRI, *Rinuncia e rifiuto nel diritto privato*, Milano, 1960, p. 43. Precisa l'Autore che il rifiuto è l'opposto dell'accettazione: «chi ha il potere di accettare (o ratificare), come può non esercitare il potere, astenersi, cioè dall'esercitarlo, così può esercitarlo negativamente attraverso il rifiuto»; cfr. anche F. SANTORO-PASSARELLI, op. cit., 217 e 219, secondo il quale i rifiuti formerebbero una categoria di negozi cosiddetti omissivi.

<sup>15</sup> F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Esi, 18° pp. 871 e ss.

“rinuncia” per descrivere una fattispecie inquadrabile, invece, *sub specie* di rifiuto, come accade con la c.d. rinuncia al legato e con la c.d. rinuncia all’eredità. Gli artt. 649 e 650 c.c., infatti, prevedono espressamente la possibilità di rinunciare al legato, eppure, avendo il legatario già acquistato il diritto al momento dell’apertura della successione, la volontà negativa di questi fa sì che il diritto già acquisito ritorni nell’*universum ius defuncti*, trattandosi di rifiuto eliminativo. Parimenti, la rinuncia all’eredità, di cui agli artt. 519 ss, c.c., impedisce l’acquisto di un diritto (o di un complesso di diritti) nella sfera giuridica del soggetto, con conseguente ricaduta del diritto nell’asse ereditario, alla stregua di un rifiuto impeditivo.

La distinzione consente di sottolineare gli effetti propri della rinuncia abdicativa: ove vi si ha rifiuto impeditivo, il diritto non fuoriesce dal patrimonio dell’originario potenziale disponente, poiché il trasferimento del diritto è impedito dalla dichiarazione del rifiutante; quando si ha rifiuto eliminativo, il diritto, rimuovendosi *ex tunc* gli effetti reali, ritorna nel patrimonio del disponente o transita in quello di un terzo estraneo; con la rinuncia abdicativa, il diritto si estingue, si consuma.

Ne consegue, secondo tale prospettiva, che la remissione del debito determina l’estinzione dell’obbligazione; la rinuncia al diritto reale minore ingenera l’effetto riespansivo dell’originaria proprietà (per il c.d. principio di elasticità del dominio), la rinuncia al diritto di proprietà mobiliare fa sì che la *res diventi nullius*. In altri termini, la rinuncia, producendo un effetto dismissivo-estintivo non può produrre un effetto traslativo-derivativo, con la conseguenza che gli ulteriori eventuali acquisti del diritto precedentemente rinunciato non possono che essere acquisiti a titolo originario.

## **1.2. Ammissibilità della *species* rinuncia abdicativa al diritto di proprietà immobiliare.**

Nel nostro codice si rinvengono numerosi istituti riconducibili al paradigma della rinuncia abdicativa, tra questi vi è la remissione del debito ai sensi dell’art. 1236 c.c., da qualche Autore considerata come lo schema tipico dell’atto rinunciativo<sup>16</sup>.

Si tratta, per la ricostruzione prevalente, non già di un atto giuridico in senso stretto, i cui effetti tipici sono disciplinati dalla legge, bensì di un negozio unilaterale rifiutabile, attraverso il quale il creditore dismette il proprio diritto di credito. Con la remissione del debito il creditore libera il debitore dalla

<sup>16</sup> P. RESCIGNO, *Obbligazioni* (nozioni generali), in Enc. Dir., XXIX, Milano, 1979, 204.

obbligazione; mentre al debitore è lasciata la scelta di rifiutare la remissione entro un congruo termine (facendo così rivivere l'obbligo a suo carico). La tesi maggioritaria ritiene si tratti di un negozio unilaterale recettizio; l'eventuale rifiuto del debitore è stato configurato come condizione risolutiva o sospensiva dell'avvenuta estinzione dell'obbligo.

Analogamente, è negozio dismissivo la remissione del debito di fonte testamentaria (art. 658 c.c.), con cui il testatore, con disposizione a titolo particolare (cd. legato di liberazione da un debito) realizza una remissione, arricchendo il patrimonio del legatario.

La rinuncia, inoltre, costituisce un tradizionale modo di estinzione dei diritti reali di godimento su cosa altrui. Così, attraverso la manifestazione della propria volontà negoziale, il titolare del diritto reale minore dismette la situazione giuridica soggettiva di vantaggio e, conseguentemente, si riepanda in tutta la sua pienezza l'originario diritto di proprietà del proprio dante causa in virtù del principio di consolidazione del diritto di proprietà.

In relazione alla comunione di diritto reale, inoltre, come già detto sopra, l'art. 1104 c.c. prevede esplicitamente per il comunista la facoltà di rinunciare al proprio diritto. Inoltre, benché non espressamente oggetto di disciplina positiva, si riconosce pacificamente la possibilità di rinunciare al diritto di proprietà di beni mobili attraverso la c.d. *derelictio*, ovvero la manifestazione unilaterale della volontà di dismettere il diritto. Ciò si ricava dal fatto che tra i modi di acquisto della proprietà a titolo originario, l'art. 922 c.c. menziona l'occupazione (art. 923 c.c.), cioè l'atto giuridico in senso stretto con cui il soggetto, manifestando un intento di appropriazione, acquista il diritto di proprietà o della *res nullius* o della *res*, per l'appunto, *derelicta*, cioè da altri dismessa.

A sostegno della generale rinunziabilità dei diritti reali possono addursi molteplici argomenti quali il carattere disponibile del diritto in esame; la previsione da parte del legislatore di specifiche ipotesi, sia pure peculiari, di rinuncia al diritto di proprietà (artt. 882-1104 c.c.); la circostanza che per escludere la rinunziabilità in relazione alle parti comuni dell'edificio il legislatore è dovuto intervenire espressamente (art. 1118 c.c.); la disparità di trattamento che si creerebbe altrimenti rispetto ai beni mobili, dei quali è indiscutibile la possibilità di abbandono; l'espresso riferimento contenuto negli artt. 1350 e 2643c.c.

In conclusione, benché non vi siano dubbi circa l'astratta configurabilità *tout court* dell'istituto della rinuncia, maggiori incertezze può suscitare la sua ammissibilità in relazione al diritto di proprietà immobiliare. In particolare si tratta dell'ipotesi di rinuncia al diritto di proprietà complessivamente inteso, e

non la rinuncia ad una quota della comproprietà prevista espressamente dalla legge.

*Ed invero, occorre* scindere due fattispecie che potrebbero apparire del tutto identiche ma che nascondono alcuni elementi differenziativi quanto agli effetti: la rinuncia al diritto di proprietà complessivamente inteso, e la rinuncia alla comproprietà di un bene.

La rinuncia alla quota di comproprietà comporta un accrescimento delle quote degli altri comproprietari, e non una devoluzione del diritto in favore dello Stato. Il codice civile prevede espressamente un'ipotesi di rinuncia alla quota. Tra queste, in particolare, viene in rilievo la rinuncia liberatoria di cui all'art. 1104 c.c., che si caratterizza per la circostanza che alla rinuncia al diritto reale si accompagna la dismissione di una situazione debitoria. Coerentemente alla sua natura abdicativa, anche la rinuncia alla quota ha natura di negozio unilaterale non recettizio: pertanto, non è necessaria la conoscenza altrui ai fini dell'efficacia del negozio.

Diversa, invece, è l'ipotesi in cui la rinuncia riguardi il diritto di proprietà immobiliare nella sua interezza.

La teoria negativa circa l'ammissibilità di tale rinuncia, si fonda essenzialmente su due capisaldi. In primo luogo, la rinuncia abdicativa alla proprietà potrebbe comportare un facile strumento per eludere le norme fiscali e sottrarsi al pagamento di determinate imposte e, pertanto, costituirebbe un negozio contrario al pubblico interesse. La tesi, difatti, sottolinea il rischio che l'istituto possa agevolmente prestarsi ad abusi da parte dei privati che perseguono l'obiettivo di evitare tasse e gravami.

In secondo luogo, i fautori della tesi negativa evidenziano come la perpetuità propria del diritto di proprietà non sarebbe conciliabile con la possibilità di dimetterlo e consentirebbe ad un soggetto di incidere sulla sfera giuridica di un terzo senza il suo consenso. Infine, la rinuncia, provocando l'acquisto dell'immobile in capo allo Stato, introdurrebbe una nuova modalità di acquisto della proprietà a titolo originario, non contemplato nel tassativo elenco di modi di acquisto originario previsti nel codice.

Secondo tale prospettiva, pur rientrando il diritto di proprietà nella categoria dei diritti disponibili, il principio di ordine pubblico impedirebbe l'ammissibilità dell'istituto: la rinuncia, in altri termini, sarebbe un negozio, prima ancora che causalmente illecito, immeritevole di tutela. Ciò perché lo Stato non potrebbe farsi carico dei citati obblighi di custodia in relazione ad una serie potenzialmente innumerevole di beni immobili, senza neppure avere la possibilità di rifiutarne

l'acquisto. I citati artt. 1350 n. 5) e 2643 n. 5), inoltre, si riferirebbero non già al negozio atipico di rinuncia immobiliare, ma esclusivamente alle ipotesi tipiche ed eccezionali in cui il legislatore riconosce espressamente la facoltà di rinunciare (artt. 1070 e 1104 c.c.).

Infine, si sostiene che l'art. 827 c.c. avrebbe quale campo di applicazione naturale il caso in cui acque fluviali, scorrendo nel corso del tempo, determinino un progressivo accumulo di detriti che, sedimentandosi, determinerebbero l'emersione di un appezzamento terriero: la norma vorrebbe riconoscere la proprietà allo Stato di tale isolotto, così come tra l'altro già regolato dall'art. 945 c.c.

La tesi in discorso, però, relegando l'ammissibilità della rinuncia alle sole ipotesi tipiche disciplinate dalla legge, sovrappone la categoria della rinuncia abdicativa con quella della rinuncia liberatoria, la cui espressa previsione costituisce, come già detto, un implicito riconoscimento dell'ammissibilità della rinuncia abdicata. Ne consegue che secondo l'opposto orientamento, espressosi a favore dell'ammissibilità della rinuncia al diritto di proprietà, è necessario osservare che il diritto di proprietà, tanto mobiliare quanto immobiliare, rappresenta tradizionalmente uno dei diritti c.d. disponibili, in relazione ai quali il titolare, nel legittimo esercizio delle proprie facoltà, può scegliere se goderne o meno, se disporne e persino se eliminarlo dalla propria sfera giuridica. L'abbandono dismissivo è pertanto logica conseguenza della disponibilità stessa del diritto. Inoltre, l'art. 1350 n. 5) c.c. dispone espressamente la necessità della forma scritta *ad substantiam* degli "atti di rinuncia ai diritti indicati dai numeri precedenti", tra cui risalta il numero 1), relativo alla proprietà di beni immobili. Tale norma, d'altronde, trova puntuale conferma nell'art. 2643 n. 5) c.c., con cui si assoggetta la rinuncia al regime della trascrizione, per la duplice finalità di assicurarne la pubblicità dichiarativa e di dirimere eventuali conflitti con il titolo di terzi sub-acquirenti<sup>17</sup>.

<sup>17</sup> In relazione a detta trascrizione, si pongono due problemi: se la trascrizione sia necessaria ai fini dell'opponibilità ai terzi ai sensi dell'art. 2644 c.c., e come debba essere curata detta trascrizione. Sotto il primo aspetto, il carattere puramente abdicativo della rinuncia induce ad escludere che ad essa sia applicabile il principio espresso dall'articolo 2644 c.c. e volto a dirimere controversie in caso di più aventi causa dal medesimo soggetto. Per quanto concerne la modalità pratica per eseguire la trascrizione, vi sono varie correnti di pensiero. Vi è chi, enfatizzando il carattere abdicativo, ritiene che la trascrizione vada fatta sempre soltanto a carico del rinunziante, e mai a favore di qualcuno (S. PUGLIATTI, *La trascrizione. La pubblicità in generale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, XIV, I, tomo 1, Milano 1957, 4 ss). Altri ritengono che debba farsi anche favore dei comproprietari che vedono accrescersi le loro quote, quantomeno in caso di rinuncia alla quota di comproprietà, non essendo necessaria la trascrizione a favore dello Stato negli altri casi. Altri ritengono che debba sempre individuarsi il soggetto a



L'ulteriore obiezione della tesi negativa, fondata sull'illiceità di un atto intrusivo della sfera giuridica, può essere superata alla luce del principio generale per cui l'atto non può incidere sulla sfera giuridica di un terzo senza il suo consenso. Tale principio è espressamente affermato in materia di contratto all'art. 1372 c.c., con una norma applicabile a qualunque negozio giuridico. Il principio di relatività degli effetti del contratto deve essere tuttavia correttamente inteso: esso, infatti, va coordinato con le altre norme del codice quali l'art. 1411, in materia di contratto a favore di terzo, che consente la produzione di effetti favorevoli della sfera giuridica di terzi, i quali hanno tuttavia il potere di rifiutarli. Ne consegue che il principio di relatività va inteso nel senso che il negozio non può produrre effetti sfavorevoli nei confronti di terzi.

Precisati questi doverosi chiarimenti, va osservato che la rinuncia non si pone in contrasto con il principio di relatività, in quanto essa non produce alcun effetto diretto per il terzo. Come più volte precisato, l'unico effetto immediato e tipico della rinuncia è la perdita del diritto; gli ulteriori effetti, tra cui l'accrescimento del diritto di altri, sono solo effetti indiretti che discendono dalla legge e non dalla volontà del soggetto abdicante. I terzi dunque, la cui quota di comproprietà si accresce, non hanno possibilità di opporsi all'atto né di rifiutarne gli effetti; essi potranno esclusivamente rinunciare a loro volta alla proprietà.

Infine, l'art. 827<sup>18</sup> c.c. è dirimente per sostenere l'ammissibilità della rinuncia abdicativa della proprietà immobiliare. La norma statuisce, infatti, che «i beni immobili che non sono di proprietà di alcuno spettano al patrimonio dello Stato». Ebbene, se non si ammettesse la rinuncia abdicativa, non vi sarebbe possibilità alcuna di rinvenire nell'ordinamento un immobile non appartenente al patrimonio di nessun soggetto. Gli immobili, difatti, circolano: per trasferimenti *inter vivos* a titolo derivativo; per acquisto a titolo originario (ad es., attraverso l'usucapione) da parte di un soggetto di diritto puntualmente identificato; per trasferimenti *mortis causa* a titolo universale o particolare. Pur nel caso estremo in cui il *de cuius* non abbia altri successibili, l'eredità è devoluta di diritto allo

---

favore del quale eseguire la trascrizione (F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, in *Commen. Schlesinger*, Milano, 1991, p. 234; R. TRIOLA, *Della tutela dei diritti. La trascrizione*, in *Tratt. di dir. priv.*, dir. da BESSONE, IX, Torino, 2012, p. 82)

<sup>18</sup> All'Art. 827 c.c. è stato attribuito il ruolo di vera e propria "clausola di chiusura" dello statuto dell'appartenenza proprietaria in campo di immobili, sancendo la titolarità statale di ogni bene immobile privo, per qualsiasi ragione, di un proprietario (G. PALMA, "I beni appartenenti allo Stato, agli enti pubblici e agli enti ecclesiastici", in *Trattato Rescigno*, VII, 2005 p. 237, ), fatta eccezione per i beni immobili vacanti esistenti in Sicilia (Art. 34 Statuto), in Sardegna (Art. 14 3° comma Statuto) e nel Trentino Alto Adige (Art. 58 4° comma Statuto) che appartengono al patrimonio regionale.



Stato ex art. 586 c.c.<sup>19</sup>. Ne consegue che, non ammettendo la rinunziabilità del diritto di proprietà immobiliare, si arriverebbe ad un'inammissibile *interpretatio abrogans* dell'art. 827 c.c.

Stante quanto sopra, la rinuncia abdicativa è un negozio unilaterale atipico, benché nominato dagli articoli prima citati, il quale produce l'effetto di rimuovere dal patrimonio giuridico del soggetto il diritto rinunciato. Esso sarebbe meritevole di tutela, ex art. 1322, co. 2, c.c., in quanto non è dato rinvenire un contrasto né con il principio di ordine pubblico né con i principi costituzionali nell'atto con cui un soggetto si spoglia di un diritto disponibile. La causa in concreto del negozio, inoltre, pur là dove si persegua il fine di non soggiacere agli obblighi di custodia del bene (derivanti dall'ipotesi di responsabilità oggettiva di cui all'art. 2053 c.c.) o si voglia conseguire un risparmio di imposta, non appare essere violativa né di alcuna norma imperativa né del già ricordato principio di ordine pubblico.

Lo Stato, dunque, ai sensi dell'art. 827 c.c., acquista il bene immobile oggetto di rinuncia poiché l'ordinamento non consente che un bene immobile possa rimanere privo di un soggetto titolare del diritto e che divenga *res nullius*. Ne deriva che, a fronte della rinuncia abdicativa da parte dell'unico proprietario di un bene, la proprietà dello stesso andrà allo Stato, che la acquisterà non a titolo derivativo bensì a titolo originario: l'acquisto da parte dello Stato non è un effetto diretto della rinuncia alla proprietà, il proprietario si spoglia semplicemente del diritto di cui è titolare senza preoccuparsi della sua sorte, mentre l'acquisto in capo allo Stato avviene *ex lege*.

Si pone quindi il problema, più politico che non giuridico, di assicurare allo Stato la conoscenza del diritto acquisito, principalmente affinché possa adempiere agli obblighi di custodia.

Per l'impostazione in commento, però, la rinuncia abdicativa è atto unilaterale non recettizio: il momento di perfezionamento della fattispecie coincide con il momento di produzione degli effetti. In altri termini, non serve che la manifestazione di volontà dismissiva sia portata nella sfera di conoscibilità (art. 1334 e 1335 c.c.) dello Stato affinché possano prodursi gli effetti propri dell'atto,

---

<sup>19</sup> Una disposizione simile, ma non sovrapponibile a quella dell'art. 827 c.c., è contenuta nell'art. 586 c.c. in materia di successione dello Stato. La Suprema Corte si è pronunciata sulla natura di tale acquisto da parte dello Stato (Cassazione Civile Sez. II 11 marzo 1995 n. 2862), statuendo che l'art. 586 c.c. configura un'ipotesi di acquisto "*iure successionis*" a titolo derivativo, individuando quali elementi su cui fondare detta affermazione: la previsione dello Stato quale successore legittimo ex art. 565 c.c., la collocazione dell'art. 586 c.c. nel titolo dedicato alle successioni legittime, l'uso del verbo "devolvere" e la limitazione della responsabilità dello Stato in caso di passività al solo valore dei beni acquistati.

coerentemente con la riconosciuta assenza di un trasferimento a titolo derivativo.

Nella ipotesi di proprietà troppo onerosa, trattandosi di acquisto automatico a titolo originario, sull'Erario ricadrebbero quindi tutte le spese e gli oneri della proprietà che il rinunciante vuole abbandonare.

Per tale motivo, si ritiene che la comunicazione all'ente pubblico circa l'intervenuta rinuncia, anche se non necessaria ai fini dell'efficacia del negozio, discenda dal principio generale di buona fede e dal dovere generale di *neminem laedere*: in mancanza, il rinunciante diverrebbe solidamente responsabile ex art. 2055 c.c. dei danni eventualmente cagionati a terzi<sup>20</sup>.

Ebbene, un parere dell'Avvocatura dello Stato (risposta all'Avvocatura di Genova di cui alla nota prot. 137950 del 14 marzo 2018), relativamente ad episodi di rinuncia abdicativa da parte di proprietari di «*terreni con evidenti problemi di dissesto geologico e relativo rischio di franamento su condomini e strade pubbliche sottostanti*», ha invitato, tramite il Consiglio Nazionale del Notariato, tutti i notai roganti a comunicare allo Stato gli atti di rinuncia alla comproprietà o alla proprietà immobiliare che possono ricadere sullo Stato, sul presupposto che tali acquisti non abbiano sempre effetti positivi per il patrimonio dell'Erario, ma che anzi spesso si rivelino atti immeritevoli di tutela ex art. 1322 c.c. o addirittura con causa illecita ex art 1343 c.c., posti in essere «*al solo fine (utilitaristico ed egoistico) di trasferire in capo alla collettività gli oneri connessi alla titolarità del bene e la relativa responsabilità degli eventuali futuri danni*»<sup>21</sup>. In ogni caso, nel suddetto parere, si sottolinea che nei casi di rinuncia abdicativa resta ferma la responsabilità del rinunciante ex artt. 2043, 2051 e 2053 c.c. per i danni cui abbia dato causa con il fatto proprio omissivo, «*cioè con l'omissione, in passato, dei necessari ed ineludibili interventi di manutenzione e messa in sicurezza del proprio immobile*».

## **2. La rinuncia del privato nel diritto amministrativo. Cenni sull'espropriazione (occupazione acquisitiva/appropriativa e occupazione usurpativa)**

Chiariti i profili civilistici in ordine alla ammissibilità della rinuncia abdicativa dei diritti reali immobiliari, si intende approfondire tale istituto nel settore del diritto

<sup>20</sup> Sul punto G. SICCHIERO, *Rinuncia* (I agg.), in Dig. civ., 2014, pp. 22 ss.

<sup>21</sup> Nel suddetto parere si ipotizza la nullità ex art 1344 c.c. dell'atto dismissivo del bene immobile posto in essere con tale unico intento perché in frode alla legge ed in contrasto con il generale divieto di abuso del diritto.

amministrativo, ed in particolare nel contesto delle procedure espropriative<sup>22</sup>, disciplinate dal D.P.R. 327/2001. La questione che, nel diritto amministrativo, ha sollevato un intenso dibattito giurisprudenziale riguarda l'ammissibilità di una rinuncia abdicativa implicita, che si realizzerebbe quando il proprietario del fondo occupato illegittimamente domandi il risarcimento del danno.

Tale istituto ha trovato particolare terreno d'applicazione quando, prima dell'entrata in vigore dell'attuale art. 42-bis del D.P.R. citato, la giurisprudenza tentava di sanare le invalidità verificatesi durante una procedura di esproprio.

Si rammenta che l'art. 42 della Costituzione al comma 3 stabilisce che la proprietà privata può essere, nei casi previsti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi di interesse generale. In linea teorica, qualora la pubblica amministrazione occupi un bene privato, senza aver concluso o senza aver validamente concluso la procedura sopra esposta, questa compie un atto *non iure* lesivo dell'interesse legittimo oppositivo del privato: sorge in capo al privato il diritto alla restituzione del bene illegittimamente occupato, al ripristino dello *status quo ante* rispetto ad eventuali modificazioni e trasformazioni apportate dalla p.a, al risarcimento del danno (patrimoniale e non) patito in conseguenza dell'illecito. Inoltre, quale conseguenza della regola generale dell'accessione (artt. 934 ss. c.c.), il privato acquisirebbe l'eventuale opera costruita sopra il proprio suolo (poiché, come è noto, *superficies solo cedit*).

In passato, però, la giurisprudenza, al fine di evitare le conseguenze dannose per le amministrazioni che avessero occupato beni senza il puntuale rispetto delle regole della procedura espropriativa, aveva elaborato delle soluzioni volte ad evitare che il privato potesse richiedere le tre forme di tutela prima citate.

In questo contesto, quindi, sorse la teorica della c.d. occupazione acquisitiva o appropriativa<sup>23</sup>, per i casi in cui la p.a. avesse validamente emanato un provvedimento dichiarativo della pubblica utilità dell'opera da realizzare, iniziando l'attività di edificazione, ma non avesse altresì adottato un valido

---

<sup>22</sup> Come noto, la procedura espropriativa si distingue in almeno tre fasi differenti: prima si appone una previsione di localizzazione nel piano regolatore generale, per identificare i fondi o i beni oggetto di espropriazione; poi si dichiara la pubblica utilità, come richiesto dalla norma costituzionale in materia (art. 42, co. 3, Cost.), determinando l'indennizzo che spetta al privato; infine ne si emana il decreto di esproprio, il quale determina l'acquisto del bene in capo alla pubblica amministrazione espropriante.

<sup>23</sup> La sua creazione risale alla ormai famosa sentenza della Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, del 26 febbraio 1983, n. 1464, in *Foro It.*,1983, con nota di R. ORIANI; in *Giur. It.*,1983; ed in *Giust. Civ.*,1983. Per approfondimenti critici: M. COMPORTI, *Dall'occupazione illegittima di immobili da parte della P.A. all'«occupazione appropriativa»*, in *Riv. Giur. Edil.*,1985; V. CARBONE, *Alla PA. basta «costruire» per acquistare legittimamente il suolo?*, in *Corr. Giur.*,1985.

provvedimento di esproprio (mancata adozione *tout court*; adozione fuori i termini massimi consentiti dalle regole in materia di procedimenti espropriativi o, adozione di un provvedimento per altri motivi affetto da invalidità).

Attraverso una applicazione estensiva dell'art. 938 c.c. (c.d. accessione invertita), la conclusione operativa era la seguente: in deroga ai principi generale dell'accessione, sarebbe stata la pubblica amministrazione ad acquisire la proprietà del suolo privato – pur occupato in assenza di un provvedimento valido – e non già il contrario. Pertanto il privato non avrebbe potuto richiedere né la restituzione del fondo, di cui ormai non era più titolare, né il ripristino della situazione precedente all'illecito, e cioè la distruzione dell'opera pubblica. Spettava a costui il solo diritto al risarcimento, in forma generica, del danno patito.

Là dove invece non ci fosse una dichiarazione di pubblica utilità (anche in tal caso per mancata emanazione del relativo provvedimento; per adozione di questo oltre i termini consentiti o nel caso di adozione di un provvedimento viziato), si elaborò la diversa teoria della cd. occupazione usurpativa. Questa diversa ricostruzione non solo giustificava l'applicabilità di una disciplina differenziata rispetto al primo caso (giurisdizione del giudice ordinario e diverso decorso del termine di prescrizione), ma fondava la situazione di fatto in cui si è iniziato ad applicare l'istituto della rinuncia abdicativa.

A ragione della mancata adozione di una dichiarazione di pubblica utilità, non si poteva applicare l'art. 938 c.c. e non vi era spazio per una ricostruzione interpretativa basata sull'utilità generale dell'opera pubblica. Pertanto, alcune sentenze, reputarono che la domanda di risarcimento presentata dal privato, il cui fondo era stato illegittimamente occupato, se parametrata al valore venale del bene, avesse altresì implicato una rinuncia abdicativa – implicita – al diritto di proprietà immobiliare. In altri termini, il privato il quale chiedeva il risarcimento per il valore venale del bene occupato dalla p.a., avrebbe manifestato con tale richiesta anche la volontà – ulteriore ed implicita – di rinunciare alla proprietà del bene stesso. In tal modo, il bene sarebbe stato acquisito dalla pubblica amministrazione espropriante (così giustificando l'acquisto in proprietà del bene in capo alla p.a., non potendo in questa sede operare la ricordata regola della accessione invertita).

In assenza della dichiarazione di pubblica utilità l'occupazione veniva definita usurpativa costituendo un illecito permanente a fronte di cui si ammetteva il rimedio della restituzione. Il che si spiega col fatto che, mentre nell'occupazione appropriativa, "*in presenza di una valida dichiarazione di pubblica utilità*

*dell'opera, la successiva costruzione della stessa, pur non assistita da un titolo ablatorio, dà luogo... ad un illecito istantaneo, giacché l'accennato vincolo di scopo (derivante dalla dichiarazione di p.u.) rende giuridicamente irreversibile la trasformazione del fondo e nel contempo esclude che vi sia una antigiusdicibilità da far cessare'; nell'ipotesi della c.d. "occupazione usurpativa", invece, il comportamento illecito si protrae (*rectius*: permane), fintantoché esso non venga rimosso, "sostanziososi, l'illecito permanente, oltretutto nella lesione di un diritto, nella trasgressione del dovere giuridico di porre fine alla creata situazione di antigiusdicibilità"<sup>24</sup>.*

La diversità ontologica della fattispecie della "occupazione usurpativa" rispetto a quella della "occupazione appropriativa" si riverberava sugli stessi effetti; ed invero, la Suprema Corte di legittimità, proprio nella sentenza n. 1907/1997, ebbe ad affermare che la proprietà dell'area privata potrà dirsi acquisita, in capo alla P.A., solo a condizione che il privato, titolare del terreno, abdicando al proprio diritto alla c.d. *restitutio in integrum* ovvero alla riconsegna, nelle condizioni originarie, dell'area di sua proprietà, opti per il ristoro, in via equivalente, ovvero per il risarcimento del danno, sofferto a causa dell'illecito, perpetrato ai suoi danni, dalla P.A.

Se quindi nell'ambito della occupazione acquisitiva – attesa l'irrimediabile trasformazione del fondo – si riteneva che l'amministrazione, in forza della destinazione assegnata al bene e della presenza, seppure solo *ab origine*, di un provvedimento autoritativo, ne divenisse proprietaria a titolo originario, residuando, in capo al privato, la sola facoltà di chiedere il risarcimento del danno per equivalente; nel caso, invece, della occupazione usurpativa - mai anticipata da alcun atto autoritativo - si configurava l'ipotesi di rinuncia abdicativa quando il privato, pur potendo domandare la restituzione del bene, si limitava a formulare la domanda di risarcimento per equivalente al valore venale del bene<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> Cassazione, Sezioni Unite, 4 marzo 1997 n. 1907 con nota di G. GIACALONE, *L'occupazione illegittima, non assistita da (valida) dichiarazione di pubblica utilità, quale illecito permanente*, in *Riv. Giur. Edil.*, 1997, I, pg. 504; con nota di V. CARBONE, *L'arte del giudicare: un nuovo alt alle espropriazioni illecite* in *Corr. Giur.*, 1997, 4, pg. 413.

<sup>25</sup> Corte di Cassazione, 31 maggio 2007 n. 12776; Cass. Civ. 5 aprile 2017, n. 8810 con la quale la Corte afferma che in caso di occupazione usurpativa, la natura permanente dell'illecito perdura fino al momento dell'atto abdicativo della proprietà da parte del privato ovvero all'azione restitutoria da esso intrapresa, non essendo in sé l'occupazione suscettibile di determinare l'effetto acquisitivo in favore della P.A. Invero, la perdita della proprietà da parte del privato, in questi casi, non è conseguenza dell'accessione invertita, essendo l'opzione del proprietario per una tutela risarcitoria, in luogo della pur possibile tutela restitutoria, a comportare una implicita rinuncia al diritto dominicale sul fondo irreversibilmente trasformato [...]. L'atto abdicativo, come questa Corte

Si rammenta, tuttavia, che i suddetti orientamenti giurisprudenziali sono stati superati in virtù della giurisprudenza della Corte EDU<sup>26</sup>, secondo cui un comportamento illecito della Pubblica Amministrazione non può costituire un mezzo di acquisto *ex post* della titolarità di un bene ad effetto sanante ma spetta all'ordinamento interno individuare i mezzi per l'acquisizione della proprietà di un bene illegittimamente occupato.

La Corte Europea dei diritti dell'uomo ha censurato l'operatività di tali forme di espropriazione indiretta in quanto lesive del principio di legalità statuito dall'art. 1 del Primo Protocollo addizionale della Cedu, in base al quale eventuali lesioni del diritto di proprietà devono essere legittimi, dovendo trovare un loro fondamento legale o giurisprudenziale prevedibile e accessibile.

La Corte di Strasburgo ha quindi escluso la compatibilità con la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo degli istituti in questione poiché si risolvono in una forma di espropriazione indiretta, permettendo alla P.A. di acquisire un bene *sine titulo* e di conservare l'opera realizzata. È stato, infatti, censurato il quadro normativo interno, di carattere essenzialmente giurisprudenziale, che non dava regole sufficientemente accessibili, precise e prevedibili; è stato ritenuto non compatibile col principio di legalità un meccanismo che consentiva di trarre beneficio da una situazione illegale, violando i principi della certezza del diritto e dell'effettività della tutela giurisdizionale<sup>27</sup>.

Conseguentemente, il legislatore ha introdotto all'art. 42-bis D.P.R. 327/2001 lo strumento dell'acquisizione sanante<sup>28</sup>. Tale norma prevede che l'Amministrazione, previa valutazione degli interessi in gioco, adotti un provvedimento volto alternativamente all'acquisizione del bene al suo patrimonio o alla sua restituzione al privato. Il provvedimento di acquisizione non è più

---

ha più volte precisato, è giustappunto implicito nella proposizione dell'azione di risarcimento del danno parametrato all'areai illecitamente occupata.

<sup>26</sup> Per tutte, v. sent. 30.05.2000, ric. n. 24638/94, Carbonara e Ventura; L. MARUOTTI, *I vincoli conformativi della pianificazione e la tutela della proprietà privata tra Costituzione e CEDU*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

<sup>27</sup> Vedi ex multis, Corte EDU, sentenze 15 e 29 luglio 2004, Scordino c. Italia; 19 maggio 2005, Acciardi c. Italia; 15 luglio 2005, Carletta c. Italia; 21 dicembre 2006, De Angelis c. Italia; 6 marzo 2007, Scordino c. Italia; 4 dicembre 2007, Pasculli c. Italia.

<sup>28</sup> La Corte costituzionale, con la sentenza 8 ottobre 2010, n. 293 ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 43 del d.P.R. n. 327 del 2001 per eccesso di delega ex art. 76 Cost. Dopo un periodo ulteriore di vuoto normativo, l'art. 34, comma 1, della legge n. 111 del 2011 ha introdotto nel testo unico sugli espropri l'art. 42 bis. Per un commento a Corte Cost. 293/2010, tra gli altri, M. GIORGIO, *L'incostituzionalità della disciplina sull'acquisizione sanante*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 494 ss.; F. PATRONI GRIFFI, *Prime impressioni a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 293 del 2010. In tema di espropriazione indiretta*, in *Riv. giur. edil.*, 2010, 1435 ss.

automatico, ma deve – quale *extrema ratio* – essere necessariamente motivato in ragione delle attuali ed eccezionali ragioni di interesse pubblico attuabili esclusivamente attraverso il mantenimento dell'opera realizzata *sine titulo*.

La norma in commento, pertanto, permette di superare le criticità prima sottolineate, consentendo alla p.a. di acquisire il bene non retroattivamente, corrispondendo al privato il risarcimento del danno per il periodo di illecita occupazione e l'indennizzo per la perdita del diritto di proprietà *ex nunc*<sup>29</sup>.

In definitiva, legislatore ha configurato «*un procedimento ablatorio sui generis, caratterizzato da una precisa base legale e da peculiari e autonomi presupposti, semplificato nella struttura (uno actu perficitur), complesso negli effetti (che si producono sempre e comunque ex nunc), il cui scopo non è (e non può essere) quello di sanatoria di un precedente illecito perpetrato dall'amministrazione (perché altrimenti integrerebbe una espropriazione indiretta per ciò solo vietata), bensì quello autonomo, rispetto alle ragioni che hanno ispirato la pregressa occupazione contra ius, consistente nella soddisfazione di imperiose esigenze pubbliche, redimibili esclusivamente attraverso il mantenimento e la gestione di qualsiasi opera dell'infrastruttura realizzata sine titulo*»<sup>30</sup>.

Con ciò, la norma attribuisce alla pubblica amministrazione il potere, valutati gli interessi in conflitto – onerata da un percorso motivazionale rafforzato, stringente e assistito dalle garanzie partecipative rigorose - di disporre l'acquisizione al patrimonio indisponibile dell'immobile appartenente al privato e utilizzato senza titolo, in presenza dei presupposti e alle condizioni da essa stabiliti. Disciplina altresì la misura dell'indennizzo per il pregiudizio patrimoniale conseguente alla perdita definitiva del bene, valutato al valore venale (al momento del trasferimento, alla stregua del criterio della *taxatio rei*, senza che, dunque, ci siano somme da rivalutare ma, in ogni caso, tenuto conto degli ulteriori parametri individuati dagli artt. 33 e 40 d.P.R. n. 327/2001), maggiorato della componente non patrimoniale (dieci per cento senza onere probatorio per l'espropriato), e con salvezza della possibilità, per il proprietario, di provare ulteriori autonome voci di danno.

<sup>29</sup> Per un'esposizione dell'evoluzione della disciplina cfr F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2015, pp 1019 e ss.

<sup>30</sup> Consiglio di Stato Ad. Plen., 09/02/2016, n.2 in *Foro Amm.*, 2016, 2, 267.



Infine, anche la Corte Costituzionale, chiamata nuovamente a pronunciarsi sull'acquisizione sanante, ha affermato la conformità ai canoni convenzionali e costituzionali dell'istituto come procedura ablativa di natura eccezionale<sup>31</sup>.

### **3. Le decisioni dell'Adunanza Plenaria nn. 2, 4 e 5 del 2020**

Premesse tali coordinate interpretative circa l'evoluzione della disciplina dell'espropriazione e le condizioni in cui sorse l'istituto della rinuncia abdicativa nel diritto amministrativo, ci si sofferma sulle ragioni per cui l'Adunanza Plenaria ha definitivamente escluso l'ammissibilità della rinuncia abdicativa quale atto implicito nella proposizione, da parte di un privato illegittimamente espropriato, della domanda di risarcimento del danno per equivalente monetario derivante dall'illecito permanente costituito dall'occupazione di un suolo da parte della P.A., a fronte della irreversibile trasformazione del fondo.

In via preliminare, l'Adunanza Plenaria ha delineato i caratteri strutturali della rinuncia abdicativa, definendola come «*un negozio giuridico unilaterale, non recettizio, con il quale un soggetto, il rinunciante, nell'esercizio di una facoltà, dismette, abdica, perde una situazione giuridica di cui è titolare, rectius esclude un diritto dal suo patrimonio, senza che ciò comporti trasferimento del diritto in capo ad altro soggetto, né automatica estinzione dello stesso. Gli ulteriori effetti, estintivi o modificativi del rapporto, che possono anche incidere sui terzi, sono, infatti, solo conseguenze riflesse del negozio rinunziativo, non direttamente ricollegabili all'intento negoziale e non correlate al contenuto causale dell'atto, tant'è che la rinuncia abdicativa si differenzia dalla rinuncia c.d. traslativa proprio per la mancanza del carattere traslativo-derivativo dell'acquisto e per la mancanza di natura contrattuale, con la conseguenza che l'effetto in capo al terzo si produce ipso iure, a prescindere dalla volontà del rinunciante, quale mero effetto di legge. Per il suo perfezionamento non è, pertanto, richiesto l'intervento o l'espressa accettazione del terzo né che lo stesso debba esserne notiziato*».

Fatte queste premesse, l'Adunanza Plenaria ha negato perentoriamente la configurabilità, nel nostro ordinamento, della rinuncia abdicativa espropriativa, per un triplice ordine di ragioni.

La prima obiezione riguarda la mancata spiegazione della vicenda traslativa del bene rinunciato implicitamente dal privato nel patrimonio dell'amministrazione.

---

<sup>31</sup> Corte costituzionale, 30 aprile 2015, n. 71 in *Foro it.*, 2015, 9, 1, 2629; S. VARAZI, *La Corte Costituzionale, con sentenza interpretativa di rigetto, sancisce la compatibilità con la carta costituzionale e con la CEDU dell'art. 42bis T.U. Espr.* [www.ildirittoamministrativo.it](http://www.ildirittoamministrativo.it)

Il Consiglio di Stato, infatti, mette in evidenza che la rinuncia abdicativa determinerebbe il passaggio del bene al patrimonio dello Stato ex art. 827 c.c. e non in quello della specifica amministrazione espropriante che resterebbe esclusa dall'operazione traslativa pur avendone costituito la "causa originaria". A questo ultimo proposito, tuttavia, la pronuncia a SS.UU. n. 735/2015<sup>32</sup>, confermando l'ammissibilità della rinuncia abdicativa in materia di espropriazioni, ne aveva affermato la contestuale idoneità a trasferirne il diritto in capo alla Amministrazione responsabile dell'illecito, ricorrendo, a tale fine, all'articolo 827 c.c.

Dello stesso tenore la pronuncia resa dal Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Siciliana con la quale si affermava che il proprietario dell'area su cui è stata realizzata l'opera utilizzata per finalità di interesse pubblico, in assenza di un valido ed efficace titolo può proporre, autonomamente, e di propria iniziativa, la domanda risarcitoria per equivalente, diretta ad ottenere il ristoro patrimoniale del pregiudizio derivante dalla perdita del diritto di proprietà, rinunciando, contestualmente, al proprio diritto di proprietà<sup>33</sup>. E, seppure incidentalmente, anche la stessa A.P.

n. 2 del 2016<sup>34</sup>, riguardante i poteri del *commissario ad acta* nominato in sede di ottemperanza alla sentenza, aveva riconosciuto implicitamente l'ammissibilità della rinuncia. In tale decisione, infatti, si fa espressamente riferimento alla fattispecie della rinuncia nell'identificare il momento di cessazione dell'illecito permanente formatosi a seguito di occupazioni acquisitive o usurpative, cosiddette espropriazioni indirette.

Nel contesto di tale orientamento, l'effetto della perdita della proprietà in capo al privato è sempre stato ricondotto all'atto abdicativo, ma non è mai stata trovata una soluzione univoca in ordine all'individuazione del titolo e del modo di acquisto del diritto di proprietà in capo all'amministrazione occupante<sup>35</sup>.

---

<sup>32</sup> Sezioni Unite n. 735 del 2015 in *Corriere Giur.*, 2015, 3, 314 "L'illecito spossessamento del privato da parte della p.a. e l'irreversibile trasformazione del suo terreno per la costruzione di un'opera pubblica non danno luogo, anche quando vi sia stata dichiarazione di pubblica utilità, all'acquisto dell'area da parte dell'Amministrazione ed il privato ha diritto a chiederne la restituzione salvo che non decida di abdicare al suo diritto e chiedere il risarcimento del danno".

<sup>33</sup> Pronuncia del Consiglio di Giustizia Amministrativa 25 maggio 2009 n. 486

<sup>34</sup> Cons. Stato, Ad. plen., 9 febbraio 2016, n. 2, in *Foro it.*, 2016, III, 185; *Corr. giur.*, 2016, 4, 498, con nota di CARBONE; *Giur. it.*, 2016, 5, 1212, con nota di URBANI.

<sup>35</sup> Non sono tuttavia mancate perplessità rispetto a tale ricostruzione. In particolare il Tar Piemonte, con sentenza della prima Sezione n.368 del 28 marzo 2018, ha escluso l'ammissibilità di una rinuncia al diritto di (piena) proprietà che avrebbe lasciato il bene privo di proprietario, osservando quanto segue: *...il fatto che la rinuncia ai diritti reali sia espressamente ammessa dal codice civile solo con riferimento a taluni diritti reali ed alla quota di comproprietà indivisa, non*

Agli orientamenti anzidetti, si contrappongono le sentenze in commento manifestando contrarietà all'assunto interpretativo che pone a base legale di detto effetto la disciplina sancita in materia di beni immobili vacanti. L'articolo 827 c.c., infatti, assegna allo Stato (o, nelle Regioni a Statuto speciale della Sardegna, della Sicilia e del Trentino-Alto Adige, al patrimonio delle rispettive regioni in forza degli artt. 14, 34 e 67 dei rispettivi Statuti speciali) le *res nullius*. Ma – evidenzia il Supremo Consesso della magistratura amministrativa – il patrimonio disponibile dello Stato non equivale al patrimonio dell'Ente che abbia illegittimamente occupato il bene.

Inoltre l'eventuale ordine di trascrizione della sentenza di condanna risarcitoria non sortirebbe alcun effetto sulle vicende traslative del diritto reale, operando, la trascrizione, in via esclusiva sul piano dell'opponibilità verso terzi degli atti dispositivi di diritti reali, ma non disciplinando la validità e l'efficacia giuridica degli stessi.

L'effetto traslativo, infine, non appare spiegabile neppure tramite *l'applicazione analogica di altre fattispecie di acquisto a titolo originario per fatti 'occupatori' disciplinate dal Codice civile, quali gli artt. 923, 940 o 942 Cod. civ., in quanto si incorrerebbe nella violazione del principio di legalità delle fattispecie ablativo, sancito dalla Costituzione e dalla CEDU*. Alle medesime constatazioni si esporrebbero anche i tentativi di ricostruzione in via pretoria di fattispecie traslative complesse, mediate da eventuali sentenze costitutive, atteso il principio di tassatività delle sentenze costitutive di effetti traslativi o acquisitivi di diritti reali.

Né, da ultimo, appare configurabile un'ipotesi di formazione tacita di un accordo traslativo tra parte privata e pubblica amministrazione, attesa la necessità della forma scritta *ad substantiam* per i contratti traslativi della proprietà immobiliare, tanto più se parte contrattuale è una pubblica amministrazione.

La seconda obiezione mossa alla tesi positiva circa l'ammissibilità della rinuncia abdicativa nel contesto indicato è relativa all'assenza dei requisiti essenziali per poter configurare la rinuncia quale atto "implicito".

---

*consente di presumere che la rinuncia abdicativa ai diritti reali costituisca un istituto generale, disciplinato in talune situazioni solo per esplicitarne gli effetti, essendo molto più logica la contraria opzione, secondo la quale il legislatore avrebbe ammesso la rinuncia a diritti reali solo nei casi in cui essa risulta funzionale alla corretta gestione ed alla valorizzazione del bene immobile.... La ammissione generalizzata della possibilità di abdicare alla proprietà esclusiva, anche solo di tipo superficiale, di un bene immobile, va invece in segno diametralmente opposto, poiché non incoraggia i proprietari ad interessarsi e ad occuparsi in maniera diligente ed attiva dei beni, sul presupposto che di essi sarebbe sempre possibile disfarsi mediante una rinuncia abdicativa.*

Il provvedimento implicito è ammesso nel diritto amministrativo quando «*l'Amministrazione, pur non adottando formalmente un provvedimento, ne determina univocamente i contenuti sostanziali, o attraverso un comportamento conseguente, ovvero determinandosi in una direzione, anche con riferimento a fasi istruttorie coerentemente svolte, a cui non può essere ricondotto altro volere che quello equivalente al contenuto del provvedimento formale corrispondente, congiungendosi tra loro i due elementi di una manifestazione chiara di volontà dell'organo competente e della possibilità di desumere in modo non equivoco una specifica volontà provvedimentale, nel senso che l'atto implicito deve essere l'unica conseguenza possibile della presunta manifestazione di volontà*»<sup>36</sup>.

Ed invero, non sussistono ostacoli all'ammissibilità del provvedimento nel diritto amministrativo atteso che: l'art.2 l.n.241/1990 fa riferimento alla necessità che il procedimento si concluda con un provvedimento espresso e non "esplicito"; l'obbligo di motivazione dei provvedimenti ex art. 3 della suddetta legge non sarebbe violato sussistendo la possibilità di ricostruire le ragioni dell'amministrazione, sottese al provvedimento implicito, in base all'attività amministrativa presupposto; non sussisterebbe alcuna preclusione alla suesposta tipologia provvedimentale nell'art.21-*septies* l.n.241/1990 che non annovera, tra le forme di nullità, l'assenza della forma, salvo che essa sia testualmente richiesta per una serie precipua di atti o imposta dalla natura del provvedimento stesso.

Nel diritto civile, tuttavia, non vi sarebbe spazio per l'ammissibilità di tale categoria che avrebbe come sua unica *sede* quella amministrativa, mancando, diversamente dal diritto amministrativo, un "atto formale" dal quale far discendere una volontà implicita.

Il meccanismo sotteso alla teoria dell'atto implicito, dunque, non potrebbe essere trasposto nel diritto privato, cosicché alcuna volontà implicita di rinunciare alla proprietà potrebbe desumersi dalla domanda giudiziale di risarcimento del danno per illegittima espropriazione. In adesione alle regole civilistiche la rinuncia abdicativa richiede altresì la sussistenza di un atto scritto unilaterale e non recettizio anche nel settore dell'espropriazione.

L'Adunanza Plenaria ha ritenuto, pertanto, che - per le fattispecie disciplinate dall'art. 42-bis D.P.R. 327/2001 - non sia possibile utilizzare l'istituto della rinuncia abdicativa dal momento che la volontà di richiedere il risarcimento del danno non implica quella di abdicare al diritto di proprietà privata. Tramite

---

<sup>36</sup> *ex multis*, Cons. St., Sez. VI, 27 novembre 2014, n. 5887 e, di recente, Cons. Stato, Sez. V, n. 589 del 2019.

domanda di risarcimento infatti il privato richiede la riparazione dall'illecito subito a fronte di una pluralità di strumenti offerti dall'ordinamento, non potendosi univocamente ricavare una sottesa rinuncia al diritto di proprietà.

Inoltre, sebbene tale obiezione abbia soltanto carattere formale, il Collegio ricorda che la domanda di risarcimento è proposta dal difensore e non dalla parte proprietaria del bene che, come tale, è l'unico soggetto legittimato ad abdicare al proprio diritto di proprietà sul bene immobile

Invero, essendo la domanda al risarcimento espressa a mezzo di un atto giudiziario a firma del difensore di parte, questa non può di per sé sola, se non accompagnata da procura speciale, esprimere e disporre, per conto del privato, la rinuncia del diritto alla sua proprietà

Quanto alla terza obiezione, il Consiglio di Stato sottolinea l'assenza di fondamento legale in un ambito, come quello dell'espropriazione, in cui è centrale il principio di legalità, la cui applicazione richiede una base legale certa perché si determini l'effetto dell'acquisto della proprietà in capo all'espropriante. La rinuncia abdicativa, infatti, non può operare quale strumento di definizione dell'assetto degli interessi coinvolti in una vicenda di espropriazione cd. indiretta, in quanto non rappresenta né una delle modalità di acquisto della proprietà previste dalla legge, né una delle ipotesi al ricorrere delle quali è ammessa l'espropriazione. In proposito si sottolinea come l'art. 42, co. 2 e 3 Cost. stabilisce che la proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge e può essere "nei casi preveduti dalla legge" e "salvo indennizzo espropriata per motivi di interesse generale".

Se, invece, si ammettesse la rinuncia abdicativa del privato, questa finirebbe per presentare gli stessi problemi e dubbi interpretativi già superati dalla giurisprudenza in tema di occupazione acquisitiva o appropriativa.

Il Consiglio di Stato si sofferma poi sui diversi poteri del privato e dell'amministrazione; infatti la scelta tra l'acquisizione o la restituzione del bene non è propria del *dominus* ma del solo ente espropriante ai sensi dell'art.42 *bis* TU espropriazioni. Si legge espressamente che «*La scelta, di acquisizione del bene o della sua restituzione, va effettuata esclusivamente dall'autorità (o dal commissario ad acta nominato dal giudice amministrativo, all'esito del giudizio di cognizione o del giudizio d'ottemperanza, ai sensi dell'art. 34 o dell'art. 114 c.p.a): in sede di giurisdizione di legittimità, né il giudice amministrativo né il proprietario possono sostituire le proprie valutazioni a quelle attribuite alla competenza e alle responsabilità dell'autorità individuata dall'art. 42-bis*».

Da ultimo, l'Adunanza Plenaria si preoccupa anche di definire le condotte che il g.a. è chiamato ad osservare in caso di inerzia dell'Amministrazione e in caso di ricorso avverso il silenzio ex art. 117 c.p.a., sia quando si agisca per le tutele apprestate dal codice civile, restitutoria e risarcitoria. Nel primo caso, il giudice amministrativo può nominare già in sede di cognizione il commissario ad acta, che eserciterà i poteri ex art. 42-bis d.P.R. 327/2001 (acquisizione o restituzione del bene illegittimamente espropriato). Qualora, invece, sia invocata solo la tutela (restitutoria e risarcitoria) prevista dal codice civile e non si richiami l'art. 42-bis, il giudice deve pronunciarsi tenuto conto del quadro normativo sopra delineato e del carattere doveroso della funzione attribuita dall'articolo 42bis all'amministrazione.

La legge, dunque, non consente né al giudice né alla parte privata, in via potestativa, di imporre all'amministrazione mediante la proposizione della domanda risarcitoria l'obbligo di acquisire il bene, trattandosi di un potere discrezionale.

L'art.42-*bis*, infatti legittima la pubblica amministrazione ad acquisire la proprietà dell'immobile *ex nunc* mediante un atto di acquisto soggetto a motivazione rinforzata relativamente alle ragioni sottese all'occupazione del bene, nonché alle esigenze eccezionali di interesse pubblico che giustifichino l'apprensione della *res*. Inoltre il passaggio della proprietà è sottoposto alla condizione sospensiva del pagamento dell'indennità, che deve comprendere anche il danno non patrimoniale, entro trenta giorni dall'emanazione dell'atto di acquisizione. Sarà, pertanto, l'Amministrazione a decidere se restituire il bene o acquisirlo nel proprio patrimonio. In caso di inerzia il giudice potrà nominare nel giudizio sul silenzio ex art.117 c.p.a., un *commissario ad acta* che eserciti tale potere sostituendosi all'amministrazione stessa.

Il Consiglio di Stato, quindi, valutando come esaustiva la disciplina dell'art.42-*bis*, volta a superare le problematiche poste dall'espropriazione indiretta, ritiene che, in presenza di una base legale che disciplini il potere dell'amministrazione nel caso delle occupazioni illegittime, non possono legittimarsi meccanismi di origine pretoria, quale quello della rinuncia abdicativa implicita nella domanda risarcitoria, volti a offrire forme di tutela ulteriore.

Secondo l'Adunanza Plenaria, pertanto, per le fattispecie disciplinate dall'art. 42-bis del d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, l'illecito permanente dell'amministrazione viene meno nei casi da esso previsti (l'acquisizione del bene o la sua

restituzione), salva la conclusione di un contratto traslativo tra le parti, di natura transattiva, mentre la rinuncia abdicativa non può essere ravvisata.<sup>37</sup>

Ne consegue parimenti che la rinuncia abdicativa del proprietario del bene occupato *sine titulo* dalla pubblica amministrazione non costituisce causa di cessazione dell'illecito permanente dell'occupazione senza titolo<sup>38</sup>.

Di particolare interesse, infine, la sentenza del 18.02.2020 n. 5 con la quale i Giudici dell'Adunanza Plenaria sono stati chiamati a pronunciarsi sulla applicabilità dell'articolo 42 bis del D.P.R. 327/2001 anche ai casi in cui l'illegittima occupazione sia derivata da un atto avente natura privatistica - un contratto di compravendita successivamente dichiarato nullo - e non già dall'esercizio del potere da parte della P.A.<sup>39</sup>.

Secondo l'Adunanza plenaria l'art. 42-bis del d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327 si applica a tutte le ipotesi in cui un bene immobile sia occupato dalla p.a. per scopi di interesse pubblico, quale che sia la ragione che abbia determinato l'assenza di titolo che legittima alla disponibilità del bene.

Ed invero, l'attività della P.A. risulta costantemente funzionalizzata alla cura, tutela, e perseguimento dell'interesse pubblico, sia che a tali fini vengano esercitati poteri pubblicistici sia che vengano utilizzati strumenti propri del diritto privato, in un contesto generale già delineato attraverso l'esercizio di potestà pubbliche.

Tale affermazione trova il suo riscontro nell'art. 1 della legge 7 agosto 1990 n. 241, che, nell'enunciare i "principi generali dell'attività amministrativa", prevede che la stessa si effettui sia mediante l'esercizio di poteri autoritativi, sia ricorrendo ad istituti di diritto privato, salvo che la legge non disponga diversamente. L'azione amministrativa, infatti, sia che si concretizzi nell'emanazione di provvedimenti amministrativi, sia che si svolga, in forma paritetica, attraverso la sottoscrizione di accordi con i soggetti privati ex art. 11 l. n. 241/1990, o mediante strumenti disciplinati dal diritto privato (in specie, contratti), è comunque giustificata e sorretta da ragioni di interesse pubblico.

<sup>37</sup> Cons. St., A.P., sent. 20.01.2020, n. 02

<sup>38</sup> Cons. St., A.P., sent. 20.01.2020, n. 04

<sup>39</sup> Con ordinanza del 15 luglio 2019, n. 4950 il Consiglio di Stato ha rimesso alla Plenaria la questione inerente la compatibilità del decreto di acquisizione ex art. 42-bis, d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327 con un giudicato restitutorio - in specie formatosi su sentenza del giudice civile dichiarativa della nullità di un contratto di compravendita - considerando tale disposizione applicabile "ad ogni caso in cui - per qualsiasi ragione - un bene immobile altrui sia utilizzato dall'amministrazione per scopi di interesse pubblico", ovvero se la sua applicazione sia limitata "solo a vicende in cui la P.A. agisca nella sua veste di autorità" senza un valido titolo espropriativo.



In definitiva «*nei casi in cui la pubblica amministrazione – dopo avere individuato per il tramite di un generale e preventivo atto di esercizio di potestà, anche in ossequio al principio di legalità, la finalità di pubblico interesse – decida di perseguire quest'ultima non già attraverso procedimenti amministrativi tipici ed esercizio di poteri provvedimentali, bensì ricorrendo a ordinari modelli privatistici (nei limiti consentiti dall'ordinamento), la predetta finalità di interesse pubblico resta immanente al contratto ed al rapporto così posto in essere.*

*Ciò comporta, di conseguenza, che, laddove la finalità di pubblico interesse non risulta (o non risulta più) essere perseguita (o perseguibile) per il tramite del contratto, non può escludersi, in generale, che l'amministrazione possa intervenire sul rapporto insorto (ovvero sulle conseguenze di fatto di un rapporto comunque cessato) per il tramite dell'esercizio di poteri pubblicistici».*

Nella citata sentenza, il Consiglio di Stato ha altresì chiarito che il giudicato restitutorio (amministrativo o civile), inerente all'obbligo di restituire un'area al proprietario da parte dell'Amministrazione occupante *sine titulo*, non preclude l'emanazione di un atto di imposizione di una servitù, in esercizio del potere ex art. 42 bis, comma 6, DPR 8 giugno 2001 n. 327, poiché questo presuppone il mantenimento del diritto di proprietà in capo al suo titolare.

#### **4. Osservazioni conclusive.**

In definitiva, si osserva che la pubblica amministrazione acquista la proprietà attraverso tre principali strumenti: l'espropriazione, che costituisce il modello pubblicistico disciplinato dal D.P.R. n. 327 del 2001 e si conclude con l'adozione di un provvedimento amministrativo; la cessione volontaria, una fattispecie mista tra il modello pubblicistico e privatistico; la stipula di un contratto privato nell'esercizio da parte della p.a. dello *iure privatorum*.

Tali modelli – pubblicistico, misto e privatistico – costituiscono i principali strumenti con cui la pubblica amministrazione può acquistare la proprietà, ma non gli unici, potendosi ipotizzare anche modi alternativi, tra cui la transazione, l'usucapione<sup>40</sup>, la rinuncia traslativa.

La giurisprudenza amministrativa, in passato, si serviva della rinuncia abdicativa al fine di paralizzare la pretesa restitutoria del proprietario. Tale rinuncia non

---

<sup>40</sup> F. TAORMINA, *L'usucapione pubblica conseguente ad una procedura espropriativa illegittima* (intervento svolto al Convegno di Cagliari del 23 e 24 ottobre 2015) in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); R. RUOPPO, *La dubbia legittimità dell'usucapione pubblica alla luce della Convenzione europea dei diritti dell'uomo* in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), novembre 2018.

richiedeva il consenso della p.a. ai fini dell'acquisto del diritto dominicale, ma solo del rinunciante che abdicava implicitamente.

Il suddetto orientamento giurisprudenziale è sorto quando era accolta la teoria dell'occupazione acquisitiva e occorreva offrire una soluzione che garantisse alla pubblica amministrazione di conservare il bene illegittimamente occupato quando il privato ne chiedeva la restituzione. Tuttavia, oggi, le fattispecie di occupazione acquisitiva ed usurpativa sono state superate dall'intervento del legislatore con l'introduzione dell'art. 42 bis, dal quale si desume che, solo in presenza dei presupposti dalla norma stabiliti, la p.a. può acquistare la proprietà nonostante l'occupazione illegittima.

Inoltre, se si riconoscesse l'operatività della rinuncia abdicativa, il privato imporrebbe la sua decisione alla p.a., così precludendo a quest'ultima di scegliere, esercitando un potere discrezionale, tra la restituzione del bene o l'acquisizione della proprietà. Nondimeno si è osservato che la scelta di acquistare o restituire il bene compete solo alla p.a., tanto che il giudice amministrativo non può condannare l'amministrazione ad adottare il provvedimento di acquisizione sanante di cui all'art.42 bis neanche in sede di ottemperanza, potendo, tuttavia, nominare un commissario ad acta

Tra l'altro, sotto il profilo strettamente civilistico, la rinuncia richiede una volontà esplicita e non può essere desunta da una mera richiesta risarcitoria. Inoltre, pur ammettendo la rinuncia abdicativa del diritto di proprietà, il titolare del fondo non diventerebbe la pubblica amministrazione che illegittimamente occupato il bene, ma lo Stato ai sensi dell'art. 827 c.c.

Sulla base delle suesposte considerazioni il **giudice amministrativo ha negato che la richiesta risarcitoria per lesione del diritto di proprietà avanzata dal privato possa implicare la rinuncia al diritto dominicale.**

L'Adunanza Plenaria, dunque, pur non mettendo in discussione le conclusioni circa l'ammissibilità dell'istituto della rinuncia abdicativa espone in principio, ha negato la legittimità della sola rinuncia abdicativa espropriativa, che diverrebbe, se ammessa, un metodo *extra legem* di acquisizione di un bene immobile illecitamente occupato da un Ente pubblico in danno del privato.

## **Il controverso paradigma dell'abuso d'ufficio fino alla riforma del 2020.**

**di Cristina LAURITANO e Roberta CHIUMMARIELLO\***

**SOMMARIO**<sup>1</sup>: **1.** Premessa **2.** Evoluzione della norma: i numerosi interventi di riforma **3.** La novella del d.l. 16 luglio 2020, n. 76 **4.** Problemi applicativi alla luce del Decreto Semplificazioni **5.** Profili intertemporali **6.** Conclusioni.

**ABSTRACT:** *This paper aims to investigate the evolutionary path of the crime of "abuse of office" in the current system, starting from the original formulation of the case up to the current one, subject to Reform by the Simplification Decree. The numerous interventions on the Regulation's text were all characterized by the intention to fill the uncertainties application deriving from the indeterminacy of the literal data.*

*It is also focused on the role that jurisprudence has played and on the conflicting readings of the regulation.,*

*The examination focuses on the recent Reform made by the Simplifications Decree which, through the circumscription of punishable conduct, has tried to contain the expansive exegesis of the crime and to stem the phenomenon of the so-called "defensive bureaucracy" so as to make possible a freer behaviour of public officials, especially in the current historical moment.*

*The Reform, in this regard, also concerned the reshaping of relations between the judicial authority and the administrative authority, limiting the interference of the judicial union on the discretionary choices of the public administration.*

### **1. Premessa.**

L'attuale formulazione del delitto di abuso d'ufficio disciplinato dall'art. 323 c.p., che si colloca nell'ambito dei delitti contro la pubblica amministrazione (Capo II, titolo II), è il frutto di una lunga e stratificata evoluzione della norma in esame, operata da numerosi interventi legislativi sollecitati da un'esigenza di ristrutturazione dell'intero sistema dei delitti contro la p.a.

Sebbene il Legislatore sia intervenuto, non di rado, sulla fattispecie *de quo*, la ratio sottesa fin dai primi interventi di riforma non può che individuarsi nella

---

\* Dott.sse in Giurisprudenza.

<sup>1</sup> Par. 1-2-3-6 redatti dalla dott.ssa R. Chiummariello; par. 4-5-6 redatti dalla dott.ssa C. Lauritano

necessità di colmare le incertezze applicative dovute all'indeterminatezza e imprecisione del dato letterale.

Si ravvisa, pertanto, una continua tensione verso una rimodulazione dei rapporti tra l'autorità giudiziaria e l'autorità amministrativa, al fine di limitare il travalicamento dei confini della discrezionalità delle scelte amministrative da parte del giudice nell'accertamento del reato in questione.

In tale quadro complessivo, è intervenuta anche la giurisprudenza di legittimità fornendo delle letture, talvolta contrastanti; tuttavia, l'opinione dominante è nel senso di contenere il controllo penale sull'attività degli amministratori entro i confini compatibili con il principio costituzionale della divisione dei poteri.

Da ultimo, a seguito del D.L. semplificazioni, l'art. 323 c.p. è stato nuovamente interessato da una riforma che ne ha modificato un elemento costitutivo della condotta punibile, con l'obiettivo di restringere le esegesi espansive che, negli anni, hanno contribuito al fenomeno del c.d. "timore della firma" da parte del funzionario pubblico e la conseguente paralisi del sistema amministrativo.

Sicché, a seguito della nuova disciplina, si sono create delle incertezze ermeneutiche rispetto all'applicazione della disciplina sulla successione delle leggi penali nel tempo, a cui è stata, recentemente, fornita una soluzione da parte delle Sezioni Unite.

## **2. Evoluzione della norma: i numerosi interventi di riforma.**

Il delitto di abuso d'ufficio è stato al centro di importanti interventi di Riforma da parte del Legislatore, interventi che ne hanno, nel tempo, modificato la fisionomia; negli anni novanta (L. 86/1990, L. 234/1997), recentemente ad opera della Legge n. 190/2012, ed in ultimo con il D.L. semplificazione del 2020. Alle origini dell'introduzione dell'abuso d'ufficio, risalente al codice Rocco del 1930 (a sua volta ereditato dalla Leopoldina del 1786<sup>2</sup>), la ratio del reato era riconducibile all'obbligo di fedeltà allo Stato da parte del funzionario amministrativo, la cui violazione comportava il venir meno del rapporto di fiducia e di solidarietà sociale, condotta sanzionata, principalmente, con fattispecie di reato affini<sup>3</sup> al 323 c.p., a cui veniva, invece, riconnessa una funzione del tutto

<sup>2</sup> L'art. LXIV della *Riforma della legislazione criminale toscana* (in BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di F. Venturi, Torino 1973, p. 281) puniva il fatto di un agente pubblico «*trascendendo i limiti o altrimenti abusando del pubblico ministero, ufficio o impiego per fare a chichessia qualsivoglia specie d'ingiustizia e di torto, e massimamente a vedove, pupilli ed altre miserabili persone, come ancora per favorire un reo conosciuto*».

<sup>3</sup> Tra queste emergeva l'art. 324 c.p., il quale era così formulato: «*Interesse del privato in atti d'ufficio- il pubblico ufficiale, che, direttamente o per interposta persona, o con atti simulati, prende un interesse privato in qualsiasi atto della pubblica amministrazione presso la quale esercita*

residuale<sup>4</sup>.

La fisionomia del reato così strutturata fissava una soglia di consumazione anticipata rispetto alla lesione dei diritti del cittadino, in un'ottica totalitaria in cui il disvalore del fatto era riconducibile alla lesione del dovere di fedeltà allo Stato<sup>5</sup>.

Pertanto, la condotta tipica punibile dall'abuso d'ufficio si identificava con i tre vizi canonici dell'atto amministrativo comprendendo, oltre la violazione di legge e l'incompetenza, anche l'eccesso di potere quale sinonimo di cattivo uso del potere, nel senso che erano punibili le condotte dei pubblici ufficiali che, sebbene avessero una base legale, erano poste in essere con uno scopo diverso da quello per cui il potere era stato affidato; in tal senso vi era un'applicazione estensiva dell'art. 323 fino a ricomprendere le violazioni dei c.d. limiti interni del potere discrezionale<sup>6</sup>.

Con la riforma del 1990 il Legislatore, oltre ad ampliare il novero dei soggetti punibili – ricomprendendo anche gli incaricati di pubblico servizio – aveva modificato la norma in modo da farla diventare una fattispecie fondamentale per la tutela penale della pubblica amministrazione<sup>7</sup>.

Anche i contorni dell'elemento soggettivo del dolo specifico – già presente nella previgente formulazione – furono ulteriormente definiti indicando come necessario ai fini dell'integrazione dell'abuso la presenza di un vantaggio (per sé o altri) o di un danno ingiusto; inoltre, fu previsto un aumento di pena nel caso

---

*il proprio ufficio, è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni e con la multa da lire duecentomila a quattro milioni».*

<sup>4</sup> Il testo previgente alla riforma del 1990, recitava: «*Il pubblico ufficiale che, abusando dei poteri inerenti alle sue funzioni, commette, per recare ad altri un danno o per procurargli un vantaggio, qualsiasi fatto non preveduto come reato da una particolare disposizione di legge, è punito con la reclusione fino a due anni o con la multa da lire centomila a due milioni».*

<sup>5</sup> A. MANNA, *Profili storico-comparatistici dell'abuso d'ufficio*, cit., 1202. Con il Codice Rocco si abbandona quindi la prospettiva dei codici penali ottocenteschi, in cui si tutelava la libertà del singolo contro le prevaricazioni del funzionario pubblico, adottando una figura che servisse invece da «strumento di controllo del giudice penale sull'operato dei pubblici funzionari»: M. Gambardella, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, cit., 249 ss.

<sup>6</sup> F. BRICOLA, In tema di legittimità costituzionale dell'art. 323 c.p., in RIDPP 1966, 993 ss. Sul nesso fra l'espansione del sindacato del giudice penale sul merito delle scelte discrezionali della PA e l'incompatibilità della fattispecie incriminatrice – in particolare, l'art. 323 c.p. precedente alla riforma del 1990 – con il principio di tassatività e determinatezza, G. Cocco, *L'atto amministrativo invalido elemento delle fattispecie penali*, Cagliari 1996, 255 ss.

<sup>7</sup> Questo è il testo dell'art. 323 come modificato dalla l. 86/1990: «*Abuso d'ufficio. Il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio non patrimoniale o per arrecare ad altri un danno ingiusto, abusa del suo ufficio, è punito, se il fatto non costituisce più grave reato, con la reclusione fino a due anni. Se il fatto è commesso per procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale, la pena è della reclusione da due a cinque anni».*

in cui l'agente si fosse procurato un vantaggio patrimoniale<sup>8</sup>.

Ciononostante, non era inusuale che il sindacato del giudice, nella sua attività di accertamento, si spingesse fino a ricomprendere l'attività discrezionale della p.a. favorendo una paralisi della funzione amministrativa<sup>9</sup>.

Tuttavia, con la contestuale eliminazione dal novero delle condotte punibili per peculato nella forma "per distrazione" (art. 314 c.p.) e dall'eliminazione dell'interesse privato in atti d'ufficio, il nuovo paradigma dell'abuso d'ufficio aveva ottenuto un ruolo fondamentale nella lotta contro le condotte abusive degli amministratori<sup>10</sup>.

Invero, nelle intenzioni dei compilatori, la novellata fattispecie di abuso d'ufficio era considerata una norma di chiusura, al cui interno dovevano essere ricomprese da un lato le ipotesi di reato contenute in altre fattispecie affini – ormai abrogate – e dall'altro ipotesi di abuso "innominato"<sup>11</sup>.

Con la riforma del 1997, il Legislatore ha tentato di delineare in maniera più dettagliata e netta, i tratti della fattispecie in esame con l'obiettivo di garantire maggior certezza applicativa.

Ed invero, il Legislatore ha identificato la condotta tipica con due condotte alternative: la «violazione di norme di legge o di regolamento»; la mancata astensione «in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti». Inoltre, la condotta abusiva doveva avvenire nell'esercizio delle proprie funzioni, concretizzandosi in un esercizio "distorto" dei poteri conferiti al p.u.<sup>12</sup>.

Pertanto, ai fini dell'integrazione del reato, si era resa necessaria la produzione effettiva del vantaggio o del danno ingiusto, specificandone la natura patrimoniale.

Un'ulteriore modifica aveva interessato anche la rideterminazione della sanzione comminabile, mediante una diminuzione del limite edittale massimo da 5 a 3

---

<sup>8</sup> Ulteriori riferimenti per la configurabilità dell'abuso d'ufficio post riforma del 1990 v. P. Pisa, voce Abuso d'ufficio, in Enciclopedia Giuridica Treccani, Roma 1995, vol. I; A. Manna, *Abuso d'ufficio e conflitto di interessi nel sistema penale*, Torino 2004, 17 ss.

<sup>9</sup> F. PRETE, *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi nell'abuso d'ufficio e nei reati edilizi*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2013.

<sup>10</sup> L'intervento riformatore aveva lo scopo di attribuire al riformato art. 323 una funzione residuale, ricomprensiva di tutte le condotte illecite prima sussumibili nell'art. 314 e nell'art. 324; costituendo un filtro idoneo per garantire maggiore aderenza – almeno secondo le intenzioni – al principio di offensività; L. STORTONI, *Intervento*, in *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, a cura di A. Castaldo, Torino 2018, 117 s.

<sup>11</sup> C. GRASSO, *Condotte ed eventi nel delitto di abuso d'ufficio*, in FI, 1999.

<sup>12</sup> Vedi V. Valentini, *Abuso d'ufficio e fast law ANAC. Antichi percorsi punitivi per nuovi programmi preventivi*, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it), 18.9.2018, 17.

anni; sicché, a seguito della diminuzione dei termini prescrizionali, si ebbe l'indesiderato effetto di rendere più blanda la pretesa punitiva rispetto alle condotte incriminate.

La dottrina di allora, tuttavia, sottolineò rilevanti criticità della nuova fisionomia del reato in esame ovvero: 1) il riferimento al solo vantaggio patrimoniale, escludendo dall'area di operatività della norma i vantaggi non patrimoniali e ponendosi in rotta di collisione con il concetto di "interesse privato" indicato nella norma; 2) la doppia ingiustizia richiesta, sia del danno che del vantaggio, comportandone un'applicazione alterata ovvero ritenendolo un requisito alternativo e non cumulativo; 3) le difficoltà probatorie derivanti dal requisito richiesto del dolo intenzionale<sup>13</sup>.

Ancor più gravi furono le questioni attinenti all'area di operatività del sindacato del giudice in ordine all'interpretazione da attribuire alla «violazione di legge o di regolamento», in quanto era dubbio se la riforma avesse comportato l'esclusione del sindacato del giudice nell'ipotesi di eccesso di potere o se questa ipotesi poteva ancora costituire espressione di una condotta punibile ex art. 323 c.p.

Per integrare la fattispecie, dunque, secondo l'orientamento seguito in quegli anni, era necessario che le regole di condotta fossero contenute in delle leggi in senso formale o al più in atti normativi espressamente regolati (come i regolamenti) ed inoltre fu precisato che «la sola inosservanza di norme di principio o genericamente strumentali alla regolarità dell'azione amministrativa – come quella contenuta nell'art. 97 Cost. (principio di imparzialità e di buon andamento) – non è idonea a configurare la violazione di legge rilevante ai fini dell'integrazione del novellato delitto di abuso d'ufficio»<sup>14</sup>.

Tuttavia, tale approccio garantista e restrittivo del dato normativo, favoriva la creazione di un vuoto di tutela proprio nelle aree di interesse maggiormente propense a distorsioni di carattere funzionale, realizzate nell'ambito dell'attività discrezionale<sup>15</sup>.

Successivamente, a seguito dell'intervento dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite che nel 2003 aveva approvato la *United Convention against corruption*, con la risoluzione 58/4 del 31 ottobre 2003, è stata promulgata la Riforma n.

---

<sup>13</sup> A. MANNA, *Luci ed ombre nella nuova fattispecie d'abuso d'ufficio*, cit., 27 s., «poteva essere sufficiente costruire la norma in modo da renderla incompatibile, anche nei suoi estremi oggettivi, con il dolo eventuale», mentre la scelta del legislatore importerebbe «un'ulteriore, notevole restrizione di tutela».

<sup>14</sup> Vedi Cass., Sez VI, n. 35108, 8 maggio 2003.

<sup>15</sup> T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit. 9.



190/2012 che è intervenuta con il precipuo scopo di apprestare una tutela più solida per i fenomeni corruttivi, mediante politiche volte alla prevenzione e alla trasparenza; in particolare, aumentando il massimo di pena edittale per il reato di abuso d'ufficio da 3 a 4 anni.

A seguito dell'intervento riformatore, il Legislatore ha sostituito ad una formula generale e omnicomprensiva delle condotte abusive punibili<sup>16</sup>, una tipizzazione analitica delle condotte rilevanti riconducibili alla violazione di (norme di) legge e di regolamento e all'obbligo di astensione nei casi di conflitto di interesse con prossimi congiunti.

Ebbene, il risultato ottenuto fu opposto a quello sperato, giacchè per impedire vuoti di tutela, la giurisprudenza iniziò ad interpretare la norma in senso ampio, sussumendo all'interno delle violazioni di legge anche condotte poste in essere in violazione della imparzialità della p.a. tutelata da norme di principio (art. 97 Cost.).

Il risultato di questo nuovo approccio ermeneutico fu di rendere (nuovamente) eccessivamente vaga la fattispecie incriminatrice, con un indesiderato ritorno al passato.<sup>17</sup>

Con riguardo alla seconda condotta punita inerente all'obbligo di astensione dell'agente, si pose un'ulteriore criticità in capo all'interprete: se tale generico dovere di astensione dovesse trovare la sua fonte nell'art. 323 c.p.

La risposta fornita in giurisprudenza fu in senso positivo poichè, ragionando diversamente, si sarebbe giunto a ritenere superflua la disposizione in questione in quanto la violazione di un dovere di astensione prescritto da altra norma avrebbe già costituito una violazione di legge ex sé.

### **3. La novella del d.l. 16 luglio 2020, n. 76.**

Recentemente è intervenuta un'ulteriore Riforma che ha nuovamente riscritto il reato di abuso d'ufficio. Si fa riferimento all'art. 23 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76 («Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale»), in vigore dal 17 luglio 2020 ed ora convertito in legge (L. 11 settembre 2020, n. 120).

La riforma dell'art. 323 c.p. sostituisce le parole «di norme di legge o di regolamento» con le seguenti: «di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità».

---

<sup>16</sup> Definito da Padovani abuso innominato.

<sup>17</sup> Cfr. D'AVIRRO, *L'abuso d'ufficio*, Giuffrè, 2009, 113 ss.

La *ratio legis* sottesa a tale ultimo intervento è chiara: limitare le interpretazioni espansive della giurisprudenza, con il fine ultimo di garantire lo sblocco della paralisi amministrativa dovuta al timore del funzionario pubblico di incorrere, nell'esercizio delle sue funzioni, in responsabilità penale.

Le criticità della Riforma sono già state evidenziate da una parte della dottrina sia con riguardo al metodo che al merito.<sup>18</sup>

Con riguardo al merito, la dottrina contesta che la Riforma in questione ha ricondotto il sindacato del giudice penale solo a fattispecie marginali e non rilevanti – svuotando di fatto il dato normativo – ovvero limitato solo all'attività vincolata del funzionario pubblico;<sup>19</sup> in tal modo è stato sostenuto che si è in presenza di una chiara violazione del principio di uguaglianza<sup>20</sup>.

Con riguardo al metodo il Legislatore, invece di rafforzare la struttura dell'art. 323, si è basato sul diritto vivente, principalmente, con l'obiettivo di: a) contenere le derive giurisprudenziali, rimodulando la fattispecie con maggiore specificità; b) focalizzare l'attenzione solo su una parte della condotta punibile, vale a dire sul disvalore dell'azione<sup>21</sup>.

Pertanto, le novità introdotte dal d.l. Semplificazioni riguardano, in primis, la non rilevanza di condotte violative di regolamenti – essendo stati espulsi dalla fattispecie de quo – ma solo quelle inerenti a violazioni di legge o atti avente forza di legge.

L'irragionevolezza si rinviene nel fatto che proprio nei regolamenti, di consueto, vi sono delle regole specifiche di condotte volte ad orientare il comportamento del funzionario pubblico, diversamente dalle leggi che sono per definizioni generali ed astratte e dunque, prive di specificità.

Il secondo aspetto rilevante è costituito dalla rilevanza della sola inosservanza di regole di condotte specifiche ed espressamente previste da fonti primarie; in tal modo si è, pertanto, escluso dal novero delle condotte punibile quelle poste in violazione dell'art. 97 Cost.

Connesso a tal dato, vi è l'ulteriore elemento di nuovo conio ovvero la rilevanza delle sole condotte da cui non derivi alcun margine di discrezionalità.

<sup>18</sup> Cfr. G.L. GATTA, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura'*, cit.; M. Gambardella, *Simul stabunt vel simul cadent*, cit.; T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit.

<sup>19</sup> M. DONINI, *Reati contro la P.A. e riconoscibilità del precetto*, cit., 4. Sul punto, già M. DONINI, *Osservazioni sulla proposta "Castaldo-Naddeo" di riforma dell'art. 323 c.p.*, cit., 97 ss.

<sup>20</sup> T. PADOVANI, op. cit. 9.

<sup>21</sup> M. NADDEO, *I tormenti dell'abuso d'ufficio tra teoria e prassi. Discrezionalità amministrativa e infedeltà nel nuovo art. 323 c.p.*, in [www.penaledp.it](http://www.penaledp.it), 10.8.2020

La fattispecie, così delineata, conserva la natura di reato proprio, individuando i soggetti attivi del reato nei pubblici ufficiali e negli incaricati di pubblico servizio nell'esercizio delle proprie funzioni, riconducibili a qualunque specie di atto o attività posti in essere; resta un reato di evento, il cui disvalore si realizza nella concretizzazione della doppia ingiustizia del danno recato ad altri o del vantaggio patrimoniale.

Con riguardo all'elemento soggettivo nella seconda estrinsecazione della condotta punibile qualora vi sia un obbligo giuridico di astensione in presenza di una situazione di conflitto di interessi, il reato richiede il dolo generico, connotato dalla intenzionalità, il quale determina l'impossibilità di configurare il delitto nei casi di mero dolo eventuale.

#### **4. Problemi applicativi alla luce del Decreto Semplificazioni.**

Le modifiche introdotte al reato di abuso di ufficio, come appena descritte, richiedono necessariamente un approfondimento sotto il versante applicativo, posto che l'intervento riformatore ha comportato una parziale *abolitio criminis* (confermata, del resto, dalle recenti Sezioni Unite 1146 del 2020), restringendo sensibilmente le ipotesi di incriminazione dei pubblici funzionari nell'esercizio delle proprie funzioni.

La Riforma, del resto, tende ad arginare il fenomeno della c.d. "burocrazia difensiva", quale atteggiamento dei pubblici funzionari, diffusosi nella prassi, di ridurre al minimo l'apporto contributivo al perseguimento del pubblico interesse per timore di poter essere perseguiti ed incriminati – secondo il disposto dell'art. 323 c.p. antecedente al Decreto Semplificazioni – in un numero considerevole di casi; la riforma mira a combattere l'inerzia della pubblica amministrazione, a semplificare il suo operato in un'ottica coerente al buon andamento ed all'imparzialità; l'eccessiva genericità che caratterizza(va) la lettera della norma paralizzava l'attività amministrativa, esponendo il pubblico funzionario al rischio di incorrere facilmente in una serie di responsabilità, civile, penale, contabile e disciplinare nell'esercizio delle proprie funzioni. Una situazione di stasi burocratica che rendeva molto più semplice l'astenersi piuttosto che l'agire; erano in molti ad auspicare una modifica e finanche un'abrogazione della fattispecie.<sup>22</sup>

---

<sup>22</sup> Sul punto cfr. CASTALDO, *Migliorare le performance della pubblica amministrazione, riscrivere l'abuso d'ufficio*, Torino, 2018; F. COPPOLA, *Abuso d'ufficio: appunti per una possibile riforma dai lavori della Law Commission sulla common law offence of Misconduct in Public Office*, in *Arch. pen.*, n. 2/2020.

L'efficacia dell'azione amministrativa, elevato a principio generale dalla legge 241 del 1990 (legge sul procedimento amministrativo) richiede una procedura snella e non inficiata dal c.d. "timore della firma", che porta i pubblici funzionari a non agire e, di conseguenza, a paralizzare il sistema burocratico.

Si comprende, allora, come il contesto storico all'interno del quale nasce la Riforma, quello caratterizzato dall'emergenza epidemiologica Covid-19, abbia influenzato la portata della stessa; la ripartenza del Paese deve essere celere e non può scontare il prezzo di una classe burocratica timorosa di agire, perché soggetta ad una possibile incriminazione rimessa alla violazione di presupposti generali, quali erano quelli che – fino ad oggi – hanno retto il reato di abuso d'ufficio.

A testimonianza del panorama appena descritto, del resto, soccorre il dato concreto, testimone della scarsa rilevanza pratica del reato di abuso; vi è una significativa differenza, infatti, dal numero delle indagini avviate per abuso di ufficio rispetto a quello delle condanne;<sup>23</sup> ne deriva una sostanziale abrogazione della norma, a discapito dei beni giuridici da essa tutelati quali il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione.

Inoltre, in un contesto emergenziale come quello attuale, è necessario – secondo il legislatore della Riforma – snellire i tempi delle procedure e consentire alla macchina amministrativa di agire in maniera più libera, sempre tendendo a mente il perseguimento dell'interesse pubblico.

Il nuovo reato, come già in precedenza evidenziato, si caratterizza per l'introduzione di presupposti più specifici cui ancorare la penale rilevanza delle condotte dei pubblici ufficiali e degli incaricati di un pubblico servizio nell'esercizio delle proprie funzioni.

La circoscrizione del perimetro del reato si coglie nell'eliminazione, dal testo della norma, della penale rilevanza di tutte quelle condotte poste in essere in «violazione di norme di legge o di regolamento» e nell'introduzione, in sostituzione, di una violazione passibile di incriminazione solo qualora riguardi «specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità»; resta ferma, per il resto, l'altra condotta punita, individuata nella mancata astensione se ricorre un interesse proprio o di un congiunto o «negli altri casi prescritti».

---

<sup>23</sup> V. MAGLIONE, *Il nuovo abuso d'ufficio non taglia i fascicoli a carico dei funzionari ma rischia di complicare le indagini*, in *Giustizia penale e riforme*, Il Sole 24 Ore, 28 luglio 2020. Secondo l'Istat, nel 2017, dei 6.582 procedimenti aperti in procura, appena 57 sono stati definiti con una sentenza di condanna.

È chiaro l'intento del legislatore di limitare i casi di incriminazione, dal momento che la violazione di norme regolamentari si presentava in termini più generali rispetto alla violazione di norme specifiche e dettagliate; del resto, l'eliminazione del regolamento dal novero delle fonti della responsabilità ex art. 323 c.p. comporta, giocoforza, l'irrelevanza penale anche di una serie di condotte, pur individuate da "specifiche regole", per il solo fatto di essere ricomprese in un regolamento, la cui violazione non integra (più) la fattispecie dell'abuso di ufficio. Si realizza, in tal modo, una parziale *abolitio criminis* per tutte le classi di condotte che esulano dall'area di tipicità della norma, comportando numerosi dubbi anche a livello applicativo, con riguardo ai procedimenti pendenti istaurati proprio sulla scorta della vecchia formulazione del precetto, nei confronti dei quali il giudice dovrebbe intervenire con una pronuncia di assoluzione perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato.

In disparte i profili intertemporali, di cui si dirà in maniera più approfondita di seguito, occorre soffermarsi sul concetto di "regolamento" che, nel nostro ordinamento, è annoverato tra le fonti secondarie e caratterizzato da generalità, innovatività ed astrattezza.<sup>24</sup>

A fronte dell'esclusione dei regolamenti, è stata prevista la punibilità della sola inosservanza di regole di condotta "specifiche" ed "espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge".

Ad una prima lettura, tenuto conto soprattutto della ratio ispiratrice della Riforma, ragioni di ordine logico portano a comprendere che per il pubblico funzionario sarà sicuramente meno frequente incorrere in una violazione di norme specifiche, *prima facie* riconoscibili, soprattutto da soggetti qualificati ai quali l'ordinamento chiede un grado di diligenza superiore, piuttosto che in quella di regolamenti, fonti secondarie e generali e, pertanto, caratterizzati da minor precisione; il riconoscimento dell'area di tipicità della condotta, nel caso di violazione di fonti subordinate, risulta allora – secondo il legislatore della riforma – più arduo, in termini di prevedibilità ed evitabilità.<sup>25</sup>

<sup>24</sup> Cfr. F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo* XIII Edizione, Dike: "Caratteri dei regolamenti sono la generalità, intesa come indeterminabilità dei destinatari e quindi idoneità alla ripetizione *nell'applicazione* della norma; innovatività, quale capacità di concorrere alla costituzione ed all'innovazione dell'ordinamento giuridico; astrattezza, intesa quale capacità di regolare una serie indefinita di casi."

<sup>25</sup> Cfr. T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, GIURISPRUDENZA PENALE WEB, 2020, 7-8 "Ancorando la condotta tipica alla violazione «di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità», si è inteso proclamare con irta tassatività che l'abuso si deve risolvere nell'inosservanza di un dovere vincolato nell'*an*, nel *quid* e nel *quomodo* dell'attività".

Le stesse Sez. Unite, sul punto, hanno affermato che, in luogo "del generico richiamo" della disciplina previgente ad una violazione di norme di legge o di regolamento, si pretende ora che la condotta del pubblico funzionario, nell'esercizio delle proprie funzioni, sia connotata dalla violazione di regole cogenti per l'azione amministrativa fissate dalla legge in maniera precisa e puntuale, senza che possa rilevare la violazione di fonti sub primarie o di principi generali.<sup>26</sup>

Sotto quest'ultimo profilo merita attenzione la controversa possibilità, riconosciuta in passato da una parte della giurisprudenza, osteggiata da autorevole dottrina, di ricomprendere nella formula "violazione di legge" anche quelle condotte contrarie all'art. 97 Cost., valorizzandone la portata immediatamente percettiva, nella parte in cui prescrive il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione; si opponeva, invece, chi assegnava all'art. 97 Cost. valore esclusivamente programmatico, tendendo conto che estendere l'ambito dell'abuso di ufficio alla violazione di principi tanto generali, come quello di imparzialità e buon andamento, avrebbe taciato la norma di incostituzionalità, per violazione dell'art. 25 Cost., sub specie di principio di legalità.

È fuor di dubbio che la p.a., nell'esercizio della propria attività, sia tenuta a conformarsi ai principi costituzionali che prescrivono obblighi di comportamento, come del resto conferma lo stesso art. 1 l.241 del '90, norma posta in apertura della legge sul procedimento amministrativo che codifica i principi generali cui l'attività amministrativa deve ispirarsi; il principio imparzialità, inteso come divieto per i pubblici funzionari di compiere alcun tipo di favoritismo, risulta poi strettamente connesso anche ad istituti di fondamentale importanza, come quello dell'accesso agli atti e, di conseguenza, alla trasparenza amministrativa, paradigma imprescindibile nei rapporti tra pubblica amministrazione e privati. Considerare, però, integrante una fattispecie penalmente rilevante la violazione di un principio generale come quello in esame, vorrebbe dire assegnare al giudice penale un inaudito potere, non legittimato dalla legge, che si tradurrebbe nella sostituzione del potere giudiziario a quello amministrativo, in contrasto con l'art. 31 co.3 c.p.a., che prescrive proprio la separazione dei poteri come baluardo imprescindibile di legalità.<sup>27</sup>

<sup>26</sup> Cfr. Cass. Sez. Un. 1146/2020.

<sup>27</sup> Cfr. sul punto, tra gli altri: MERLI, *Il controllo di legalità dell'azione amministrativa e l'abuso d'ufficio*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Milano, 2002.

a violazione di legge riguarda norme che "prescrivano modalità proprie delle attività della p.a., che vincolino cioè il pubblico agente a un dato contegno", senza che possa rilevare la violazione di principi generali; ecco che il richiamo all'art. 97 cost., inteso come norma dalla portata spiccatamente precettiva, si rivela del tutto erroneo poichè sottende un contrasto con la voluntas legis, chiosa nell'individuare ipotesi "tipiche" di responsabilità, che possano essere ricondotte a parametri formali e riconoscibili e non a principi astratti e generali, ancorchè fondamentali.<sup>28</sup>

È indubbio, del resto, che la pubblica amministrazione sia tenuta a rispettare, nell'esercizio della propria attività, i principi fondamentali richiamati tanto dall'art. 97 cost., quanto dall'art. 1 l.241/90; entrambe le norme, lette specularmente, ci consegnano una pubblica amministrazione tesa al perseguimento del pubblico interesse in maniera efficiente ed efficace, imparziale ed in aperto dialogo con i consociati, in un'ottica generale di buon andamento.

La semplificazione amministrativa, nuovo paradigma dei rapporti tra p.a. e privato, riflette l'esigenza di uno snellimento delle procedure che possa dirsi rispettoso del principio di leale collaborazione; la p.a. non ricopre (più) il ruolo di autorità sovraordinata al privato, detentrica di un potere autoritario che si impone al cittadino senza il suo consenso.

Gli interventi legislativi degli ultimi anni militano, al contrario, a favore di una nozione di pubblica amministrazione che, nel perseguimento dei fini pubblici prescritti dalla legge, è tenuta a tenere in considerazione i privati, attraverso strumenti che ne consentano la più ampia partecipazione all'esercizio della "cosa pubblica".

Appare dunque inopportuno assegnare alla violazione dei principi generali la stessa incidenza della violazione di legge, così come intesa dal Legislatore dell'abuso di ufficio; il rischio sarebbe quello di allargare eccessivamente le maglie della norma, in spregio al principio di determinatezza e di tassatività delle fattispecie, corollari - a loro volta - del principio di legalità.<sup>29</sup>

<sup>28</sup> Cfr., ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione, i delitti dei pubblici ufficiali*, Giuffrè, 2019.

<sup>29</sup> Sul punto Cfr. Cass. pen., Sez. VI, Sent. 12 novembre 2020 (ud. 17 settembre 2020), n. 31873 Presidente Mogini, Relatore Calvanese. La Corte si è espressa in merito all'interpretazione della nozione di "violazione di legge", alla luce della riforma, e sulla rilevanza della condotta consistita nel rilascio di un Permesso di costruire in violazione del piano regolatore comunale e degli altri strumenti urbanistici. Sul punto la Corte ha rilevato che "come più volte affermato da questa Corte, il permesso di costruire, per essere legittimo, deve conformarsi - ai sensi dell'art. 12, comma 1, d.P.R. n. 380 del 2001 - alle previsioni degli strumenti urbanistici, dei regolamenti edilizi e della



Tale logica, pertanto, non è nuova all'abuso di ufficio, da sempre crocevia di dubbi in punto di eccessiva ingerenza del sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità amministrativa; accogliere un'interpretazione estensiva di "violazione di legge", e ricompredervi la violazione del buon andamento e dell'imparzialità, consentirebbe al giudice penale di "entrare" all'interno della discrezionalità amministrativa e di spingersi fino al merito della "scelta" espressamente rimessa all'autonoma determinazione dell'amministrazione pubblica, preposta alla cura dell'interesse pubblico di riferimento.

Il rischio di un'ingerenza troppo ampia del sindacato del giudice sull'esercizio del potere amministrativo è, probabilmente, il motivo che ha ispirato la riforma anche con riguardo all'ulteriore novità, relativa al tipo di potere esercitato dai pubblici funzionari.

La nuova formula dell'art. 323 c.p. specifica che rilevano, ai fini della punibilità, solo le regole di condotta «dalle quali non residuino margini di discrezionalità». E bene, il riferimento alla discrezionalità amministrativa, così formulato, non può che portare alla mente il già richiamato art. 31 comma 3, c.p.a., norma relativa al silenzio inadempimento che apre al giudice il sindacato sulla fondatezza della pretesa, a condizione che l'attività sia vincolata o che non residuino ulteriori margini di discrezionalità.

Quest'ultima, infatti, si caratterizza per la scelta insindacabile della pubblica amministrazione tra più soluzioni tutte astrattamente valide ed idonee al perseguimento del pubblico interesse<sup>30</sup>, sottratte nel merito al sindacato del giudice, al contrario dell'attività vincolata in cui non è possibile scorgere il momento "volitivo" della p.a., posto che il fine pubblico e le modalità di esercizio del potere sono predeterminate a monte dal legislatore.

---

*disciplina urbanistico-edilizia vigente'. Dall'espresso rinvio della norma agli strumenti urbanistici discende che il titolo abilitativo edilizio rilasciato senza rispetto del piano regolatore e degli altri strumenti urbanistici integra, una 'violazione di legge', rilevante ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 323 cod. pen.". Di conseguenza "seguendo questa elaborazione giurisprudenziale" ha concluso la Corte "deve ribadirsi che i piani urbanistici non rientrano nella categoria dei regolamenti, come ritenuto da risalente e superato orientamento giurisprudenziale, che nel mutato quadro normativo escluderebbe la fattispecie di abuso in atti di ufficio, ma in quella degli atti amministrativi generali la cui violazione, in conformità dell'indirizzo ermeneutico consolidato, rappresenta solo il presupposto di fatto della violazione della normativa legale in materia urbanistica (art. 12 e 13 del d.P.R. n. 380 del 2001) (...), normativa a cui deve farsi riferimento, per ritenere concretata la 'violazione di legge', quale dato strutturale della fattispecie delittuosa ex art. 323 cod. pen. anche a seguito della modifica normativa'.*

<sup>30</sup> Sul punto F. CARINGELLA, che la definisce come la "Facoltà di scelta tra più comportamenti giuridicamente leciti per il soddisfacimento dell'interesse pubblico e per il perseguimento di un fine rispondente alla causa del potere esercitato", pg. 977 e ss.

Orbene, ad una prima analisi della riforma ed in considerazione degli ancora scarsi casi pratici analizzati, il riferimento così netto compiuto dal legislatore alla discrezionalità amministrativa potrebbe essere sintomatico della volontà di scardinare quegli orientamenti secondo cui sarebbe configurabile il reato di abuso di ufficio (anche) nelle ipotesi di eccesso di potere, vizio di legittimità tipico del potere discrezionale, quando tale potere sia esercitato in maniera difforme rispetto alle finalità per cui è attribuito e, pertanto, in modo "non funzionale" al pubblico interesse (vizio conosciuto anche come sviamento di potere rispetto al fine tipico predeterminato).

L'eccesso di potere ricorre, allora, quando i pubblici funzionari esercitino il proprio potere discrezionale per finalità differenti rispetto a quelle assegnate dalla legge, finalità prettamente personali ed egoistiche, che integrano proprio la condotta tipica punita dall'art. 323 c.p.

Storicamente l'eccesso di potere ha costituito il grimaldello attraverso cui consentire lo sconfinamento del sindacato del giudice dai vizi di legittimità al merito amministrativo, proprio per la linea sottile che differenzia la scelta discrezionale della p.a. da quella opportunistica; e bene, a tal riguardo, la giurisprudenza più recente ha precisato che l'ammissibile sindacato sull'eccesso di potere non deve (non può) tradursi in una valutazione "sull'opportunità e la scelta dell'atto (...) o nella volontà dell'organo giudicante di sostituirsi a quella dell'amministrazione (...)"<sup>31</sup>

Ricondurre l'ipotesi di abuso di ufficio all'interno della figura dell'eccesso di potere porta con sé il rischio di un'invasione del potere giudiziario nelle scelte discrezionali della p.a. e nella stessa attività amministrativa.

Da ciò deriva la limitazione di responsabilità penale del pubblico funzionario, quando si trovi ad agire in un contesto caratterizzato da un potere discrezionale che richiede, necessariamente, una scelta derivante dal bilanciamento di interessi contrapposti, sempre nell'ottica del perseguimento dei fini prescritti dalla legge.

Le SS.UU. 1146 del 2020, sul punto, hanno precisato che la discrezionalità richiamata nella nuova formulazione del precetto ingloba anche quella c.d. tecnica, che si caratterizza non già per la scelta riservata alla p.a. tra soluzioni tutte ragionevolmente valide, quanto nell'applicazione di regole tecniche e specialistiche che conducono ad un risultato per sua natura opinabile e non predeterminabile; regole tecniche il più delle volte individuate da specifiche leggi

---

<sup>31</sup> Cass. Civ., Sez. Un., 24 maggio 2019, n. 14264.

e regolamenti, tanto che non è possibile parlare di una vera e propria "autonoma scelta di merito", come nel caso della discrezionalità c.d. pura.

Sicché sembrerebbe illogico, alla luce dei parametri di buon andamento ed imparzialità, escludere l'abuso di ufficio nelle ipotesi in cui il pubblico funzionario violi tali regole specialistiche, per il solo fatto che si tratti formalmente di attività discrezionale.

Ciò nonostante, gli stessi Ermellini fanno salvi i casi in cui la discrezionalità "*trasmodi in una vera e propria distorsione funzionale dai fini pubblici, laddove risultino perseguiti, nel concreto svolgimento delle funzioni o del servizio, interessi oggettivamente difformi e collidenti con quelli per i quali soltanto il potere discrezionale è attribuito, oppure si sostanzia nell'alternativa modalità della condotta, rimasta penalmente rilevante, dell'inosservanza dell'obbligo di astensione in situazioni di conflitto di interessi*".

È chiaro il riferimento alla figura dello sviamento di potere, che si configura quando la p.a., pur nell'esercizio di attività discrezionale, ecceda i limiti fissati a monte dal legislatore, che si sostanziano nel funzionale esercizio del potere, da indirizzare esclusivamente verso il perseguimento del pubblico interesse.<sup>32</sup>

Ne consegue allora che, pur tenuto conto della clausola di salvezza introdotta dalla Riforma con riguardo alla discrezionalità amministrativa, non appare logico, né tanto meno ragionevole, escludere a monte il sindacato del giudice penale sull'esercizio dei poteri pubblici, quando questi siano esercitati in maniera difforme da quanto prescritto, in contrasto con il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione.

La discrezionalità amministrativa sarà, pertanto, sindacabile quando comporti uno sviamento di potere o quando il suo esercizio violi l'obbligo di astensione imposto al pubblico ufficiale in presenza di un conflitto di interessi; ipotesi, quest'ultima, non toccata dalla riforma e che conserva la sua penale rilevanza, ancorché ad essa sia sotteso un potere discrezionale.

Del resto, l'attribuzione di una facoltà o di un diritto da parte dell'ordinamento trova il proprio limite principale nelle modalità in cui questo viene esercitato; discrezionalità non può risolversi in abuso perché, in tal caso, non risulterebbero opportunamente tutelati (ed anzi, messi in pericoli) i beni giuridici tutelati dalla norma incriminatrice.

<sup>32</sup> Sul punto, tra gli altri, M. LEONI, *Il nuovo reato di abuso d'ufficio*, cit., p. 35 ss.; G. DELLA MONICA, *La non configurabilità dell'abuso d'ufficio per eccesso di potere*, in *La modifica dell'abuso d'ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa*, a cura di AA.VV., coordinato da A.A. Dalia, M. Ferraioli, Giuffrè, 1997, p. 70 ss.

In questo modo, inoltre, lo stesso obiettivo della Riforma resterebbe vanificato, poiché perderebbe il *prius logico* di ogni intervento normativo, quale il rispetto del principio di legalità.

La nuova disposizione normativa, nella parte in cui fa riferimento alla discrezionalità amministrativa, sottraendone il sindacato al giudice penale, farebbe allora riferimento alle ipotesi di "cattivo uso del potere", inteso come violazione dei limiti interni sulle modalità di esercizio e, come tale, insindacabile. Come è noto, invece, la Riforma non ha inciso sulla seconda parte di condotta punita dalla norma, che continua ad avere rilevanza penale e che riguarda la mancata astensione del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto" o "negli altri casi prescritti"; pertanto, quando il pubblico ufficiale procura intenzionalmente a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto omettendo di astenersi nei casi prescritti dalla norma, la sua condotta continua – anche dopo la riforma della norma – a ricoprire rilevanza penale e a soggiacere alla pena all'uopo prevista.

Dunque, l'abuso di ufficio penalmente rilevante consiste – oggi – nelle ipotesi appena descritte di omessa astensione in presenza di un obbligo in tal senso e nella violazione di una specifica ed espressa regola di condotta, dalla quale non residuino margini di discrezionalità; non rileverà più – almeno secondo l'interpretazione puramente letterale della norma - la violazione dei generici doveri incombenti sulla p.a. nell'esercizio delle proprie funzioni, individuati nel buon andamento e nell'imparzialità.<sup>33</sup>

### **5. Profili intertemporali.**

La nuova formulazione della fattispecie di abuso di ufficio ha, dunque, un ambito applicativo più ristretto rispetto a quello previgente ed integra un'ipotesi di parziale *abolitio criminis* in relazione ai fatti commessi in violazione di norme di regolamento, di norme di legge dalle quali non siano ricavabili regole di condotta specifiche ed espresse e di regole di condotta che lascino residuare margini di discrezionalità, restando invece intatte le modalità alternative della condotta, non attinte dalla riforma.

Ne consegue che, qualora il fatto – commesso prima della modifica -risulti già contestato come "omessa astensione in presenza di un interesse proprio o di un

---

<sup>33</sup> Cfr. G.L.GATTA, *Riforma dell'abuso d'ufficio: note metodologiche per l'accertamento della parziale abolitio criminis* in Sistema Penale, 2 dicembre 2020.

prossimo congiunto”, non essendosi verificata – per tale parte – nessuna *abolitio criminis*, non troverà applicazione il disposto dell’art. 2 co. 2 c.p.

La stessa Cassazione, nella pronuncia più volte richiamata, ha invece confermato l’*abolitio criminis* parziale per quelle classi di condotta, intervenute prima della Riforma, che si risolvano nella violazione di regolamenti o di norme di legge generali ed astratte o che comunque lascino residuare margini di discrezionalità, nei termini prima precisati.

Si applicherà pertanto il disposto normativo dell’art. 2 co.2 c.p. che impone, per i casi già giudicati e per i quali sia intervenuta sentenza di condanna, la cessazione dell’esecuzione e degli effetti penali.

Nel caso di procedimenti pendenti in fase di indagine sarà necessaria l’archiviazione, mentre in quelli ancora *sub iudice* dovrà necessariamente intervenire una pronuncia assolutoria perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato.

La revoca del giudicato, ex art. 673 cod. proc. pen., ad opera del giudice dell’esecuzione, impone una verifica concreta e puntuale sull’effettiva abolizione di quella condotta per la quale è intervenuta condanna; occorrerà verificare, cioè, se il pubblico funzionario, nell’esercizio delle proprie funzioni, nel procurare intenzionalmente a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale o nell’arrecare ad altri un danno ingiusto, abbia violato una norma non specifica, regolamentare o che lasci residuare margini di discrezionalità.

Il compito dell’interprete si rivela piuttosto arduo tanto che, secondo alcuni, ben si potrebbe ricondurre le condotte già giudicate all’interno della norma come Riformata, valorizzando la parte non interessata dall’intervento normativo, quale “l’omessa astensione in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto” o, ancor più generale, “gli altri casi prescritti”.<sup>34</sup>

In questo modo anche la violazione di norme a contenuto generale o dalle quali residuino margini di discrezionalità potrebbe ritenersi ancora rientrante nella fattispecie dell’art. 323 c.p., all’indomani della Riforma.<sup>35</sup>

<sup>34</sup> Come osserva correttamente Tullio Padovani: “la fattispecie alternativa, costituita dalla violazione dell’obbligo di astensione, non è mutata né punto né poco, e continua placidamente a investire anche (e soprattutto!) l’esercizio della discrezionalità amministrativa”, T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell’abuso di ufficio* in *Giurisprudenza Penale*, 28 luglio 2020.

<sup>35</sup> Sul punto cfr. Cass. pen., Sez. fer., Sent. 17 novembre 2020 (ud. 25 agosto 2020), n. 32174. I Giudici hanno espressamente affermato che “siffatta modifica, seppure di grande impatto ove non dovessero intervenire ulteriori modifiche in sede di conversione, e sebbene medio tempore abbia notevolmente ristretto l’ambito di rilevanza penale del delitto di abuso d’ufficio con inevitabili effetti di favore applicabili retroattivamente ai sensi dell’art. 2, comma 2 cod. pen., non esplica alcun effetto con riguardo al segmento di condotta che, in via alternativa rispetto al *genus della*

Si paventa cioè la possibilità, nemmeno troppo remota, di un'interpretazione estensiva della locuzione "altri casi prescritti", così da ricomprendervi tutte le classi di condotta che, per effetto della riforma, hanno perduto rilevanza penale; orientamento seguito tanto in dottrina<sup>36</sup>, quanto a livello giurisprudenziale; la Cassazione, con la sentenza n. 32174 del 2020 (che rappresenta una delle prime pronunce post riforma) sembrerebbe inaugurare una tendenza volta ad "arginare" gli stringenti limiti della nuova formulazione dell'art. 323 c.p., facendo rientrare all'interno delle segmento "altri casi prescritti" – rispetto ai quali "*non è pertinente la limitazione alle fonti primarie di legge*", anche quelle violazioni riguardanti "*altre fonti normative extrapenali, che prescrivano lo stesso obbligo di astensione*".

Con la modifica dell'art. 323 c.p., inoltre, si profila la questione relativa ad una possibile "riespansione" di fattispecie incriminatrici preesistenti le quali, per effetto della clausola di sussidiarietà «salvo che il fatto non costituisca un più grave reato» posta in apertura dell'art. 323 c.p., rimanevano in quest'ultima assorbite.

Il riferimento è, in particolare, alla fattispecie di omissione o rifiuto in atti di ufficio, contemplata dall'art. 328 c.p. che, a seguito del restringimento della più grave fattispecie di abuso di ufficio, potrebbe ora interessare le condotte prima sussumibili esclusivamente all'interno dell'art. 323 c.p.

Occorre premettere, a riguardo, che per giurisprudenza consolidata il reato di abuso di ufficio è realizzabile anche in forma omissiva, qualora (prima della Riforma, si intende) il potere omesso fosse stato esplicitamente attribuito all'agente pubblico da una norma di legge o regolamentare.<sup>37</sup>

---

*violazione di legge, riguarda esclusivamente e più specificamente l'inosservanza dell'obbligo di astensione, rispetto al quale la fonte normativa della violazione è da individuarsi nella stessa norma penale salvo che per il rinvio agli altri casi prescritti, rispetto ai quali non pare ugualmente pertinente la limitazione alle fonti primarie di legge, trattandosi della violazione di un precetto vincolante già descritto dalla norma penale, sia pure attraverso il rinvio, ma solo per i casi diversi dalla presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto, ad altre fonti normative extrapenali che prescrivano lo stesso obbligo di astensione".*

<sup>36</sup> V. Valentini, *Burocrazia difensiva e restyling dell'abuso d'ufficio*, in *Discrimen*, 14 settembre 2020.

<sup>37</sup> Cfr. Cass. Sez. VI, 22 gennaio 2010, n. 10009, "*Il delitto di abuso d'atti d'ufficio può essere integrato anche attraverso una condotta meramente omissiva, rimanendo in tal caso assorbito il concorrente reato di omissione d'atti d'ufficio in forza della clausola di consunzione contenuta nell'art. 323, comma primo, c.p.*"

A fronte della commissione in forma omissiva del reato di abuso di ufficio, la fattispecie meno grave di cui all'art. 328 c.p. restava in quella assorbita, per effetto della clausola di riserva posta in apertura dell'art. 323 c.p.<sup>38</sup>

Dopo l'intervento riformatore del 2020, il restringimento dell'area di rilevanza dell'abuso d'ufficio e la sensibile riduzione delle condotte penalmente rilevanti potrebbero allora portare ad uno speculare ampliamento del raggio di azione dell'art. 328 c.p.

È necessario, però, precisare che tale eventualità potrebbe profilarsi solo per quei fatti posti in essere dopo la modifica dell'abuso di ufficio, posta l'eterogeneità tra le due norme incriminatrici, in omaggio al principio di legalità euro-unitario, sub specie di necessaria prevedibilità degli effetti penali.

Altra fattispecie che dalla modifica dell'art. 323 c.p. potrebbe vedere sensibilmente ampliato il proprio campo di applicazione è quella contemplata nell'art. 314 a tenore del quale *"il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che, avendo per ragione del suo ufficio o servizio il possesso o comunque la disponibilità di denaro o di altra cosa mobile altrui, se ne appropria, è punito con la reclusione da quattro a dieci anni e sei mesi"*.

La condotta distrattiva, nell'ipotesi del peculato, si caratterizzerebbe per la finalità dell'agente che è quella di soddisfacimento di fini meramente privatistici, attuata mediante la sottrazione del bene e la perdita definitiva dello stesso da parte della p.a.; ricorrerebbe invece, secondo l'orientamento più diffuso, l'ipotesi di abuso di ufficio qualora il p.u., pur utilizzando il bene per finalità puramente personali ed egoistiche, non realizzerebbe una materiale sottrazione dello stesso al patrimonio statale ma se ne servirebbe con modalità che esulano dai fini preposti all'adempimento del proprio ufficio.<sup>39</sup>

Tale ipotesi appare simile alla fattispecie autonoma di peculato, contenuta nel secondo comma art. 314, la quale sarebbe l'unica idonea a poter trovare applicazione dopo la parziale abolizione di determinate condotte contemplate nell'art. 323 c.p.

---

<sup>38</sup> T. PADOVANI, *op.cit.*

<sup>39</sup> Da ultimo, Cass. Sez. VI, 23 settembre 2020, n. 27910: *"L'utilizzo di denaro pubblico per finalità diverse da quelle previste integra il reato di abuso d'ufficio qualora l'atto di destinazione avvenga in violazione delle regole contabili, sebbene sia funzionale alla realizzazione, oltre che di indebiti interessi privati, anche di interessi pubblici obiettivamente esistenti e per i quali sia ammissibile un ordinativo di pagamento o l'adozione di un impegno di spesa da parte dell'ente, mentre integra il più grave reato di peculato nel caso in cui l'atto di destinazione sia compiuto in difetto di qualunque motivazione o documentazione, ovvero in presenza di una motivazione di mera copertura formale, per finalità esclusivamente private ed estranee a quelle istituzionali"*.



A tenore della norma ricorre l'ipotesi di peculato d'uso quando "*il colpevole ha agito al solo scopo di fare uso momentaneo della cosa, e questa, dopo l'uso momentaneo, è stata immediatamente restituita*"; pertanto, quando il bene sia utilizzato con finalità diverse da quelle prescritte, che realizzino un danno al patrimonio pubblico e non sia però sottratto definitivamente alla pubblica amministrazione (*id est* uso momentaneo), le condotte prima punibili ai sensi dell'art. 323 c.p. potrebbero rientrare nell'art. 314 co. 2 c.p.<sup>40</sup>

Ulteriore questione problematica sorta all'indomani della riforma, riguarda la possibilità per il giudice di revocare i giudicati intervenuti ante riforma per quelle condotte che non rivestono più rilevanza penale; si tratta di comprendere, cioè, se sia possibile riaprire i giudicati di condanna per quei fatti relativi, ad esempio, a violazioni di regolamenti o di norme da cui residuino margini di discrezionalità in capo alla p.a.

Il giudice dell'esecuzione sarà, pertanto, tenuto a verificare se il fatto per cui è stata pronunciata sentenza di condanna rientri effettivamente tra le ipotesi oggetto di *abolitio criminis* parziale ad opera della riforma o se quella condotta attenga ancora all'area del penalmente rilevante (omessa astensione in caso di interesse proprio o di un prossimo congiunto, o negli altri casi prescritti).

In quest'ultimo caso, anche tenuto conto delle SS.UU. Gatto del 2014 che estendono i poteri di accertamento del giudice dell'esecuzione, questo potrebbe respingere la richiesta di revoca della sentenza di condanna; in caso contrario, verrebbe in rilievo una parziale *abolitio criminis* per le condotte già giudicate, cui consegue la revoca da parte del giudice dell'esecuzione, ex art. 673 c.p.p., delle pronunce di condanna e la rimozione dei relativi effetti.<sup>41</sup>

La possibilità che trovino applicazione, riespandendosi, le preesistenti figure di rifiuto di atti di ufficio ex art. 328 o del peculato d'uso ex art. 314 c.p. opera solo *pro futuro*, per tutte quelle condotte – cioè – astrattamente riconducibili all'ipotesi di abuso di ufficio, secondo la formulazione antecedente della norma.

## 6. Conclusioni.

Dalla disamina svolta emerge la risalente e continua insofferenza verso le ampie maglie dell'art. 323 c.p., determinata dalla divergenza tra la legalità offerta dalla norma e la legalità raggiunta all'esito dell'applicazione in concreto.

<sup>40</sup> M. GAMBARDELLA, Simul stabunt vel simul cadent. *Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso d'ufficio*, in Sistema Penale, 29 luglio 2020, pg.142 e ss.

La riprova è data dalla dissonanza dell'elevatissimo numero di procedimenti avviati per condotte abusive e quelli conclusi con una condanna in tal senso.

Si ritiene che, stante il complesso momento storico, con le annesse difficoltà economiche per l'intero Paese, si apprezza lo sforzo del Legislatore nel consentire un'attenuazione della pretesa punitiva per il funzionario pubblico, al quale deve essere consentito di svolgere la propria funzione con maggiore serenità, garantendo il principio del buon andamento della p.a.

Non può, tuttavia, sottacersi il timore che l'attuale configurazione del reato di abuso d'ufficio possa comportare l'impunità per una serie di condotte poste in essere dai pubblici funzionari, con conseguenti danni all'erario.

La novella legislativa, pertanto, pare essere inadeguata e del tutto priva di un'efficacia deterrente rispetto alle condotte abusive creando delle zone franche – il merito amministrativo – sottratte al vaglio giurisdizionale.

Il giudice penale non deve e non può arrestare la sua indagine entro i limiti della legittimità dell'atto amministrativo bensì è tenuto ad analizzare ogni profilo di scelta dell'attività svolta dal p.u.

È evidente che l'intervento giurisdizionale si renda necessario proprio laddove vi è una scelta di merito dell'agente funzionalizzata al raggiungimento di un fine di natura personale in cui si concretizza l'illecito penale. Invero, l'illegittimità dell'atto – sebbene sia sintomatica di una condotta *contra ius* – non ne esaurisce la sostanza in quanto è necessaria una distorsione del potere del p.u. finalizzata per scopi estranei all'attività istituzionale.

Parimenti, anche quando a seguito dell'accertamento giurisdizionale l'atto – sotto il profilo formale – appare legale, emerge che le scelte discrezionali invece siano state effettuate con scopi illeciti (per arrecare un vantaggio a sé o a un terzo), finendo con il rendere evidente che l'atto è il frutto di uno sviamento del potere penalmente sanzionabile.

Le prime applicazioni pratiche della Riforma dimostrano come l'interprete si sia orientato nel senso di non azzerare gli sforzi punitivi compiuti nel corso degli anni, sfociati in sentenze di condanna (seppur in numero ridotto, come evidenziato) anche per condotte illegittime poste in essere in violazione di norme che si trovino "al confine" tra violazione di legge o di regolamenti.

Vi sono norme, cioè, in cui la rilevanza legislativa non sia ravvisabile *ictu oculi* ma possa essere apprezzata solo in via indiretta.

A tali norme non può allora negarsi idonea rilevanza ad integrare il requisito della violazione di legge, nel senso richiesto dalla norma.

È quanto è accaduto nel caso esaminato da Cass. pen., Sez. VI, Sent. 12 novembre 2020, già richiamata nel testo del presente contributo, che rappresenta una delle prime pronunce all'indomani della Riforma.

Nel caso posto al vaglio della Corte si discuteva sull'attualità della rilevanza penale della condotta consistita nel rilascio di un Permesso di costruire in violazione del piano regolatore comunale e degli altri strumenti urbanistici.

Ebbene, nel caso di specie i Giudici, soffermandosi sull'interpretazione della nozione di "violazione di legge", hanno ritenuto che *"il titolo abilitativo edilizio rilasciato senza rispetto del piano regolatore e degli altri strumenti urbanistici integra una violazione di legge"*, rientrando nella condotta di abuso di ufficio, così come riformata.

L'inosservanza delle prescrizioni del piano regolatore, qualificato non già come regolamento ma come atto amministrativo generale, è stata ricondotta dai giudici a "presupposto di fatto della violazione della normativa legale in materia urbanistica", alla quale occorre fare riferimento per ritenere integrato il requisito della violazione di legge.

Dunque, se è vero che per raggiungere dei risultati idonei ad evitare un'eccessiva sovrapposizione tra piani differenti – giurisdizionale e amministrativo – si auspica non solo un ulteriore intervento legislativo di riforma delle fattispecie incriminatrici inerenti all'intero sistema dei reati contro la p.a., quanto una ridefinizione degli scopi istituzionali per cui è conferito il potere, tale da consentire all'interprete maggior determinatezza nell'individuazione delle condotte abusive, non può tacersi circa lo sforzo compiuto da quest'ultimo nell'applicazione concreta della norma.

Ad un restringimento delle maglie della fattispecie dell'abuso di ufficio compiuto dal legislatore, la giurisprudenza pare rispondere – almeno nelle prime pronunce analizzate – con un'interpretazione estensiva della norma, così da evitare che l'eliminazione della violazione dei regolamenti dal novero delle fonti di responsabilità penale (in uno alla delimitazione in relazione al tipo di attività esercitata), possa portare, quale conseguenza intollerabile ed irragionevole, un vuoto di tutela incolumabile rispetto a beni giuridici di rango costituzionale, individuati dall'art. 97 Cost. nel buon andamento e nell'imparzialità amministrativa.

**Delitto di peculato: nessuna *abolitio criminis* in favore del gestore di struttura recettiva che si appropria della tassa di soggiorno, ritenendola per sé ed omettendo il conseguente versamento per l'Erario.**

***Riflessioni a margine di Cass., pen., Sez. VI, 17 dicembre 2020, n. 36317.***

**di Pierluigi ZARRA\***

**SOMMARIO:** 1. Il *casus decisis*. 2. Integrato il peculato, è esclusa l'*abolitio criminis*. 3. La sanzione amministrativa ed il ruolo del gestore di strutture ricettive, così come previsto dal nuovo Decreto-Rilancio. 4. Il rapporto obbligatorio tributario ed i suoi soggetti: la posizione del cliente e dell'albergatore. 5. La qualificazione giuridica del gestore della struttura ricettiva, secondo la Corte di Cassazione e la solidarietà tributaria. 6. L'evento omissivo, la disciplina extrapenale ed il diritto intertemporale. 7. Il mancato riconoscimento dell'*abolitio criminis* ed il criterio strutturale adottato dalla Suprema Corte. 8. L'esclusione dell'*abolitio criminis*: una decisione che affonda le radici nel passato. 9. Spunti di riflessioni sulla vicenda e conclusioni.

**ABSTRACT:** *The Italian Supreme Court has denied abolitio criminis in favour of the manager who appropriates the tourist tax by failing to pay it to the tax authority.*

*It shall be stated that the omission to pay the tourist tax committed prior to the reform of Decree-Law no. 34, article 180, paragraph 3, on May, 19 of 2020 is a criminal offence of embezzlement.*

*That provision has effectively excluded the status of the manager as public agent, but has not modified the definition of public service appointee.*

### **1. Il *casus decisis*.**

La Corte d'appello di Torino, confermando la decisione di condanna emessa in prime cure, condannava l'imputato per il reato di cui all'art. 314 c.p., poiché quest'ultimo, in qualità di legale rappresentante di una struttura alberghiera della

---

\* Specializzando presso l'Università degli Studi di Roma – La Sapienza. Cultore della materia in Diritto Penale presso l'Università degli Studi di Foggia

zona, si era appropriato di un'ingente somma di denaro ottenuta dalla riscossione della tassa di soggiorno versata dai clienti che fruivano della struttura ricettiva.

L'imputato proponeva ricorso in Cassazione contro la sentenza di condanna in oggetto, adducendo violazione di legge e vizi di motivazione in ordine agli artt. 187, 191, 192, 350, 357, 442, 546 c.p.p. ed 81 e 314 c.p., ritenendo che la Corte d'appello avesse basato la condanna su un accertamento di natura meramente induttiva, effettuato dalla competente sezione tributaria della Guardia di Finanza, provvedendo ad invertire l'*onus probandi* circa l'effettivo versamento, da parte dei clienti, della tassa di soggiorno all'albergatore.

Pertanto, la difesa riteneva che il giudice di merito avesse adoperato delle dichiarazioni rese dall'imputato alla polizia giudiziaria che sarebbe poi trasfusa nell'annotazione, da parte dei finanziari, in un verbale separato, redatto ai sensi dell'art. 350 c.p.p., considerato, anche da recente giurisprudenza, inesistente ed inutilizzabile<sup>1</sup>.

Tralasciando le motivazioni strettamente processuali del ricorso, è necessario far menzione esclusiva del terzo punto presente nel ricorso per Cassazione, in cui si riportava l'iniziativa del difensore del ricorrente che, in data 29 settembre 2020, integrava il ricorso facendo pervenire una nota con la quale indicava che i fatti contestati non fossero più previsti come reato, a seguito della novella di cui all'art. 180, comma 3, ult. periodo, del d.l. 19 maggio 2020, n. 34, recante "Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica Covid-19", convertito in l. 17 luglio 2020, n. 77, in cui si sanziona la condotta di omesso versamento dell'imposta di soggiorno, con la sola sanzione amministrativa, così come stabilito già dall'art. 13, d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 471.

## **2. Integrato il peculato, è esclusa l'*abolitio criminis*.**

La Suprema Corte ribadisce la rilevanza penale a titolo di peculato delle condotte omissive per il mancato versamento della tassa di soggiorno, commesse in un momento anteriore alla *novatio legis* di cui all'art. 180, comma 3, d.l. 19 maggio 2020, n. 34, poiché tale disposizione non ha alterato la fattispecie del peculato, tanto meno non ha fatto venir meno la qualifica soggettiva pubblica riconosciuta al gestore, senza giungere ad una rinnovata definizione dell'incarico di pubblico servizio.

---

<sup>1</sup> Cass., pen., Sez. I, 22 marzo 2019, n. 12752.

La Cassazione, con la sentenza in epigrafe, ribadisce la soluzione volta ad escludere l'*abolitio criminis* per il delitto di peculato, in conformità a quanto statuito dall'art. 2, comma 2, c.p., in rapporto all'appropriazione di denaro riscosso dai gestori di strutture alberghiere, ricevute dai clienti, a titolo di tassa di soggiorno, le quali non sono state versate agli enti pubblici impositori di tal onere.

La Corte giunge a tale conclusione dando seguito all'orientamento giurisprudenziale affermatosi di recente<sup>2</sup>.

In considerazione di ciò, è di palmare evidenza ritenere che si sia ormai formato un orientamento difforme, rispetto a quanto seguito da altra tesi giurisprudenziale di merito che, invece, propendeva per l'*abolitio criminis* per una vicenda analoga a quella in esame, favorendo l'eventuale dissequestro delle somme di denaro<sup>3</sup>, il proscioglimento degli imputati<sup>4</sup> o la revoca stessa del giudicato<sup>5</sup>.

### **3. La sanzione amministrativa ed il ruolo del gestore di strutture ricettive, così come previsto dal nuovo Decreto-Rilancio.**

Il Decreto-Rilancio, nello specifico all'art. 180, comma 3, d.l. 19 maggio 2020, n. 34, adottato per fronteggiare l'emergenza pandemica Covid-19, configura un onere tributario nei confronti del titolare di una struttura recettiva, pertanto, qualora si verifichi l'omesso versamento di tale obbligo tributario, il mancato adempimento integra gli estremi per l'irrogazione di una sanzione amministrativa.

Attraverso la riforma in oggetto, si constata una netta inversione giuridica del ruolo dell'albergatore in rapporto all'onere tributario dell'imposta di soggiorno: questo soggetto non è più considerato quale mero agente contabile, che riscuote il denaro pubblico versato dai clienti, con l'obbligo giuridico di trasferirlo al comune beneficiario, ma assurge ad un ruolo di responsabilità diretta con l'obbligo tributario che lo interessa, questa volta, in via diretta, ad eccezione dell'eventualità in cui quest'ultimo debba rivalersi direttamente sui clienti, soggetti all'obbligo d'imposta.

<sup>2</sup> Cass., pen., Sez. IV, 2 novembre 2020, n. 30227.

<sup>3</sup> Così come disposto dal G.i.p. Rimini, decreto 27 luglio 2020.

<sup>4</sup> G.u.p. Roma, 2 novembre 2020, n. 1515. T. Perugia, 24 novembre 2020, n. 1936.

<sup>5</sup> G.u.p. Roma, 3 dicembre 2020, SIGE 246.

In maniera conforme a quanto stabilito dal d.l. 19 maggio 2020, n. 34, è possibile ritenere che l'omesso adempimento del versamento della tassa di soggiorno integra il nuovo illecito amministrativo tributario previsto dal d.l. in esame.

Tuttavia, occorre considerare che il nuovo illecito amministrativo, avente natura tributaria, non trovi operatività per i fatti commessi antecedentemente all'entrata in vigore del decreto legge, in rapporto a quanto statuito dal principio di irretroattività dell'illecito sanzionatorio amministrativo, come disposto dall'art. 1 della l. 24 novembre 1981, n. 689, così confermato dalla giurisprudenza costituzionale in merito all'art. 25, comma 2, Cost.

Effettuando tali considerazioni, sorge quasi spontaneo interrogarsi sull'eventualità in cui i fatti commessi nel momento in cui l'assetto normativo di natura extra penale fosse differente, considerando la qualificazione soggettiva attribuita all'albergatore, quale incaricato di pubblico servizio, al punto da ritenere che la riscossione del denaro per quelle somme ottenute a titolo di imposta di soggiorno, possano rientrare nella nozione di denaro pubblico, ed in quanto tali costituiscono l'oggetto materiale del delitto di peculato, di cui all'art. 314 c.p.<sup>6</sup>

La questione in esame, quindi, residuerebbe in rapporto al tradizionale dibattito sulla successione di norme extrapenali, almeno apparentemente, integratrici di norme penali<sup>7</sup>. Tutto ciò, invero, sarebbe più complesso in considerazione dell'introduzione dell'illecito amministrativo così come disposto dal d.l. 19 maggio 2020, n. 34.

#### **4. Il rapporto obbligatorio tributario ed i suoi soggetti: la posizione del cliente e dell'albergatore.**

La sentenza in oggetto provvede ad effettuare una disamina ricognitiva tra le disposizioni normative in tema di peculato e la recente riforma del 2020, da cui emerge che solo l'ospite della struttura ricettiva sia soggetto obbligato al

<sup>6</sup> G. L. GATTA, *Omesso versamento della tassa di soggiorno da parte dell'albergatore e peculato: abolitio criminis dopo il "decreto rilancio"?*, in *Sistema penale*, 5 ottobre 2020.

<sup>7</sup> Sulla questione si rimanda alla presente letteratura: G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, ed. XI, Milano, Giuffrè, 2020, pp. 140 ss.; A. MANNA, *Manuale di diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2020, pp. 121 ss.; G.L. GATTA, *Abolitio criminis e successione di norme "integratrici": teoria e prassi*, Milano, Giuffrè, 2008; D. MICHELETTI, *Legge penale e successione di norme incriminatrici*, Torino, Giappichelli, 2006; L. RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 225 ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, Zanichelli, 2018; R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Molfetta, Nel diritto editore, 2020, pp. 221 ss. Si veda anche: G. PUGLISI, *Modificazioni mediate della fattispecie e diritto penale intertemporale: ragioni teleologiche ed ermeneutiche "pro libertate"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, pp. 789 ss.



versamento dell'imposta di soggiorno, incorrendo, tra l'altro, un rapporto un rapporto bilaterale tra il comune, quale soggetto attivo, beneficiario della tassa in oggetto, e colui che alberga presso la struttura ricettiva.

L'albergatore non può ritenersi sostituto d'imposta, soggetto obbligato a versare l'imposta in favore del comune, solo nel caso in cui si verifichi l'effettiva omissione del pagamento della tassa da parte del cliente; pertanto, il titolare della struttura alberghiera è legato al comune mediante un rapporto di pubblico servizio, su cui gravavano compiti di natura contabile, che implicano, conseguentemente, la gestione, anche momentanea, di denaro pubblico, prevedendo la riscossione ed il deposito, presso il comune beneficiario, delle somme di denaro corrisposte dall'ospite della struttura, a titolo di imposta di soggiorno.

Questo orientamento giuridico, così come viene sottolineato nella sentenza in analisi, trova sostegno argomentativo nella giurisprudenza contabile, amministrativa ed anche civile.

Invero, l'orientamento giurisprudenziale predominante, in materia penale, sosteneva che la condotta tenuta dal gestore di una struttura dedita all'attività alberghiera che si appropria indebitamente delle somme di denaro rimosse a titolo di tassa di soggiorno, con conseguente omissione consistente nel mancato versamento di tali somme al comune beneficiario, integra gli estremi del delitto di peculato, di cui all'art. 314 c.p., in quanto l'attività svolta da quest'ultimo possa qualificarsi quale ausiliaria per l'effettiva riscossione dell'imposta in esame, di per sé strumentale per l'esecuzione dell'obbligo tributario gravante tra il cliente e l'ente impositore (comune), al punto da determinare la natura soggettiva della qualifica di incaricato di pubblico servizio in capo al privato a cui era delegata l'effettiva e materiale riscossione dell'onere tributario<sup>8</sup>.

##### **5. La qualificazione giuridica del gestore della struttura ricettiva, secondo la Corte di Cassazione e la solidarietà tributaria.**

In considerazione di quanto sin'ora riportato, è necessario evidenziare che la Suprema Corte incentri la propria decisione effettuando delle precise deduzioni a seguito di una dettagliata analisi su quanto disposto dall'art. 180, comma 3 del d.l. 19 maggio 2020, n. 34, convertito in l. 77/2020, in cui è stato specificatamente stabilito che il gestore dell'albergo è qualificato come responsabile del pagamento della tassa di soggiorno, assicurando a quest'ultimo diritti di rivalsa sui soggetti passivi inadempienti, prevedendo una sanzione

<sup>8</sup> Cass., pen., Sez. VI, 26 marzo 2019, n. 27707; Cass., pen., Sez. VI, 17 maggio 2018, n. 32058.

amministrativa nel caso in cui si verifichi l'omissione, ma anche il semplice ritardo o parziale versamento dell'imposta di soggiorno.

Da come si evince nelle motivazioni della sentenza in nota, la Suprema Corte ritiene che il Decreto-Rilancio ha modificato il rapporto sostanziale incorrente tra il gestore della struttura ricettiva e l'ente impositore, trasformano il rapporto di "servizio" per la riscossione dell'imposta in un effettivo rapporto tributario da cui discende l'onere per il gestore di ottemperare al versamento, essendo responsabile d'imposta.

La figura in oggetto, secondo quanto sostenuto dalla Corte, trova il proprio sostrato giuridico e normativo già nella disposizione di cui all'art. 64, d.P.R., 29 settembre 1973, n. 600, in cui viene disciplinato il diritto di rivalsa verso chi è tenuto al pagamento di imposte "in luogo di altri" o "insieme ad altri" per fatti o situazioni riferibili al responsabile.

In tal modo si procede a costituire una nuova posizione giuridica, innovativa, incentrata sul principio di "solidarietà tributaria"<sup>9</sup>, incrementando così il novero di coloro che assumono qualifica di "debitori d'imposta".

Pertanto, occorre constatare che il nuovo Decreto-Rilancio ha irrobustito il sistema volto a garantire ed a preservare l'integrità dei flussi tributari scaturenti dall'esercizio della struttura ricettiva e dell'introito acquisito con il versamento della tassa di soggiorno, garanzia che trova ulteriore conferma con la comminatoria di una sanzione amministrativa, che viene quantificata, in rapporto proporzionale, rispetto all'importo non versato.

## **6. L'evento omissivo, la disciplina extrapenale ed il diritto intertemporale.**

Effettuata una piena ricostruzione inerente la disciplina extrapenale in analisi, non v'è chi non veda l'esigenza di analizzare il nodo problematico di rilievo, affrontato dalla sentenza in commento, afferente alla generale disciplina del diritto intertemporale che si pone in relazione ai fatti di natura omissiva circa il mancato versamento dell'imposta di soggiorno, realizzato dall'albergatore, in una fase temporale antecedente al decreto-rilancio.

La Suprema Corte sostiene che l'omesso versamento dell'imposta - realizzata allorché il soggetto agente rivesti qualifica propria di incaricato di pubblico

---

<sup>9</sup> Per un maggior approfondimento sulla concetto di solidarietà tributaria, si faccia riferimento a F. PICCIAREDDA, *La solidarietà tributaria. Linee di tendenza*, Roma, Aracne, 2017; A. FANTOZZI, *La solidarietà nel diritto tributario*, Torino, UTET, 1968; F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario. Parte generale*, Torino, UTET, 2000, pp. 104.

servizio, ed in quanto tale detenga un rapporto di diretta pertinenza con somme di denaro destinate al comune beneficiario, al punto da rilevare la qualifica pubblica del denaro oggetto di appropriazione – mantenga precipuo rilievo ai fini penali, e pertanto, integra gli estremi del delitto di peculato, di cui all'art. 314 c.p.

In specie, si può ritenere, a nostro parere, che la Suprema Corte abbia correttamente adottato i criteri di accertamento propri per i casi di *abolitio criminis*, così come accolti sia dalla dottrina, ma anche dalla giurisprudenza predominante<sup>10</sup>.

Orbene, si può quindi convenire che i requisiti tipici del delitto di peculato operino in rapporto al vecchio regime dell'imposta di soggiorno ed alla qualifica pubblica assegnata all'albergatore, in relazione anche alla attribuzione, parimenti pubblica, per il denaro incassato da quest'ultimo.

In tal guisa, l'illecito propriamente amministrativo, previsto dal decreto in commento, è destinato ad operare in uno spazio rilegato al nuovo regime dell'imposta, ed alla natura privata della qualifica per il gestore della struttura recettiva, con conseguente ricaduta sulla denominazione del denaro incassato. Così, le due fattispecie - l'una di natura penale, l'altra di carattere strettamente amministrativo - possono ritenersi eterogenee e differenti: consolidando e non alterando l'offesa ed il conseguente disvalore, in termini prettamente penalistici, dell'attività illecita consumata da colui che, assumendo qualifica di incaricato di pubblico servizio, si appropria indebitamente di denaro che, al momento della riscossione, ha qualificazione pubblica, avendo specifica destinazione per la Pubblica amministrazione.

### **7. Il mancato riconoscimento dell'*abolitio criminis* ed il criterio strutturale adottato dalla Suprema Corte.**

Il criterio adottato dalla Corte di Cassazione, nel caso in esame, per l'esclusione dell'*abolitio criminis*, trova un riferimento primigenio nel criterio di constatazione del fatto.

Sul punto, è d'uopo menzionare che, nel corso degli anni, sia la dottrina, quant'anche la giurisprudenza, hanno costituito una serie di criteri discretivi e differenziali, i quali erano incentrati sulla fisionomia tipica della fattispecie, in tema di successione, ormai noto quale criterio strutturale; ma anche sulla

---

<sup>10</sup> Per quel che riguarda l'interpretazione *abrogans* in materia tributaria, sia consentito il rinvio a P. ZARRA, *Commento alla Circolare 27/E del 26 Maggio 2009*, in *L'analogia nel Diritto Tributario*, a cura di G. FRANSONI, Bari, Cacucci Editore, 2020, pp. 67-68.

valutazione del fatto concreto, così come adottando un criterio di valutazione incentrato sul giudizio di disvalore per l'offesa patita dal bene giuridico tutelato<sup>11</sup>. Da ultimo, la Cassazione si è uniformata all'orientamento preminente, favorendo l'adesione, in termini applicativi, al criterio strutturale, incentrato su un processo di selezione delle condotte che residuano nel rilievo penale.

Secondo tale assunto, infatti, per individuare la possibile realizzazione di una *abolitio criminis* è indispensabile confrontare la fattispecie in esame con le altre, risultanti dalla successione di leggi nel tempo.

Tanto è vero se ciò si realizza in caso di modifiche dirette ed immediate sulla fattispecie penale, ma così anche nelle ipotesi di modifiche "mediate", ovvero nel caso di successione di norme extrapenale, richiamate dalla legge penale.

La Suprema Corte, nel caso in epigrafe, riconosce, a pieno titolo, l'ipotesi di successione di norme extrapenali integratrici di legge penale, evidenziando, inoltre, che il criterio strutturale deve essere impiegato per la verifica dell'*abolitio criminis* soprattutto nelle ipotesi di modifiche mediate<sup>12</sup>.

In considerazione di quanto riportato, è pacifico ritenere che, a nostro modo di vedere, sia proprio questo il passaggio più rilevante della sentenza in commento, nella parte in cui la Suprema Corte riconosce ed impone, in concreto, l'adozione del criterio strutturale, anche a riguardo della successione di norme integratrici; pertanto, la Corte, con tale decisione, conferma l'indirizzo giurisprudenziale maggioritario, già espresso in numerose pronunce della Cassazione, rese a Sezioni Unite, pubblicate tra il 2007 ed il 2009<sup>13</sup>, giungendo ad una conclusione che si dimostra coerente rispetto alla precedenti pronunce.

### **8. L'esclusione dell'*abolitio criminis*: una decisione che affonda le radici nel passato.**

La disciplina che ha introdotto la sanzione amministrativa, avente natura extrapenale, non ha alterato, in alcun modo, la fattispecie tipica, propria e

---

<sup>11</sup> G.L. GATTA, *Abolitio criminis*, cit., pp. 175 ss; E. M. AMBROSETTI, *Abolitio criminis e modifica della fattispecie*, Padova, Cedam, 2004; T. PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali. La modificazione legislativa degli elementi della fattispecie incriminatrice o della sua sfera di applicazione, nell'ambito dell'art. 2, 2° e 3° comma, c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, pp. 1354 ss.

<sup>12</sup> Cass., pen., S.U., 26 marzo 2003, Ric. Giordano, con commento di C. PECORELLA, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, pp. 1503 ss.

<sup>13</sup> Cass., pen., S.U., 27 settembre 2007, n. 2451. Cass., pen., S.U., 28 febbraio 2008, Ric. Niccoli, con commento di E. M. AMBROSETTI, in *Cass., pen.*, 2008, pp. 3592 ss. Cass., pen., S.U., 26 febbraio 2009, Ric. Rizzoli, con commento di G.L. GATTA, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, pp. 887 ss.

tradizionale, del delitto di peculato, poiché le norme che disciplinano la tassa di soggiorno e che regolano i rapporti tra gestore dell'albergo ed il comune, quale ente impositore, non integrano alcuna legge penale, questione che, invece, riguarda le norme richiamate da fattispecie penali in bianco e le norme definitorie<sup>14</sup>.

Nel contempo, è ormai chiaro che il Decreto-Rilancio nulla aggiunge e niente sottrae rispetto alla definizione classica dell'incaricato di pubblico servizio, di cui all'art. 358 c.p., soprattutto in rapporto alla rilevanza penale di suddetta qualifica nell'aspetto strettamente applicativo del delitto di peculato.

Nel caso di specie, si conviene nel ritenere una piena continuazione rispetto a quanto affermato nella sentenza della Cassazione, S.U., 27 settembre 2007, n. 2451, Ric. Magera, in cui venne esclusa l'*abolitio criminis* una volta accertata l'esclusione di una modifica della norma definitoria integratrice della legge penale, così come avviene per la questione in analisi.

Tuttavia, la novella, che ha avuto il merito di avere ristrutturato l'intero sistema dell'imposta di soggiorno, non ha escluso la qualificazione soggettiva pubblica riconosciuta al gestore della struttura ricettiva, ma, nel contempo, non ha modificato la definizione di incaricato di pubblico servizio.

### **9. Spunti di riflessioni sulla vicenda e conclusioni.**

La Corte di Cassazione, nella sentenza in epigrafe, giunge a considerare quale sia l'apporto giuridico effettuato con l'introduzione del nuovo illecito amministrativo, in rapporto ad una apparente alterazione mediata del delitto di peculato.

Così, la Suprema Corte si assesta su quanto ritenuto dall'orientamento ermeneutico precedente, provvedendo ad adottare il criterio strutturale sia per escludere una possibile modifica dell'art. 314 c.p. - seppur mediata da un'eventuale rettifica della definizione legale dell'incaricato di pubblico servizio - ma, nel contempo, a confrontare ed a qualificare la fattispecie penale in rapporto a quella amministrativa, statuendo che le due norme possano considerarsi differenti, poiché preposte ad operare in qualifiche discreitive in relazione al legame tra il gestore della struttura ricettiva e l'ente pubblico (comune) che impone il pagamento della tassa di soggiorno, ovvero per quel che riguarda la

---

<sup>14</sup> G.L. GATTA, *La Cassazione applica il criterio strutturale e ribadisce: nessuna abolitio criminis del peculato commesso dall'albergatore prima del decreto-rilancio*, in *Sistema penale*, 28 dicembre 2020.

qualifica di incaricato di pubblico servizio e responsabile d'imposta, su cui grava l'onere tributario.

Il riconoscimento della natura eterogenea strutturale tra le fattispecie in esame, sia penale che amministrativa, ha permesso alla Corte di escludere una qualsiasi successione di legge, sostenendo una piena continuità tra le norme.

La Cassazione giunge a siffatta conclusione in considerazione di quanto emerso, anche di recente, in una nota sentenza resa a Sezioni Unite<sup>15</sup>, in cui si esclude l'operatività della successione di legge tra illecito di natura amministrativa e penale, in ossequioso rispetto di quanto stabilito dall'art. 2, comma 4, c.p., non recepito dall'art. 1 della l. 689/1981.

Un altro spunto riflessivo potrebbe trovar genesi sul punto in cui, nella sentenza in esame, la Corte procede a raffrontarsi con altro orientamento ermeneutico predominante, ma anche precedente, in cui si sosteneva la piena applicabilità dell'*abolitio criminis* in rapporto ad un caso di peculato consumato ad opera di operatori bancari, a seguito di una concessione abusiva di fidi, con conseguente esclusione della qualifica di attività di pubblico servizio per i dipendenti della banca, ritenendo che la mansione dedicata alla raccolta del risparmio non rientrasse nel novero delle attività di pubblico servizio, questione che si dimostrava utile per procedere, almeno in apparenza, all'estensione, anche nel caso in esame, della qualifica soggettiva di incaricato di pubblico servizio<sup>16</sup>.

Rispetto alle conclusioni disposte dalla Cassazione sulla questione in analisi, si può pacificamente ritenere che, nel caso della sentenza Tuzet, l'applicazione dell'*abolitio criminis* del peculato per gli operatori bancari trovi fondamento nella differente qualificazione che viene attribuita, non trattandosi di un'alterazione normativa, ma di una rivisitazione ermeneutica a cui veniva riconosciuta valore retroattivo, così come generalmente si verifica in tali operazioni interpretative.

In conclusione, la Suprema Corte sostiene che l'art. 180 del d.l. 19 maggio 2020, n. 34 non sia una norma interpretativa che vincola il giudice nella qualificazione giuridica del rapporto tra gestore della struttura recettiva, onere tributario derivante dalla tassa di soggiorno, poiché ciò non risulta da alcuna norma specifica, così il rapporto in esame sarebbe ricomposto sulla base di principi generali.

<sup>15</sup> Cass., pen., S.U., 29 marzo 2012, n. 25457.

<sup>16</sup> Cass., pen., S.U., 23 maggio 1987, Ric. Tuzet, con commento di P. VENEZIANI, *Le qualifiche soggettive degli operatori bancari secondo le Sezioni Unite penali della Corte di Cassazione*, in *Giur. comm.*, 1988, 2, pp. 517 ss.

## L'evanescente tutela dell'onore nell'era del web.

di Vittoria DEL MERCATO\*

**SOMMARIO:** 1. Introduzione. Genesi storica e inquadramento sistematico. 2. La diffamazione telematica: canoni ermeneutici di riferimento. 3. Le distinte posizioni dell'*internet provider* e del *blogger* messe a confronto nell'incessante rielaborazione giurisprudenziale. 4. La responsabilità del direttore del giornale *on line* alla luce del nuovo concetto di stampa. 5. Considerazioni conclusive.

**ABSTRACT:** *The present work reviews the development of case law and aims to analyse the problems associated with the impact of technological evolution on the protection of dignity, honour and reputation of the human person. The article focuses on questions addressed by doctrine and jurisprudence in the recent years. In this regard, the discipline applied is uncertain and unclear and the decisions of the national courts offers many interesting insights to reflect on the necessity of a legislative innovation.*

### 1. Introduzione. Genesi storica e inquadramento sistematico.

L'evoluzione tecnologica agevola la commissione *on line* di reati la cui genesi e collocazione sistematica esula da tale dimensione ma che, per la peculiarità della disamina giuridica, devono essere trasposti in ambito telematico nel rispetto dei dettami che connotano gli istituti coinvolti.

La concezione dell'onore si è tradizionalmente dipanata in una accezione soggettiva, che si individua nella stima che la persona serba di sé stessa, la cui lesione integrava gli estremi della fattispecie attualmente abrogata di ingiuria, nonché in una accezione oggettiva, che si ravvisa nella reputazione acquisita nella società, la cui lesione integra il reato di diffamazione<sup>1</sup>.

Il diverso regime giuridico che permea le distinte ipotesi di ingiuria e diffamazione può essere ricondotto alla peculiare natura del concetto di onore che assume una connotazione non naturalistica, bensì normativa, essendo intrinsecamente connesso ai valori sociali e culturali di un dato tempo storico, e in tale prospettiva il doppio binario di tutela è stato ritenuto costituzionalmente legittimo in forza della diversità dei beni giuridici oggetto di tutela, nonché

---

\**Avvocato, specializzata nelle professioni legali.*

<sup>1</sup> F. MANTOVANI, *Diritto Penale Parte Speciale I Delitti contro la persona*, Padova, Cedam, 2008, p. 200.



dell'incidenza che assumono gli stessi nel quadro della normativa nazionale e sovranazionale di riferimento<sup>2</sup>.

Con particolare riguardo alla tutela della reputazione, l'impatto dei valori socioculturali ha tradizionalmente comportato l'esigenza di svincolare la tutela del bene giuridico in questione dal pericolo del relativismo soggettivistico<sup>3</sup>. Tale esigenza affonda le radici nell'evoluzione giurisprudenziale risalente all'età liberale, ove le correnti di pensiero della Scuola Positiva che elaborarono la teoria psicologica della diffamazione<sup>4</sup> furono fortemente contrastate a causa della pericolosa, quanto incerta indagine sulla nobiltà o pravità del fine, tanto che all'indomani della adozione del Codice veniva smentita l'incidenza di un dolo specifico ai fini della configurabilità del reato di diffamazione<sup>5</sup>.

Per tale ragione l'elemento soggettivo che integra la fattispecie non è ravvisabile nel dolo specifico, essendo sufficiente un dolo generico che si sostanzia nella mera aggressione consapevole e cosciente della reputazione quale bene di vita immateriale giuridicamente tutelato. Ne consegue che non assume rilevanza la verità delle imputazioni deplorabili; quest'ultima non legittima alcuna offesa alla

<sup>2</sup> Corte cost., 23 gennaio 2019, n.37.

<sup>3</sup> La concezione fattuale dava vita ad una impostazione sociopsicologica incentrata sulla soggettivizzazione dell'onore e della relativa tutela che sfociava nel fenomeno del relativismo soggettivistico a causa delle possibili divergenze di reputazione del soggetto leso nei diversi ambiti sociali e creava vuoti di tutela con riguardo a soggetti socialmente emarginati o incapaci di avvertire l'offesa, cfr. G. Fiandaca- E. Musco, *Diritto penale*, vol. I, parte speciale, Milano, Zanichelli, 2012.

<sup>4</sup> L'assunto della scuola positiva, secondo cui *l'animus iniuriandi* dovesse essere rinvenuto nell'antisocialità del fine, comportava che non veniva integrato il reato di diffamazione quando l'esternazione denigratoria era volta a denunciare dinanzi alla pubblica opinione quanto di perverso potesse intaccare il benessere morale e sociale della collettività, indipendentemente dall'incidenza o meno dell'accusa sulla gestione dell'affare pubblico. I positivisti negavano la scissione fra sfera pubblica e privata teorizzata dalla scuola classica, affermando invece una visione organicistica secondo cui *le singole cellule della società sarebbero intimamente connesse fra loro in un rapporto di mutua dipendenza come parti di un corpo vivente*. Di qui la concezione in virtù della quale l'accusa veritiera non avrebbe integrato gli estremi del delitto di diffamazione qualora l'autore avesse agito non per fini antisociali, ma nel nobile intento di fare emergere quanto di perverso potesse inficiare il benessere sociale, ancorché avulso dalla gestione della vita pubblica e politica. A. CERNIGLIARO, *Libertà di stampa e "teoria psicologica della diffamazione"*, Milano, Giuffrè, 2003.

<sup>5</sup> La giurisprudenza, nonostante talune contraddizioni ed incertezze iniziali, si attestò sulle posizioni volte ad escludere l'indagine sulla nobiltà o pravità del fine e, conseguentemente, sulla veridicità o meno delle imputazioni così come osservato in numerose relazioni ministeriali che accompagnarono l'adozione del Codice Zanardelli e tale considerazione indusse a ritenere che *"il carattere diffamatorio dell'imputazione debba ricercarsi non già nell'intenzione dell'agente, indagine esuberante e pericolosa, ma nella consistenza intrinseca ed obiettiva dell'imputazione stessa"*, cfr. M. CAPPELLO, *Diffamazione e ingiuria: studio teorico pratico di diritto e procedura*, Milano, Bocca, 1910.

reputazione che è tutelata indipendentemente dalla veridicità o meno degli addebiti<sup>6</sup>, salvo l'*exceptio veritatis* che si sostanzia nella facoltà di prova che la persona offesa concede al querelato con effetto liberatorio in caso di esito positivo della stessa<sup>7</sup>.

La verità dei fatti imputati assume rilevanza nei limiti in cui è possibile configurare la causa di giustificazione di cui all'art. 51 c.p. nei casi in cui il bene giuridico della reputazione deve essere bilanciato con interessi costituzionalmente tutelati quali *in primis* la libertà di informazione, per cui la veridicità delle esternazioni denigratorie diviene un presupposto fondamentale per configurare l'esercizio del diritto di cronaca e di critica, salvo gli ulteriori limiti derivanti dalla sussistenza dell'interesse pubblico alla diffusione della notizia o dell'opinione, nonché della correttezza del linguaggio e della proporzionalità delle modalità espressive.

Pertanto la fattispecie di cui all'art.595 c.p. contempla un reato con dolo generico connotato dalla volontà di ledere il bene giuridico della reputazione, non rilevando, salvo eccezioni, la veridicità delle espressioni denigratorie; viene delineato altresì un reato comune e a forma libera, potendo essere integrato da chiunque e in qualsiasi modalità, nonché di evento in quanto si sostanzia nella percezione e comprensione da parte dei terzi delle esternazioni denigratorie rivolte ad una persona individualizzata assente<sup>8</sup> o anche, secondo la più recente rielaborazione, virtualmente non presente nei limiti in cui le espressioni offensive fuoriescano dal rapporto personale con la vittima.

A tal riguardo occorre evidenziare come il criterio distintivo del reato di diffamazione rispetto all'illecito civile di ingiuria<sup>9</sup> si ravvisa nella circostanza che

<sup>6</sup> L'elemento soggettivo si rinviene nella coscienza e volontà della esternazione denigratoria, nonché nella consapevolezza dell'offensività dell'addebito che a sua volta deve essere percepito da almeno due persone cfr. G. FIANDACA – E. MUSCO, op. cit.

<sup>7</sup> L'eccezionale ammissione della prova liberatoria di cui all'art.596 c.p. è esperibile allorché il fatto imputato sia un fatto determinato e la *ratio* sottesa a siffatto regime probatorio si rinviene nella volontà dell'offeso di ottenere dal giudizio un *quid pluris* al fine di mettere in risalto la propria onorabilità. La determinatezza del fatto imputato, oltre ad essere il presupposto dell'*exceptio veritatis*, è al tempo stesso una ipotesi aggravante del reato di diffamazione a causa della maggiore offensività della esternazione deplorabile, cfr. G. FIANDACA-E. MUSCO, op. cit.

<sup>8</sup> C. FIORE, Diritto Penale, Parte speciale, Torino, UTET, 2013.

<sup>9</sup> La Corte Costituzionale ha ritenuto infondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate con riferimento agli artt.2, 3, 10, 117, 1 co. Cost., quest'ultimo in relazione all'art.1 C.D.F.U.E., avente ad oggetto l'art.1 comma 1, lett. C, d.lgs. 15 gennaio 2016, n.7 nella parte in cui è stato abrogato il delitto di ingiuria in precedenza previsto dall'art.594 c.p. E' stato affermato il principio della inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale che riguardano disposizioni abrogative di previgenti incriminazioni e che mirino al ripristino di queste ultime. Il sindacato di legittimità costituzionale con effetti in *malam partem* è precluso di regola dal principio di riserva di legge ex art.25 Cost. e tale assetto può essere derogato solo in casi eccezionali in cui la norma

in quest'ultimo la comunicazione con qualsiasi mezzo è diretta all'offeso, mentre nella diffamazione questi resta estraneo alla comunicazione intercorsa tra più persone e non è in grado di interloquire in modo diretto e tempestivo con l'offensore; siffatto principio è stato declinato nell'ambito delle diverse modalità di conversazione *on line*, alimentando il dibattito circa la configurazione dei reati telematici e la sussunzione degli stessi nelle fattispecie previste *ex lege*<sup>10</sup>.

## 2. La diffamazione telematica: canoni ermeneutici di riferimento.

L'evoluzione tecnologica che ha contrassegnato gli ultimi decenni ha dato vita a strumenti informatici potenzialmente idonei a favorire la commissione di attività illecite, facendo rivelare l'originario impianto codicistico inadeguato a fronteggiare la nuova realtà giuridica. Al fine di colmare tale lacuna si sono succeduti una serie di interventi legislativi che tuttavia non sono riusciti a configurare una categoria dotata di autonomia e di ordine sistematico; in specie è possibile constatare come gli interventi normativi in parola hanno introdotto una pluralità di fattispecie incriminatrici che si rinvengono in disparate parti del codice, impedendo la configurazione di una disciplina organica<sup>11</sup>.

Inoltre, è stata anche tralasciata la regolamentazione di talune condotte che, anche se non espressamente tipizzate *ex lege*, sono in grado di dare vita a un reato commesso in via telematica, di qui è emersa la distinzione fra reati telematici propri ed impropri. I primi sono i reati la cui azione criminosa ha ad oggetto in maniera specifica i sistemi informatici e sono caratterizzati in tale senso da una articolata tipizzazione normativa<sup>12</sup>; viceversa i secondi sono reati

---

oggetto di censure risulti violativa dello stesso principio di legalità o risulti in contrasto con obblighi sovranazionali o sia una norma che, rispetto ad una coesistente disciplina, sia speciale prevedendo per un sottoinsieme di condotte un irragionevole trattamento di favore. Tuttavia con riguardo alle questioni di legittimità sollevate rispetto alla normativa di abrogazione dell'ingiuria non sussiste alcuna delle predette condizioni eccezionali che legittimerebbero un controllo costituzionale con effetti peggiorativi. In particolare, la disciplina abrogata non si sostanzava in una norma penale di favore rispetto a una ulteriore di carattere generale coesistente, ma l'abrogata disposizione che criminalizzava l'ingiuria aveva ad oggetto condotte diverse da quelle costitutive dell'attigua ipotesi di diffamazione, poiché quest'ultima presuppone che la manifestazione denigratoria sia diretta non alla vittima, ma a terze persone, cfr. Corte cost., 23 gennaio 2019, n.37.

<sup>10</sup> Cass., Sez. V, 31 marzo 2020, n.10905.

<sup>11</sup> F. SANTISE-F. ZUNIGA, Coordinate ermeneutiche di diritto penale, Torino, Giappichelli, 2014.

<sup>12</sup> La legge 23 dicembre 1993 n.547 ha introdotto i reati di accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico *ex art. 615 ter*, detenzione e diffusione abusiva di codici di accesso a sistemi informatici o telematici *ex art.615 quater*, diffusione di apparecchiature dispositivi o programmi informatici diretti a danneggiare o interrompere un sistema informatico o telematico *ex art. 615 quinquies*, installazione di apparecchiature atte ad intercettare, impedire o interrompere comunicazioni informatiche o telematiche *ex art. 617 quinquies*, danneggiamento di informazioni, dati e programmi informatici *ex art.635 bis* e frode telematica *ex art. 640 ter*. La legge in parola

comuni che possono essere eventualmente commessi mediante l'utilizzo di strumenti telematici.

Per quel che concerne questi ultimi occorre evidenziare come i reati telematici impropri devono essere accertati verificando la corrispondenza della condotta realizzata mediante il sistema informatico rispetto alla fattispecie delineata da un impianto normativo risalente ad una epoca anteriore alla diffusione delle moderne tecnologie; tuttavia l'esigenza che tale attività accertativa si espliciti nel rispetto del principio di legalità ha indotto la giurisprudenza ad adottare come canone ermeneutico il criterio dell'*intentio legis* oggettiva.

A differenza dell'*intentio legis* soggettiva, che si sostanzia nella individuazione della volontà che ha mosso il legislatore al tempo in cui ha emanato la norma di riferimento, l'*intentio legis* oggettiva si rinviene nella attività interpretativa volta alla attualizzazione della predetta volontà e diviene dirimente allorché si ravvisi una discrasia temporale fra l'emanazione della norma e la sua concreta applicazione. Tale ultimo criterio deve rispettare i limiti derivanti dall'osservanza dei principi costituzionalmente rilevanti quali *in primis* il principio di legalità, per cui non può varcare i confini del significato letterale della disposizione normativa di riferimento<sup>13</sup>, ma si richiede anche il rispetto del parametro della ragionevolezza dell'interpretazione attualizzante della norma<sup>14</sup>.

La Corte di Cassazione ha applicato tale canone ermeneutico rispetto ad una pluralità di ipotesi delittuose già tipizzate *ex lege*<sup>15</sup> e, da ultimo, con l'arresto

---

ha introdotto altresì in ambito procedurale la disciplina delle intercettazioni di comunicazioni relative a sistemi informatici o telematici *ex artt.* 266 *bis* e 268 c.p.p. La legge 18 marzo 2008 n.48 ha previsto le fattispecie di falsa dichiarazione o attestazione al certificato di firma elettronica sull'identità o sulle qualità personali proprie o di altri *ex art.* 495 *bis*, danneggiamento di informazioni, dati e programmi informatici utilizzati dallo stato o da altro ente pubblico o comunque di pubblica utilità *ex art.* 635 *ter*, danneggiamento di sistemi informatici o telematici *ex art.* 635 *quater*, danneggiamento di sistemi informatici o telematici di pubblica utilità *ex art.* 635 *quinqes*, frode informatica del soggetto che presta servizi di certificazione di firma elettronica *ex art.* 640 *quinques*.

<sup>13</sup> Cass., SS.UU., 13 giugno 2013, n. 25939 e Cass. Sez. IV, 24 febbraio 2011, n.376.

<sup>14</sup> Cass., SS.UU., 31 maggio 2013, n. 23866.

<sup>15</sup> Tali assunti trasposti in materia di reati informatici impropri consentono di attualizzare disposizioni normative risalenti ad un'epoca anteriore all'avvento di *internet* e tale operazione ermeneutica è stata condotta con riguardo alla truffa *on line* (cfr. Cass., Sez. II, 11 novembre 2009, n.44720; Cass., Sez. III, 15 giugno 2012, n.2379), in ordine alle molestie a mezzo *internet* (cfr. Cass., Sez. III, 1 luglio 2004, n.28680; Cass., Sez. I, 29 aprile 2005, n.18449; Cass., Sez. I, 17 giugno 2010, n.24510; Cass., Sez. I, 29 luglio 2011, n.30294; Cass., Sez. I, 12 ottobre 2011, n.36779; Cass., Sez. I, 21 giugno 2012, n.24670), in materia di sfruttamento della prostituzione in via telematica (cfr. Cass., Sez. III, 10 settembre 2004, n.36157; Cass., Sez. III, 8 giugno 2004, n.25464; Cass., Sez. III, 3 maggio 2006, n.15158), in tema di pedopornografia sul *web* (cfr. Cass., Sez. III, 20 settembre 2007, n.410677; Cass., Sez. III, 9 ottobre 2008, n.43189; Cass., Sez. III, 13 gennaio 2011, n.639).

giurisprudenziale n.1195/2020 ha ritenuto configurabile il reato di appropriazione indebita di cui all'art. 646 c.p. anche nel caso di sottrazione da un *personal pc* di dati informatici, potendo questi ultimi essere sussunti nel concetto di cosa mobile altrui il cui possesso integra uno degli estremi della fattispecie in questione<sup>16</sup>.

Nell'ambito dei reati telematici impropri viene in rilievo la figura della diffamazione telematica rispetto alla quale la Suprema Corte ha affermato con indirizzo ormai costante che l'immissione di scritti lesivi dell'altrui reputazione nel sistema di *internet* è idonea ad integrare il reato di diffamazione in via telematica<sup>17</sup> in quanto dal tenore letterale dell'art.595 c.p. non emerge alcun dato che impedisce l'accoglimento di una interpretazione attualizzante, né alcun elemento ostativo si ravvisa con riguardo al criterio della ragionevolezza, essendo la *ratio* della disposizione normativa in esame chiaramente volta a tutelare la reputazione ed il decoro della persona offesa.

Inoltre, la giurisprudenza ha evidenziato come, a fronte della potenzialità lesiva di condotte denigratorie tramite *web*, l'eventualità che fra i fruitori del messaggio vi sia anche la persona nei cui confronti vengano formulate le espressioni offensive non può indurre a ritenere che venga integrato l'illecito di ingiuria aggravata piuttosto che il delitto di diffamazione poichè il messaggio viene diretto in modo tendenzialmente permanente ad una vasta cerchia di fruitori che potrebbero venirne a conoscenza in tempi diversi e tali presupposti comportano la collocazione dell'addebito lesivo in una dimensione ben più ampia di quella interpersonale fra offensore e vittima.

La più recente giurisprudenza ha declinato tale principio rispetto alle diverse ipotesi comunicazione telematica rilevando nella pronuncia della Corte di Cassazione n.79/2019 come nel caso in cui venga pubblicato un messaggio lesivo della reputazione in una *chat* di *Whatsapp* costituente un gruppo virtuale che, ancorchè "chiuso", sia composto da numerosi membri, la circostanza della presenza della persona offesa non è da sola sufficiente ad integrare l'illecito civile dell'ingiuria, configurandosi viceversa il reato di diffamazione in presenza di una conversazione scritta che può essere visionata da altri autori in modo tendenzialmente permanente<sup>18</sup>.

La Suprema Corte con la successiva sentenza n.10905/2020 ha ulteriormente distinto il caso in cui gli insulti siano stati rivolti attraverso la *chat* di *Google*

<sup>16</sup> Cass., Sez. II, 10 aprile 2020, n.1195.

<sup>17</sup> Cass., Sez. V, 17 novembre 2000, n.4741; Cass., Sez. V, 21 giugno 2006, n.25875.

<sup>18</sup> Cass., Sez. V, 21 febbraio 2019, n.7904.

*Hangouts* che è diversa dalle altre piattaforme digitali poichè si instaura una conversazione vocale di carattere immediato e temporaneo tale da fare ritenere che il destinatario dei messaggi sia solo la persona offesa. Ne consegue che l'assenza del carattere permanente della potenziale percezione dell'offesa da parte dei terzi consente di contenere le esternazioni deplorablevoli nell'alveo del rapporto personale fra autore e vittima, escludendo la configurabilità della diffamazione.

E' invece insegnamento ormai consolidato come l'immissione di espressioni oltraggiose sui *social networks*, a fronte della potenziale carica lesiva *erga omnes* delle offese presenti su una piattaforma equiparabile ad una piazza virtuale, come *Facebook*, dia vita ad una ipotesi di diffamazione telematica che si consuma al momento del collegamento alla rete da parte dei fruitori<sup>19</sup>, salva la configurabilità del diritto di critica nei limiti in cui, come sancito dalla recente pronuncia n.15089/2020, l'offesa non si traduca in una immotivata e gratuita aggressione personale del soggetto criticato, ma sia insostituibile nella manifestazione del pensiero alla luce del complessivo contesto in cui il termine viene impiegato<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> La Suprema Corte ha sancito che il reato di diffamazione telematica non può essere considerato reato di condotta. In specie, la tesi che concepiva la diffamazione compiuta sul *web* come reato di condotta partiva dall'assunto che, qualora l'offesa venisse arrecata tramite *internet*, non sarebbe stato possibile distinguere fra condotta ed evento stante la velocità della propagazione dei dati diffamatori, per cui ai fini dell'individuazione del *locus commissi delicti* avrebbe avuto rilevanza il momento della diffusione del messaggio offensivo. Al contrario, è stato ritenuto che anche nel caso della diffamazione telematica l'evento appare temporaneamente, oltre che concettualmente, ben differenziato dalla condotta in quanto in un primo momento, con l'inserimento in rete da parte dell'agente degli scritti o delle immagini denigratorie, si configura la condotta offensiva; mentre in secondo momento, con la connessione da parte dei terzi che percepiscono il messaggio, si realizza l'evento lesivo e si ritiene consumato il reato. Posto che la diffamazione telematica è un reato di evento, ai fini dell'individuazione del *locus commissi delicti* e, in particolare, della competenza territoriale non sono utilizzabili i criteri univoci del luogo di accesso del primo visitatore o della località di collocazione del *server* in cui verrebbe per la prima volta resa pubblica la notizia poiché questi sono di difficile se non impossibile attuazione. Pertanto, il criterio del collegamento da parte dei fruitori della rete assume rilevanza nei casi in cui l'immissione nel *web* delle espressioni oltraggiose sia avvenuta all'estero, ma l'offesa sia stata percepita in Italia, al fine di radicare la giurisdizione italiana in base alla teoria dell'ubiquità di cui all'art.6, 2 co. c.p. Viceversa, nei casi in cui la fattispecie sia stata interamente realizzata in Italia viene in rilievo il criterio suppletivo della residenza dimora o domicilio dell'imputato di cui all'art.9, 2 co. c.p.p., cfr. *ex plurimis* Cass., Sez. I, 26 gennaio 2011, n.2739; Cass, Sez. I, 26 aprile 2011, n.16307; Cass., Sez. V, 29 luglio 2016, n.33287.

<sup>20</sup> La Suprema Corte nel consentire l'utilizzo di termini che, sebbene oggettivamente offensivi, siano insostituibili nella manifestazione del pensiero in quanto non hanno adeguati equivalenti, ha incluso nell'esercizio del diritto di critica su *Facebook* alle predette condizioni anche l'uso del termine "idiota", cfr. Cass., Sez. V, 14 maggio 2020, n.15089. E' stata altresì riconosciuta la

La diffamazione telematica viene considerata aggravata dall'uso dei mezzi di pubblicità, non potendosi invece configurare l'aggravante dell'uso della stampa che darebbe vita ad una interpretazione analogica in *malam partem*, anche alla luce della più recente interpretazione costituzionalmente orientata della nozione di stampa. La Corte di Cassazione nelle sue più recenti pronunce ha sancito che il nuovo concetto di stampa assume incidenza rispetto alla attività delle testate giornalistiche telematiche, ma non può estendersi ai nuovi mezzi informatici di manifestazione del pensiero quali *forum, blog, newsletter, newsgroup, mailing list, pagine Facebook* o altri *social network*. Al riguardo è stato precisato che la diffusione di un messaggio diffamatorio tramite *social network* continua ad integrare una ipotesi di diffamazione aggravata ai sensi dell'art. 595 c.p. sotto il profilo dell'offesa arrecata con qualsiasi mezzo di pubblicità diverso dalla stampa.

### **3. Le distinte posizioni dell'*internet provider* e del *blogger* messe a confronto nell'incessante rielaborazione giurisprudenziale.**

La perimetrazione dell'ambito applicativo del concetto di stampa rileva ai fini della configurabilità della responsabilità per *culpa in vigilando* ex art.57 c.p. di cui è stata riconosciuta l'estensione al direttore della testata giornalistica *on line*, ma ne è rimasta preclusa l'operatività nei confronti del gestore del punto *internet*, c.d. *internet service provider*, e per l'amministratore del sito, c.d. *blogger*, le cui posizioni sono state messe a confronto al fine di individuare i limiti del regime di addebito di tipo concorsuale.

Alla luce della più recente giurisprudenza possono essere sussunte nell'alveo giuridico del concetto di stampa solo le testate giornalistiche telematiche funzionalmente assimilabili a quelle tradizionali in formato cartaceo, non invece le altre forme di diffusione spontanea di notizie tramite il *web* e tale preclusione è stata ribadita in particolare escludendo l'estendibilità della disciplina di cui all'art.57 c.p. all'*internet service provider*, poiché ciò implicherebbe una applicazione analogica in *malam partem* e, analogamente, all'amministratore di un sito *internet* poiché il *blog* non è equiparabile ad un periodico, neppure telematico, di tipo professionale, ma rappresenta una sorta di agenda personale aperta al pubblico in rete<sup>21</sup>. Sulla scorta di tale premessa, si è discusso in ordine alla configurabilità di una responsabilità concorsuale sia rispetto alla figura del *provider* sia a quella del *blogger*.

---

possibilità degli utenti *social* di rilasciare recensioni negative, cfr. Cass, Sez. V, 23 gennaio 2019, n.3148.

<sup>21</sup> Cass., Sez. V, 19 febbraio 2018, n.16751.



Per quel che concerne la specifica posizione dell'*internet service provider*, il dibattito in ordine alla configurabilità di un dovere di controllo dei contenuti immessi in rete, la cui violazione darebbe vita ad un concorso per omissione nel reato di diffamazione commesso dal fruitore del servizio *internet*, è stato scandito da una pluralità di argomenti che hanno indotto ad escludere la possibilità di ravvisare una siffatta responsabilità.

E' stato in primo luogo osservato che difetta il presupposto imprescindibile in materia di causalità colposa omissiva della esigibilità della condotta alternativa lecita poichè dinanzi alla mole di dati che transita sugli spazi del *web* sarebbe impossibile effettuare un monitoraggio in tempo reale. Al contrario, una simile attività di controllo da parte del gestore del punto *internet* integrerebbe gli estremi del reato di cui all'art.617 *quater* rubricato "*intercettazione, impedimento o interruzione illecita di comunicazioni informatiche o telematiche*". Per tali motivi la giurisprudenza ha escluso il radicarsi di una posizione di garanzia e ha negato la responsabilità del *provider* nell'ipotesi in cui un soggetto che usufruisca del terminale offenda l'altrui reputazione, non essendo configurabile un obbligo di vigilanza *ex ante*.

Inoltre, è stato ritenuto che il *provider* si limiterebbe a svolgere una attività di carattere tecnico che deve rispettare le regole che dapprima erano state stabilite dalla legge n. 155/2005 che aveva previsto che i gestori dell'*internet point* dovevano effettuare una serie di adempimenti, ma tra tali obblighi non era contemplato il dovere di vigilare sui contenuti immessi in rete<sup>22</sup> per cui sarebbe

---

<sup>22</sup> Il decreto legge 27 luglio 2005 n.144, recante "*Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale*" convertito con legge 31 luglio 2005 n.155 prevede all'art.7, co. 4 che "*Con decreto del Ministro dell'interno di concerto con il Ministro delle comunicazioni e con il Ministro per l'innovazione tecnologica, sentito il Garante per la protezione dei dati personali, da adottarsi entro quindici giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, sono stabilite le misure che il titolare o il gestore di un esercizio in cui si svolgono le attività di cui al comma 1, è tenuto ad osservare per il monitoraggio delle operazioni dell'utente e per l'archiviazione dei relativi dati, anche in deroga a quanto previsto dal comma 1 dell'art.122 e dal comma 3 dell'art.123 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n.196, nonché le misure di preventiva acquisizione di dati anagrafici riportati su un documento di identità dei soggetti che utilizzano postazioni pubbliche non vigilate per comunicazioni telematiche ovvero punti di accesso ad internet utilizzando tecnologia senza fili.*" Sulla base di tale disposto, il decreto di attuazione del 16 agosto 2005 n.190 ha disciplinato gli obblighi per i titolari dei pubblici esercizi, stabilendo che "*I titolari o gestori di un esercizio pubblico o di un circolo privato di qualsiasi specie nel quale sono poste a disposizione del pubblico, dei clienti o dei soci, apparecchi terminali utilizzabili per le comunicazioni, anche telematiche, esclusi i telefoni pubblici a pagamento abilitati esclusivamente alla telefonia vocale sono tenuti a: a) adottare le misure fisiche o tecnologiche occorrenti per impedire l'accesso agli apparecchi terminali a persone che non siano preventivamente identificate con le modalità di cui alla lettera b); b) identificare chi accede ai servizi telefonici e telematici offerti, prima dell'accesso stesso o dell'offerta di credenziali di accesso, acquisendo i dati anagrafici riportati su*



mancata la base normativa necessaria ai fini dell'operatività della clausola di equivalenza prevista ai sensi dell' art. 40, 2 co. c.p.

Tale impianto ermeneutico non è stato sconfessato a fronte delle sollecitazioni provenienti dall'ordinamento sovranazionale in forza delle quali è stato riconosciuto in capo al gestore dell'*internet point* un obbligo di rimozione dei contenuti diffamatori di cui ha avuto formalmente conoscenza soltanto in un momento successivo alla immissione in rete. L'attuale normativa di riferimento è contenuta nel d. lgs. n. 70/2003 emanato in attuazione della direttiva europea sul commercio elettronico 2000/31/CE che per i *providers* che svolgono servizi di *mere conduit, caching, hosting*<sup>23</sup> esclude un obbligo di sorveglianza *ex ante*, tuttavia impone agli stessi il dovere *ex post* di informare prontamente degli illeciti rilevati le autorità competenti e a condividere con le stesse ogni informazione che possa aiutare a identificare l'autore della violazione, rilevando tali doveri civilmente sanzionati al fine di rinvenire la fonte di un obbligo di garanzia legittimante una imputazione di responsabilità penale omissiva a titolo concorsuale<sup>24</sup>.

---

*un documento di identità, nonché il tipo, il numero e la riproduzione del documento presentato dall'utente; c) adottare le misure di cui infra, occorrenti per il monitoraggio delle attività; d) informare, anche in lingue straniere, il pubblico delle condizioni d'uso dei terminali messi a disposizione, comprese quelle di cui alle lettere a) e b); e) rendere disponibili, a richiesta, anche per via telematica, i dati acquisiti a norma delle lettere b) e c), esclusi comunque i contenuti delle comunicazioni, al Servizio polizia postale e delle comunicazioni, quale organo del Ministero dell'interno preposto ai servizi di polizia postale e delle comunicazioni, nonché in conformità al codice di procedura penale, all'autorità giudiziaria e alla polizia giudiziaria; f) assicurare il corretto trattamento dei dati acquisiti e la loro conservazione fino al 31 dicembre 2007".*

<sup>23</sup> L'art.16 recita "1. Nella prestazione di un servizio della società dell'informazione, consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio, il prestatore non è responsabile delle informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio, a condizione che detto prestatore: a) non sia effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o circostanze che rendono manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione b) non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso. 2. Le disposizioni di cui al comma 1 non si applicano se il destinatario del servizio agisce sotto l'autorità o il controllo del prestatore. 3. L'autorità giudiziaria o quella amministrativa competente può esigere, anche in via d'urgenza, che il prestatore, nell'esercizio delle attività di cui al comma 1, impedisca o ponga fine alle violazioni commesse."

<sup>24</sup> L'art. 17 dispone che "1. Nella prestazione dei servizi di cui agli articoli 14,15 e 16 il prestatore non è assoggettato ad un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmette o memorizza, né ad un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite. 2. Fatte salve le disposizioni di cui agli art.14, 15 e 16 il prestatore è comunque tenuto: a) ad informare senza indugio l'autorità giudiziaria o quella amministrativa avente funzioni di vigilanza, qualora sia a conoscenza di presunte attività o informazioni illecite riguardanti un suo destinatario del servizio della società dell'informazione; b) a fornire senza indugio, a richiesta delle autorità competenti le informazioni in suo possesso che consentano l'identificazione del destinatario dei suoi servizi con cui ha accordi di memorizzazione dati, al fine

La posizione dell'*internet server provider*, che alle predette condizioni risponde a titolo di concorso omissivo nell'altrui reato commissivo, deve essere distinta da quella del *blogger*. Al riguardo occorre evidenziare come la disciplina degli *internet providers* non è estendibile *tout court* agli amministratori della pagina *web* a fronte della intrinseca diversità delle figure in esame poiché a differenza dei primi i *blogger* mettono a disposizione degli utenti una piattaforma sulla quale potere interagire attraverso la pubblicazione di contenuti e commenti su un sito personale aggiornabile in tempo reale grazie ad un apposito *software*. Per quel che concerne la possibilità di ravvisare una responsabilità omissiva *ex artt. 40 e 110 c.p.* in capo agli amministratori del *blog*, all'assenza di una fonte da cui scaturisca la posizione di garanzia si accompagnano ulteriori perplessità rinvenendo come fattore ostativo la circostanza per cui l'obbligo di impedire l'evento lesivo sorgerebbe successivamente alla consumazione del reato. La giurisprudenza ha costantemente qualificato la diffamazione come un reato istantaneo e di evento che si consuma nel momento e nel luogo in cui i terzi percepiscono le offese all'altrui reputazione con la conseguenza che, in caso di immissione di frasi o immagini denigratorie sul *web*, i terzi vengano a conoscenza delle stesse nel momento in cui il collegamento viene attivato, per cui sarebbe irragionevole e contraddittorio prevedere un obbligo di impedimento dell'evento lesivo in un momento successivo rispetto a quello della consumazione del reato. Inoltre, l'addebito a titolo di concorso omissivo per colpa richiede unitamente alla verifica della causalità della condotta omissiva impropria anche l'accertamento della causalità della colpa che deve essere rispondente al canone della esigibilità. Orbene, qualora il *blogger* dovesse essere ritenuto responsabile per tutto quanto scritto sul proprio sito anche da altri soggetti, sarebbe ampliato a dismisura il suo dovere di vigilanza, ingenerando un eccessivo onere a carico dello stesso. A fronte delle predette difficoltà in ordine alla configurabilità di una responsabilità in concorso omissivo nel reato commissivo altrui è stato ritenuto che la fattispecie concorsuale può essere rinvenuta nella diversa accezione di un concorso attivo facendo ricorso alla figura della pluralità dei reati integrati dalla ripetuta trasmissione del dato denigratorio.

La Suprema Corte con la pronuncia n.12546/2019 ha ritenuto che, ferma l'assenza di un dovere di controllo *ex ante* dei dati immessi in rete, il gestore

---

*di individuare e prevenire attività illecite. 3. Il prestatore è civilmente responsabile per il contenuto di tali servizi nel caso in cui, richiesto dall'autorità giudiziaria o amministrativa avente funzioni di vigilanza, non ha agito prontamente per impedire l'accesso a detto contenuto, ovvero se, avendo avuto conoscenza del carattere illecito o pregiudizievole per un terzo del contenuto di un servizio al quale assicura l'accesso, non ha provveduto ad informare l'autorità competente."*

della pagina *web* che apprende l'avvenuta pubblicazione di contenuti obiettivamente denigratori e non si attiva tempestivamente a rimuoverli finisce col farli propri alimentando l'ulteriore divulgazione degli stessi, ponendo in essere ulteriori condotte di diffamazione. Tale impostazione consente di ritenere la fattispecie concorsuale non come omissiva, ma come commissiva ed è coerente con il principio di responsabilità penale personale poiché la verifica della consapevole adesione da parte di quest'ultimo al significato dello scritto offensivo si realizza proprio attraverso la volontaria mancata tempestiva sua rimozione.

Sulla scorta di tali premesse è stato sancito che la condotta del gestore del *blog* che, venuto tempestivamente a conoscenza dei contenuti offensivi non li ha rimossi, equivale ad una ulteriore divulgazione idonea ad integrare un concorso di tipo commissivo nell'altrui reato di diffamazione<sup>25</sup>. Viene pertanto tracciato, rispetto alle posizioni dell'*internet provider* e del *blogger*, un binario parallelo volto in entrambi i casi a configurare doveri di vigilanza solo *ex post*, sebbene con un percorso argomentativo differente che metta in risalto le intrinseche diversità delle attività svolte in virtù delle quali la mancata rimozione delle espressioni diffamatorie di cui si è avuto successivamente conoscenza comporta in capo al *provider* una responsabilità di tipo omissivo mentre in capo al *blogger* una responsabilità di tipo commissivo.

#### **4. La responsabilità del direttore del giornale *on line* alla luce del nuovo concetto di stampa.**

La questione relativa all'applicabilità della responsabilità per *culpa in vigilando* ex art.57 c.p. al direttore della testata giornalistica telematica si innesta nell'alveo della più ampia tematica concernente l'estensione del dettato normativo riferito al concetto di stampa di cui alla legge n.47/1948 ai nuovi *mass-media* resa necessaria dalla esigenza di adeguare la disciplina in parola al progresso tecnologico. Sul punto giova prendere atto della pregressa posizione assunta dalla giurisprudenza maggioritaria che escludeva *a priori* la possibilità di ampliare l'interpretazione della nozione di stampa al di fuori dei giornali cartacei imperniando tale ricostruzione ermeneutica intorno a tre principali considerazioni.

Le obiezioni hanno fatto perno innanzitutto sul dato letterale del disposto di cui all'art.1 l. n. 47/1948 che, nel definire la nozione di stampa come la riproduzione tipografica o ottenuta con mezzi meccanici o fisici in qualsiasi modo destinata

<sup>25</sup> Cass., Sez. V, 8 novembre 2019, n.12546.

alla pubblicazione<sup>26</sup>, individua un *prius*, costituito dalla riproduzione tipografica, nonché un *posterius* ravvisato nella destinazione della stessa alla pubblicazione, presupposti entrambi assenti nell'elaborato telematico rispetto al quale la riproduzione su carta delle informazioni *on line* rappresenta una mera eventualità<sup>27</sup>.

Una simile estensione non può essere operata neanche alla luce del disposto di cui all'art.1 l. n.62/2001 che, nel contemplare la definizione di quotidiano *on line*<sup>28</sup>, non può fondare da sé sola una equiparazione fra giornale cartaceo e telematico in quanto è stato osservato che la stessa norma contenga l'inciso "*ai fini della presente legge*" indicativo della portata limitata delle disposizioni in esso contenute alla previsione dell'obbligo di registrazione quale presupposto per l'accesso ai benefici e alle sovvenzioni previste in materia di editoria, così come chiarito anche dal d. lgs. n.70/2003 in cui si precisa che la registrazione è obbligatoria solo per i prestatori di servizi telematici che intendano avvalersi dei sostegni contributivi previsti *ex lege*<sup>29</sup>.

Ulteriori criticità sono emerse in considerazione della inesigibilità di un dovere di controllo da parte del direttore del giornale *on line* sui contenuti dello stesso in quanto a fronte della mole di dati immessi in rete non si potrebbe ritenere una condotta di vigilanza concretamente esigibile. In particolare, si riteneva che per il direttore della testata *on line*, a differenza dell'omologo della testata cartacea, sarebbe di fatto impossibile esercitare un effettivo controllo sulle pubblicazioni; al contrario una diversa soluzione avrebbe comportato una violazione del principio di colpevolezza, sottendendo una responsabilità oggettiva nei limiti in

---

<sup>26</sup> L'art.1 della legge 8 febbraio 1948, n.47 prevede che "*Sono considerate stampe o stampati, ai fini di questa legge, tutte le riproduzioni tipografiche o comunque ottenute con mezzi meccanici o fisico-chimici in qualsiasi modo destinate alla pubblicazione.*"

<sup>27</sup> Si tratta di una eventualità in senso oggettivo in quanto non tutti i messaggi trasmessi via *internet* sono stampabili, si pensi ai video, magari corredati da audio, ma anche in senso soggettivo poiché il destinatario può selettivamente decidere di riprodurre o meno in stampa la schermata, cfr. Cass., Sez. V, 16 luglio 2010, n.35511.

<sup>28</sup> L'art.1 della legge 7 marzo 2001, n.62 stabilisce che "*Per prodotto editoriale, ai fini della presente legge si intende il prodotto realizzato su supporto cartaceo, ivi compreso il libro, o su supporto informatico, destinato alla pubblicazione o comunque alla diffusione di informazioni presso il pubblico con ogni mezzo, anche elettronico, o attraverso la radiodiffusione sonora televisiva, con esclusione dei prodotti discografici cinematografici*", il comma 3 della medesima disposizione dispone che "*Al prodotto editoriale si applicano le disposizioni di cui all'art 2 della legge 8 febbraio 1948, n.47. Il prodotto editoriale diffuso al pubblico con periodico regolare e contraddistinto da una testata, costituente elemento identificativo del prodotto, è sottoposto altresì agli obblighi previsti dall'art.5 della medesima legge n.47 del 1948.*"

<sup>29</sup> I. PISA "*Profili di responsabilità penale del direttore di periodici telematici*", in Dir. Pe. Proc., 2011, fasc.4, p.455; S. TURCHETTI "*L'art.57 c.p. non è applicabile al direttore del periodico online*", in Diritto Penale Contemporaneo, 17 novembre 2010.

cui verrebbero varcati i confini della proporzionalità e della ragionevolezza della condotta imposta all'agente<sup>30</sup>.

Sulla scorta di tali premesse il pregresso orientamento giurisprudenziale non ammetteva la configurabilità della *culpa in vigilando* ex art. 57 c.p. in capo al direttore del giornale *on line* in quanto, altrimenti opinando, sarebbero stati violati i principi di determinatezza e tassatività, con conseguente violazione del divieto di analogia in *malam partem*, nonché il principio di colpevolezza che presuppone l'esigibilità della condotta doverosa<sup>31</sup>.

Tuttavia il *revirement* della giurisprudenza ha condotto ad un approdo volto ad ammettere l'applicazione del regime di responsabilità penale anche al direttore di testate giornalistiche *on line* e tale approccio ermeneutico ha fatto perno sulla differenza che sussiste fra la testata giornalistica telematica e le altre manifestazioni di pensiero tramite *web*. L'ontologica diversità dell'attività del direttore del giornale *on line* rispetto a quella del *blogger* e del *provider* e, al contempo, la sua similarità con quella esercitata dal direttore del giornale cartaceo, non solo consentono di ritenere possibile l'esercizio di un controllo *ex ante*, ma impongono anche un trattamento non differenziato di posizioni sostanzialmente analoghe, pena la violazione dei principi di uguaglianza e ragionevolezza ex art.3 Cost.

La concezione evolutiva della nozione di stampa<sup>32</sup> è stata elaborata dapprima con riguardo al tema della estensione delle garanzie ex art. 21 Cost. in tema di sequestro della stampa cartacea anche a quella diffusa a mezzo *internet*<sup>33</sup> e, successivamente, si è assistito ad un ampliamento della portata di tale innovativa

<sup>30</sup> I. CAMPOLO "La verifica dei contenuti sempre in mutazione richiederebbe un grado di diligenza inesigibile", in Guid. Dir., 2010, n.44 p.21; C. MELZI D'ERIL- G. E. VIGEVANI "La responsabilità del direttore del periodico telematico, tra facili equiparazioni e specificità di internet", in Dir. Inf. Infor., 2010, p.91.

<sup>31</sup> Cass., Sez. V, 16 luglio 2010, n.35511.

<sup>32</sup> Cass., SS.UU., 29 gennaio 2015, n.31022.

<sup>33</sup> C. MELZI D'ERIL "Contrordine compagni: Le Sezioni Unite estendono le garanzie costituzionali previste per il sequestro degli stampati alle testate on-line registrate", in Diritto Penale Contemporaneo, 9 marzo 2016; 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 "nomofilachia" alla "nomopoiesi"?" In Giur. Cost., 2015, p.1063; L. PAOLONI "Le Sezioni Unite si pronunciano sull'applicabilità alle testate telematiche delle garanzie costituzionali sul sequestro della stampa: ubi commoda ibi et icommoda?" in Cass. Pen., 2015, p.3454; G. CORRIAS LUCENTE "Le testate telematiche registrate sono sottratte al sequestro preventivo. Qualche dubbio sulla "giurisprudenza legislativa", in Dir. Inf. Informatica, 2015, p.1041; A. REGI "Le sezioni Unite si pronunciano sull'applicabilità delle garanzie costituzionali in tema di sequestro preventivo alle testate telematiche registrate", in www.medialaws.eu, 17 maggio 2016; S. LORUSSO "Un'innovativa pronuncia in tema di sequestro preventivo di testata giornalistica on line", in Dir. Proc. Pen., 2015 p.2002.

impostazione non solo ai casi in cui il *corpus* normativo prevede discipline favorevoli, ma anche quando il legislatore prescrive norme sfavorevoli come la previsione della responsabilità per *culpa in vigilando* ex art.57 c.p.<sup>34</sup>

Sul punto viene evidenziato che la definizione di stampa in senso tecnico contenuta nell'art.1 l. n.47/1948 in virtù della quale gli elementi identificativi sono il *prius*, costituito dalla riproduzione tipografica o meccanica, e il *posterius*, individuato nella destinazione alla pubblicazione, darebbe vita ad una concezione restrittiva del concetto di stampa collegata alle tecnologie dell'epoca; invece l'evoluzione tecnologica che ha contrassegnato gli ultimi decenni consente di accogliere una interpretazione più ampia della nozione di stampa intesa non solo in senso tecnico, ma anche figurato in linea con i più moderni strumenti di informazione telematica<sup>35</sup>.

Tale interpretazione evolutiva trae origine dalla sostanziale equiparabilità della stampa cartacea rispetto a quella telematica e, pertanto, risponde all'esigenza di evitare un irragionevole trattamento differenziato dell'informazione giornalistica veicolata su carta rispetto a quella diffusa in rete. In particolare la Suprema Corte con la pronuncia n.1275/2019 ha sancito che, al fine di configurare la nozione di stampa intesa in senso costituzionalmente orientato, si richiede la coesistenza di un requisito ontologico e di uno teleologico. Il primo è di natura strutturale e attiene all'impianto organizzativo della testata giornalistica e alla periodicità della pubblicazione, mentre il secondo concerne la finalità della stessa che deve essere funzionalizzata allo scopo informativo di natura professionale<sup>36</sup>. Pertanto la testata giornalistica telematica in quanto assimilabile funzionalmente a quella tradizionale rientra nel concetto di stampa e soggiace alla normativa di rango costituzionale e ordinario che disciplina l'attività di informazione professionale diretta al pubblico e, in particolare, rientra nella nozione di stampa di cui all'art.1 l. n.47/1948 con la conseguente estensione della responsabilità ex art.57 c.p. ai direttori della testata telematica per i quali è esigibile il controllo dei contenuti delle pubblicazioni non essendovi una interazione in tempo reale da parte degli utenti.

La delimitazione dell'alveo giuridico nel quale sussumere il concetto di stampa diviene dirimente anche alla luce della *vexata quaestio* attinente l'esigenza di operare un ragionevole e proporzionato bilanciamento di interessi nel calibrare

<sup>34</sup> R. E. MAURI "Applicabile l'art.57 c.p. al direttore del quotidiano online: un revirement giurisprudenziale della Cassazione, di problematica compatibilità con il divieto di analogia", in Diritto Penale Contemporaneo, 28 febbraio 2019.

<sup>35</sup> Cass., Sez. V, 11 dicembre 2017, n.13398; Cass., Sez. V, 25 ottobre 2018, n.1275

<sup>36</sup> Cass., Sez. V, 11 gennaio 2019, n.1275.

il trattamento sanzionatorio nell'espletamento dell'attività giornalistica. Al riguardo la Corte Costituzionale con la recente ordinanza n.132/2020 ha messo in guardia in ordine al potenziale pericolo connesso alle nuove tecnologie che hanno aumentato rispetto ai tradizionali mezzi di comunicazione i rischi di offendere l'altrui reputazione. Nei limiti in cui la testata giornalistica telematica sia assimilabile a quella tradizionale troveranno applicazione le coordinate tracciate dalla Consulta che, recependo il tradizionale insegnamento della Corte E.D.U., secondo cui la stampa svolge un essenziale ruolo di "*cane da guardia*" della democrazia<sup>37</sup>, ha evidenziato l'esigenza di operare da parte del legislatore un ragionevole e proporzionato bilanciamento fra libertà di manifestazione del pensiero e tutela della reputazione individuale, al fine di individuare un equilibrato sistema di tutela dei diritti coinvolti che limiti la pena detentiva per i giornalisti ai solo casi di diffusione di discorsi di odio o di istigazione alla violenza<sup>38</sup>.

Tale sentenza della Corte Costituzionale rappresenta il riflesso delle sollecitazioni provenienti dall'ordinamento sovranazionale volte a sussumere l'attività giornalistica sotto l'egida del necessario bilanciamento che deve essere operato nell'alveo dei diritti concorrenti. La corte E.D.U. in numerose pronunce del 2020<sup>39</sup> ha stigmatizzato gli effetti dissuasivi rispetto all'esercizio della libertà di espressione *ex art. 10 C.E.D.U.* nelle ipotesi in cui l'interferenza con l'esercizio di siffatto diritto non assurga ai caratteri della necessità e della proporzionalità rispetto allo scopo legittimo perseguito, soprattutto con riguardo alla severità delle sanzioni irrogate.

## 5. Considerazioni conclusive.

Gli ultimi arresti giurisprudenziali hanno delineato un quadro ermeneutico che, lungi dal fornire un solido assetto di tutele imperniato sul paradigma della

---

<sup>37</sup> Corte E.D.U., sentenza 27 marzo 1996, Goodwin c. Regno Unito, ric. n.17488/90; Corte E.D.U., sentenza 6 dicembre 2007, Katrami c. Grecia, ric. n.19331/05; Corte E.D.U., sentenza 24 settembre 2013, Belpietro c. Italia, ric. n.42612/10; Corte E.D.U., sentenza 7 marzo 2019, Sallusti c. Italia, ric. n.22350/13.

<sup>38</sup> Nella citata ordinanza viene ribadito come "*Il timore di sanzioni detentive produce, secondo la Corte di Strasburgo, un evidente effetto dissuasivo (chilling effect) rispetto all'esercizio della libertà di espressione dei giornalisti -in particolare nello svolgimento della loro attività di inchiesta e di pubblicazione dei risultati delle loro indagini- tale da riverberarsi sul giudizio di proporzionalità, e dunque di legittimità alla luce della Convenzione, di tali sanzioni.*"

<sup>39</sup> Corte E.D.U., sentenza 16 gennaio 2020, ric. n.59347/11; Corte E.D.U., sentenza 26 marzo 2020, ric. n.59636/16; corte E.D.U. sentenza 28 luglio 2020, ric. n.53028/14.



legalità, non è risultato esente da profili di criticità rilevanti sotto molteplici angoli prospettici.

Innanzitutto l'individuazione delle linee di confine fra l'illecito civile di ingiuria e il delitto di diffamazione *on line* è stata condotta attraverso canoni ermeneutici che, al fine di mettere in risalto le peculiarità dei più moderni strumenti di comunicazione proliferanti sul *web*, hanno dato rilevanza anche al labile profilo cronologico relativo alla comunicazione avvenuta in presenza di più persone.

L'assunto per cui la valutazione dell'esorbitanza dalla dimensione interpersonale fra offensore e vittima debba tenere in considerazione altresì il carattere permanente o temporaneo della comunicazione, ancorchè condivisibile in riferimento alla tipologia di *chat* cui afferiscono i più recenti pronunciamenti in materia, può tuttavia divenire di difficile ed incerta applicazione qualora si volesse assurgere tale criterio a canone generale concernente ogni tipologia di conversazione telematica.

Inoltre, l'esigenza che l'interpretazione attualizzante di una norma non esoribita dal rispetto degli elementi costitutivi della fattispecie normativa, imponendo di concepire la diffamazione anche in ambito telematico come reato istantaneo e di evento, ha indotto la giurisprudenza alla elaborazione di ricostruzioni non sempre in linea con una ragionevole considerazione delle posizioni dei soggetti coinvolti.

Emblematico è stato il percorso elaborato con riguardo alla figura del *blogger* posta in confronto alla posizione dell'*internet service provider* al fine di tracciare un binario parallelo che, sebbene con percorsi argomentativi differenti, è volto in entrambi i casi a individuare un dovere di rimozione delle esternazioni denigratorie solo in un momento successivo alla formale conoscenza delle stesse.

Sulla scorta della premessa secondo cui il delitto di diffamazione si consuma al momento della percezione dei contenuti oltraggiosi si prospetterebbe la paradossale conclusione in forza della quale l'obbligo di impedire l'evento lesivo, che fonda l'addebito di responsabilità a titolo concorsuale di tipo omissivo, si ravviserebbe in un momento successivo alla consumazione del reato.

Tale impostazione, nonostante le evidenti criticità che sul piano dogmatico sono state evidenziate dalla dottrina, può essere accolta solo in riferimento all'attività dell'*internet service provider* a fronte di una tipizzazione normativa *ad hoc* che, viceversa, manca rispetto alla diversa posizione del *blogger* che, pertanto, rimane priva dei requisiti fondamentali della responsabilità omissiva costituiti

dalla base legale della posizione di garanzia, nonché dalla idoneità dell'azione doverosa ad impedire la consumazione del reato.

La teoria elaborata per superare l'*empasse* dalla Suprema Corte, in virtù della quale l'amministratore del *blog* che, giunto a conoscenza dei contenuti diffamatori, ometta di rimuoverli li farebbe propri, finendo per porre in essere ulteriori condotte di diffamazione, sconta il *deficit* ravvisabile nella evidente forzatura di dare connotazione commissiva ad una condotta naturalisticamente omissiva; di qui l'esigenza di un intervento normativo volto a disciplinare anche in tale caso, così come già previsto per il *provider*, la configurazione di un obbligo di controllo *ex post* nel rispetto del principio costituzionale della riserva di legge.<sup>40</sup>

Lo sforzo esegetico di sussunzione della diffamazione *on line* nell'alveo della fattispecie volta a contemplare il delitto in questione come reato istantaneo e di evento che si consuma al momento della percezione dei contenuti oltraggiosi ha avuto ripercussioni anche in ambito processuale in quanto è stato ritenuto che quando il reato viene realizzato interamente nel territorio italiano la competenza è determinata in base al criterio suppletivo del domicilio dell'imputato di cui all'art. 9, 2 co. c.p.p.

Tuttavia la scelta della giurisprudenza di avvalersi di tale criterio residuale risulta pregiudizievole per la persona offesa che può essere costretta a fare valere le proprie ragioni in luoghi potenzialmente distanti da quello in cui è avvenuta la lesione della propria reputazione<sup>41</sup>. Non può neanche ritenersi applicabile la disciplina prevista in materia di trasmissioni radiotelevisive che prevede una competenza per territorio in capo al giudice del luogo di residenza della persona offesa poiché tale normativa espressamente limita la deroga ai principi generali previsti in tema di competenza territoriale ai soli casi di diffamazioni commesse attraverso trasmissioni radiofoniche e televisive.

Per tali motivi si può evincere come, nei limiti in cui con riguardo alla diffamazione avvenuta *on line* il ricorso al criterio suppletivo del domicilio dell'imputato non sia in grado di tutelare in modo efficace le ragioni della persona offesa, non essendo applicabile per la sua specificità la disciplina in materia di

<sup>40</sup> C. PAGELLA "La Cassazione sulla responsabilità del blogger per contenuti diffamatori (commenti) pubblicati dai terzi", in *Diritto Penale Contemporaneo*, 17 maggio 2019.

<sup>41</sup> In tal senso è risultata più condivisibile l'impostazione delle Sezioni Unite civili che hanno ritenuto che il luogo in cui l'evento si manifesta come danno risarcibile è quello in cui si esplica la vita di relazione del danneggiato. Tale approccio non può essere trasposto in ambito penale per l'assenza di una disciplina derogatoria che tenga in considerazione le peculiarità che il delitto di diffamazione assume quando viene realizzato tramite *web*, cfr. Cass., SS.UU., 13 ottobre 2009, n.21661.

trasmissioni radiotelevisive, sarebbe auspicabile un intervento del legislatore in materia.

Analoghe considerazioni, che prendono le mosse dalla specificità della richiamata disciplina in tema di trasmissioni radiotelevisive, possono essere svolte rispetto alle posizioni assunte dalla giurisprudenza in ordine alla interpretazione evolutiva del concetto di stampa volta ad ammettere l'equiparabilità della testata giornalistica *on line* a quella tradizionale, non solo per l'estensione delle garanzie in materia di sequestro preventivo, ma anche per l'applicazione della disciplina in materia di *culpa in vigilando* ex art. 57 c.p. al direttore del giornale telematico. Le critiche mosse al nuovo orientamento giurisprudenziale hanno fatto perno sulla mancata rigorosa applicazione dei criteri ermeneutici in quanto nell'ambito di una interpretazione estensiva si sarebbe esorbitato dalla portata massima del significato semantico nella norma giuridica di riferimento dando vita ad una mal celata analogia in *malam partem*.

Le perplessità al riguardo troverebbero conferma proprio nella normativa in materia di trasmissioni radiotelevisive dato che la considerazione per cui l'adeguamento agli innovativi mezzi di comunicazione sia in passato avvenuto con l'introduzione di una disciplina *ad hoc*, senza tangere l'originaria nozione di stampa, sarebbe indicativa della *voluntas legis* di limitare la concezione della stessa al suo significato precipuamente tecnico e, conseguentemente, della necessità di un intervento legislativo in materia.

Sotto più fronti oramai emerge l'esigenza di assicurare che l'indispensabile armonizzazione della realtà giuridica con l'evoluzione tecnologica sia improntata ad un rigoroso rispetto del paradigma di legalità onde evitare che al giudice venga assegnato un errato ruolo di creazione del diritto, rendendo in tale ottica sempre più impellente un intervento legislativo volto a dissipare le incertezze e le difficoltà interpretative che sempre di più minano la tutela dell'onore della persona nel mondo virtuale.

## **Emergenza e democrazia. Considerazioni sulla gestione governativa della crisi sanitaria da Covid-19.**

**di Federico PERRI\***

**SOMMARIO:** **1.** Il “demansionamento” della democrazia rappresentativa. **2.** Emergenza e limitazione delle libertà fondamentali: il paradosso della legalità “antilegalità”. La discrasia tra teoria e pratica del sistema: chi è il “sovrano” nello stato di emergenza? **2.1** La restrizione della libertà di circolazione e di soggiorno alla prova della legalità costituzionale. **2.2** La “(in)sostenibilità” costituzionale della normazione emergenziale del Governo. **3.** La crisi da Covid-19 come causa di approdo alla “postdemocrazia”? **4.** Sul pericolo che la crisi sanitaria inneschi una crisi costituzionale.

**ABSTRACT:** This work intends to investigate the effects of the covid emergency on the so-called representative democracy and the repercussions on fundamental freedoms that have been excessively to limited the spread of the epidemic.

### **1. Il “demansionamento” della democrazia rappresentativa.**

La crisi sanitaria da Covid-19 ha aperto una fase di straordinarietà costituzionale nell’ambito della quale è emerso poderosamente il ruolo del Governo quale principale per non dire esclusivo gestore degli stati d’urgenza.

A partire dalla deliberazione del Consiglio dei ministri dello stato di emergenza sanitaria dello scorso 31 gennaio 2020 (a seguito della dichiarazione di rischio pandemia da Coronavirus dell’Organizzazione mondiale della sanità del 30 gennaio 2020)<sup>1</sup>, in nome della tutela della vita e della salute e per evitare il collasso del sistema sanitario nazionale, l’esecutivo ha praticamente monopolizzato la produzione giuridica adottando una pluralità di strumenti normativi che hanno imposto la limitazione *pro tempore* di una serie di diritti e di libertà fondamentali.

---

\* *Tutor di Storia del Diritto, Università della Calabria.*

<sup>1</sup> Lo stato di emergenza di rilievo nazionale è stato dichiarato con Delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020 recante «Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all’insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili» ai sensi e per gli effetti dell’articolo 7, comma 1, lettera c), e dell’articolo 24, comma 1, del decreto legislativo n. 1 del 2018, Codice della Protezione civile.

Il tutto senza che vi sia stato un coinvolgimento pregnante del Parlamento di fatto "demansionato" allo svolgimento di una funzione 'notarile', ovvero politicamente ed istituzionalmente marginalizzato.

Il virus, oltre che a mettere a dura prova la tenuta psico-fisica nazionale, ha messo a dura prova la tenuta del nostro assetto democratico-rappresentativo<sup>2</sup>.

Il Governo dunque si è affermato quale organo cui collocare i poteri normativi del caso sulla base dell'esigenza di speditezza dell'*iter* decisionale per fronteggiare la pandemia, attingendo 'a piene mani' dal serbatoio di soluzioni giuridiche offerto da quel 'diritto dell'emergenza' *fast* formatosi progressivamente di là dagli spazi di pieno ed effettivo controllo e condivisione parlamentare delle scelte politiche<sup>3</sup>, di là cioè dalla fisiologica dinamica del nostro assetto costituzionale-parlamentare anche con riferimento alle fasi di crisi<sup>4</sup>.

Eppure, la nostra Costituzione, nonostante non preveda espressamente una disciplina *ad hoc* dello stato di emergenza<sup>5</sup>, prevede in più disposizioni limitazioni

<sup>2</sup> Sul punto, *ex multis*, cfr. M. AINIS, *Il bisticcio del potere. L'emergenza e la legge*, in *la Repubblica*, 3 marzo 2020. Secondo l'A. «il Coronavirus ha infettato l'ordinamento giuridico italiano, oltre che gli italiani in carne e ossa». In altro contributo, IDEM, *Meglio distante che latitante*, in *la Repubblica*, 19 marzo 2020, Ainis sostiene che «il Parlamento dovrebbe essere il centro del potere, delle decisioni, secondo la costituzione italiana. E invece, sui problemi legati alla pandemia del coronavirus, parlano e decidono tutti meno il Parlamento, che risulta al momento in quarantena».

<sup>3</sup> Fatto salvo lo strumento tipico del decreto-legge che consente al governo *ex* articolo 77 di emanare provvedimenti provvisori per gestire situazioni straordinarie di necessità ed urgenza, la disciplina dello stato di emergenza è contenuta nel decreto legislativo n. 1 del 2018 che prevede il ricorso alle ordinanze di protezione civile allo scopo di far fronte ad eventi calamitosi, di origine naturale o derivante dall'attività umana, in pendenza dello stato di emergenza deliberato dal Consiglio dei ministri. Il potere di ordinanza spetta al Presidente del Consiglio dei ministri, ai Presidenti delle Regioni e delle Province autonome. Debbono citarsi poi una serie di poteri emergenziali di ordinanza riconosciuti ai Prefetti, per tutelare l'ordine pubblico e la sicurezza pubblica, ed ai Sindaci, allo scopo di mantenere l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana ovvero nelle materie di igiene, sanità pubblica e polizia veterinaria. Sulla base di ciò, nel tempo si è stratificata una disciplina dei poteri straordinari qualificata come "diritto dell'emergenza", cioè un sistema normativo parallelo rispetto all'impianto costituzionale e composta sia dalla decretazione d'urgenza e sia dal potere di ordinanza. Sul punto cfr. C. PINELLI, *Un sistema parallelo: decreti-legge e ordinanze d'urgenza nell'esperienza italiana*, in *Diritto pubblico*, n. 2, 2009, pp. 317 e ss.; sul tema del controllo parlamentare in situazioni emergenziali cfr. P. PICCIACCHIA, *Lo stato di emergenza e il tortuoso cammino del controllo parlamentare*, in C. MURGIA (a cura di), *Scritti in onore di Sara Volterra*, Torino, 2017, pp. 773 e ss.

<sup>4</sup> Sulla distorsiva marginalizzazione del Parlamento, 'costretto' ad operare a ranghi e tempi ridotti, durante la pandemia da Covid-19 cfr. M. CALAMO SPECCHIA, *Principio di legalità e stato di necessità al tempo del "Covid-19"*, in *Osservatorio Costituzionale*, n. 3, 2020, pp. 162-167; sul funzionamento e sulle attività delle Camere in vigenza delle prescrizioni imposte per evitare la diffusione del Covid-19, S. CURRERI, *Il Parlamento nell'emergenza*, in *Osservatorio Costituzionale*, n. 3, 2020.

<sup>5</sup> La nostra Costituzione non prevede una disciplina esplicita dello stato di emergenza, contemplando all'articolo 78 quale unico caso che importa il conferimento di poteri straordinari in

alle libertà fondamentali anche per motivi emergenziali, cioè di sanità e/o sicurezza e/o incolumità pubblica, purché con la garanzia della riserva di legge, allo scopo precipuo di ricondurre la decisione restrittiva alla volontà dei rappresentanti dei cittadini.

Così ad esempio in ordine alle limitazioni della libertà di circolazione e di soggiorno sul territorio nazionale (articolo 16), oppure per quanto concerne le limitazioni dell'autonomia di regioni, province e comuni mediante l'esercizio dei poteri sostitutivi da parte del Governo (articolo 120, comma 2).

Riserva di legge che è presidio indefettibile di legalità democratica anche per operare limitazioni della libertà personale (articolo 13), limitazioni della libertà di domicilio (articolo 14, comma 3), ovvero per incriminare e punire in sede penale (articolo 25).

È dunque la legge, nel senso di atto decisorio tipicamente riconducibile alla volontà dell'Istituzione che incarna il nesso di rappresentatività tra popolo e Stato, la garanzia democratica per operare quelle limitazioni di diritti fondamentali tese alla salvaguardia di interessi collettivi. Tutt'al più, la Costituzione ammette che sia il Governo di sua iniziativa e sotto la propria responsabilità ad adottare in casi straordinari di necessità ed urgenza dei decreti-legge (articolo 77), atti equiparati per forza e valore alla legge parlamentare tuttavia sottoposti al controllo preventivo di costituzionalità del Capo dello Stato in sede di emanazione ed al controllo successivo del Parlamento in sede di conversione in legge, con la possibilità poi di divenire oggetto dello specifico scrutinio di legittimità della Corte costituzionale.

Dal momento che gli atti normativi impiegati dall'esecutivo in tempo di emergenza hanno inciso fortemente sui diritti fondamentali senza che vi sia stato un coinvolgimento effettivo del Parlamento, sembra opportuno in questa sede valutarne la congruità rispetto al principio di legalità ed al suo fondamento democratico<sup>6</sup>, soprattutto considerando che siffatte restrizioni hanno trovato la loro fonte di produzione in una serie di decreti-legge (controversi in ordine alla

---

capo all'esecutivo lo stato di guerra. Peraltro, anche in questo caso la deliberazione spetta alle Camere e la dichiarazione al Presidente della Repubblica ex articolo 87, comma 9.

<sup>6</sup> Sul principio di legalità, *ex multis*, S. FOIS, s.v., *Legalità (principio di)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXIII, Milano, 1973, 662; L. CARLASSARE, s.v., *Legalità (principio di)*, in *Enciclopedia Giuridica*, XVIII, Roma, 1990, pp. 1-2; G.U. RESCIGNO, *Qualità della legislazione e principio di legalità*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2000, 158; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1984, 58; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1991, 346; F. SORRENTINO, *Lezioni sul principio di legalità*, Torino, 2001, 9; L. CIMELLARO, *Il principio di legalità in trasformazione*, in *Diritto e società*, 2006, pp. 116-119.

legittimità del loro contenuto ordinatorio)<sup>7</sup> e la loro fonte di attuazione/produzione in una costellazione di decreti del Presidente del Consiglio dei ministri (questi controversi anche dal punto di vista della loro opportunità politica e giuridica)<sup>8</sup>.

Non si vuole con questo affermare che debbano essere considerate *tout court* illegittime le limitazioni di libertà fondamentali operate dall'esecutivo, in specie considerate la straordinarietà e la drammaticità delle circostanze emergenziali determinate dall'epidemia da Covid-19. Appare anzi finanche superfluo precisare che la tutela di beni primari quali il diritto alla vita, alla salute ed alla sicurezza pubblica possa benissimo giustificare la transitoria compressione di taluni diritti fondamentali.

Ciò che rileva ai fini di questa indagine è che le modalità procedurali e politiche scelte dal Governo, in assenza di specifiche indicazioni costituzionali in ordine al c.d. stato di emergenza, debbono però necessariamente essere sottoposte a vaglio critico perché qualunque attività che importi la limitazione dei diritti fondamentali, nel nostro assetto democratico-parlamentare, non può in nessuno modo non vedere tanto formalmente quanto sostanzialmente coinvolto il Parlamento<sup>9</sup>.

Diversamente la legalità costituzionale verrebbe senz'altro *bypassata* venendosi a determinare sul piano della dinamica della forma di governo parlamentare disegnata dal Costituente un inaccettabile squilibrio fra gli organi di indirizzo politico, fenomeno distorsivo che realizzerebbe uno scarto 'patologico' tra la teoria (il modello costituzionale positivo) e la pratica del sistema (*in primis* le prassi politiche che concorrono a plasmare la c.d. Costituzione vivente)<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> V. *infra*.

<sup>8</sup> Oltre ai decreti-legge ed ai decreti monocratici del Presidente del Consiglio, le restrizioni delle libertà fondamentali si sono via via stratificate all'interno di vari decreti di Presidenti della Giunta Regionale ed in ordinanze dei Sindaci. Per una completa rassegna delle restrizioni *de qua* si rinvia alla pagina web ufficiale del Governo su *Governo.it* ed alle pagine delle singole regioni e dei singoli comuni.

<sup>9</sup> In questo senso, cfr. M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo, Consulta Online*, 2020, pp. 11 e ss., secondo il quale «qualora l'emergenza si protraesse per molti mesi (...) il Parlamento dovrebbe recuperare appieno la propria capacità nomopoietica, liberandosi dal ruolo di mero ufficio di conversione in legge dei decreti del Governo».

<sup>10</sup> Chi scrive ritiene di dover adottare in questa indagine un metodo analitico che integra sia il livello teorico – rappresentato dal modello costituzionale positivo – sia quello della prassi – rappresentato dalla «pratica del sistema». In generale, nell'affrontare la tematica della forma di governo ci si occupa di un fenomeno le cui ragioni storiche sono state principalmente politiche: il crollo dell'assetto di *Ancien regime* fondato su necessità di limitazione e controllo del potere politico, onde evitarne un esercizio arbitrario, irresponsabile e perciò incontrollabile, attraverso la positivizzazione di diritti e di libertà fondamentali. D'altronde, com'è noto, fin dai tempi di Jean-



Del resto, come già espresso precedentemente, la nostra Costituzione nonostante non prefiguri espressamente lo stato di emergenza afferma quali imprescindibili presidi di legalità/democraticità del sistema politico-istituzionale, anche con riferimento a situazioni emergenziali, la centralità del Parlamento e la primazia della legge parlamentare.

Pertanto occorre interrogarsi, di là dalle strettoie del rigido ed acritico formalismo giuridico<sup>11</sup>, se l'iperattivismo governativo a scapito del Parlamento e se la

---

Jacques Rousseau la Costituzione stessa è per antonomasia la fonte di «diritto politico». La circolarità tra fatto politico e diritto, permette di osservare il concreto manifestarsi dei rapporti tra le Istituzioni costituzionali nel loro reale divenire, oltre la staticità della distribuzione formale delle competenze fra gli Organi/poteri dello Stato, alla luce dell'intrecciarsi tra testo costituzionale e prassi politico-partitiche. Del resto, questo rapporto di reciproca influenza tra diritto e fatto politico nell'ambito della meccanica dell'ordinamento costituzionale è stato evidenziato in tempi non sospetti da Costantino Mortati che ha identificato nel concetto di «Costituzione in senso materiale» la reale effettualità degli istituti costituzionali e dei concreti rapporti che si instaurano tra gli Organi di vertice sulla scia delle prassi delle forze socio-politiche. Devono perciò prendersi in considerazione in questa sede le prassi politiche che inevitabilmente plasmano i rapporti fra gli Organi costituzionali e che, proprio per questo motivo, determinano delle situazioni di fatto che concorrono a definire concretamente la *living Constitution*. Sicché, nell'ambito della trattazione del tema oggetto di queste considerazioni, la patologica marginalizzazione del Parlamento nella gestione di questa crisi sanitaria a vantaggio del Governo e del suo Organo di vertice è anche da imputarsi alle materiali condotte poste in essere dagli attori politico-istituzionali. Queste possono essere definite come regolarità politiche, ossia degli schemi d'azione rodati idonei a generare, ove sorretti da una *opinio* di doverosità, delle stabili regole comportamentali e organizzative anche diverse e/o in contrasto rispetto al sistema positivo ed allo spirito della Carta fondamentale generando una divaricazione potenzialmente patologica tra Costituzione formale e Costituzione materiale. Per l'approccio che privilegia l'osservazione dei fenomeni giuridici e politico-istituzionali sul versante della prassi, in generale su questi temi, *ex multis*: D. RICHEL, *Lo spirito delle istituzioni. Esperienze costituzionali nella Francia moderna*, a cura di F. DI DONATO, Roma – Bari, 1998; J. J. ROUSSEAU, *Du contrat social: ou principes du droit politique*, Amsterdam 1762; C. MORTATI, s.v., *Costituzione dello Stato (teoria generale)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XI, Milano, 1962, p. 167, ma anche IDEM, *La Costituzione in senso materiale (1940)*, rist. inalterata con prefazione di G. ZAGREBELSY, Milano, 1998, pp. 76 e 115 e ss.; L. ELIA, s.v., *Governo (forme di)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XIX, Milano, 1970; M. LUCIANI, s.v., *Governo (forme di)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Annali III, Milano, 2010; M. AINIS, *Sul valore della prassi nel diritto costituzionale*, in *Rivista trimestrale diritto pubblico*, n. 9, 2007.

<sup>11</sup> I tentativi teoretici volti ad occultare la politicità del diritto, costruendo impalcature dogmatiche astratte ed autoreferenziali tese a confondere "idealità e prassi" per finalità ideologico-disciplinari, rappresentano per chi scrive delle operazioni inquinanti che non consentono di cogliere l'intrinseca natura del concetto di forma di governo, in realtà «interdisciplinare e dinamico». Occorre dunque considerare il diritto come «scienza sociale» e non soltanto come concettualizzazione ideale ed astratta come vuole la concezione formalistica che alberga nella *forma mentis* «idealpositivistica» della *Scientia juris* tradizionale. Sulle origini e sugli sviluppi della figura del «giurista-sacerdote» nel sistema «autoreferenziale» della *Scientia juris*: R. AJELLO, *Arcana juris. Diritto e politica nel Settecento italiano*, Napoli, 1976; F. DI DONATO, *La rinascita dello Stato. Dal conflitto magistratura – politica alla civilizzazione istituzionale europea*, Bologna, 2010; IDEM, *L'ideologia dei robins nella Francia dei Lumi. Costituzionalismo e assolutismo nell'esperienza politico-istituzionale della magistratura di antico regime (1715-1788)*, Napoli, 2003. Sull'inquinamento prodotto dalla

gestione "accentrata" nella figura del Presidente del Consiglio dei ministri di questa crisi abbiano o meno inciso, e se sì in che termini, sull'assetto parlamentare-costituzionale.

## **2. Emergenza e limitazione delle libertà fondamentali: il paradosso della legalità "antilegalità". La discrasia tra teoria e pratica del sistema: chi è il "sovrano" nello stato di emergenza?**

Com'è noto, la nostra Costituzione non prevede una procedura per la dichiarazione dello stato di emergenza e lo specifico *iter* contemplato per lo stato di guerra non sembra applicabile in via analogica al caso della crisi sanitaria da Covid-19.

Tuttavia, non si può negare che una lettura estensiva dell'articolo 78 «avrebbe potuto porre in essere un saldo recinto entro cui esplicitare i poteri normativi del Governo stante la delimitazione dei confini dell'azione governativa preventivamente definiti con legge»<sup>12</sup>.

Paradossalmente la procedura disegnata dall'articolo 78 avrebbe contribuito alla salvaguardia delle garanzie costituzionali, *melius* del nostro assetto costituzionale formale e sostanziale, dal momento che nell'ambito dell'ipotesi certamente drammatica ed emergenziale dello stato di guerra la nostra Carta prevede un meccanismo che coinvolge ben tre organi apicali dell'ordinamento: il Parlamento che conferisce i poteri necessari al Governo – e non al solo Capo dell'esecutivo – ed il Presidente della Repubblica che dichiara lo stato belligerante deliberato dalle Camere.

---

confusione tra idealità e prassi, R. AJELLO, *Dalla magia al patto sociale. Profilo storico dell'esperienza istituzionale e giuridica*, Napoli, 2013. Sulla interdisciplinarietà del concetto di forma di governo, A. SPADARO, *L'evoluzione della forma di governo italiana: dal parlamentarismo rigido e razionalizzato al parlamentarismo flessibile, con supplenza presidenziale*, Relazione al Seminario su "La forma di governo italiana nel settantennio della Costituzione", in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2018. Sul diritto come scienza sociale, S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, vol. IV, 1950, pp. 50 e ss., ripubblicato in *Grammatica e diritto*, Milano 1978. Sul concetto di «idealpositivismo», R. AJELLO, *Formalismo medievale e moderno*, Napoli, 1990, pp. 155, 160 e *passim*, concetto poi ripreso da F. DI DONATO, *La rinascita dello Stato*, cit., pp. 55-56.

<sup>12</sup> Così M. CALAMO SPECCHIA, cit., p. 146. Secondo l'A. «la nozione di guerra ha una precisa definizione costituzionale, contenuta nell'art. 11 Costituzione, identificata come situazione antinomica rispetto alla pace, obiettivo fondativo della nuova Repubblica che ripudia la forza intesa quale strumento di risoluzione delle controversie internazionali, cui si accompagna il proposito di creare fra i popoli legami positivi e non più cruente barriere. Siamo di fronte a un significato diverso e non riconducibile alle pandemie (a meno che non si intenda considerare la pandemia una "bomba virologica" sganciata da esperimenti chimici pilotati da potenze straniere: ma qui entriamo nel campo delle ipotesi giuridicamente irrilevanti».

Siffatto meccanismo è stato evidentemente concepito per procedimentalizzare la garanzia della preservazione della legalità costituzionale anche dinanzi ad eventi straordinari di necessità ed urgenza, come la tragedia della guerra, attraverso il rigoroso rispetto di forme funzionalizzate all'esigenza sostanziale di non perdere mai e in nessun caso la 'bussola della democrazia'.

*Repetita iuvant*: il fulcro del nostro assetto democratico-costituzionale è il Parlamento, Istituzione che incarna il principio della sovranità popolare, non il Governo e non il Capo del Governo; è ripudiata l'idea di "un uomo solo al comando"<sup>13</sup> tanto in condizioni di normale andamento costituzionale quanto in casi emergenziali, siano questi ultimi derivanti da una guerra o da una pandemia.

---

<sup>13</sup> In proposito R. MARTUCCI, *Storia costituzionale italiana. Dallo Statuto Albertino alla Repubblica (1848-2001)*, Roma, 2015, p. 264 e ss., afferma che «alla Costituente italiana lo spettro del "cesarismo" fece premio su tutto». In un contesto politico e sociale lacerato e conflittuale per via del dramma della guerra mondiale che si era appena consumata, le forze politiche costituenti optarono per la conservazione del parlamentarismo, già affermatosi in via di prassi nella precedente esperienza statutaria, il cui fulcro doveva essere l'organo eletto direttamente dal popolo e capace di rappresentare quella costellazione di ideologie di cui erano portatori gli stessi partiti in Assemblea, relegando l'esecutivo in una posizione di subalternità rispetto al Parlamento attraverso l'instaurazione del vincolo fiduciario che avrebbe trovato poi espressa configurazione nelle disposizioni di cui all'articolo 94 della Costituzione. Soprattutto nel senso di ripudio dell'idea di "un uomo solo al comando", con la conseguente volontà di sacralizzare la sovranità parlamentare quale fulcro del sistema politico-istituzionale, vanno interpretate le parole di Meuccio Ruini nella Relazione al Progetto di Costituzione, presentata all'Assemblea della Commissione per la Costituzione, da lui presieduta, il 6 febbraio 1947: «Vi è un punto che non si deve mai perdere di vista in nessun momento, in nessun articolo della costituzione: il pericolo di aprire l'adito a regimi autoritari ed antidemocratici. Si sono a tale scopo evitati due opposti sistemi. Anzitutto: il primato dell'esecutivo, che ebbe nel fascismo l'espressione più spinta. Non si può dire che appartenga a questo tipo il sistema presidenziale, che fa buona prova negli Stati Uniti d'America, con un Capo dello Stato che è anche Capo del governo ed ha ampi poteri, ma non sembra poter essere trasferito da noi, che non abbiamo la forma federale, né altri elementi — d'equilibrio col Congresso, d'avvicendamento di due grandi partiti — che accompagnano quel sistema nella Repubblica dalla bandiera stellata. Vi è in Europa una resistenza irreducibile al governo presidenziale, per il temuto spettro del cesarismo, ed anche per il convincimento (e noi non dobbiamo abbandonarlo, ma valorizzarlo), che il governo di gabinetto abbia diretta radice nella fiducia parlamentare. Si è d'altra parte evitato il pericolo di mettersi nel piano inclinato del governo d'assemblea. Ha l'apparenza d'un sillogismo la tesi che, poiché la sorgente di sovranità è unica, nel popolo, ed unica deve esserne la delegazione, ogni potere si concentra nel Parlamento, e gli altri organi, il Governo, il Capo dello Stato, la Magistratura, ne sono il comitato o i commessi ed agenti d'esecuzione. Si nega con ciò la possibilità di forme molteplici e diverse di espressione della sovranità popolare; e si lascia cadere quel tessuto costituzionale di ripartizione ed equilibrio dei poteri, che — anche se la formula di Montesquieu è in parte superata — ha costituito una conquista ed un presidio di libertà [...]. Il progetto italiano, allacciandosi alla realtà europea, mantiene il sistema parlamentare o di gabinetto; ed eliminando residui e riflessi di eredità monarchica, lo svolge in un quadro di più piena democrazia». In questo senso va letto pure il celebre ordine del giorno di Tomaso Perassi – votato il 5 settembre 1946 dalla Seconda Sottocommissione della Commissione per la Costituzione e che sintetizzava così gli orientamenti dei Costituenti in merito alla scelta della forma di governo parlamentare: «La seconda sottocommissione [...] ritenuto che

In via generale «la nostra Carta custodisce l'ambizione, o forse l'illusione, d'assoggettare lo stato d'eccezione alle regole dello Stato di diritto. E la prima regola è per l'appunto questa: il primato delle assemblee legislative»<sup>14</sup>, ergo il mantenimento della posizione di preminenza della legge ordinaria sulle altre fonti di produzione giuridica e quindi la effettiva cogenza del principio di legalità tanto in senso formale quanto in senso sostanziale<sup>15</sup>.

Ciò significa che, sul piano dell'effettiva democraticità/legalità dell'ordinamento giuridico-sociale, le decisioni sulle limitazioni di diritti e libertà costituzionalmente garantiti spettano al Parlamento, «l'unico luogo delle nostre istituzioni abitato dall'opposizione, oltre che dalla maggioranza»<sup>16</sup> e legittimato dal voto popolare. L'essenzialità del controllo e della condivisione democratica delle scelte e della dialettica parlamentare vale anche per la decretazione d'urgenza di matrice governativa, tipizzata dalla nostra Costituzione per dare rapide soluzioni alle emergenze, dal momento che essa è destinata inesorabilmente alla perdita di ogni efficacia in assenza della conversione in legge ad opera delle Camere entro i previsti sessanta giorni<sup>17</sup>.

---

né il tipo di governo Presidenziale, né quello del governo Direttoriale risponderebbero alle condizioni della società italiana, si pronuncia per l'adozione del sistema parlamentare, da disciplinare tuttavia con dispositivi costituzionali idonei a tutelare le esigenze di stabilità dell'azione di governo e ad evitare le degenerazioni del parlamentarismo». Per approfondire la lettura della "Relazione Ruini" v. il Resoconto stenografico della seduta all'*Assemblea della Commissione per la Costituzione* del 6 febbraio 1947, pp. 9-10; per l'ordine del giorno Perassi v. Resoconto stenografico della seduta del 4 settembre 1946 della *Seconda sottocommissione della Commissione per la Costituzione*, pp. 102-103. Per la ricostruzione storica dei punti salienti del dibattito in seno alla Costituente, *ex multis*, R. MARTUCCI, cit.; P. SCOPPOLA, *La Repubblica dei partiti. Evoluzione e crisi di un sistema politico 1945-1996*, Bologna, 1997.

<sup>14</sup> M. AINIS, *L'emergenza e la legge*, cit.; si deve però precisare che, nonostante siano le 'due facce della medaglia' della straordinarietà, si deve distinguere tra stato di emergenza e stato di eccezione: mentre il primo è teso alla salvaguardia dello Stato di diritto nel senso che vi si ricorre per ripristinare al più presto possibile la normalità, il secondo è teso a demolire lo *status quo* per introdurre un nuovo ordine. Su questa distinzione v. *infra* § 4.

<sup>15</sup> La legalità formale esige che una previa norma di rango primario (legge od atto ad essa equiparato) funga da base di legittimità legale-formale per gli atti di esercizio del potere esecutivo-amministrativo; mentre la legalità in senso sostanziale richiede altresì che gli atti adottati dall'esecutivo-amministrazione siano vincolati per forma e contenuto alla previa norma primaria autorizzativa del potere onde circoscrivere il perimetro di discrezionalità dell'amministrazione. Per approfondire esaustivamente i concetti di legalità formale e legalità sostanziale cfr. P. STANCATI, s.v., *Legalità (principio di)*, in *Il Diritto – Enciclopedia Giuridica del Sole 24 Ore*, VIII, Milano, 2007, pp. 690-693.

<sup>16</sup> M. AINIS, *L'emergenza e la legge*, cit.

<sup>17</sup> Per le discussioni nel merito della decretazione d'urgenza all'interno del dibattito in seno all'Assemblea costituente, onde cogliere le *rationes* poste alla base dell'inserimento di questo strumento nella nostra Carta costituzionale, v. il Resoconto stenografico della seduta della *II Sottocommissione della Commissione per la Costituzione* del 21 settembre 1946 ed il Resoconto

Durante questa crisi sanitaria però le fonti normative principali e mediaticamente alla ribalta non sono state né la legge parlamentare e neppure il decreto-legge ma i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri (D.P.C.M.), ossia fonti di rango secondario, di natura amministrativa, sprovvisti di forza di legge e sottratti a qualsiasi tipo di controllo da parte degli altri poteri dello Stato, sia in via preventiva sia in via successiva alla loro adozione<sup>18</sup>.

Procedendo con ordine, la fonte sulla produzione di tutti i provvedimenti dell'esecutivo via via stratificatisi e tesi a far fronte alla pandemia è stata il decreto-legge n. 6 del 2020 recante «Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19» che ha attribuito alle «autorità competenti» il potere di «adottare ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica». Nel novero di siffatte misure sono rientrate quelle elencate in maniera non tassativa dal medesimo decreto-legge e quelle «ulteriori [...] al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia» anche al di fuori dei casi esemplificati, individuando quale fonte privilegiata di attuazione delle misure *de qua* il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri (D.P.C.M.), così sacralizzando una sostanziale "delega in bianco" – sulla quale si discorrerà più avanti – di dubbia legittimità ed opportunità politica e giuridica che ha di fatto accentrato la gestione della crisi sanitaria nella figura e negli atti monocratici del Capo del Governo.

Difatti, al decreto-legge sopramenzionato ha fatto seguito una pioggia di D.P.C.M. e di altri atti di natura amministrativa che, generando una notevole stratificazione/confusione normativa, ha messo a dura prova la tenuta dello Stato di diritto grazie all'elevato coefficiente di discrezionalità nelle scelte restrittive di diritti e di libertà in favore delle autorità di pubblica sicurezza ed alla speculare marginalizzazione del Parlamento.

### **2.1 La restrizione della libertà di circolazione e di soggiorno alla prova della legalità costituzionale.**

---

stenografico della seduta dell'*Assemblea costituente* del 17 ottobre 1947 sul *Portale Storico* della Camera dei deputati [www.storia.camera.it](http://www.storia.camera.it).

<sup>18</sup> Al contrario dei decreti-legge, i decreti monocratici del Capo dell'esecutivo, siccome fonti di rango secondario di natura regolamentare, sfuggono al controllo preventivo di legittimità operato dal Presidente della Repubblica, non sono soggetti allo scrutinio parlamentare per la conversione in legge e sono inoltre sottratti ad un eventuale vaglio della Corte costituzionale per il controllo successivo di costituzionalità. Su quest'ultimo punto cfr. Corte. Cost., sent. n. 427 del 2000: è il medesimo "Giudice delle leggi" a spiegare che possono formare oggetto del proprio sindacato soltanto le leggi e gli atti aventi forza di legge dello Stato e delle Regioni in aderenza al tenore letterale del disposto di cui all'articolo 134 della Costituzione.

Tra le misure previste dal decreto-legge n. 6 del 2020 ne spiccano alcune che hanno integrato la compressione della libertà di circolazione e di soggiorno sul territorio nazionale sancita dall'articolo 16 della nostra Costituzione.

L'articolo 16 prevede che per motivi di sanità o sicurezza pubblica la legge in via generale possa limitare la libertà di circolazione e di soggiorno dei cittadini sul territorio nazionale.

Dal momento che mai è stata adottata una legge parlamentare prefigurante i casi ed i modi di limitazione della libertà di circolazione e di soggiorno, eventualmente da attuare mediante fonti secondarie strettamente esecutive, ad oggi ci troviamo davanti ad un caso di "inattuazione" della Costituzione.

Bisogna dunque capire se, in punto di legalità formale e sostanziale, l'articolo 16 in commento richieda come unica fonte idonea alla limitazione della libertà di circolazione e di soggiorno una legge ordinaria parlamentare, ovvero se la riserva di legge *de qua* possa essere soddisfatta pure con l'emanazione di altra fonte primaria come il decreto-legge.

Si tratta di una questione preliminare certamente suggestiva che in condizioni di fisiologico andamento costituzionale potrebbe sembrare perfino stucchevole, ma che tuttavia va affrontata alla luce di quelle pratiche politiche che da anni distorcono l'assetto democratico-parlamentare disegnato dal Costituente e cioè quelle tendenze volte al rafforzamento degli organi esecutivi a detrimento degli organi rappresentativi e legislativi, in virtù della supposta maggiore stabilità, razionalità, efficacia anche nella produzione normativa dei primi<sup>19</sup>.

Posto che gli atti normativi dell'esecutivo assurgono a rango di fonti primarie equiparate alla legge, la questione non può essere dipanata soltanto alla luce della legalità formale, altrimenti dovrebbero *in re ipsa* considerarsi ammissibili e legittime le restrizioni della libertà di circolazione e di soggiorno stabilite direttamente ed unicamente da una qualsiasi fonte primaria (legge ordinaria oppure atto avente forza di legge), nonché quelle attuate da fonti secondarie formalmente conformi alle disposizioni contenute in una previa fonte primaria autorizzativa dell'esercizio del potere amministrativo. In questa ultima ipotesi poi si dovrebbe soltanto operare una valutazione di congruità formale tra la previa

---

<sup>19</sup> Vale la pena ricordare in proposito che serpeggia da anni una falsificazione concettuale tesa ad uniformare le caratteriali dell'attività parlamentare e dell'attività esecutiva. Il Parlamento non è il Governo: è l'azione amministrativa che deve essere improntata a criteri di efficienza, efficacia ed economicità così come richiesto dall'articolo 97 della Costituzione, non l'attività legislativa. Sulle tendenze rafforzative dell'esecutivo rispetto al Parlamento v. *infra* § 3.

disposizione di rango primario attributiva del potere e la successiva attività attuativa dell'esecutivo-amministrazione<sup>20</sup>.

Diversa è la questione se inquadrata dal lato della legalità sostanziale il cui fulcro è che l'atto-fonte autorizzativo dell'esercizio del potere amministrativo sia una legge parlamentare dotata di legittimazione democratica e vincolante in ordine a forma ed a contenuto per i successivi atti dell'esecutivo-amministrazione.

Alla previa legge parlamentare che circoscrive puntualmente il perimetro di esercizio del potere conferito debbono conformarsi poi gli atti amministrativi di attuazione per inverare/incarnare la premessa della legalità: la soggezione dell'atto amministrativo alla legge, ossia la fissazione puntuale del margine discrezionalità amministrativa entro i limiti di "democraticità" del sistema, onde evitare "forzature" per non dire "rottture" costituzionali, per evitare degenerazioni arbitrarie e/o personalistiche, per salvaguardare lo Stato di diritto e lo spirito della nostra Costituzione. Soltanto rispettando questi passaggi può considerarsi legittima la successiva attività restrittiva di diritti e di libertà fondamentali.

Fatte queste considerazioni, non è allora questione di poco momento quella sollevata in precedenza che verte cioè sulla idoneità dal punto di vista democratico-sostanziale dello strumento del decreto-legge ad essere atto normativo soddisfacente della riserva di legge di cui all'articolo 16 della Costituzione, nell'ambito di un contesto emergenziale in cui, ripetesì, il Parlamento ha assunto le vesti di orpello formale.

Sul punto, a parere di chi scrive, giova rimembrare le considerazioni di Lelio Basso, co-relatore insieme a Giorgio La Pira della proposta dell'odierno articolo 16 in seno alla I Sottocommissione della Commissione per la Costituzione, dalle quali emerge *ictu oculi* che già il Costituente intendeva riferirsi ad ipotesi di epidemie o di calamità allorquando discuteva delle ragioni di sanità giustificative della limitazione della libertà di circolazione e che siffatta restrizione sarebbe stata legittimamente posta in essere soltanto se imposta con carattere generale dalla legge poiché «l'unica garanzia contro l'arbitrio delle autorità esecutive è nelle disposizioni legge»<sup>21</sup>.

Orbene, tenendo conto che la disciplina ex articolo 16 nostro malgrado ha trovato oggi giorno la sua prima applicazione, per salvaguardare la tenuta del

---

<sup>20</sup> V. CRISAFULLI, cit., p.58, secondo il quale «il principio di legalità esige che l'esplicazione dell'autorità (regolamento o provvedimento) trovi il proprio fondamento positivo, oltre che il proprio limite negativo, in una previa norma, che di solito si ritiene debba essere posta da legge formale o da atto ad essa equiparato, in omaggio al concetto "politico" di legge».

<sup>21</sup> V. il Resoconto stenografico della seduta della *Prima Sottocommissione della Commissione per la Costituzione* del 20 settembre 1946: [www.storia.camera.it](http://www.storia.camera.it).



sistema democratico-rappresentativo che versa da anni in uno stato di profonda crisi politico-istituzionale acuita da questa crisi sanitaria, per disinnescare gli effetti nocivi sul nostro assetto costituzionale di quello che potrebbe definirsi come paradosso di una legalità "antilegalità", cioè di una normazione *fast* che è posta in essere dall'esecutivo allo scopo di raggiungere "efficientemente" gli obiettivi fissati negli atti-fonti primarie ma che necessita per ragioni di speditezza decisionale della marginalità/debolezza di un Parlamento ridotto a mera formalità democratica, si potrebbe finanche ritenere inidoneo il decreto-legge quale fonte sulla produzione delle restrizioni di libertà fondamentali.

Su questa scia si potrebbe inoltre propendere per il rigoroso rispetto delle forme costituzionali mediante le quali addivenire alla restrizione di tali libertà, funzionalizzando questo rigore nella lettura ed attuazione sistematica della Carta alla garanzia dell'esigenza sostanziale di protezione dell'assetto parlamentare-costituzionale soprattutto nei momenti di crisi, riaffermando con rinnovato vigore la centralità del Parlamento e la primazia della legge parlamentare e del suo fondamento democratico, in ossequio alla concezione sostanzialistica della legalità.

Da questa attuazione sistematica del dettato costituzionale funzionalizzata a rinvigorirne lo spirito, che non sarebbe certamente operazione inquadrabile nell'ambito di quel rigido formalismo proprio del "metodo pandettistico"<sup>22</sup> di ricerca scientifica concepita come concettualizzazione ideale/astratta della giuridicità che finisce per essere del tutto sganciata dalla realtà effettuale dei rapporti politici che intercorrono fra gli attori istituzionali<sup>23</sup>, deriverebbe allora l'idoneità della sola legge ordinaria quale fonte primaria attraverso la quale operare la limitazione della libertà di circolazione di cui all'articolo 16 poiché, del resto, è la stessa Costituzione a pretendere che sia il Parlamento il "sovrano" anche nei casi di emergenza.

La tesi per la quale soltanto le Camere possano procedere alla limitazione dei diritti costituzionalmente garantiti, circoscrivendo rigorosamente il margine di discrezionalità amministrativa e così non prestando il fianco ad arbitrii decisionali di altri soggetti istituzionali, servirebbe anzi tutto per impedire la perpetuazione di operazioni elusive della legalità costituzionale in un contesto emergenziale di tal fatta nell'ambito del quale il normale funzionamento del paese è impedito,

---

<sup>22</sup> Sulla Scuola giuridica della Pandettistica e sul metodo scientifico da essa propugnato, *ex multis*, M. ASCHERI, *Introduzione storica al diritto moderno e contemporaneo*, II, Torino, 2008.

<sup>23</sup> Sulla effettività dei rapporti tra gli Organi costituzionali quale prodotto della reciproca compenetrazione tra diritto e fatto politico di là dalle sole regole costituzionali positive, v. *supra* nota n. 11.

servirebbe per scongiurare il rischio di una "rottura" *contra Constitutionem* tra la teoria (modello parlamentare disegnato dalla Carta) e la pratica del sistema (prassi politico-giuridiche in netto contrasto con lo spirito della Costituzione). Tuttavia, data l'assenza di una puntuale legge ordinaria di individuazione dei casi e dei modi in cui è possibile limitare la libertà di circolazione per ragioni di sicurezza e di salute pubblica non dovrebbe considerarsi *sic et simpliciter* illegittimo l'intervento *motu proprio* del Governo con l'emanazione di atti aventi forza di legge, a patto che oltre alla forma si rispetti anche la sostanza.

## **2.2 La "(in)sostenibilità" costituzionale della normazione emergenziale del Governo.**

Pur ammettendo che in punto di legalità formale la riserva di legge di cui all'articolo 16 della Costituzione sia stata soddisfatta con la emanazione del decreto-legge n. 6 del 2020 debbono sollevarsi ugualmente dei dubbi circa la legittimità, sul piano della legalità sostanziale, dell'uso del potere emergenziale da parte dell'esecutivo.

In questo senso si deve per prima cosa riflettere sulla "sostenibilità" costituzionale della intensa, alluvionale, attività di normazione governativa, tanto sotto forma di decretazione di urgenza quanto e soprattutto sotto forma di atti monocratici del Presidente del Consiglio, dinanzi ad un Parlamento chiamato a svolgere un ruolo formale se non «addirittura ornamentale»<sup>24</sup> e quindi rispetto alla primaziale ed essenziale salvaguardia dei confini di legalità costituzionale anche in una fase di eccezionalità politico-sociale come quella attuale.

Infatti, se lo stato di necessità ed emergenza può benissimo rappresentare il presupposto di legittimità di un'attività normativa straordinaria di matrice governativa entro i limiti tracciati dall'articolo 77 della Costituzione, tale situazione emergenziale non può però giustificare quelle che sono apparse delle vere e proprie pratiche politico-giuridiche tenute dall'esecutivo elusive della legalità in senso sostanziale, tenendo conto della effettiva e già citata marginalizzazione del Parlamento, il «grande assente nel tempo del Coronavirus»<sup>25</sup>, "costretto" ad operare sbrigativamente e a ranghi ridotti<sup>26</sup>, quindi con ridotta capacità volitiva, qui intesa come controllo volontaristico degli atti e degli effetti di tali atti, in un clima reale di paura per rischi di contagio tra

<sup>24</sup> F. CECCARELLI, *E di fronte all'avanzata del contagio le Camere si rassegnano all'impotenza*, in *La Repubblica*, 9 marzo 2020.

<sup>25</sup> IBID.

<sup>26</sup> IBID. Secondo l'A. durante la crisi sanitaria da Covid-19 il Parlamento si è «auto-dimezzato a scopo profilattico».

deputati e senatori al semplice fine di garantire nei due rami parlamentari i numeri legali necessari e bastevoli alla ratifica delle decisioni prese dal Governo. In un contesto di questo tipo, nel quale peraltro si è paventata anche la possibilità di "chiudere" le Camere e di far votare i parlamentari telematicamente<sup>27</sup>, è emersa in modo tangibile la paralisi della democrazia rappresentativa per come concepita dalla nostra Costituzione e ciò in netto conflitto con l'irrinunciabile principio della continuità del Parlamento e delle attività delle Camere (enunciato col regime di *prorogatio ex* articolo 61) anche con riferimento ai momenti emergenziali in occasione della conversione in legge della decretazione d'urgenza governativa. Ma tale continuità parlamentare deve essere effettiva e non meramente formale o di facciata in esclusiva funzione di ratifica di altrui decisioni.

Sembra evidente l'insostenibilità costituzionale di un Parlamento di fatto degradato a residuo di formalità democratica anche perché, come più volte affermato, la nostra Carta designa quale "sovrano" pure dello stato di emergenza l'Assemblea popolare per evitare derive non democratiche: la democrazia rappresentativa non può in nessun modo essere dismessa.

Ulteriori criticità in punto di sostenibilità costituzionale sovengono poi dalla scelta governativa, *rectius* del Capo del Governo, di gestire la crisi sanitaria mediante un uso massiccio, abnorme, di decreti del Presidente del Consiglio anziché fare ricorso alla decretazione d'urgenza certamente più opportuna dal punto di vista politico e anche giuridico.

Infatti, l'esigenza di tempestività e di urgenza decisionale volta all'adozione delle misure concrete per la gestione della crisi sanitaria sarebbe stata soddisfatta appieno con l'emanazione di decreti-legge, cioè ricorrendo a quegli strumenti

---

<sup>27</sup> A parere di chi scrive, il fulcro della democrazia parlamentare è la dimensione dialogica 'in presenza': il dibattito, il confronto e lo scontro dialettico, la sintesi tra diverse posizioni per addivenire alla condivisione democratica delle scelte di indirizzo politico. Per tutto ciò, la paventata ipotesi di procedere a modalità impersonali di voto *on line* dei parlamentari ha suscitato non poche perplessità. Del resto, la "presenza" della maggioranza dei componenti di ciascuna Camera e del Parlamento ai fini della validità delle deliberazioni di tali organi richiesta dall'art. 64, comma 3, della Costituzione è da intendersi come presenza "fisica" dei parlamentari e non può intendersi pure come presenza "virtuale" dal momento che una siffatta presenza si tradurrebbe in una riduzione della funzione parlamentare ad esprimere semplicemente e sbrigativamente un sì od un no, quasi come se il voto parlamentare fosse ormai un residuo di formalità democratica, soprattutto in una situazione di emergenza nazionale come quella attuale. Così mortificando ancor di più l'Istituzione che rappresenta la sovranità popolare che, al contrario, necessita di riacquistare sostanzialmente quella centralità nel sistema politico-istituzionale che la Costituzione le assegna. *Contra*, M. CALAMO SPECCHIA, cit., pp. 162-167, la quale parla in senso positivo di «democrazia "elettronica" come supporto alla democrazia "fisica"».

normativi previsti dalla Costituzione proprio per far fronte allo stato di emergenza.

Come già accennato, dal punto di vista politico e giuridico si è realizzata una irrituale concentrazione di poteri in capo all'esecutivo-amministrazione attraverso la sostanziale delega "in bianco"<sup>28</sup> conferita dal decreto-legge n. 6 del 2020, fonte di legittimità giuridico-formale della successiva concatenazione di atti emergenziali (DD.P.C.M. ed ordinanze regionali e sindacali), che ha lasciato un amplissimo margine di discrezionalità nella scelta delle misure restrittive di libertà da adottare a quella normazione formalmente di attuazione, soprattutto quella mediante gli atti propri del Presidente del Consiglio, coloratasi poi sostanzialmente di innovazione giuridica siccome sovente esacerbante la copertura legislativa offerta dalle fonti primarie autorizzative<sup>29</sup>.

In questo senso emergono non poche problematiche dal momento che il decreto-legge soprarichiamato ha riconosciuto ed attribuito poteri normativi di larghissima portata al Presidente del Consiglio dei ministri i cui atti propri, i DD.P.C.M., non sono sottoposti al controllo preventivo di costituzionalità operato dal Presidente della Repubblica (al contrario degli atti collegiali del Consiglio dei ministri, invece scrutinati preventivamente dal Capo dello Stato poiché da questo emanati).

A parere di chi scrive, non si spiega dunque il motivo della mancata gestione della crisi sanitaria attraverso il ricorso a decreti-legge capaci di circoscrivere puntualmente il contenuto sostanziale delle misure limitative delle libertà fondamentali, anche perché, dal momento che l'articolo 77 della Costituzione prescrive che l'esecutivo adotta decreti d'urgenza «sotto la sua responsabilità»,

---

<sup>28</sup> Si tratta della portata della disposizione di cui all'articolo 2 del decreto-legge n. 6 del 2020 che ha attribuito alle «autorità competenti» la possibilità di adottare ulteriori misure per far fronte all'epidemia da Covid-19 di là dall'elencazione dei casi previsti dal precedente articolo 1 del medesimo decreto. Ampia critica sul frammento normativo in parola si ritrova in G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in *Unicost*, 2020. Secondo l'A. «l'esordio delle misure di contenimento del contagio epidemico da Covid-19 è stato caratterizzato da un profluvio di Dpcm contenenti discipline delle più varie materie e dei più disparati oggetti, norme attuative di disposizioni già vigenti e, insieme, norme anche fortemente innovative della legislazione esistente, non esclude limitazioni di diritti fondamentali, prescrizioni di nuovi doveri di comportamento, financo sanzioni penali. Tutto sotto l'ombrello (si potrebbe dire sotto... la foglia di fico) di una disposizione "in bianco" del d.l. n. 6/2020, meramente attributiva di potere, senza alcuna delimitazione di forma o di contenuto».

<sup>29</sup> Alcuni Autori invece non ravvisano alcuna anomalia di tal fatta sostenendo che i DD.P.C.M. invero debbano considerarsi alla stregua di ordinanze di protezione civile adottate in deroga a ogni disposizione di legge, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento, ai sensi del decreto legislativo n. 1 del 2018, c.d. Codice di Protezione civile, a norma del quale il Presidente del Consiglio dei ministri assume le vesti di Autorità nazionale di protezione civile con siffatti poteri di ordinanza. Cfr. M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2020.

così procedendo sarebbe stato possibile realizzare anche un effettivo controllo parlamentare sulle misure restrittive adottate eventualmente facendo valere la responsabilità politica del Governo.

Invece, la non puntualità del decreto-legge n. 6 del 2020 ha inficiato la legittimità formale e sostanziale dei successivi decreti monocratici del Presidente del Consiglio, strumenti a contenuto normativo attraverso i quali, ripetesi, si è proceduto alla limitazione *ultra vires* di libertà costituzionalmente garantite<sup>30</sup>.

L'insostenibilità costituzionale della catena normativa dell'emergenza affiora ancora considerando che l'atto-fonte di legittimazione originaria, il decreto-legge n. 6 del 2020, ha difettato del requisito contenutistico della "specificità" espressamente richiesto dall'articolo 15, comma 3, della legge n. 400 del 1988<sup>31</sup>, risultando così atto inidoneo a regolare la crisi sanitaria nel rispetto della riserva di legge di cui all'articolo 16 della Costituzione.

Infatti, il decreto d'urgenza avrebbe potuto legittimamente demandare l'esecuzione delle disposizioni ivi contenute ad atti amministrativi "strettamente esecutivi" e giammai innovativi rispetto a tali disposizioni primarie<sup>32</sup>.

Paradossalmente, a "sostegno" dell'insostenibilità/illegittimità costituzionale dell'impianto normativo fondato sul decreto-legge n. 6 del 2020 è poi intervenuto lo stesso Governo con la emanazione della disciplina «in sanatoria»<sup>33</sup> contenuta nel successivo decreto-legge n. 19 del 2020.

In questo altro decreto d'urgenza non è stata riproposta la delega "in bianco" di poteri normativi, che abilitava genericamente le «autorità competenti» ad adottare ulteriori misure di contenimento e di gestione dell'emergenza, di cui al precedente decreto ma al contrario sono state tipizzate tassativamente le numerose fattispecie limitative di libertà già positivizzate e "create" negli antecedenti decreti monocratici presidenziali.

Con la puntuale elencazione delle ipotesi restrittive l'esecutivo ha praticamente ammesso che la previgente normazione era priva di base di legittimità tentando

<sup>30</sup> Senza contare il fatto che il decreto-legge in commento ha previsto (art. 3, comma 4) che la violazione delle 'non tassative' previsioni limitative in esso contenute sarebbe stata sanzionata penalmente, sanzione penale che invece, in ossequio al principio di legalità, necessita della tassatività e tipicità delle fattispecie incriminatrici e sanzionatorie che soltanto la legge è in grado di garantire.

<sup>31</sup> Ai sensi dell'articolo 15, comma 3, della legge n. 400 del 1988 «I decreti [legge] devono contenere misure di immediata applicazione e il loro contenuto deve essere specifico, omogeneo e corrispondente al titolo».

<sup>32</sup> Sul punto cfr. M. CALAMO SPECCHIA, cit., pp. 152-155.

<sup>33</sup> M. BELLETTI, *La "confusione nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, in *Osservatorio Costituzionale*, n. 3, 2020, pp. 189-192.

in "ravvedimento operoso" di sanarne retroattivamente il *deficit* di legalità facendone addirittura salvi gli effetti intanto prodotti<sup>34</sup>.

Il conferimento *ex post* della base legale, con efficacia *ex tunc*, ad una vastissima disciplina restrittiva di diritti e di libertà fondamentali è certamente sintomatico dell'illegittimità e quindi dell'insostenibilità costituzionale di tale disciplina.

### **3. La crisi da Covid-19 come causa di approdo alla "postdemocrazia"?**

Come più volte accennato, l'emergenza sanitaria in atto ha messo a dura prova la tenuta del nostro ordinamento democratico-costituzionale, tanto con riferimento specifico al sistema delle fonti quanto con riferimento al generale assetto di equilibrio tra i poteri dello Stato disegnato dal Costituente del 1948. Probabilmente la pandemia ha svelato candidamente alcune tendenze da tempo in atto nel nostro ordinamento giuridico-istituzionale. L'affermazione della incontrastata signoria governativa sullo stato di emergenza ha costituito il *non plus ultra* di taluni fenomeni distorsivi della forma di governo parlamentare progressivamente manifestatisi nel tempo.

In via generale, una discrasia tra teoria e pratica del sistema, nel senso di graduale scostamento dal modello democratico-rappresentativo scolpito nella Carta costituzionale, sembra essere una costante in molteplici assetti istituzionali della contemporaneità che gli studiosi attenti ai fenomeni politico-sociali definiscono come sistemi "postdemocratici"<sup>35</sup>.

Il termine postdemocrazia designa il materiale superamento della tradizionale democrazia rappresentativa, che va di pari passo col processo di erosione della sovranità statale nell'ambito del mondo globalizzato, attraverso l'atrofizzazione sostanziale del ruolo decisionale del Parlamento in favore di altri soggetti istituzionali.

La perdita della centralità del Parlamento, Istituzione che incarna il principio democratico, è derivata anche da talune prassi politiche che, silenziosamente, hanno finito per alterare il fisiologico esercizio dei poteri di indirizzo politico, trasferendolo sul piano reale in altre sedi non legittimate democraticamente,

<sup>34</sup> L'articolo 2, comma 3, del decreto-legge n. 19 del 2020 dispone che «Sono fatti salvi gli effetti prodotti e gli atti adottati sulla base dei decreti e delle ordinanze emanate ai sensi del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6 [...]».

<sup>35</sup> Su questo tema, *ex multis*, cfr.: C. CROUCH, *Postdemocrazia*, trad. it. C. PATERNÒ, Roma-Bari, 2003; P. GINSBORG, *La democrazia che non c'è*, trad. it. E. BENGHI, Torino, 2006; M. J. CROZIER – S. P. HUNTINGTON – J. WATANUKI, *La crisi della democrazia. Rapporto sulla governabilità delle democrazie occidentali alla Commissione trilaterale*, trad. it. V. MESSANA, Milano, 1977; A. MASTROPAOLO, *Democrazia, neodemocrazia, postdemocrazia: tre paradigmi a confronto*, in *Diritto pubblico comparato europeo*, 2001.

mettendo tra l'altro in crisi la cogenza del principio di legalità che al contrario esige la primazia dell'Assemblea rappresentativa e dello strumento legislativo. Lo svuotamento del potere decisionale del Parlamento, certamente fenomeno degenerativo della democrazia liberale, ha così inciso negativamente sull'effettività delle garanzie democratico-costituzionali, formalmente mantenute ma sostanzialmente private di contenuto.

Con riferimento al nostro ordinamento costituzionale, la marginalizzazione dell'Istituzione parlamentare nello scacchiere politico col corollario della perdita di rilevanza della legge ordinaria in favore di altri strumenti normativi, sono state conseguenza immediata e diretta di una molteplicità di cause "caratteristiche" del paradigma postdemocratico. Tra queste: l'affermazione sempre più pregnante (invasiva) dei centri di potere sovranazionale in un contesto di parcellizzazione dei medesimi secondo il modello della *multilevel governance*; l'azione sussidiaria/suppletiva talvolta sostitutiva degli organi di garanzia (Presidente della Repubblica e Corte costituzionale) rispetto agli organi di indirizzo politico; l'abuso governativo dell'esercizio della propria funzione normativa. Quest'ultimo è stato il naturale prodotto dell'introduzione del sistema elettorale maggioritario nei primi anni Novanta che ha comportato il rafforzamento del ruolo del *leader* della coalizione politico-partitica ed il consolidarsi di talune condotte materiali poste in essere dagli attori istituzionali, segno tangibile di «patologiche regolarità»<sup>36</sup> tramutatesi in prassi.

Non è possibile in questa sede procedere ad indagare specificatamente su questi temi, tuttavia ai fini di queste considerazioni occorre interrogarsi sugli effetti della concentrazione di poteri nell'organo esecutivo e nella figura del Presidente del Consiglio sul nostro assetto parlamentare-costituzionale.

Così come sul piano teorico-formale, anche sotto il profilo di stretta pratica del sistema emergono diversi dubbi sulla legittimità/sostenibilità costituzionale del "metodo politico" utilizzato dal governo per la gestione della crisi sanitaria che ha di fatto fagocitato le prerogative parlamentari in macroscopico contrasto con la lettera e con lo spirito della nostra Costituzione.

In ordine al sistema delle fonti del diritto, l'emergenza pandemica ha palesato ed aggravato la pregressa perdita di potere decisionale del Parlamento.

Se già molto prima della crisi sanitaria la sovrapposizione dell'esecutivo sull'Assemblea rappresentativa si era manifestata soprattutto mediante un abuso

---

<sup>36</sup> Così A. BARBERA, *Le epifanie del «fatto» nel diritto costituzionale*, in AA.VV., *Prassi, convenzioni e consuetudini nel diritto costituzionale. Atti del XXIX Convegno annuale. Catanzaro, 16-17-18 ottobre 2014*, Napoli, 2015, p. 261.



della decretazione d'urgenza fino a trasformarla da strumento eccezionale a strumento ordinario di normazione primaria<sup>37</sup>, durante la pandemia e cioè in pendenza di una situazione di straordinaria necessità che avrebbe legittimato a pieno titolo l'emanazione di decreti-legge si è registrato un uso esiguo ed improprio di tali strumenti, preferendosi un ricorso alluvionale ai decreti monocratici del Presidente del Consiglio dei ministri, atti di natura secondaria-provvedimentale ma tuttavia a contenuto normativo per le ragioni espresse in precedenza in questa trattazione<sup>38</sup>.

Ci si potrebbe domandare se il reiterato impiego dei DD.P.C.M. in luogo dei decreti-legge, che a loro volta da anni vengono preferiti alla legge, possa rappresentare indice della progressiva tendenza della normativa primaria alla sempre più frequente delega attuativa in favore di provvedimenti secondari di natura amministrativa<sup>39</sup>, ovvero se ciò possa addirittura celare una «pericolosa assuefazione all'abbandono delle forme costituzionali»<sup>40</sup> capaci in potenza di inverare delle tacite involuzioni non democratiche del nostro sistema politico e quindi l'approdo alla postdemocrazia.

---

<sup>37</sup> Sul risalente fenomeno dell'acquisizione di una posizione di primazia sostanziale dell'esecutivo a scapito del Parlamento mediante l'esercizio abnorme delle potestà normative governative, *ex multis*: D. TEGA, *Gli atti normativi primari del Governo nelle recenti tendenze*, in A. BARBERA – T. F. GIUPPONI (a cura di), *La prassi degli organi costituzionali*, Bologna, 2008, p. 133. L'uso spropositato ed *extra Constitutionem* da parte del governo di strumenti di razionalizzazione, quali la decretazione d'urgenza, quella delegata, i c.d. maxi-emendamenti e la questione di fiducia, per soddisfare supposte esigenze di speditezza nella produzione legislativa, ha di fatto squilibrato i rapporti tra gli organi di indirizzo politico in favore dell'esecutivo. Con ciò determinando l'espropriazione della centralità del Parlamento e probabilmente la non effettività di talune garanzie democratiche cristallizzate nella Carta costituzionale. Sull'accentramento in capo al governo della funzione normativa che ne fa «signore delle fonti», cfr. M. CARTABIA, *Il Governo "signore delle fonti"?*, in M. CARTABIA – E. LAMARQUE – P. TANZARELLA (a cura di), *Gli atti normativi del Governo tra Corte Costituzionale e giudici, Atti del Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa"*, Università degli Studi di Milano-Bicocca, del 10/11 giugno 2011, IX, Torino, 2011. Secondo l'A., sostituire alla legge gli atti aventi valore di legge soddisfa l'ottica della *rule of law* ma contrasta con la *ratio* del principio di legalità. Già allora sarebbe stata individuato quale indice della «signoria» del Governo in tema di produzione normativa «la ritrosia nel rispettare l'iter previsto per l'adozione dei decreti legge, dei decreti legislativi, delle ordinanze di necessità e urgenza, dei regolamenti di delegificazione». Su questi temi pure N. LUPO, *Maxi-emendamenti, questione di fiducia nozione costituzionale di articolo, Atti del Seminario del 1 ottobre 2009*, Padova, 2010. Per un commento di ampio respiro sul ruolo della legge nel sistema delle fonti, F. MODUGNO, *La legge statale nell'ordinamento italiano*, in M. SICLARI (a cura di), *I mutamenti della forma di governo tra modificazioni tacite e progetti di riforma*, Roma, 2008, pp. 13-52.

<sup>38</sup> V. *supra* § 2.

<sup>39</sup> A tal proposito di questi fenomeni che alterano la fisiologia del sistema delle fonti, G. SILVESTRI, cit., discorre di un "effetto domino", per il quale si ricorre al "decreto legge al posto della legge e all'atto amministrativo al posto del decreto legge".

<sup>40</sup> Così M. CALAMO SPECCHIA, cit., p.168.

Si tratterebbe in entrambi i casi di «regolarità»<sup>41</sup> di introduzione politica la cui sedimentazione nel sistema ordinamentale andrebbe seriamente monitorata onde evitare una deformazione per non dire demolizione della democrazia costituzionale.

La risposta a questo dilemma potrebbe arrivare inquadrando le pratiche governative che hanno come effetto l'affievolimento del ruolo parlamentare nell'*iter* decisionale nell'ambito della distinzione tra stato di emergenza e stato di eccezione, considerando che il primo abilita l'esercizio «di poteri finalizzati allo scopo predeterminato di rientrare al più presto nella normalità, mentre il secondo comprende poteri indeterminati, liberi nei fini e nei mezzi, allo scopo di travolgere la normalità»<sup>42</sup>.

Resta il fatto che il Presidente del Consiglio dei Ministri attraverso l'adozione costante dei propri atti monocratici ha assunto sostanzialmente ed impropriamente delle vesti "salvifiche" e "provvidenziali" personalizzando la gestione della crisi sanitaria.

Quotidianamente infatti il Capo dell'esecutivo ha dichiarato, ripetesi impropriamente, di assumersi personalmente verso i cittadini la responsabilità dell'adozione dei DD.P.C.M., cosa questa non richiesta dalla nostra Costituzione che *ex* articolo 95 gli prescrive di dirigere la politica generale del Governo e di esserne responsabile soltanto dinanzi al Parlamento, unico organo repubblicano ad essere direttamente responsabile verso gli elettori.

Probabilmente, guardando alla condotta dell'esecutivo e del suo vertice durante questa crisi sanitaria, si è realizzata una "presidenzializzazione" del nostro parlamentarismo che ha posto dei problemi in ordine al mantenimento degli equilibri tra Parlamento e Governo scolpiti nella Costituzione.

Infatti, se da un lato potrebbe riflettersi anche sul superamento della classica e monolitica categoria del parlamentarismo, sulla scia di un processo politico-

---

<sup>41</sup> Secondo M. DOGLIANI, *Indirizzo politico. Riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*, Napoli 1985, p. 36, i precedenti e le prassi politiche costituiscono delle «regolarità», cioè delle «costanti di fatto, dei dati strutturali, delle interpretazioni dell'organizzazione statutale ricostruite al di là e indipendentemente dal dato normativo formale». Nel momento in cui subentra una *opinio* di doverosità del comportamento, la regolarità diventa regola. Una norma fattuale, di origine politica, diversa dalle regole del sistema positivo. Sul questo tema v. anche A. RUGGERI, *Il Governo tra vecchie e nuove regole e regolarità (spunti problematici)*, in AA.VV., *Il Governo. Atti del Convegno di Palermo, 8-9-10 novembre 2001*, Padova, 2002, pp. 317 e ss., il quale mette in contrapposizione le regole costituzionali-formali e le regolarità della politica nella meccanica del sistema endogovernativo.

<sup>42</sup> Così G. ZAGREBELSKY, *La regola e l'eccezione. Non è l'emergenza che mina la democrazia. Il pericolo è l'eccezione*, in *La Repubblica*, 29 luglio 2020. Su questo argomento si tornerà più avanti, *infra* § 4.

prassistico di «osmosi» tra le forme di governo<sup>43</sup>, processo che prende le mosse dalle sempre invocate esigenze di governabilità e di stabilità/stabilizzazione del sistema politico-istituzionale, dall'altro lato occorrerebbe interrogarsi sulla sostenibilità costituzionale di simili prassi, *melius* sulla conformità a Costituzione degli effetti di simili prassi, ogniquale volta risultassero causa di uno squilibrio tra Parlamento e Governo tale da sostanzarsi nel serio rischio di involuzione autoritaria del sistema politico.

Una siffatta e spropositata preponderanza dell'esecutivo sul legislativo, frutto del duplice processo di presidenzializzazione della forma di governo parlamentare e di personalizzazione dell'ufficio del Presidente del Consiglio, quest'ultimo derivante dalla personale interpretazione del ruolo data da coloro che di volta in volta vengono chiamati ad impersonare l'organo monocratico *de quo*, siccome produttiva di effetti nocivi sugli equilibri tra i poteri dello Stato scolpiti nel modello costituzionale formale, invererebbe una abnorme discrasia tra pratica del sistema e "lettera" della Costituzione che andrebbe semplicemente stigmatizzata onde evitare silenti ed incostituzionali modificazioni della forma di governo per non dire anticostituzionali modificazioni del regime politico.

D'altronde, la cristallizzazione di uno squilibrio sostanziale di poteri tra Governo e Parlamento a vantaggio del primo, chiaramente e per ovvi motivi ripudiato dal Costituente<sup>44</sup>, mortificherebbe lo spirito di una Carta, la nostra, che è tuttora vigente.

#### **4. Sul pericolo che la crisi sanitaria inneschi una crisi costituzionale.**

Come sovente affermato nel corso di questa trattazione, la crisi sanitaria da Covid-19 ha messo a dura prova, per non dire fiaccato, continuando a farlo, la tenuta del nostro sistema democratico-parlamentare.

La reiterata e sempre più penetrante restrizione di diritti e di libertà fondamentali per mano dell'esecutivo-amministrazione in nome della salvaguardia di un superiore diritto alla salute in un clima di paura generalizzata ha minato le fondamenta dello Stato democratico e di diritto poiché il tutto è avvenuto senza dei veri interventi in funzione di garanzia, così come previsti dalla Carta, del Parlamento e delle altre Istituzioni della Repubblica (segnatamente il Capo dello

---

<sup>43</sup> M. CALAMO SPECCHIA, *Dalle transizioni intersistemiche alle transizioni intrasistemiche: verso una osmosi classificatoria dei sistemi parlamentari e dei sistemi presidenziali?*, in *Studi in onore di Giuseppe de Vergottini*, vol. II, Padova, 2015.

<sup>44</sup> Sul punto v. *supra* § 2.1 e nota n. 13.

Stato ed eventualmente la Corte Costituzionale), in pratica ridotti addirittura a mera formalità democratica.

La proliferazione dei decreti monocratici del Presidente del Consiglio e degli altri atti di natura ordinamentale emanati dalle varie «autorità competenti» ha contribuito ad acuire una situazione di confusione normativa ma anche sociale che, a parere di chi scrive, non ha più ragion d'esistere: urge la riaffermazione della Costituzione quale «bussola nell'emergenza»<sup>45</sup>.

È pacifico che il rischio pandemico sia ancora vivo e che perciò vada gestito, controllato e "governato", tuttavia proprio l'incertezza sul *dies ad quem* della crisi sanitaria – non si sa ad oggi per quanto ancora dovrà protrarsi la "convivenza" con il Coronavirus – e la circostanza che presumibilmente si procederà ad ulteriori limitazioni dei nostri diritti fondamentali rendono imprescindibile un ritorno alla normalità costituzionale anche durante l'emergenza onde evitare di trasformare l'emergenza in normalità.

Il Parlamento deve uscire dalla sua triste superfluità per tornare motore propulsivo del nostro sistema politico-istituzionale.

Non si può indugiare ulteriormente in una gestione di questa crisi sanitaria, che si traduce di fatto nella sospensione *sine die* delle garanzie fondamentali, mediante il descritto abuso di strumenti giuridici e di metodi politici ai limiti della legalità costituzionale altrimenti sarebbe quest'ultima ad entrare definitivamente in forte crisi.

Del resto, in presenza di una situazione di "straordinarietà resa ordinaria", la crisi sanitaria non sarebbe più riconducibile allo stato di emergenza ma allo stato d'eccezione e cioè alla crisi del sistema costituzionale. «Non è l'emergenza che mina la democrazia, il pericolo è l'eccezione»<sup>46</sup>.

Sebbene sovente usati come termini equivalenti, dal momento che rappresentano *species* del *genus* "straordinarietà" e che importano la sospensione delle garanzie costituzionali, lo stato di emergenza e quello di eccezione non coincidono, sono differenti.

---

<sup>45</sup> Così di recente la Presidente della Corte Costituzionale Marta Cartabia, intervista AGI, del 28 aprile 2020, la quale ha ricordato che: La piena attuazione della Costituzione richiede un impegno corale, con l'attiva, leale collaborazione di tutte le Istituzioni, compreso Parlamento, Governo, Regioni, Giudici. Questa cooperazione è anche la chiave per affrontare l'emergenza. La Costituzione, infatti, non contempla un diritto speciale per i tempi eccezionali, e cioè per una scelta consapevole, ma offre la bussola anche per navigare per l'alto mare aperto nei tempi di crisi, a cominciare proprio dalla leale collaborazione fra le Istituzioni, che è la proiezione istituzionale della solidarietà tra cittadini». V. [www.agi.it](http://www.agi.it).

<sup>46</sup> G. ZAGREBELSKY, *La regola e l'eccezione*, cit.

«Allo stato di emergenza si ricorre per rientrare quanto più presto è possibile nella normalità (l'emergenza è conservativa). All'eccezione si ricorre invece per infrangere la regola e imporre un nuovo ordine (l'eccezione è rinnovativa)»<sup>47</sup>.

In estrema sintesi la crisi del sistema costituzionale rappresenta un'ipotesi estrema, di eccezione, nella quale il regolare funzionamento dei meccanismi previsti nella Carta fondamentale è *de facto* paralizzato in vista del sovvertimento dell'ordinamento vigente.

Deve considerarsi però che nell'attuale realtà postdemocratica la linea di demarcazione tra regola ed eccezione, tra fisiologia e patologia del sistema, invero non appaia così netta ma, al contrario, finisce inevitabilmente per sfumarsi dando vita ad ipotesi per così dire para-patologiche meritevoli di puntuale attenzione nella riflessione costituzionalistica anche mediante l'uso di strumenti euristici propri delle discipline socio-politiche<sup>48</sup>.

È proprio alla luce della presa di coscienza della deformazione sostanziale subita dalla democrazia parlamentare a partire dai primi anni Novanta del secolo scorso – contestuale o quasi alla raffinazione del processo di integrazione sovranazionale, sempre più evoluto e penetrante che, per definizione, esige una riduzione sensibile dell'ambito della sovrana volontà degli Stati – che devono muoversi le speculazioni teoretiche sul tema della nostra forma di governo parlamentare.

La prassi politica ha finito per disegnare un nuovo quadro dei rapporti tra i poteri dello Stato che ha scompaginato l'impianto costituzionale creando una crisi politica permanente del sistema parlamentare.

---

<sup>47</sup> IBIDEM. Inoltre, secondo l'A.: «Lo stato d'emergenza include esclusivamente i poteri finalizzati allo scopo predeterminato di rientrare nella normalità e anche la durata dei poteri deve essere calibrata sulla durata della situazione che occorre riportare alla norma: "fino alla ripresa delle normali condizioni di vita" (come dice la legge). Lo stato d'eccezione invece comprende poteri indeterminati, liberi nei fini e nei mezzi e, quindi, è compatibile con i "pieni poteri". Anzi, i pieni poteri sono congeniali allo stato d'eccezione che comprende la sospensione a tempo indeterminato dei diritti, la concentrazione del potere e la soppressione dei poteri di controllo. Mano libera, insomma: il sogno d'ogni dittatura, in vista della stabilizzazione di un nuovo regime che può essere tanto una gabbia d'acciaio burocratica quanto il regno del capriccio di chi dispone dello Stato d'eccezione, cioè del "sovrano"».

<sup>48</sup> V. *supra* note nn. 10 e 11. Per come detto, nonostante esigenze di "politica del diritto" portino la *Scientia juris* ad escludere la rilevanza giuridica degli elementi d'indagine di matrice socio-politica negli studi sulle forme di governo, lo scrivente crede che una completa analisi sul piano del diritto positivo non possa ignorare quel complesso di prassi e di istituzioni politiche della contemporaneità che di fatto incidono sul funzionamento del sistema costituzionale, potendo anche determinare uno svuotamento del significato sostanziale dei principi e delle norme fondamentali che connotano la vita democratica del paese.

Siffatta crisi appare oggi ormai strutturata e modulata come vera e propria crisi costituzionale 'istituzionalizzata' sul piano interno dal predominio del Governo sul Parlamento e sul piano estero dal groviglio di regole sovranazionali che comprimono lo spazio decisionale dello Stato, imponendogli un ruolo notarile nelle scelte di politica economica e finanziaria per la tutela del mercato globalizzato.

Rimanendo sul piano interno poi, in uno stato di crisi politica permanente, *rectius* di debolezza dell'organo parlamentare di indirizzo politico, ossia di deviazione strutturata ed istituzionalizzata rispetto al modello costituzionale di organizzazione dei poteri, è mai come ora forte il rischio che si palesi il lato oscuro della figura del Capo del Governo quale Organo monocratico di vertice potenzialmente "pericoloso" per la democrazia.

Già da tempo il Parlamento, espressione della sovranità popolare, ha perso di fatto lo "scettro" diventando così l'Istituzione debole del sistema politico.

La crisi sanitaria in atto ha cronicizzato la crisi della democrazia parlamentare. È giunto il momento di restituire al sovrano il suo scettro attraverso una gestione costituzionalmente orientata di questa situazione emergenziale per scongiurare ogni possibile pericolo di ritorno di "fantasmi del passato".

## **Vaccinazione covid-19: riflessione su necessità e obbligatorietà tra diritto e pluralismo. Un approccio metodologico che possa valere rappresentazione della nuova dimensione etica.**

**di Edda NAPOLITANO\***

**SOMMARIO:** **1.** Presentazione della metodologia argomentativa **2.** Tesi: obbligatorietà ed eticità del vaccino nella legittimazione giuridica della solidarietà tra consociati e della epistemologia medico-scientifica. **3.** Antitesi: l'illegittimità dell'obbligatorietà vaccinale. Il valore della scelta tra Stato liberale e la fondamentale distinzione tra *will/choice theories* e *interest benefit*: l'individuo culturalmente incapace di far valere i propri diritti ne diviene arbitrariamente soggetto. **4.** Sintesi: tentativi di congiunzione. Dalla *πολέμος* all'unità dei contrari, applicabilità dei *principles of biomedical ethics*, oltre la zona grigia della peculiarità del vaccino.

**ABSTRACT:** *This paper, starting from the need to understand if the vaccine (for Sars COV2) could be binding, with use of the Aristotelian method (thesis, antithesis and synthesis), will try to analyse the significant of solidarity in economic and legal pluralism and in the opposition between will/choice theories and interest benefit.*

### **1. Presentazione della metodologia argomentativa.**

*«Vedi io sono un'anima che passa per questo mondo. Ho visto tante cose belle e buone e sono sempre stata attratta solo da quelle. Un giorno (indefinito giorno) ho visto una Luce. Mi parve più bella delle altre cose belle e la seguii, mi accorsi che era la Verità»<sup>1</sup>.*

Nessuna perifrasi meglio di questa, tratta da una lettera della celebre mistica Chiara Lubich, vale a rendere l'intento chiarificatore di questo scritto che ha genesi nella complessa vicenda dei vaccini per la *Sars Cov2* e, in generale, nella inusitata esperienza socio-culturale di una moderna pandemia. Ivi compiendo una forzatura interpretativa, nel desiderio di palesare un possibile, oltre che auspicabile, "allargamento di vedute". Difatti, se è vero che la Verità di cui discute la religiosa è la Verità divina, quella anelata nello studio *de quo*, è intrisa

---

\* Già tirocinante ex art. 73 presso il Tribunale di Nola, dottoranda di ricerca in Scienze filosofiche, *curriculum* bioetico, Università degli studi di Napoli, Federico II

<sup>1</sup> Cfr. Chiara LUBICH dal discorso per il dottorato in Sacra Teologia, Manila, 14/01/1997



di laicismo e non nell'accezione drammatizzata di ateismo e agnosticismo, ma nell'indicazione di una verità conoscitiva.

Verità terza cui è difficile giungere in maniera assoluta poiché la materia *propter quid* conserva elementi spesso in confliggenza tra loro e di obnubilata fusione. Per tentare di garantire la validità di una riflessione che si prefissa osmotica, perennemente oscillante tra etica e diritto, efficace strumento sembra il riferimento alla metodologia aristotelica, che lo Stagirita sintetizza a mezzo di questa espressione: «*La nostra indagine può svolgersi in quattro direzioni per stabilire che un oggetto è qualcosa, perché un oggetto è qualcosa, se un oggetto è, che cosa è un oggetto*»<sup>2</sup>.

Le direzioni di indagine sono, quindi: *il che* volto all'accertamento del fatto, cioè la posizione del problema che già consiste in qualche elementare conoscenza, *il perché*, volto alla ricerca delle sue cause, ovvero all'identificazione della sua essenza; *il se c'è*, ossia la questione dell'esistenza stessa dell'oggetto, problema ereditato dalla questione parmenidea intorno ad essere e non essere che egli rivedeva nell'identificazione di una convenzione; *il che è*, ma questo problema si identifica subito con il perché<sup>3</sup>.

Tali criteri divengono oltre che un valido sostegno gnoseologico, la spinta causativa della dialettica elaborata dai *Topici*.<sup>4</sup>

Essendo il mondo privo di certezze assolute l'unica possibile via investigativa è da riconoscersi nella condizione di tesi, antitesi prima e nel tentativo di fusione di sintesi, poi<sup>5</sup>. La metodologia argomentativa è servita a tener fede ad un progetto di terzietà. Tre fondamentali momenti di analisi che possano rendere la profonda condizione di impotenza che ci rende tutti "islandesi dialoganti con la natura", pressati dal doloroso gravame di una natura matrigna che genera, *rectius*, alimenta, patogeni potenzialmente mortali e, al contempo, un'esigenza di giustizia democratica che possa servire, paradigmaticamente, a dare voce a tutte le possibili opinioni.

Vi è un'immane difficoltà da fronteggiare in tema di possibile introduzione dell'obbligatorietà vaccinale, ovvero coniugare il principio della legge come sistema di tutela d'ordine e, indi, per sua natura *super partes*, con istanze di carattere squisitamente etico.

<sup>2</sup> ARISTOTELE, APO II, 89b 23-25

<sup>3</sup> *Ex multis*, Abbagnano-Fornero, *Itinerari di filosofia*, Paravia, 2006

<sup>4</sup> Per approfondimenti si rinvia a Barbara Botter, *Utrum deus sit, la relazione tra analitici posteriori II*, 1,2 con particolare attenzione alla concezione divina in Aristotele e ai criteri epistemici.

<sup>5</sup> In tale progetto ambizioso, quanto maldestro, si è resa, per una volta, la somma maestra, la filosofia, serva di un'arte parimenti nobile: il diritto.

Lo stato mesenchimale della riflessione non può che partire da tale quesito: è possibile o quanto meno auspicabile un intervento legislativo che sancisca l'obbligatorietà della pratica vaccinale? Tesi, antitesi e sintesi come strumenti di una volontà conoscitiva e testimoni di una confusione.

Nel momento di "tesi" si è accettata la ragionevolezza e la bontà di un intervento legislativo che sopperisca alla ignoranza epistemica dei consociati e ripristini il generale senso di solidarietà che regola la socialità, finanche quella liquida. Di contro, nella fase di "antitesi", nella generale riflessione secondo la quale la norma su cui si fonda un diritto può essere giuridica ma anche morale, si ricorda una fondamentale distinzione del diritto: quella tra *will/choice theories* ovvero concezioni che considerano elemento costitutivo del diritto la piena volontà, dunque, la scelta del soggetto che ne è titolare e *interest benefit theories*, ovvero è elemento costitutivo del diritto l'interesse protetto e quindi il beneficio del titolare.

Se si ci appella alla prima concezione, se ne deduce prontamente che l'obbligatorietà del vaccino non è legittimabile, poiché elemento fondante del diritto è la volontà di colui che lo detiene. Non si può, però, ignorare, la sostanziale potenzialità modificativa del momento storico-sanitario, che inibisce la considerazione della priorità della volontà, secondo l'antico brocardo riferibile alla successione testamentaria del *semel heres, semper heres*. I tempi sono irrimediabilmente mutati.

Nella terza ed ultima fase di indagine, si è tentata l'unificazione dei contrari. Una possibile terza via tra necessaria tutela della salute pubblica e ripristino della considerazione della volontà dei singoli. L'assunto di partenza è, però, nota di chiusa: il contrasto è sempre presente sia tra le cose sia all'interno di ogni singola cosa, tale opposizione non è tuttavia mera distruzione, ma al contrario essenza positiva, statuto ontologico. Tutto quanto ha luogo è dovuto a *Polemos*<sup>6</sup>

## **2. Tesi: obbligatorietà ed eticità del vaccino nella legittimazione giuridica della solidarietà tra consociati e della epistemologia medico-scientifica.**

Solidarietà è per lungo tempo una parola proscritta.<sup>7</sup> Il lemma non è più abile a rappresentare il legame benevolo tra le persone, bensì lo accompagna una

<sup>6</sup> ABBAGNANO, FORNERO, *Itinerari di filosofia*, Paravia, 2006.

<sup>7</sup> In questo senso, S. RODOTÀ, *Solidarietà, un'utopia necessaria*, Laterza & Figli spa, Roma-Bari, 2014, p. 3. Il notissimo giurista muove dai richiami alla solidarietà contenuti nel discorso pubblico che apre il lavoro di Marie-Claude Blais, *La solidarietà. Storia di un'idea*, a cura di Beatrice Magni, Giuffrè, Milano, 2012.

valutazione negativa, essendo il singolo individuo ancorato ad una logica identitaria che diviene ossessione identitaria. L'individualità esasperante che separa il consociato dal gruppo o il gruppo dal resto del mondo. A tale considerazione si frappone, duramente, lo spirito universalistico. Per questo, solidarietà compare in più di un punto del Trattato europeo di Lisbona e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Invocata come regola dei rapporti sociali, la solidarietà ha subito una "crisi fattuale"<sup>8</sup>, la medesima crisi registrabile laddove si tracci distanza tra il dato reale e la complessa applicabilità del principio.

Eppure, nel corso dei secoli si è assistiti alla declinazione dell'ideale solidaristico, con l'evoluzione dal dovere morale alla regola giuridica. Al fine di tracciare le fila di tale evoluzione e comprendere come tale principio sia divenuto autentico vessillo sugli scudi di chi invoca la possibilità e finanche la necessità dell'obbligatorietà vaccinale, occorre guardare all'iniziale comunione dello stesso con le idee di fraternità, proprietà e felicità. A buon diritto, Rodotà<sup>9</sup> rintraccia nell'opera di *Montesquieu De l'esprit des lois*, le discendenze di precetti cristiani che non posso restare relegati ad una dimensione puramente caritatevole ma chiedono concretizzazione in una struttura welfarista. Così il francese: <<Qualche elemosina fatta a un uomo nudo per le strade non basta ad adempiere gli obblighi dello Stato, il quale deve a tutti i cittadini la sussistenza assicurata, il nutrimento, un abbigliamento decente e un genere di vita che non sia dannoso alla salute>><sup>10</sup>.

L' assunto di partenza è la considerazione di una naturale propensione alla fratellanza, sentirsi fratelli onera, *ipso facto*, alla creazione di una società armonica, abile a correggere le disparità inverte dalla proprietà privata. Una considerazione intrisa di romanticismo, ma assolutamente inadeguata a rappresentare comunità sociali fondate su precetti economici, in cui la tutela del bene privato prevale sulla stessa struttura di generosa disponibilità verso i consociati. Ivi si ramifica la necessità di affidare all'artificialità del diritto la tutela dell'uguaglianza.

La fraternità, coniugata alla solidarietà, diviene principio fondativo. Esso è affare di giustizia redistributiva, non più solo benevola azione caritatevole. Di ciò è testimone il fondatore del Welfare State, Lord Beveridge. La dignità sociale del

---

<sup>8</sup> S. GUBBIONI, *Solidarietà*, in *Politica del diritto*, 4, dicembre del 2012 p. 527. L' opera viene ripresa più volte da S. RODOTÀ nel lavoro citato.

<sup>9</sup> In opera citata, p. 12

<sup>10</sup> MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, traduzione italiana a cura di B. BONFITTO SERRA, Rizzoli, Milano, 1967, p. 549.

singolo individuo non può essere più relegata all'altrui benevolenza, per questo occorre codificare la solidarietà che è necessario possa assurgere a norma oggettiva.

Di tale costruzione si ha traccia nell'articolo 34 della Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea in cui l'accesso ai servi sociali diviene strumentale all'edificazione di una esistenza dignitosa. Ma è necessario segnare un confine: sebbene la solidarietà nasca come evoluzione di un diritto naturale, di cui solo successivamente si rinviene la necessaria codificazione, il solidarismo, che è il mezzo legittimante la Repubblica, rinvia ad una netta separazione tra il sentimento naturale della fraternità e il riconoscimento dei diritti sociali.

A concorrere all'indebolimento del principio di fraternità e alla rottura di ciò che sembrava diade indissolubile con la solidarietà è il diffondersi della "de-socializzazione" capitalistica. Il classico conflitto tra inclusione (fraterna) ed esclusione (proprietaria) finisce con lo sterilizzare<sup>11</sup> la pulsione alla fratellanza. Ciò che cessa è la necessità suppletiva della solidarietà, che tornerà secondo una dimensione squisitamente istituzionale anche nella Carta Costituzione come sistema regolatore dei rapporti tra Stato centrale e regione, in particolare a seguito della riforma dell'articolo 117, V comma. In realtà, e ciò si avverte prepotentemente in merito alla questione che ci riguarda da vicino, ovvero il piano vaccinale, la difficoltà è nel bilanciamento tra il diffondersi di una ownership society e il sentimento di compassione.

Sebbene i diritti sociali abbiano avuto tutti geni nella conflittualità, la solidarietà continua ad articolarsi secondo le diverse situazioni, mantenendo la sua potenzialità di principio unificante. Lo sforzo che ivi deve essere compiuto è nei confronti della comprensione dei legami tra solidarietà e Stato sociale, per cui la seconda garantisce la redistribuzione intersoggettiva istituzionalizzata dello Stato<sup>12</sup>.

Da principio parziale a principio generale, la solidarietà vira da generico dovere di condotta morale a dovere giuridico, in cui gli interessi economici individuali vengono mitigati dall'ascesa della solidarietà come valore fondante dell'intero ordinamento giuridico. Essa torna prepotentemente non solo nell'articolo 2 della Costituzione, con esplicito riferimento all'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale, ma in diverse disposizioni normative, tra cui l'articolo 384 del codice penale che esclude la punibilità di chi ha

---

<sup>11</sup> Cfr S. RODOTÀ, *Op. cit.* p. 23

<sup>12</sup> S. GUBBIONI, *Op. cit.* p. 536

commesso il reato di favoreggiamento per salvare un prossimo congiunto, rispondendo così ad un atavico sentimento di solidarietà.

Il valore di solidarietà è principio così radicato nella società civile da divenire principio regolatore delle unioni civili e del trapianto d'organo, sempre legato alla gratuità e al divieto di mercimonio del proprio corpo, tanto da essere considerato derimente della pratica della GPA, se previo pagamento. Esso ha dunque perso il carattere economicamente orientato di co-obbligazione.

Divenuta dovere, la solidarietà ha finito con l'essere interpretata come riferimento costante al welfare, cioè al benessere. In realtà, il secondo lemma implica una trama fitta di valori, riducibile al generale diritto alla dignità solo come ampliamento dall'individualità all'universalità in una brama di eradicamento delle diseguaglianze, portatrici di infelicità.

A questo tentativo di fusione tra solidarietà e benessere occorre guardare per la risoluzione della questione *de qua*. Il termine benessere si è, difatti, progressivamente dilatato e della sua integrazione con il precetto solidaristico è portavoce finanche la Corte Costituzionale che, nella sentenza 438 del 2008, chiarendo il valore giuridico del consenso informato, stabilisce che lo stesso trova fondamento negli articoli 23, 13 e 32 della Carta, ponendo in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e alla salute.

Tale sentenza è leggibile alla stregua del *liet motiv* che ci interessa: accanto alla nozione di benessere riferita ai doveri ed obblighi dei soggetti pubblici e privati vi è una visione soggettiva, con il solo potere disposto in capo al titolare del proprio corpo. Ad egli e ad egli soltanto l'arbitro di definire la misura del proprio benessere. Nell' articolo 32 la connessione tra salute, benessere e autodeterminazione attribuisce alla persona interessata il governo della propria vita, senza che ciò determini o legittimi il disinteresse dei poteri pubblici.

Poiché, però, si abbia piena autodeterminazione sono necessarie condizioni dell'agire libero in un contesto sociale adeguato. L' adeguatezza è segnata dal passaggio dall'*homo oeconomicus* all'*homo democraticus*, in una sorta di *rigkmoposition* sociale si chiede e ottiene il ritorno in auge dell'uomo solidale. Il riferimento ai precetti sociali su cui si fonda l'assetto europeo e che, in alcune norme trovano esplicita codificazione, si pensi, in proposito alla Grundsetz e alla eco plasmante della dignità, comporta una giuridicizzazione dei principi morali appartenenti alla cultura religiosa cristiana.

Il Buon Samaritano che accoglie "il diverso da sé" addottora su di una visione socio-economica rivoluzionaria facilmente trasportabile ai tempi odierni: l'uomo

del mercato comune non lega solo trame e rapporti economici ma rapporti sociali in cui si assume e trasfonde sugli altri la necessaria tutela della dignità sociale. Ne desumiamo la nascita di un nuovo paradigma costituzionale per l'Unione europea: la solidarietà cosmopolita.

Sebbene si sia assistito, nel 2004, al fallimento di una codificazione europea in senso formale, si deve ritenere che l'esperienza di Leaken del 2001 e la conseguente Reform Treaty abbiano, indi, permesso l'elevazione di desideri e bisogni di cooperazione. Ne è eccellente rappresentanza la green economy e la diffusione dell'homo "ecologicus", poiché guardare all'ecologia significa aver cura del consociato sia in una visione sincronica (guardo al fratello mio contemporaneo) sia in un'attenzione verso il futuro, che non può significare solo atavico desiderio di preservazione della propria specie e della progenie, ma comporta necessariamente solidarietà tra cointeressati.

È quanto Rodotà auspica nella creazione della "democrazia di prossimità": modalità produttive di allocazione nell'area della solidarietà di situazioni altrimenti escluse, di attribuzione di beni per iniziative comuni, di forme di collaborazione tra cittadini e comuni per la rigenerazione dei beni comuni.<sup>13</sup>

Qualificare un bene come "comune" significa intenderlo come solidale e disporre di tutte le tutele attraverso una molteplicità di strumenti affinché esso venga preservato e consenta uno scambio intergenerazionale. Bene comune comporta un'azione comune e solidale che sia attenzione verso l'umanità, così come descritta da Hannah Arendt: il diritto ad avere diritti o il diritto di ogni individuo all'umanità, dovrebbe essere garantito dall'umanità stessa<sup>14</sup>.

Ne desumiamo la necessità della creazione di una dimensione dove la persona e i suoi diritti possano ottenere pieno riconoscimento nell'edificazione di una comune umanità, necessaria alla creazione di una concreta esistenza nella dimensione di pratiche solidali.

---

<sup>13</sup> Cfr S. RODOTÀ, *Op. cit.* p. 118

<sup>14</sup> La citazione dell'autrice di *Le origini del totalitarismo*, è in M. C. NUSSBAUM, *Disgusto e umanità. L'orientamento sessuale di fronte alla legge*, trad. it. di S. DE PRETIS, il Saggiatore, Milano 2011. Il riferimento operato dalla studiosa esperta di diritti umani è importantissimo elemento di riflessione. Occorre partire da una premessa: l'umanità non è lemma vuoto di significazione, ben altro, esso comporta il riconoscimento di una fitta trama di rapporti sociali ed economici che deve ottenere allontanamento da un'ideale selezione razziale e dai tristi divieti di cooptazioni tipici di alcune società orientali. Il necessario ampliamento del diritto di ogni individuo all'umanità si avvalora se si riflette sul momento storico in cui opera Arendt: un tempo in cui la crisi dello Stato-nazione ha reso più debole, fino a farlo scomparire, quella garanzia di diritti che proprio lì aveva trovato un valido fondamento.

La complessità dell'azione è rendibile nella necessità della codificazione della giustizia del precetto morale. L'oggettiva, possibile, beneficiabilità della cooperazione deve passare attraverso il rafforzamento delle garanzie istituzionali e costituzionali. Ciò comporta, necessariamente, la reiscrizione dei rapporti tra risorse disponibili e diritti fondamentali, con il necessario rispetto dei secondi. Solidarietà e dignità non possono subire frammentazione che ne fomenterebbero l'individualismo. Se i principi sono forieri di forza connotativa in sé, il viatico legittimo potrebbe essere quello del minimalismo operativo.<sup>15</sup> Lo Stato interviene senza azioni invasive, confidando sulla capacità auto-organizzativa della società.

L'azione legislativa deve essere mitigata da un realismo pregnante anche in tema di possibile obbligatorietà vaccinale. È necessario, però, interrogarsi su come esso possa essere pienamente integrato con i precetti appena enunciati, soprattutto nel rispetto della peculiarità dell'agente patogeno della Sars Cov2 e del vaccino contro la diffusione della stessa.

Consideriamo in primis la tecnicità del vaccino: gli scienziati e i ricercatori, finanche quelli che vi hanno lavorato in maniera diretta, non riescono a chiarire in maniera definitiva se il ricorso alla pratica vaccinale, dopo aver garantito l'immunità del vaccinato, renda lo stesso inabile alla trasmissione. Un distinguo di non poca rilevanza, nel tentativo di contaminare solidarietà e obbligatorietà vaccinale. Non a caso è uno dei primi motivi invocati dai detrattori dell'obbligatorietà, considerando la vaccinazione un mezzo di protezione esclusivamente individuale e, quindi, egoistico.

Una tesi che non sembra condivisibile per due ordini di ragioni: anzitutto perché è proprio nel momento di massimo egoismo, secondo notissima indagine hobbesiana, che l'individuo sociale scopre la generosità e poiché, pur nell'incertezza della capacità del vaccino di veicolare la trasmissione del virus, si ottiene un risultato solidale.

Il generale profilo del *neminem ledere* è rispettato anche nell'evitare un sovraccarico del welfare sociale: l'individuo vaccinato che non si ammala, seppur veicolo di trasmissione, eradica, comunque, la rischiosità di un sistema sanitario inabile alla risposta, poiché non ne usufruisce. Trattasi di un principio acclarato anche nell'indagine economica e rendibile con l'espressione *free reading*, cioè con la potenzialità di sfruttamento del contributo altrui, anche se si resta inermi, nella vicenda analizzata, nella possibile attesa di allocazione su vasta scala di un bene adesso scarsamente disponibile.

---

<sup>15</sup> M. C. BLAIS, *La solidarietà. Storia di un'idea*, trad.it a cura di B. MAGNI, Giuffrè, Milano, 2012



Vi è un fondamentale principio liberale che occorre rispettare e cui si è fatto menzione di poco innanzi: il rispetto e la tutela della scelta individuale, nella potenzialità codificatrice dell'autodeterminazione. L'individuo cui è riservato il dominio assoluto sul proprio corpo sembrerebbe dover subire, in tema di obbligatorietà vaccinale, il ritorno del paternalismo statale in senso forte.

Un paradigma aduso ma che perde di vigore se si considera la necessità di attribuire al potere coercitivo statale in tema di salute, l'arginamento di un fenomeno dannoso o potenzialmente tale, ovvero l'assenza di conoscenza scientifica, la cosiddetta ignoranza epistemica che rischia frammistione con la superstizione. Quasi a voler ripristinare il mito del buon selvaggio, in cui l'uomo, animale buono e pacifico all'origine, ha trovato corruzione nella società del progresso che lo ha reso malvagio, chiudendolo nel suo egoismo e nei falsi convincimenti di una verità che non è verità scientifica. E che per questo deve essere eradicata.

La funzione statale è, indi, funzione sussidiaria in senso proprio e il paternalismo è da considerarsi nella sua accezione debole: la volontà non è di una tracotanza arbitraria ma di una necessità autentica. Lo Stato, supplendo all'ignoranza scientifica, onerando i consociati alla vaccinazione, agisce nella tutela di tutti, da buon *pater familias*.

Sebbene il 21 dicembre scorso, la Congregazione per la dottrina della fede abbia stabilito che a ragion pratica l'obbligo vaccinale non possa rispondere ad un obbligo morale e debba essere facoltativa, vi sono validi strumenti per giuridicizzare l'obbligatorietà.

È possibile, anzitutto, introdurre restrizioni per chi non si vaccina. Pratica già in uso negli Stati Uniti dove i passaporti vaccinali concorrono alla protezione della salute pubblica.

Due ordini di motivi valgono come legittimazione dell'obbligatorietà: anzitutto, l'obbligo di prevenzione del danno. Tipico dello Stato liberale, esso può essere efficacemente riassunto nel principio cardine della protezione dell'altro, esplicitamente menzionato già nella Carta Costituzionale, ai sensi dell'articolo 32, come priorità della salute collettiva su quella individuale. Altra fondamentale motivazione è l'equità. Secondo l'orientamento di un giudizio *ex aequo et bono*, consistente finanche nel superamento dell'applicazione di una regola astratta che, se applicata al caso concreto, potrebbe spingere a decisioni ingiuste, nel senso spurio di contrarietà al comune senso di giustizia. Orbene, in tale fattispecie, è possibile concepire l'equità come criterio per stabilire un equilibrio tra interessi di carattere morale e interessi utilitaristici, nei quali vanno

ricomprese le esigenze di tutela degli obiettivi pubblici. L'immunità di gregge è un bene pubblico, nessuno è avulso dalla sua beneficialità, pertanto l'obbligo è imponibile per legge e fondato su motivi di equità.

Rispetto alla potenzialità coercitiva dell'azione statale a tutela dell'ordine pubblico, possiamo valutare la sussistenza di due valori, uno intrinseco e l'altro estrinseco. Il valore intrinseco è rappresentato dalla tutela della salute dei singoli individui e, conseguentemente, della collettività, quello estrinseco è, invece, costituito dal tentativo di non oberare gravosamente il SSN.

La limitazione della libertà individuale, dinanzi alla impossibilità della scelta vaccinale, diviene fondamentale nel ripristino della situazione quo ante. A fronte di ciò vi sono diversi ordini di obiezioni. Anzitutto, l'integrità del corpo e la piena disponibilità dello stesso. Da essa deriverebbe la scissione tra obbligazioni verso sé e l'eventuale restringimento dell'autonomia individuale, in favore dell'altro.

La convinzione che la presenza dell'altro sia un valido convincimento per imporre obbligazioni verso sé stessi e ragione per limitare e restringere l'ambito dell'autonomia individuale è tipica della tradizione occidentale. Uno dei riferimenti filosofici più rilevanti in materia è J.S. Mill. Tipica della filosofia milliana è, difatti, l'idea che lo Stato non debba trattare come illecito o immorale l'atto che non nuoce a terzi, ma che riguarda in maniera esclusiva il soggetto agente.

È questo assunto a costituire la base filosofica più importante per sostenere il principio di asimmetria, ossia l'idea per cui proprio perché l'atto *self regarding* innocuo verso terzi è soggetto a regola morale diversa da quella *other regarding*.<sup>16</sup>

Il principio di simmetria, in virtù del quale si hanno doveri verso se stessi, si come li si hanno nei confronti dei terzi, ha avuto diverse contestazioni sul piano morale, ma validissima giustificazione sul piano del diritto civile. Si pensi, in proposito, all'articolo 5 del c.c., intesa come divieto di atti auto lesivi, della stessa disponibilità del corpo e della vita umana, ciò preservando una lettura piuttosto paternalistica del diritto civile che impone di non travalicare i limiti dello *ius eligendi sepulcrorum*.

Per decenni, al fine di generare una commistione tra i due piani: morale e giuridico, si è fatto ricorso all'istituzione di un astratto e immaginario soggetto terzo, leso dalla condotta dell'agente. È così che l'Umanità è divenuta il Terzo ferito nella dignità dell'atto suicidiario, i cui effetti negativi sono destinati a

---

<sup>16</sup> G. CRICENTI, *Il sé e l'altro. Bioetica del diritto civile*, da JURA. Temi e problemi del diritto, Edizione ETS, 2013 p. 13

ripercuotersi non più solo sui soggetti appartenenti all'entourage del *de cuius* (amici, parenti, dipendenti et similia) ma sui consociati tutti, a causa del legame sociale invero dall'essere membri della stessa comunità.<sup>17</sup>

La bontà di tali considerazioni impedisce di considerare la reale esistenza di atti *self regarding*, essendovi, sempre, soggetti moralmente indirettamente e giuridicamente interessati alle azioni. Il riferimento deve essere necessariamente al diritto soggettivo e a come esso debba essere considerato sussistente in capo ai soggetti incapaci.

Se accettassimo la teorizzazione più radicale, cara, ad esempio, alla Wolgast<sup>18</sup> ne avremmo l'assoluta incapacità per il soggetto inabile alla rivendicazione e all'esercizio del diritto, di divenirne beneficiario. In un ideale "sinallagma socio-culturale" occorre che vi sia parità tra i soggetti, ad esempio tra medico e paziente che, per avere diritti, non dovrà certo trovarsi in condizione di incapacità.

In realtà, questa concezione, cara al mondo economico e fondata sulle più antiche regole dei rapporti contrattuali, presupponenti una condizione paritaria non trova applicazione nel mondo della bioetica, ove è necessario riconoscere diritti proprio in capo a chi si ha necessità di tutelare. È così che all'incremento dei diritti cosiddetti di quarta generazione, si lega un incremento dei soggetti che rivendicano i diritti altrui.

Ed è forse proprio in ciò possibile riscontrare una peculiarità dei diritti bioetici: la potenzialità rivendicativa per conto terzi. I soggetti titolari di diritti sono spesso incapaci di qualsiasi rivendicazione. Diviene necessario che nuovi soggetti e istituzioni si facciano interpreti dei diritti altrui, portatori di una morale collettiva in cui l'interesse individuale è socialmente definibile.

L'impostazione giuridica della morale, auspicata dai sostenitori dell'obbligatorietà vaccinale assume la forma della impostazione dei diritti che prescindono dalla titolarità.

Nella prospettiva del biodiritto si assiste ad una sorta di rovesciamento con un privilegio riconosciuto ai diritti morali su quelli giuridici. A ben guardare, si ci limita a rilevare l'illogicità o comunque l'eccessivo pragmatismo di un diritto giuridico considerato il solo possibile appartenente al mondo del diritto positivo e la apparente distanza tra il diritto morale ed eticamente orientato e

---

<sup>17</sup> E. DURKHEIM, *Le suicide. Étude de sociologie*, Paris 1967.

<sup>18</sup> Per approfondimenti, si rinvia a E. WOLGAST, *La grammatica della giustizia* (trad.it), Editori riuniti, Roma, 1991.

l'impossibilità di ritenere che l'esigenza che vengano attribuiti certi diritti ad alcuni soggetti, costituiscano già la genesi di un diritto.<sup>19</sup>

Il diritto soggettivo può essere considerato la ragione giustificativa di posizioni giuridiche vantaggiose, lette da parte della dottrina come spinta causativa delle rivendicazioni dei diritti civili.<sup>20</sup> Non sono mancate visioni contrapposte, previa possibilità di valutarne una certa contraddizione di fondo.

Si pensi, in proposito, alla *choice theory* i cui ideatori, partendo dall'utilitarismo di Bentham, per il quale il titolare di un diritto è il beneficiario dell'adempimento di un obbligo, avvertono l'insufficienza di questa idea e ne strutturano il superamento. La distinzione sussistente tra norme che impongono semplici obblighi e quelle che creano diritti non può essere applicata in tema di bisogni fondamentali dell'individuo, poiché certe libertà e alcuni diritti sono da garantirsi indipendentemente dalla capacità di rivalsa del soggetto.

L'anima del diritto soggettivo in alcune fattispecie non può essere intercettata nell'interesse e nella scelta, ma nel bisogno. Quid iuris rispetto alla vicenda che ci riguarda? Il bisogno può essere considerato promanato dalla necessità di tutela individuale e collettiva in una fase socio sanitaria di complessità assoluta, quale una pandemia e, con una certa forzatura interpretativa, sempre necessaria in tema di diritti fondamentali. Si potrebbe, così, giungere a considerare il consociato che non ha alcuna consapevolezza medico scientifica incapace di assumere una corretta decisione, giungendo a rifiutare il vaccino per ataviche ed erronee convinzioni.

Vi è di più: si può considerare la pratica vaccinale non solo un suppletivo dell'ignoranza epistemica, ma un'efficiente risposta ad un principio di giustizia. Essa, difatti, concorrerebbe ad un riequilibrio della disparità che si inverte, quasi naturalmente, tra gruppi sociali, con chiaro nocumento di quelli svantaggiati.

Nell'ideale equilibrio tra costi e benefici ne deduciamo che la necessaria proporzionalità che deve sussistere tra beneficiabilità del vaccino e potere coercitivo statale sia legata alla minaccia che la diffusione della Sars Cov2 genera sia per la salute pubblica a causa della morbilità del virus sia sul gravame posto sul SSN.

A nulla valgono le considerazioni sul basso tasso di mortalità dell'agente patogeno, poiché la capacità di diffusione genera ricadute considerevoli sul piano della vita socio-economica. Il dovere morale alla vaccinazione è supportato così

---

<sup>19</sup> In questo senso, CRICENTI in *Op. cit.*, ove si legge che: <<il bisogno di un diritto non è diritto>> p. 26

<sup>20</sup> Tra i tanti detrattori di tale teorizzazione, HART, principale teorico della *choice theory*.

dalla necessità di una campagna informativa seria e non si può considerare valida la rigida scissione tra onere morale e obbligo politico. Il conflitto tra i diritti normalmente sussistente tra il diritto dello Stato e i diritti individuali trova mitigazione rispetto all'applicazione delle ragioni consequenzialistiche.

Esse sono di due ordini, la necessità socio economica del raggiungimento dell'immunità di gregge e la garanzia della sostenibilità del welfare sanitario. Da ciò promana il dovere ontologico dello Stato all'imposizione vaccinale, a nulla valendo l'opposizione della libertà del singolo al rifiuto del vaccino.

Finanche lo Stato liberale ha la potenzialità di imporre, poiché il ripudio della potenzialità della scelta è dettata dalla necessità di non arrecare danno. In capo ad esso l'onere della garanzia per il diritto di tutti. Un onere che non può tollerare esenzioni.

La scelta pubblica propone uno Stato paternalistico in senso debole, esso non ha la presunzione della piena sostituzione dell'individualità, come avviene in quello in senso forte, ma di suppletivo dell'incapacità di partecipare alla comunità.

Sono i principi di lealtà e la dimensione partecipata ad animare il dibattito corrente e a far interpretare colui che è riluttante alla vaccinazione come scarsamente legato al sentimento sociale e alla condivisione. Contro esso non è opponibile neanche l'obiezione di coscienza, a causa dell'impossibile appiattimento del principio, pur codificato nella regola giuridica, sulla negazione della legittimità dell'obbligatorietà di un trattamento posto a beneficio dei consociati tutti.

Contro le obiezioni più ricorrenti, costituiti dal principio di precauzione reso irrealizzabile in pienezza dalla novità introdotta in campo medico da tali forme vaccinali, in cui si è assistito ad una profonda riduzione dei tempi ordinari di sperimentazione, ridotti a poco più di 12 mesi, dalla reale efficacia dei vaccini (se solo capaci di beneficiare il soggetto che vi si sottopone o di bloccare la trasmissione) e degli effetti sul lungo termine, indecifrabili a causa della mancanza di follow up, è semplice rilevare che la pretesa di un grado eccessivo di sicurezza produce il solo effetto paralizzante sulla pratica.

In realtà, si rischierebbe di sperare in una soluzione eccessivamente vincolante, se non utopica. Parimenti, sotto il profilo etico, l'argomentazione del basso tasso di mortalità non può ottenere alcuna valutazione positiva, secondo il noto brocardo della concezione utilitaristica secondo il quale uno vale per uno e per non più di uno, che spinge ad un costante tentativo di minimizzazione del rischio.

Si potrebbe, allora, ritenere che l'esitazione vaccinale sia rappresentativa di una certa diffidenza nei confronti delle istituzioni. Una scarsa fiducia arginabile solo dal potere derimente della conoscenza. Presupposto dell'obbligatorietà vaccinale sarebbe, dunque, il principio ideologico della partecipazione al benessere collettivo, come partecipazione sociale in senso proprio.

La libertà individuale, soggiacente dinanzi alla ragione sociale sarebbe, dunque, celebrazione e non eradicamento della società liberale. Ne deduciamo che essa non perde di vigore dinanzi ad una scelta paternalistica come apparrebbe l'obbligatorietà del vaccino, poiché la socialità ha come caratteristica principale la fluidità, secondo le celebri teorie sociologiche di Bauman, e non sarebbe possibile non adattare gli oneri individuali e statali alla mutazione dello status quo ante.

Un evento storico-culturale e sanitario come una pandemia non può lasciare immutata la produzione normativa precedente o la spinta causativa alla base della stessa.

Nella versione kantiana, l'individuo è obbligato ad un certo comportamento verso un terzo, senza che sia necessaria giustificazione particolare. Il problema di come si possano concepire obbligazioni verso se stessi viene superato dal celebre filosofo attraverso "lo sdoppiamento del singolo essere": in ciascun individuo convivono *homo phenomenon*, che è essere concreto e *homo noumenon*, che è essere razionale capace di dettare legge a se stesso.<sup>21</sup>

Questo sdoppiamento genera una doppia soggettività nell'obbligazione: verso se stessi e verso i terzi. La conclusione è che l'imperativo morale impone a ciascuno di agire in modo tale da trattare l'umanità sempre come fine. Questo dovere è indi rivolto contemporaneamente verso se stessi, gli altri e verso un principio assoluto e impersonale. Una fonte eteronoma abile a legittimare il dovere del vaccino e la sua consequenziale obbligatorietà.

### **3. Antitesi: l'illegittimità dell'obbligatorietà vaccinale. Il valore della scelta tra Stato liberale e la fondamentale distinzione tra will/choice theories e interest benefit: l'individuo culturalmente incapace di far valere i propri diritti ne diviene arbitrariamente soggetto.**

*«Scegliere vuol dire dare forma a noi stessi. È mettere ordine nel caos dei desideri. Scegliere è sottrarsi ai condizionamenti. È sovvertire le abitudini.*

---

<sup>21</sup> I. KANT, *La dottrina della virtù*, in *La metafisica dei costumi*, Bari, 2006, p. 267

*Scegliere, talvolta, è anche il rischio di cadere. È non smettere mai di cercare il significato dell'esistenza. Scegliere, insomma, è vivere»<sup>22</sup>.*

La scelta è momento di analisi in sé e del mondo circostante, come fase in cui si reindirizza la propria vita e si decidono obiettivi e priorità, elemento fecondo della propria esistenza, ma anche complesso e in taluni casi oscuro. Scegliere deve poter significare aprirsi un percorso escludendone altri, mettersi in gioco, rinnegare la logica del <<tutto è uguale>>.

Trattasi di un momento di profonda evoluzione civile prima e più che spirituale. Sia che lo si intenda con l'inclinazione economicamente orientata della fondazione Rodolfo De Benedetti, sia che gli si attribuisca una finalità teleologica come nell'intenzione dell'University of California, con il potere modificativo attribuito alla scelta, abile a mutare e ridisegnare la storia della vita individuale e collettiva.

*Quid iuris* se si fosse incapaci di orientare correttamente le proprie scelte? *Quid iuris* se questa incapacità fosse determinata dall'ignoranza epistemica? *Quid iuris* se la possibilità volitiva fosse esclusa da convincimenti individuali?

Nell'anafora interrogativa ivi proposta vi è la volontà di chiarire quanto e come sia possibile coniugare la volontà decisionale con i diritti. L'idea moderna, in particolar modo quella contemporanea, che gran parte delle rivendicazioni relative alla giustizia possano e debbano essere espresse in termini di diritti, ha dato adito a pretese contraddittorie, prive di un chiaro referente e di giustificazioni.

È complesso, quasi impossibile, rintracciare le giustificazioni dei vari diritti rivendicati e ciò ancor meno porterà alla proliferazione dei diritti stabili e alla risoluzione dei conflitti tra gli stessi. Il rifacimento è costantemente ad appelli *ad auctoritas* o *ad populum*.

In realtà sarebbe bene ricordare che l'uso indiscriminato del lemma diritti, cui sia negata una valida base concettuale è nido di vaghezza e non specificazione delle proprie aspirazioni normative. Trattasi di un discorso complesso per la cui semplificazione sembra opportuna la scissione tra discorsi di primo e secondo ordine<sup>23</sup>. Intendendo per il primo l'insieme delle rivendicazioni su ogni sorta di diritto, un genere di discorso inconsistente e schiacciato sulla dimensione retorica e politica di questa nozione e per il secondo l'idea che sia possibile partire dai diritti per strutturare un discorso normativo soddisfacente.

<sup>22</sup> Aforisma di presentazione dell'edizione del 2013 di Torino "Spiritualità" ripreso da Cristina Pedratscher.

<sup>23</sup> In questo senso P. BIASETTI, dottore di ricerca presso l'Università degli studi di Pavia.



Un *discrimen* sottile e suggestivo quello suggerito dallo studioso ma che, tuttavia, non lega benissimo con la necessità di intendere i diritti come strumenti di tutela. Per giustificare la sussistenza del diritto "purificato" da contrazioni e contraddizioni filosofiche, ben calzante è l'indagine di Hart, ripresa dalla Facchi e ampliata nella dicotomia oppositiva tra *choice theory* e *interest benefict*.

Dopo aver registrato il costante incremento delle rivendicazioni di nuovi diritti, di nuovi soggetti titolari, di nuove interpretazioni di diritti consolidati, non si ci può esimere da interrogarsi sulla funzione a loro demandata, non mancando di contestualizzarli. In realtà, nel quadro della proliferazione dei diritti sono sorte posizioni che, paventando rischi di infiltrazione e svuotamento della forza dei diritti, hanno spinto alla loro ridefinizione proponendo nozioni chiuse di diritti fondamentali, nonché di diritti *tout court*.

La risposta da fornire a questa <<dilagante retorica dell'antiretorica dei diritti>><sup>24</sup> è il minimalismo. Teoria che tende a riconoscere rilevanza ai soli diritti di libertà con esclusione o almeno il ridimensionamento dei diritti economici e sociali. Oltre questo limite al pluralismo giuridico è interessante notare come la proliferazione dei diritti si combina all'incremento dei soggetti titolari di diritto e all'incremento di soggetti che rivendicano diritti altrui.

Trattasi dell'effetto avente sua causa nella maggiore considerazione della volontà dei soggetti. Concezione, questa, che permette da un lato di moltiplicare i titolari dei diritti, dall'altro di legittimare le interpretazioni e le rivendicazioni di diritti da parte dei soggetti altri rispetto ai loro titolari.<sup>25</sup> Il panorama giuridico e sociale è sempre più caratterizzato da richieste di diritti da parte della collettività o di istituzioni in nome di soggetti individuali<sup>26</sup>.

Soggetti che non hanno scelto o non hanno la capacità di essere rappresentati. Si difendono e rivendicano diritti di soggetti che non sono e non saranno in grado di averne comprensione piena o parziale. Diritti di tutti gli esseri, esseri viventi, non viventi, esseri che forse non esisteranno. È il diritto del malato terminale, del feto, dell'embrione, dell'animale, del disabile e dell'incapace, finanche alla conoscenza del diritto che si vuole ad esso riconosciuto.

Diritti che prescindono del tutto da una volontà espressa o non esprimibile, diritti contrari alla volontà, quando espressa. Diritti che si destrutturano e divengono individuali e collettivi. È l'eticità del diritto che contesta, fino a fiaccare il diritto

<sup>24</sup> Cfr. T. MAZZARESE, *Minimalismo dei diritti, pragmatismo antiretorico o liberalismo individualista?* da *Ragion pratica*, 26, Milano, 2006

<sup>25</sup> A. FACCHI, *Diritti fantasma? Considerazioni attuali sulla proliferazione dei soggetti* da *juragentium.org*

<sup>26</sup> Per approfondimenti si rinvia a N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino 1997

soggettivo. Sono diritti non già e non solo individuali essendo preposti alla realizzazione di un valore collettivo<sup>27</sup>.

La tensione tra valori e interessi di gruppo e libertà e interessi delle persone è una frattura sempre più acuta tra la dimensione identitaria collettiva e la dimensione identitaria individuale.<sup>28</sup> La perdita di rilevanza dei soggetti in favore di una "importanza morale" si identifica con particolare attenzione, nei diritti dell'inizio e del fine vita, entrambi legati alla tematica del diritto indisponibile.

Il multiculturalismo, il meticciato divengono allora lo strumento a mezzo del quale è possibile la semplificazione, creando identità religiosa o culturale omogenea, identificando organizzazioni nei propri rappresentati. La conseguenza è spesso un'esasperazione dei contrasti tra principi e visioni etiche differenti, un incremento di conflitti ed un appiattimento dei soggetti, dei loro interessi e diritti su quelli del gruppo cui sono considerati appartenenti<sup>29</sup>.

L'invocazione dei diritti si presenta sempre più come un'arma retorica finalizzata a legittimare opzioni morali e politiche, nonché strategie economiche e militari di controllo e supremazia. Il diritto soggettivo si è snaturato nel suo individualismo ed ha assunto un incremento come interesse socialmente rilevante. Si è persa l'essenza stessa dell'autodeterminazione.

Il rapporto tra autonomia individuale e diritti si delinea, adesso attraverso una complessa costruzione storico-teorica. L'uomo, essendo razionale è proprietario di sé, del proprio corpo, delle proprie azioni è uomo libero. Vita, libertà e proprietà costituiscono la triade originaria dei diritti naturali dell'uomo. Li ebbe chiari Seyès nel 1776 e prima ancora venne celebrata nell'*habeas corpus*. Questa triade indissolubile è il cardine dell'analisi giusnaturalistica e di Locke.

Un individuo portatore di interessi e volontà in proprio a prescindere dalla comunità di appartenenza che verrà posto di fronte ad una legge uguale per tutti, indifferente alle differenze. Una legge che avendo la pretesa di tutelare e rispettando e celebrando l'uguaglianza di tutti, tende, difatti, all'omologazione denaturalizzante.

L'ingerenza dello Stato ingiustificato antagonista della libertà individuale nelle concezioni liberali ottocentesche, assurge a fondamentale sistema garantista dell'epoca moderna. Già Kant, in realtà, aveva scisso, rendendole successive

---

<sup>27</sup> Sul valore dei diritti, J. HABERMAS, CH. TAYLOR, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, Milano, Feltrinelli, 2008.

<sup>28</sup> V. FERRARI, *Variazioni socio-giuridiche sul tema dei diritti* in M. ROSTI, F.G. PIZZETTI, *Soggetti, diritti e confini: percorsi di ridefinizione*, Milano, Giuffrè, 2007

<sup>29</sup> NICOIANNI, *Eguaglianza e diversità culturali e religiose. Un percorso costituzionale*, ed. Il Mulino, 2006

cronologicamente, una prima concezione di autonomia individuale "negativa" intesa cioè come libertà da vincoli e supplenze esterne, autonomia dell'uomo moderno, e una seconda concezione di autonomia "positiva", intesa come capacità delle persone di decidere e agire in proprio, darsi delle regole, autoregolamentandosi con la consapevolezza di far scelte che non influenzano gli altri.

Teoria che necessita del *tertium genus* costituito dalla relazione, l'ego che coniugandosi all'alter determina la propria azione in funzione di quella altrui. Di qui la necessaria azione dello Stato "limitatore".

Ogni individuo non può esistere da solo, non può ritenere che la propria esperienza esistenziale sia contrassegnata da un'autonomia assoluta. Essa non esiste.

Il riconoscimento di uno status di autonomia ha finito con l'identificarsi con il pieno riconoscimento dei diritti umani. L'elemento volontaristico, che è il tout venant di questa digressione, riporta alla classica distinzione tra *will/choice theories* e *interest/benefict theories*, cioè tra concezioni che individuano l'elemento costituente del diritto soggettivo nella volontà o nella scelta del titolare del diritto, riconosciuta da norme giuridiche o morali e concezioni che lo individuano in un interesse protetto o promosso dalle stesse norme.

E dal momento che la controversia tra i sostenitori delle due posizioni fa riferimento congiuntamente e inscindibilmente alla chiarificazione della struttura dei diritti e all'individuazione del suo scopo, occorre una precisazione. Due sono gli studiosi che hanno sintetizzato le due opposte concezioni, Hart e Cornick. Il primo, prendendo le mosse dalla *benefict theory* di Bentham, afferma che *one who has a right has a choice respect by the law*.

La scelta individuale di farlo valere o meno caratterizza il titolare di un diritto rispetto a tutti coloro che sono beneficiari di obblighi altrui. Ci sono tuttavia casi in cui il titolare di un diritto non può essere sollevato dall'obbligo corrispondente: alla definizione di diritto come scelta o volontà del titolare sfuggono molti casi di diritti disposti e tutelati dagli ordinamenti giuridici. Il limite delle *will theories* è nel fatto che di diritti morali sono titolari soggetti che non possono esercitare una volontà o una scelta, non possono rivendicare, difendere, rinunciare ad un diritto.

In primo luogo non possono rinunciare i bambini, ma anche i malati terminali, i diversamente abili e altri soggetti in genetico, momentaneo o sopravvenuto stato d'incapacità.

Cormick discute di paradosso delle teorie delle volontà. Numerosi sono i diritti indisponibili il cui esercizio è sottratto alla scelta del titolare, si pensi alla impossibilità di rinunciare al diritto di non essere torturati o all'impossibile rinuncia alle garanzie del processo penale.

Il diritto morale è così profondamente legato all'essenza vitale che è riconosciuto anche al bambino. È chiaro che ai minori sì come ai disabili saranno concessi solo diritti, non potendo prospettare né oneri né meri interessi. Ed ecco realizzarsi il diritto in capo a soggetti incapaci di farli valere. Soggetti che appaiono i più bisognosi di tutela attraverso i diritti, proprio perché in posizioni deboli. In altri termini sostenere che titolari di diritti possono essere soltanto i soggetti che possono dirsi autonomi è difficile dal punto di vista del diritto "*as it should be*".

Se ritenessimo necessario il rapporto tra volontà e diritto dovremmo negarli proprio ai soggetti più deboli. La volontà del titolare nell'esercizio di un particolare interesse ne è elemento caratterizzante per rinunciare al quale ci vogliono ottime ragioni. Ma ciò va ponderato caso per caso.

La volontà/scelta del titolare di un diritto è un elemento che può assumere differenti intensità ma la cui assenza completa dovrebbe essere ammissibile solo in casi tassativi, da giustificare volta per volta in base ad una opinione socialmente condivisa dell'opportunità di tutelare come diritto quell'interesse che prescinde dalla volontà del suo titolare. Occorre una delimitazione.

È giusto, oltre che pienamente rispondente ai valori tutelati nel nostro ordinamento sia giuridicamente sia grazie ad un "sentire" di natura extragiuridica assicurare protezione e, indi, riconoscere in soggetti incapaci i titolari di diritti di vasta gamma, però ciò non deve spingere alla deriva della moltiplicazione dei diritti e dei soggetti dei diritti.

Insomma, l'esistenza e anche l'opportunità di alcuni diritti attribuiti a soggetti che non possono esercitarli direttamente non è buona ragione per estendere senza limiti il meccanismo della rappresentanza moltiplicando i diritti a prescindere, addirittura contro la scelta del titolare soprattutto quando gli interessi che si vogliono tutelare possono essere tutelati senza ricorrere ai diritti.<sup>30</sup>

L'accentuazione della volontà come componente del diritto soggettivo mantiene uno spazio non assoluto ma non per questo irrilevante. Essa coopera ad una serie di funzioni: impedire la sottrazione della volontà a chi ce l'ha, considerare eccezioni i casi in cui si riconoscono diritti a soggetti non autonomi, valorizzare

---

<sup>30</sup> Cfr. A. FACCHI, *Op. cit.*

la scelta e l'interesse individuale oltre le rivendicazioni collettive, dunque fissare limiti e garanzie alla rappresentanza e sottrarre ad un vaglio la proliferazione dei soggetti.<sup>31</sup>

Mac Cormick specifica che nella somma di tutti i diritti dovrebbe essere sempre contemplata la possibilità di rinunciare, anche quando questi diritti concernono soggetti incapaci. La contrapposizione dicotomica volontà/scelta facilmente traducibile nel chiasmo coscienza/assenza di coscienza, non solo non è adeguata a rendere conto dei fenomeni a cui si applicano, ma possono originare contrapposizioni che si rivelano incapaci di stabilire lo status dei diritti.

Le *will theories*, dal momento che si incentrano sull'autonomia e sulle scelte individuali, sono frequentemente sovrapposte alle concezioni minimaliste, cioè a quelle concezioni che identificano i diritti con la cosiddetta libertà negativa, mentre le *interest theories*, poiché individuano l'elemento costitutivo in interessi e bisogni, si presentano più adeguate ad includere i diritti economico-sociali. Questa correlazione è stata, a ben vedere, del tutto depauperata di rilevanza, avendo osservato come i diritti sopravvivono e hanno rilevanza indipendentemente e contrariamente alla volontà. E ciò perché si è avuta una progressiva evoluzione.

Il diritto mette il detentore in una posizione assertiva (...) con i diritti che pongono gli aventi diritto al posto di guida.<sup>32</sup> La situazione è sostanzialmente mutata, così come mutate sono le doti del conducente. Vi è un diritto innegabile e irrinunciabile, per questa duplice natura indispensabile: il diritto naturale.

Questa inversione di rotta è foriera di pericoli, tra tutti e forse il più gravoso è l'autoritarismo, intendendo con esso la possibile forza cogente dello Stato. Una forza che sostituendosi alla "spinta volontaristica" delegittima in toto la capacità autodeterminista della persona che ne è, per giunta, deresponsabilizzata. In una condizione di impotenza del singolo e di delega ad altri dei suoi diritti.

I sostenitori della priorità della forza statale e della sua, consequenzialistica, capacità di supplire all'incapacità del singolo, pur nella meno gravosa incapacità della scelta consapevole, a causa dell'ignoranza epistemica e di una latente sfiducia verso la scienza ed il suo metodo che sono divenute spinta causativa della legittimazione dell'obbligo vaccinale, chiedono la limitazione dei diritti etici nel significato della rivendicazione da parte dei soggetti collettivi.

L'impostazione giuridica della morale nel dibattito contemporaneo ha assunto la forma della rivendicazione di diritti che prescindono dalla volontà dei loro

---

<sup>31</sup> *Ibidem*

<sup>32</sup> E. WOLGAST, *La grammatica della giustizia* (trad. it.), Editori riuniti, Roma, 1991

titolari. Ripensare in questa chiave ai caratteri della titolarità, ha portato ad un ingiustificato allargamento degli aventi diritto che negano o vorrebbero negare tale titolarità.

Sono gli emblemi riduzionistici di due teorie che si fronteggiano da tempo: *will/choice theories* e *interest/benefict theories*, due concezioni destinate a non trovare punto di accordo poiché l'elemento costituente di entrambe: lo studio sulla volontà, caratterizza in maniera autentica i termini della dicotomia.

Considerare il diritto alla vita e la sua preservazione prioritario rispetto a qualunque altro diritto sancito dallo Stato liberale porta a conseguenze molto diverse, spesso contrapposte a seconda che lo si consideri bene individuale o bene collettivo.

Risolvere la continua, ostinata, contrapposizione tra l'applicazione del diritto correlato alla libertà e all'autonomia rivendicativa del singolo e l'ampliamento appiattente della gamma dei diritti a tutti i soggetti con il riconoscimento di una lettura moralmente ed eticamente inclinata del diritto alla vita, quale assoluto, indisponibile, sottratto alla volontà e alla scelta del titolare del bene stesso, equivale a eradicare ogni positiva considerazione dello spirito determinista del consociato.

Direttamente afferente a tale distinzione è il paternalismo giuridico. Dai sostenitori dello stesso, in particolare nella retorica creazione di sua forma "debole", esso viene considerato alla stregua di ogni atteggiamento normativo imponente obblighi affinché ciascuno non danneggi se stesso<sup>33</sup>. In realtà, vi è da ritenere che non esistano né possano esistere limitazioni dell'autonomia privata poste nell'interesse stesso del destinatario del divieto, poiché ogni restrizione mira a proteggere gli interessi di un terzo.

Si può intendere il paternalismo giuridico come la giustificazione culturale per l'edificazione di doveri verso se stessi, la più abile strategia ideata per strutturarli. Ma è davvero complesso accettare che si vietino atti *self regarding*, indi rivolti esclusivamente verso se stessi, utilizzando l'artificio della non piena informazione. Dire che non è possibile agire per proprio conto, opponendosi, ad esempio, alla pratica vaccinale poiché non si hanno gli strumenti per comprendere la beneficialità dell'inoculazione o perché si agisce secondo false credenze, porterebbe a risultati antisociali e di completa violazione dell'individualità finanche culturale.

---

<sup>33</sup> In questo senso, CRICENTI in *Op. cit.* pp. 43 e ss.

In nulla differirebbe concludere per l'imposizione della trasfusione ai Testimoni di Geova, poiché il rifiuto delle stesse si fonda su una falsa credenza, o meglio su una credenza considerata tale dai soggetti avulsi da tale forma di comunità. Altro artificio è la strumentalizzazione del concetto di dignità, interpretata come limite ai diritti individuali in favore di valori sociali. L'olismo del diritto civile porterebbe, così, a ritenere che il principio di dignità sia, in realtà, un obbligo e che ciò che caratterizza l'esperienza umana non è la libera autodeterminazione, bensì l'obbligazione.

Vi sarebbe così una relazione originaria alla base della socialità, quella tra il sé e un Altro, identificabile nel lemma Umanità. Una relazione che giunge ad essere "alla pari", abolendo il concetto di sovranità individuale a favore della partecipazione collettiva.

Attraverso il concetto di dignità si assegna al diritto una funzione antropologica: imporre all'individuo il rispetto della sua umanità secondo modalità unilateralmente stabilite da autoproclamati interpreti di un dato ordine antropologico e morale<sup>34</sup>.

La matrice eteronoma del principio di dignità, impone un rispetto verso sé come veicolo del rispetto verso gli altri. Da ciò promana l'indisponibilità del proprio corpo, secondo una lettura moralmente orientata dell'articolo 5 del c.c.

L'assioma è il seguente: se esiste un ordine naturale, questo ordine ha valore normativo. Esso inficia il dominio di sé e svuota di significazione la potenzialità autodeterminista. Ma se il diritto naturale ha vigore di legge, esso non può essere contravvenuto.

Alla topica dell'indisponibilità, appartenente ad un certo retaggio culturale, prima e ancora che ad una certa visione giuridica, non sembra legittimamente ancorabile la teoria del doppio effetto. Secondo tale dottrina, occorrerebbe scindere tra conseguenze volute previste e previste ma non volute. Un'azione di cui si prevedono conseguenze negative è lecita se ricorrono alcune condizioni: 1. Il fine voluto è buono. 2. Il mezzo per ottenerlo è moralmente accettabile. 3. Il fine a cui aspira l'azione è proporzionato alle conseguenze negative.<sup>35</sup>

La teoria citata è stata lungamente utilizzata come strumento legittimante l'indisponibilità di sé, abile ad arginare perfino la pericolosità bioetica dello Slippery Slope, eppure ben più calzante sembra l'obiezione densa di una ironia carica di Giovenale che Cricenti propone alla teoria del doppio effetto, citando Le Provinciali di Pascal, nel quale si osserva che, quando non possiamo

<sup>34</sup> Cfr. G. CRICENTI, *La dignità come libertà*, da *Op. cit.* p. 63

<sup>35</sup> In questo senso, QUINN, *Morality and Action*, citato da CRICENTI, *Op. cit.*



distogliere gli uomini dalle cattive azioni, quando non possiamo impedire l'azione, allora purifichiamo l'intenzione.<sup>36</sup>

C'è di più a ragione della contrarietà all'obbligatorietà vaccinale per la Sars-Cov2 e sono obiezioni radicate sull'eccezionalità della condizione pandemica oltre che del vaccino stesso. A discapito delle accuse di ignoranza epistemica, vi è da valutare come la sfiducia possa essere, difatti, generata da una serie di condizioni: dal dimezzamento dei tempi di sperimentazione che sono stati utilizzati per la produzione del vaccino, dalla produzione di vaccini diversi, utilizzando tecniche diverse, dai costi della produzione e distribuzione degli stessi che costituiscono fattori di competitività geo-politica, dalla necessità che il vaccino venga fornito all'intera umanità.

Ne desumiamo che l'obbligatorietà vaccinale, nella sua dimensione generalizzata, costituisce quantomeno questione prematura anche a causa della mancata disponibilità di un numero elevato di vaccini che genera altra problematica, in tale fase prioritaria: la necessaria allocazione delle risorse.

Concorre alla considerazione della prematurità della questione anche l'impossibilità di definirne la reale efficacia, sia se capace di bloccare la trasmissione sia su quali siano gli effetti sul lungo termine. Parimenti si dovrebbe intendere l'obbligatorietà vaccinale come commisurata al grado di incidenza della malattia: non tutti rischiano alla stessa maniera.

Tutti gli elementi analizzati inibiscono la possibilità di intendere il rifiuto del vaccino come tout court antisociale.

#### **4. Sintesi: tentativi di congiunzione. Dalla πολέμος all'unità dei contrari, applicabilità dei principles of biomedical ethics, oltre la zona grigia della peculiarità del vaccino.**

*«Polemos è padre di tutte le cose, di tutte è il re; e gli uni si disvela come dei e gli altri come uomini, gli uni fa schiavi e gli altri liberi. Bisogna però sapere che la guerra è comune (a tutte le cose), che la giustizia è contesa e che tutto accade secondo contesa e necessità».*<sup>37</sup>

1-2 Il *logos*, secondo la classificazione che dei frammenti eraclitei fa Diels-Krauz, è qui identificato con la contesa. Essa è la regola costitutiva delle cose che ne determina il comportamento e ne governa le relazioni con tutte le altre. È il valore spurio del conflitto.

<sup>36</sup> Cfr. G. CRICENTI, *Argomenti dell'indisponibilità: la teoria del doppio effetto*. da *Op. cit.* p.91

<sup>37</sup> DK 22 B53 e B50

Il contrasto è presente sia tra le cose sia all'interno della singola cosa: tale opposizione non è tuttavia mera distruzione, ma al contrario è essenza positiva, statuto ontologico. Tutto quanto ha luogo è dovuto a *Polemos*.<sup>38</sup>

*Polemos* non è prevaricazione, violenza distruttiva, bensì la struttura delle cose. Il contrasto è fisiologico all'essere. Il disaccordo è l'essenza stessa della vita. Eraclito mostra la solidarietà che soggiace all'opposizione. Nell'antitesi dei contrari, su cui si basa la filosofia eraclitea, è *polemos*, la guerra a rappresentare la forza cruciale dell'intero sistema.

Vi è un altro noto frammento cui ispirarsi per la comprensione del generale senso di giustizia che deve istituirsi e consolidarsi al fine di risolvere la rigida opposizione tra sostenitori e detrattori dell'obbligatorietà vaccinale: ΠΕΡΙ ΛΑΗΘΕΙΑΣ.

Il senso di giustizia che promana dallo scritto concerne la necessità di non trasgredire le regole della città nella quale si è cittadini. Un uomo, si deduce dal frammento, potrebbe valersi della giustizia con il massimo vantaggio per se stesso se, avendo testimoni, tenesse in grande onore i principi delle leggi, ma senza testimone, i principi della natura. Quelli delle leggi sono accessori, quelli della natura necessari, i primi nascono da un accordo, non sono originari, quelli della natura, invece, sono originari e non hanno genesi in un accordo.

Chi, dunque, trasgredisce le regole, qualora sfugga a coloro che su di esse si sono accordati, resta immune anche da vergogna e da punizione. Se non sfugge loro, no. Ma se, andando contro il possibile, violenta qualcuna delle facoltà connaturate alla natura, anche nel caso che riesca a sfuggire a tutti gli uomini, il male non è meno grave: poiché riceve danno non per via dell'opinione, ma per via della verità.

A questa concezione, questa metafisica della verità, occorre anelare. Si badi bene, metafisica che non allude ad una ierofonica rivelazione, ma a ciò che è così intimamente e profondamente legato alla natura e all'uomo, da trascenderli. Si ripensi alla concezione dell'Efesino, dalla considerazione della *polemos* come violenta forza creatrice fino all'unità dei contrari, equilibratrice ed equilibrata potenza cosmogonica.

È la musica del mondo di pre-socratica memoria, è l'obbedienza e il rispetto della legge giusta che ci rende, proprio per natura, identici: in tutto, tutti abbiamo la medesima costituzione, in ciò non differendo greci e barbari. È l'opera egualitaria di Cristo, la rivoluzione più straordinaria eppure così antica dall'essere parte integrante del patrimonio genetico, prima che culturale di ogni uomo libero.

<sup>38</sup> In questo senso ABBAGNANO-FORNERO, *Itinerari di filosofia. Paravia, 2006*

Nel caso che ci riguarda, *polemos* è l'opposizione che rischia di divenire faziosa tra sostenitori e oppositori della bontà dell'obbligatorietà della pratica vaccinale. Vi è da chiedersi se essa rimanga opposizione o possa divenire *logos*, discorso di crescita, fino a paradigmaticizzarsi in unità dei contrari.

Siamo in un crocevia di valori non negoziabili, dove gioca un ruolo fondamentale il concetto di <<natura>>. Un criterio difficilmente ponderabile perché è complesso ampliare senza limitazioni i livelli di <<naturalità>> e <<innaturalità>>. Ritenendo che sia diritto naturale quello non necessitante di codificazioni, pre-esistente allo Stato di diritto, e per questo non soggiacente alle sue regole: è diritto naturale, così, quello alla vita che rende obbligatoria la cura e che non prevede possibilità derogatorie.

Ma quanto del lemma naturale resterebbe in essere allorché ci si rifacesse a trattamenti sanitari che virino e modificano il corso degli eventi? Non a caso uno degli argomenti usati per giustificare l'intervento coercitivo dello stato è quello della sacralità della vita, in virtù della quale sarebbero da vietarsi tutti gli atti, seppur auto-rivolti, che possano ad essa arrecare nocimento. Per decenni, tale assunta e presunta sacralità è stata forza vincolativa e distruttiva della libertà umana, inneggiata, in particolare, dalla formazione più estrema del mondo religioso.

Eppure, totalmente diverso è l'orientamento desumibile dai riassunti della fede cristiana, al tema 26: la libertà, la legge e la coscienza. Dio ha voluto l'uomo libero affinché possa cercare il suo Creatore e Redentore senza coercizione. La libertà dell'uomo ha varie dimensioni; essa consente, genericamente, alla persona di fare senza imposizioni o impedimenti esterni ciò che ha deciso: così si parla di libertà di espressione, di associazione, et similia.

La libertà di scelta o libertà psicologica è l'essenza di una necessità intima di scegliere una cosa o l'altra, essa non si riferisce alla possibilità di fare, ma alla possibilità di decidere senza essere soggetto ad un determinismo interiore. In senso morale, la libertà si riferisce alla capacità di amare e accogliere il bene. Secondo il principio religioso, questa libertà che vanta una eco squisitamente laica, per essere perfettibile deve fondersi con il precetto cristiano e intendere la libertà non solo come mera liberazione dalla coazione esterna ma come segno altissimo dell'immagine divina.

La legge morale naturale sarebbe così da ricondursi alla partecipazione alla legge eterna da parte delle creature razionali. L'attestazione di tale partecipazione è la formazione della coscienza. Se questi sono gli assunti di partenza, in un momento di indagine che si propone di ottenere fusione tra due sistemi deontici

in confliggenza tra loro, ovvero tutela della salute pubblica e obbligatorietà vaccinale e libertà di scelta e delegittimazione dell'intervento coercitivo; la soluzione sarebbe per la piena validazione del secondo. Alla questione vanno però, necessariamente, integrati altri principi, primo tra tutti l'etica biomedica.

*Principles of Biomedical Ethics* è il titolo di una straordinaria opera di T.L. Beauchamp e J.F. Childress.<sup>39</sup> Essa delinea la teoria del "principalismo" che, muovendo da una prospettiva di rispetto del Magistero della Chiesa Cattolica, offre una nuova lettura del rapporto tra medico e paziente.<sup>40</sup>

In Europa, nonostante si fossero da tempo sviluppati nel vecchio continente i più significativi filoni filosofico-morali, fondi di ispirazione per la vita sociale e per la stessa produzione d'oltreoceano, la bioetica medica ha fatto la sua comparsa tardivamente. Il primo esempio, profondamente legato alla deontologia professionale, lo ritroviamo in Spagna dove furono istituiti per l'anno accademico 1975-1976, presso la facoltà di teologia, a San Cugat del Valles, alcuni seminari di studio nel campo della bioetica: da questi seminari nacque l'Istituto Borja de Bioetica.

Di grande rilievo, l'opera di D. Gracia<sup>41</sup>, *Fundamentos de Bioetica*, la quale muove da un esame storico-filosofico dell'evoluzione dei concetti in campo biomedico dalla scuola ippocratica sino ai giorni nostri e delinea i fondamenti del giudizio etico in biomedicina. L'esame storico è ampio: la giustificazione dei principi di beneficenza, di non maleficenza, di autonomia, di giustizia. Un'analisi che consente una ricostruzione cronologica esatta dell'evoluzione del "pensiero etico".

---

<sup>39</sup> Essa nasce in un'area culturale profondamente segnata dalla pubblicazione bimestrale del Kennedy Institute: *New Titles in Bioethics*, una bibliografia aggiornata per argomento di nuovi volumi pubblicati, e gli *Scope note series*, monografie bibliografiche comprendenti anche articoli su riviste. Rivista ufficiale è il Kennedy of *Etich Journal*. Un'altra importante attività del centro è stata l'attivazione di un servizio di informazione bibliografica on line, Bioethicsline, appoggiato alla National Library of Medicine di Bethesda nel Maryland e distribuito mediante il sistema *Medlars* negli Stati Uniti e nel mondo.

<sup>40</sup> In America vi sono, in realtà, tantissimi centri collegati a università e ospedali, tra i quali merita di essere ricordato il Pope John XXIII center. Vi sono esperienze similari provenienti da ogni parte del mondo e solo apparentemente di segno diverso, si pensi, ad esempio all'Australia, dove Singer, noto per una posizione di estremo laicismo, dirige il *Center for human bioethics* presso la *Monash University* di Melbourne.

<sup>41</sup> Direttore del Departamento de medicina preventiva presso la facoltà di medicina dell'Università Complutense di Madrid.

L'autore, aderendo alla filosofia paternalistica e fenomenologica<sup>42</sup>, avanza la teoria dell'etica formale dei beni come fondazione dell'istanza etica universale, negando, peraltro, l'esistenza di una possibilità di fondazione universale sul piano dei contenuti del giudizio etico.<sup>43</sup> Sempre in ambito europea, per il fondamentale contributo alla questione che ci riguarda, va annoverata l'opera celebre di H. Jonas che con l'introduzione del principio di responsabilità ha contribuito in maniera sostanziale all'edificazione dell'etica medica.<sup>44</sup>

Lo stato mesenchimale dell'indagine di Jonas è, in realtà, la filosofia di Potter: egli prende in considerazione l'accresciuta possibilità della tecnologia di cui esamina le eventuali minacce per la sopravvivenza dell'umanità. L'autore menziona un principio accreditato sin dalla notte dei tempi: l'obbligatorietà della vita.

Un onere nascente non solo dalla risposta al "dono divino" della nascita ma anche per garantire l'esistenza di una nuova etica, che Jonas apostrofa <<del futuro>> perché si deve fondare sull'esame delle conseguenze degli interventi umani sulla biosfera a carico delle generazioni future. Animato dalla prospettiva di un personalismo ontologicamente fondato e di ispirazione tomista è l'operato dell'Istituto italiano di bioetica, che cerca continua sintonia tra pensiero cattolico e scienza medica.

In realtà per comprendere pienamente l'evoluzione dell'etica medica occorre riferirsi ad epoche di molto precedenti, in particolare nel riferirsi al rapporto tra medico paziente, fondamentale anche per capire come possa svilupparsi l'ingerenza dello stato in tema di obbligatorietà vaccinale. Sin dall'antichità troviamo sempre tre elementi: le esigenze di carattere etico che il medico doveva e deve rispettare, i significati morali dell'assistenza al malato e le decisioni che lo Stato doveva prendere nei confronti dei suoi cittadini in merito alla salute pubblica.

Già il codice di Hammurabi del 1750 a.C. influenzato da precedenti prescrizioni sumeriche, contiene norme che regolano l'attività medica. Nella ricostruzione del

---

<sup>42</sup> Il riferimento che compie lo studioso è ai suoi connazionali, L. DELCINARO e X. ZUBIRI. Per approfondimenti si rinvia a E. SGRECCIA, *Manuale di Bioetica, volume I. Fondamenti ed etica biomedica*, da Trattati e manuali. Bioetica e medicina, edizioni Vita e pensiero, anno 2012.

<sup>43</sup> *Ibidem*

<sup>44</sup> Prima e a latere, per completezza di indagine vanno annoverati altri fenomeni europei: nel 1993 sempre nella penisola iberica fu creata la Sociedad Andaluza de Investigación Bioética. Dieci anni prima, a Bruxelles, per iniziativa di alcuni professori dell'Università cattolica di Lovanio: il *Centre d'études bioéthiques*. Altri centri d'interesse bioetico esistono in Francia, ad esempio, *l'Institut National de la santé et de la recherche médicale*. In Inghilterra dal 1975 viene pubblicato il trimestrale "*Journal of medical ethics*".

pensiero etico occidentale bisogna ricordare Ippocrate (ca 460-370 a. C.) il cui Giuramento è ancora oggi promessa di dedizione professionale dei medici. In realtà, per quanto il corpus *hippocraticum* desti problemi di autenticità, non si può negare che esso sia l'eccellente risultato dei contributi della tradizione in merito alla necessaria dicotomia professionalità, fiducia atta a regolare la funzione del sanitario. Se si avvalora la dimensione storico-filosofica del giuramento, ne avremo la caratterizzazione del giuramento come espressione propria della cultura del tempo, di carattere pre giuridico proprio di una categoria di persone, quella medica che era considerata in qualche modo alloterica alla legge. Attribuendosi una funzione sacrale, la professione medica sarebbe una "professione forte" retta da una "morale forte", religiosamente celata anche dal giuramento. La struttura del giuramento è trifasica. Un' invocazione alla divinità, nell'incipit, in cui essa si carica della rappresentazione metaforica e impressionistica dell'invocazione alla musa.<sup>45</sup>

Per svolgere la professione medica è necessario l'intervento di una forza superiore, coadiuvante alla formazione del medico. Il giuramento è, poi, composto da una parte centrale che consta a sua volta di due differenti brani: uno relativo all'impegno verso il maestro e per l'insegnamento in generale e l'altro, concernente la somministrazione di terapie che potremmo trasportare sul piano vaccinale.<sup>46</sup>

La promessa di dedizione professione si conclude con una nuova invocazione alla divinità chiedendo sia il favore della benedizione per chi la osserva sia la maledizione come punizione per chi trasgredisce.<sup>47</sup> Il giuramento diviene un sacerdozio filosofico e carismatico, facendo assurgere l'atto ippocratico a testimone di una forma dispregiativa e liberticida di paternalismo medico. A tal proposito, non si può non notare che la moralità dell'atto medico sia plasmato sul principio di beneficenza e non maleficenza, cioè il bene del paziente.

Una moralità fondata sul principio sano del bene del paziente, depauperata dalla valenza delle critiche che per lungo tempo l'ha identificata come moralità "casta"

---

<sup>45</sup> Non meno di quanto avvenga nei poemi omerici, l'invocazione vale come una ierofonica attestazione: si vuole palesare la matrice divina della professione del medico.

<sup>46</sup> Terapie che obbligano il medico ad escludere certe azioni, seppur richieste, come il veleno e qualsiasi forma di abuso possa essere perpetuato a danni del paziente. Per approfondimenti si rinvia a D. VON ENGELHARDT, *Storia dell'etica medica*, in S. LEONE e S. PRIVERA, in *Dizionario di bioetica*.

<sup>47</sup> Osserva Spisanti: "*Non si tratta di un codice atemporale, quasi espressione scritta di una morale naturale, come fu giudicato fino al XVIII secolo, ma di un riflesso della filosofia e della cultura del tempo che considerava la professione medica in un alone di trascendenza vestendola di carattere sacrale*".

o naturale. Vi è necessità di riscoprire una verità oggettiva e non mera sopraffazione di coscienza. La canonicità con cui nei secoli si è diffuso il giuramento, si pensi, ad esempio, alla preghiera quotidiana del medico<sup>48</sup>, deve essere mitigata dinanzi all'affermarsi del pensiero moderno, il liberalismo etico di Hume.

Questa sorta di modernizzazione, non può però considerarsi idonea a decretare la completa scomparsa del criterio di beneficenza fondato non più sull'astorica trascendenza della professione medica, ma su una specifica concezione di bene. Paradossalmente proprio in questo tentativo di laicizzazione, rientrano in gioco i valori tipici della teologia cristiana. L'uomo deve essere valutato nella sua totalità, anima e corpo, intendendo per la prima un generale sentimento di benessere. Cristo con l'esperienza dell'Incarnazione-Redenzione, apportando un'evoluzione straordinaria, rende in una positiva escatologia, l'ultimo primo tra primi, per cui ciò che viene fatto all'ammalato viene letto alla stregua dell'«avete fatto a me».

Da questo sentimento nasce nelle corsie d'ospedale post-rivoluzione francese il concetto di diritto del cittadino all'assistenza, la società civile recrimina sulla necessità dell'ausilio statale per garantire la salute dei propri membri, sarà così anche in Italia per la genesi del mutuo soccorso, animate dalla necessità di non abbandonare gli ultimi. È il medico *diakonos* dei sofferenti, servitore dei deboli, mai al di sopra della legge morale, ma ad essa legato per la necessità di offrire conforto al prossimo.

Vi è una caratterizzazione tipicamente cristiana in ciò: l'immagine evangelica del *Cristus patient* per l'ammalato sofferente e del *Cristus servus* per quanto concerne il medico. Il principialismo costituisce il modo autentico di intendere i rapporti tra medico e paziente, tanto che, nei dibattiti bioetici sembra avvertirsi una sorta di mormorio che diviene mantra incessante: «Autonomia, Beneficenza, Giustizia»<sup>49</sup>. Per decenni, la bioetica ha visto limitata la propria funzionalità a tale tritico, in ossequio alla sua semplicità e facilità di diffusione. Questi stessi principi divengono capisaldi nell'opera che è parte della titolazione di questo paragrafo "*Principles of biomedical ethics*". L'etica medica deve essere genericamente interpretata come l'applicazione di teorie etiche generali, principi

---

<sup>48</sup> Mosè Maimonide (Egitto 1135-1204)

<sup>49</sup> In questo senso K.D. CLOUSER e B. GERT, *A critique of principlism* da *The Journal of Medicine and Philosophy*, 1990.



e norme a problemi di pratica terapeutica, distribuzione di cure sanitarie, ricerca medica e biologica.<sup>50</sup>

Seguendo un orientamento kantiano, gli ideatori dell'etica biomedica, ripudiano l'idea del lemma bioetica, optando per la nomenclatura "etica pratica" qualificando con tale, nuova, espressione il tentativo di ricercare dalle teorie generali le implicazioni su forme specifiche di giudizio morale.<sup>51</sup> Primo problema è, indi, la definizione di morale. Il termine si riferisce alle convenzioni sociali che tendono a scindere la condotta buona da quella sbagliata. Trattasi di convenzioniabili a riscuotere ampio consenso; etica è invece lemma di portata più generale riferibile sia alla moralità che all'etica.

Il punto di partenza degli illustri autori è la metaetica, atta a giustificare una scelta piuttosto che un'altra, a mezzo di tre, differenti, approcci: il deduttivismo, l'induttivismo e il coerentismo. Il primo sostiene che i giudizi morali vengono giustificati sulla base di una struttura teoretica di precetti normativi da cui vengono desunti. Esso crea un regresso potenzialmente infinito di giustificazioni. Il continuo richiamo da una norma all'altra, spingerebbe sino alla norma prima, auto-justificante. Tale continuo intercalare viene reso a mezzo di una struttura lineare: giudizi particolari e azioni, norme, principi, teorie etiche.<sup>52</sup>

I giudizi genesi delle teorie etiche si relazionano costantemente ad esse e sono fonte di norme e principi. Avvalorando tale concezione, l'autodeterminazione intendibile come capacità di formulare giudizi ed orientare le proprie scelte, anche in tema di vaccinazione, costituiscono un'applicazione stessa dell'esistenza umana. L'uomo, in qualità di esse vivente, sceglie. La scelta è, indi, tipica dell'essere vivente.

La legge morale non passa attraverso la moralizzazione, essendo la legge morale insita nella natura stessa dell'individuo, libero. Seconda teoria contenuta nel "*Principles*" è l'induttivismo.

Esso sostiene che i giudizi morali sono tratti dai casi particolari e dai giudizi che provengono da questi, per generalizzazione, si possono derivare regole e principi che valgono in contesti analoghi. La grave pecca di tale teoria è costituita dall'incapacità di giustificare la differenza di scelte compiute dinanzi alla stessa vicenda da soggetti ugualmente informati e del non rendere ragione del fatto

---

<sup>50</sup> Cfr T. L. BEAUCHAMPS e J.F. CHILDRESS, in *op. cit.*

<sup>51</sup> *Ibidem*

<sup>52</sup> T. L. BEAUCHAMP e J. F. CHILDRESS, *Principles of Biomedical Ethics*, Oxford University Press Inc., 2019.

che i giudizi morali e le traduzioni inadeguate vengano criticati sulla base di norme generali, come quelle connesse alla tutela dei diritti umani.

In realtà, induttivismo e deduttivismo dovrebbero essere reciprocamente integrati: l'induttivismo ripudia la canonica standardizzazione compiuta dalla storia e dalla filosofia e lo stesso deduttivismo sottolinea come i giudizi morali sono spesso garantiti da un ricorso diretto ad essi nell'attualità del caso concreto. *Tertium genus* tra induttivismo e deduttivismo è l'ecocentrismo. Traendo ispirazione da Rawls, si può ritenere che l'accettazione di una teoria etica parta dai nostri "giudizi ponderati", ossia dalle convinzioni morali cui attribuiamo maggiore sicurezza ed imparzialità. Tali giudizi vivono aprioristicamente, depauperati da una continua relazione con le altre norme, eppure non sono intuizione individuale, la loro certezza è molto probabilmente derivata da credenza acquisita, collaudata e corretta nel tempo tenendo conto degli scopi cui queste norme dovrebbero servire.<sup>53</sup>

Si tenta costantemente l'emendamento e l'armonizzazione dei giudizi, sino alla massima approssimazione alla piena coerenza. Confrontando teorie diverse e sottoponendole alla verifica pratica si raggiungono gradi di giustificazione sempre maggiori, la funzione è costantemente tra condivisione della rassomiglianza e universalizzabilità delle norme.

A ben guardare, trattasi di una teoria da non accreditare, poiché avente la potenzialità di giustificare comportamenti riprovevoli, se correttamente accreditati. Ritenendo più auspicabile una teoria che oltre la coerenza, ricerchi ciò che è giusto e virtuoso. L'autodeterminazione non può essere legittimata per sola coerenza alla natura umana. Occorre, piuttosto bilanciare i quattro principi dell'etica biomedica (autonomia, non maleficenza, beneficenza e giustizia), nella persuasione che essi derivino da giudizi presenti nella morale comune e nella tradizione medica.

A qualunque teoria si scelga di dare valore, il compito di esse è rappresentato dal tentativo di fornire uno schema all'interno del quale i soggetti possano riflettere sull'accettabilità delle azioni e possano riflettere sull'accettabilità delle azioni e possano valutare i giudizi morali e il carattere morale.<sup>54</sup>

Vi sono otto elementi fondamentali che devono detenere le varie teorie etiche:<sup>55</sup> chiarezza nell'insieme e nelle singole parti, coerenza intima, massimo di

<sup>53</sup> L. JOHNSON, *Rawls and the independence of moral theory*, dalla rivista on line *Troughs and Things*, sezione *Etichs*, Philosophy

<sup>54</sup> A. VENDEMIATI, *La specificità bioetica*, ed. Rubettino, 2003.

<sup>55</sup> T. L. BEAUCHAMPS e J.F. CHILDRESS, in *op. cit.*

completezza e di comprensione possibile nell'elencare i principi morali, semplicità, potere esplicativo della vita morale (i suoi scopi, il suo status, il modo in cui i diritti vengono correlati ai doveri, etc.), capacità di giustificare le opinioni, capacità di produrre giudizi che non facevano parte del nucleo dei giudizi sui quali la teoria è stata costruita, realizzabilità delle sue richieste.

Elementi fondativi che ogni teoria di filosofia etica deve poter considerare. In particolare, deve poterlo fare l'etica della cura. Essa si lega profondamente alla tematica de qua. L'etica dell'aver cura sfida direttamente i valori liberali tradizionali legati all'imparzialità e ai principi universali.<sup>56</sup>

Etica dell'amore ed etica del dovere possono ora fondersi, rendendosi in una considerazione di umana e filiale assistenza, che deve evitare derive paternalistiche. L'idea dell'imparzialità resta adatto alle relazioni pubbliche e istituzionali, ma al di fuori di questi contesti esso rischia di spersonalizzare e di renderci ciechi e indifferenti ai bisogni speciali degli altri. I principi universali sono funzionali all'imparzialità, ma l'esperienza morale li rileva spesso improduttivi e inutili, giacché le relazioni sociali si avvalgono di capacità empatica, amicizia, familiarità, etc.

L'etica dell'aver cura appare, così, insufficiente, alla luce di fondamentali criteri di comprensività, di potere esplicativo e giustificatore. La critica sembra, in realtà, più rivolta all'incompletezza di tale teoria etica.<sup>57</sup>

Occorre, per tentare soluzione alla *vexata questio*, relativa alla legittimazione dell'obbligatorietà vaccinale, incorporare questa teoria ai giudizi imparziali, coniugandoli, difatti, alla preoccupazione per il bene pubblico, il senso di giustizia, senza, tuttavia, perdere criticità e specificità.

A tal proposito <<i> i principi ricompariranno in una teoria maggiormente comprensiva e rafforzeranno l'etica dell'aver cura. Se noi siamo d'accordo sul fatto che certe forme di empatia e di emozione costituiscono basi appropriate per la motivazione, dovremmo d'altronde essere preparati a situazioni nelle quali

---

<sup>56</sup> L'etica dell'aver cura sorge prevalentemente in scritti femministi che rivelano, nelle donne, la presenza di sensibilità etiche diverse da quelle maschili. La psicologa Cilligan ha notato che, laddove gli uomini esprimono prevalentemente un'etica di diritti e doveri e modellano il proprio comportamento sulla base di accordi, le donne esprimono prevalentemente un'etica dell'aver cura, modellata su relazioni date contestualmente, come quelle della famiglia. A partire da queste considerazioni, la filosofa Baier ha chiarito come, dalle elaborazioni etiche-filosofiche femminili, emerge un mondo morale che ha perso le connotazioni limitate e limitative di quelle tradizionali. Per approfondimenti, C. CILLIGAN *Con voce di donna. Etica e formazione della personalità*, Feltrinelli, 1991.

<sup>57</sup> T. L. BEAUCHAMPS e J.F. CHILDRESS, in *op. cit.*

le nostre azioni sono eccessivamente di parte e necessitano di una correzione mediante giudizi etici imparziali>><sup>58</sup>.

Maturando tale integrazione, questa proposta etica corre il rischio di essere schiacciata all'interno della sfera privata delle relazioni intime e di rafforzare la relegazione delle tematiche sull'obbligatorietà vaccinale nel ruolo tradizionale di necessaria assistenza e cura del medico, eradicando il valore della libertà dell'individuo.

Occorrerebbe credere, in una pretesa risolutiva, a questa necessità di mitigazione, a questa spinta analitica verso il "meticcio", la contaminazione di teorie eticamente derivate dall'economia del mondo e percezioni individualistiche, senza lasciarsi sopraffare dalle stesse.

E se è vero che i tempi richiedono l'allontanamento dalla concezione sacrale del medico come desumibile dal giuramento, è pur vero che l'assistenza al sofferente e prima ancora al consociato è onere previsto nella deontologia professionale. Al medico è richiesto di tenersi lungi da ogni inclinazione personale e di curare prodigandosi nell'esercizio della sua mansione. Eppure egli non può costringere l'assistito a scelte terapeutiche contrarie alla propria volontà.

Gli sforzi di tracciare un quadro chiaro sia sotto il profilo etico che sotto il profilo normativo, teleologicamente orientati verso un chiarimento dei dubbi circa l'obbligatorietà vaccinale, non hanno e non possono condurre allo stato attuale ad una piena risoluzione. Ciò è in parte determinato dalla prematurità della tematica: mancato rispetto dei termini usuali per la sperimentazione, scarsissima disponibilità di vaccini, che invitano a riscrivere principi di giustizia distributiva, assenza di follow up; e in parte dalla difficoltà di bilanciare due sistemi deontici in confliggenza tra loro, autodeterminazione e libertà di cura e tutela della salute pubblica. Insomma, la questione resta aperta.

---

<sup>58</sup> *Ibidem*