



# DE IUSTITIA

RIVISTA GIURIDICA

ISSN 2974-7562  
ISBN 978-88-67355-81-5



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

Rivista n° 2 / Aprile 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

*Appalti pubblici e sanzioni amministrative: profili di diritto intertemporale collegati alla evoluzione della disciplina in materia di incameramento della garanzia provvisoria.*  
di Gianpiero Gaudiosi **Pag. 4**

*La pubblica amministrazione come oggetto di tutela penale: tra nuove derive eticizzanti e necessità di recupero del suo significato oggettivo-funzionale.*  
di Fabrizio Rippa **Pag. 16**

*Riflessioni sulle modalità di gestione dei servizi pubblici locali.*  
di Carlo Giordano **Pag. 43**

PARTE II – DIRITTO CIVILE

*La tutela dei dati genetici tra innovazione tecnologica e diritti fondamentali della persona.*  
di Consiglia Botta **Pag. 56**

*La diseredazione testamentaria.*  
di Maurizio Amendola **Pag. 67**

*App, Privacy e minori. La tutela dei minori in internet tra autodeterminazione informativa e fruizione dei contenuti digitali .*  
di Pierpaolo Arganelli **Pag. 81**

PARTE III – DIRITTO PENALE

*Cassazione penale, 2a Sezione, Sentenza del 18 novembre 2020 (depositata il 23 dicembre 2020), n. 37381, Presidente Rago, estensore Sgadari, Procuratore Generale Pedicini.*  
di Alfonso Porciello **Pag. 109**

*L'omicidio seriale nel quadro normativo e trattamentale italiano.*  
di Irene Iezzi **Pag. 121**

*Spunti di riflessione sul delitto di violenza sessuale: cenni evolutivi e risvolti giurisprudenziali sull'abuso di autorità.*  
di Nicola Ascoli **Pag. 133**

## PARTE IV – FOCUS

*Introduzione alle Smart City. Criticità e prospettive nel panorama italiano.*  
di Francesca Pedace

**Pag. 150**

*Il divieto di multiple partecipazioni societarie alla luce dell'art. 16 bis N.O.I.F.*  
di Ernesto Caggiano

**Pag. 163**

**Appalti pubblici e sanzioni amministrative: profili di diritto intertemporale collegati alla evoluzione della disciplina in materia di incameramento della garanzia provvisoria.**

**di Gianpiero GAUDIOSI\***

**SOMMARIO:** **1.** Spunti introduttivi. **2.** L'art. 93 nella sistematica del Codice dei contratti pubblici. **3.** La fattispecie oggetto di scrutinio. **4.** Uno sguardo a ritroso: gli artt. 48 e 75 del D.lgs. n. 163/2006. **5.** L'apporto mitigatore del Codice del 2016. **6.** La cauzione provvisoria: un Giano bifronte. **7.** "Viaggio giurisprudenziale" tra i tornanti della legittimità costituzionale in materia di diritto amministrativo punitivo in caso di disposizioni che ostano ad un'applicazione retroattiva dello *ius superveniens* più favorevole. **8.** Riflessioni conclusive: l'insostenibile complessità dei tentativi di semplificare un "mandala" giuridico. L'*impasse* dei DD.LL. nn. 76/2020 e 77/2021.

**ABSTRACT:** *This paper aims to investigate the state-of-the-art of the Italian administrative case law as regards the nature and functions attributable to the institution of the provisional guarantee, set out by article 93 of the new Public Procurement Code. In this regard, useful interpretative insights are derived from the recent ordinance no. 3299/2021 of the Italian "Consiglio di Stato", which has recently addressed the issue and has deemed it possible to affirm its punitive nature. Starting from this assumption, at the same time, the Court has questioned to the Italian "Corte Costituzionale" as to whether it is constitutional for the Italian judicial authorities to deny the retroactivity of the rules contained in the 2016 Code, although more favorable than those established by articles 48-75 of the 2006 Code.*

**1. Spunti introduttivi.**

Come ampiamente noto, l'intera architettura degli affidamenti di contratti pubblici poggia saldamente su un sistema di cautele poste dal legislatore a presidio della posizione del soggetto che bandisce la gara, in piena sintonia con l'esigenza di realizzare l'interesse pubblico sotteso all'appalto. Per quanto qui rileva, il non infrequente verificarsi – nella prassi di settore – dell'evenienza per

---

\* 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.

la quale possa rimanere inattuato il costituendo sinallagma negoziale costituisce una tra le principali ragioni giustificatrici della necessità, da parte della stazione appaltante, di precostituirsi una "sorta di tutela" che il codice, più correttamente, inquadra sotto la definizione di «garanzia per la partecipazione». L'art. 93 del d.lgs. n. 50/2016 stabilisce, a questo proposito ed in confronto di quanti intendano partecipare ad una procedura evidenziale, l'obbligo di porre a corredo dell'offerta una garanzia fideiussoria (c.d. "provvisoria") pari al 2 per cento del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, sotto forma di cauzione o di fideiussione <sup>1</sup>, a scelta dell'offerente (co. 1). Il composito dibattito giurisprudenziale inteso a delimitare natura e funzioni dell'istituto *de quo*, con l'ordinanza n. 3299/2021, è tornato oggetto di attenzioni da parte dei giudici di Palazzo Spada i quali, incidentalmente, affrontano il tema in quanto chiamati a pronunciarsi sulla legittimità di un provvedimento di escussione della cauzione. Sul punto, la Quinta Sezione ha ribadito l'orientamento giurisprudenziale secondo cui l'operatività dell'art. 93, comma 6, andrebbe circoscritta a valle dell'aggiudicazione definitiva e pertanto nei soli confronti dell'aggiudicatario (*recte*, "affidatario"). Ciò posto, la medesima pronuncia ha ritenuto sussistere i presupposti di rilevanza e non manifesta infondatezza per rimettere alla Corte Costituzionale la questione di legittimità costituzionale della norma sopraindicata nel combinato disposto con l'art. 216 <sup>2</sup>, Disposizioni transitorie e di coordinamento, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, Codice dei contratti pubblici. In particolare, il Collegio ha ravvisato un contrasto delle anzidette norme con gli artt. 3 e 117, primo comma, della Costituzione (quest'ultimo in relazione all'art. 49, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea), nei termini in cui le stesse, congiuntamente applicate e facendo quindi applicazione delle note regole intertemporali stabilite dal nuovo codice in relazione alle procedure bandite prima della sua entrata in vigore, consentirebbero

---

<sup>1</sup> Con specifico riferimento alle modalità di versamento della garanzia, se in forma di cauzione, oltre a titoli di debito pubblico si può ricorrere a contante, bonifico o assegni circolari. Ove invece la garanzia sia riconducibile allo schema tipico del negozio fideiussorio, occorre rammentare che AGCM ha ritenuto illegittime le clausole dei bandi e avvisi che escludano offerte corredate da fideiussioni rilasciate da imprese extracomunitarie autorizzate. Si veda in proposito l'atto di segnalazione, 4 dicembre 2017, n. AS1466.

<sup>2</sup> Stando al quale, le disposizioni contenute nel nuovo Codice si applicano «alle procedure e ai contratti per i quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano pubblicati successivamente alla data della sua entrata in vigore nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o di avvisi, alle procedure e ai contratti in relazione ai quali, alla data di entrata in vigore del presente codice, non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte».

l'applicazione delle previsioni preesistenti (*i.e.* artt. 48 e 75, d.lgs. n. 163/2006) e indubbiamente più afflittive nei riguardi dei partecipanti alla gara.

## **2. L'art. 93 nella sistematica del Codice dei contratti pubblici.**

Prima di addentrarsi nel merito della pronuncia da cui traggono spunto le odierne riflessioni, val la pena soffermarsi brevemente sui tratti caratteristici della cauzione, una volta calata all'interno del complesso *iter* di esecuzione dei contratti pubblici. La latitudine applicativa dell'istituto in esame si apprezza compiutamente già solo pensando alla tradizionale dicotomia tra garanzia provvisoria e definitiva che ricalca perfettamente lo sviluppo diacronico della procedura di affidamento. Quest'ultima si snoda difatti lungo una linea che consta di una duplice fase: quella genetica, di formazione del contratto, ed altra successiva dal carattere tipicamente funzionale-esecutivo. Affidando ad altra e più opportuna sede i dovuti approfondimenti in materia di garanzia definitiva<sup>3</sup>, mette conto osservare, ad integrazione di quanto già in parte anticipato, che in via generale la misura della garanzia provvisoria, stando all'art. 93, da calcolarsi in percentuale rispetto all'importo posto a base di gara, può oscillare in aumento o in diminuzione entro una forbice ricompresa tra l'1% e il 4%<sup>4</sup> del prezzo base, sempreché lo scostamento dal valore iniziale risulti adeguatamente motivato dalla stazione appaltante e fatta salva in ogni caso la facoltà per quest'ultima di non farne neppure richiesta in caso di procedure sotto soglia di importo inferiore a 40.000 euro. In aggiunta, la norma elenca al comma 7 un insieme di ipotesi ulteriori al verificarsi delle quali la misura della garanzia è ridotta dalla stazione appaltante. Si tratta, invero, di abbattimenti percentuali che traggono la relativa ragione ispiratrice nella connotazione soggettiva dell'operatore e tra questi, in particolare, i più significativi sono quelli descritti al primo ed al secondo periodo, che postulano la dimidiazione degli importi formanti oggetto di garanzia, ove la stessa debba essere prestata da concorrenti in possesso di certificazione del sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI CEI ISO 9000 ovvero da microimprese e PMI, anche se costituite in raggruppamento o consorzio ordinario. Nelle ipotesi testé menzionate, la concessione del beneficio è accordata al ricorrere di precisi *standard* dimensionali dell'impresa e/o del carattere qualitativo della relativa prestazione, purché debitamente attestato da

<sup>3</sup> La cui disciplina, come ben si saprà, è contenuta nell'art. 103 del Codice e che all'interno della sequenza procedimentale di un appalto pubblico assolve ad una funzione ben diversa da quella che connota la garanzia provvisoria.

<sup>4</sup> Fino al 4%, fatta salva l'ipotesi in cui si tratti di gare realizzate da centrali di committenza.

organismi accreditati, sì da far presumere la maggiore affidabilità strutturale ed operativa del concorrente. Tra gli altri aspetti idonei a contraddistinguere la portata di un siffatto istituto risalta la previsione contenuta al comma 4, a mente del quale la fideiussione o polizza assicurativa presentata quale garanzia provvisoria importa la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale e la rinuncia altresì a tutte le altre eccezioni da questi altrimenti opponibili ai sensi dell'art. 1945 del codice civile. In punto di efficacia, il comma 5 – in assenza di diversa previsione contenuta nella *lex specialis* di gara – ne fissa l'operatività in almeno centottanta giorni a decorrere dalla data di presentazione dell'offerta. Resta salva in ogni caso la facoltà per la Stazione appaltante, allorché ciò risulti espressamente previsto nel disciplinare, di richiedere l'estensione temporale della copertura fideiussoria ove, al momento della sua scadenza, non sia ancora intervenuta l'aggiudicazione<sup>5</sup>. Sulla scorta di quanto detto, non sfuggirà di certo che la misura disciplinata dal citato art. 93 può a buon diritto ritenersi un istituto specifico del diritto pubblico che – malgrado la continua opera di "tentata civilizzazione" e le innegabili analogie con alcuni istituti privatistici – obbedisce a logiche sue proprie e, come tale, va ricostruito ed applicato in base alle norme pubblicistiche che lo disciplinano<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Fermo restando che, secondo quanto riconosciuto più di recente dal Consiglio di Stato, nell'ipotesi in cui la SA non si fosse avvalsa della suddetta facoltà, la polizza fideiussoria deve intendersi cessata alla scadenza ordinaria del contratto, cfr. Cons. St., sez. III, 19 maggio 2020, n. 3190.

<sup>6</sup> In argomento, particolare interesse rivestono i ragionamenti sviluppati dal recente Tar Marche – Ancona, sez. I, 2 marzo 2021, n. 177. Nella pronuncia in commento il Tribunale fa il punto delle più significative posizioni su cui si è attestata la giurisprudenza amministrativa in anni recenti per ciò che riguarda la qualificazione normativa della cauzione provvisoria. A questo proposito la ricorrente, richiamandosi all'indirizzo fatto proprio da un recente Consiglio di Stato n. 2408/2020, aveva ritenuto che la cauzione presentata in una procedura ad evidenza pubblica andasse qualificata alla stregua della caparra confirmatoria ex 1385 c.c.; il Collegio si mostra *a contrario* di tutt'altro avviso osservando come l'assimilazione *de qua* fosse giuridicamente scorretta dal momento che: «la caparra confirmatoria presuppone la consegna anticipata da parte di uno dei contraenti all'altro contraente di una "porzione" della prestazione contrattuale (tanto è vero che, laddove l'esecuzione del contratto non faccia registrare eventi patologici, la caparra viene restituita oppure, ed è il caso più frequente, imputata alla prestazione)» e che, di contro, «nulla di tutto questo è osservabile con riguardo alla cauzione provvisoria, visto che essa non può in alcun modo essere intesa come un "anticipo" della prestazione che sarà dovuta dal contraente privato» (punto 8.1.1.). Al più, prosegue il giudice amministrativo, potrebbe ritenersi che – al pari di ciò che accade tanto per la clausola penale quanto per la caparra confirmatoria – la garanzia provvisoria produce l'effetto di «liquidare *ex ante* il danno subito dalla parte fedele (ossia, nel caso delle gare ad evidenza pubblica, dalla stazione appaltante) per effetto del comportamento omissivo, negligente, etc., del concorrente escluso» (punto 8.1.2.). Ad ogni buon conto, conclude la sentenza, la cauzione *de qua* non può dirsi riconducibile ad un istituto civilistico, in quanto presidiata da talune peculiarità che corrispondono ai principi generali sanciti dall'art. 97 Cost. e, in questo senso, le garanzie di celerità e regolarità cui assolve la Stazione appaltante mediante richiesta di prestazione della



Siffatte considerazioni assumono notevole importanza se rapportate all'esigenza di risalire all'esatta qualificazione normativa dell'istituto e in maniera del tutto consequenziale alle relative funzioni, aspetti sui quali si tornerà più avanti nel corso della trattazione<sup>7</sup>.

### **3. La fattispecie oggetto di scrutinio.**

Tanto premesso in via generale, volendo offrire al lettore un breve inquadramento fattuale della vicenda da cui trae abbrivio l'odierna analisi – afferente nello specifico a una procedura aperta e suddivisa in più lotti per «l'affidamento di servizi integrati, gestionali ed operativi» concernenti alcuni interventi di manutenzione degli uffici di un'Amministrazione Pubblica – basti qui ricordare che il consorzio, primo graduato in uno dei lotti, vistosi dapprima revocare l'aggiudicazione in esito al riscontro di una serie di irregolarità fiscali a carico di una delle imprese consorziate e dappoi subito l'escussione della cauzione provvisoria anche in relazione a quei lotti per i quali non era risultato né aggiudicatario provvisorio né secondo graduato, gravava il provvedimento di esclusione unitamente all'escussione della relativa garanzia con ricorso innanzi al T.A.R.. Quindi, a seguito di rigetto del giudice di *primae curae*, proponeva appello al Consiglio di Stato e contestualmente sollevava questione di legittimità costituzionale per «omessa applicazione del principio della *lex mitior* in relazione all'art. 93 comma 6 del d.lgs. n. 50 del 2016».

### **4. Uno sguardo a ritroso: gli artt. 48 e 75 del D.lgs. n. 163/2006.**

Ai fini di una corretta esegesi della pronuncia è d'uopo confrontarsi primariamente con il contesto normativo in cui si inserisce la *quaestio facti*. In parte già si è detto che la disciplina applicabile *ratione temporis* alla procedura evidenziale, nel caso *de quo*, era quella tratteggiata dal vecchio codice, oggi abrogato, che all'art. 48 prevedeva l'obbligo per la Stazione Appaltante – in un momento antecedente all'apertura delle buste – di verificare a campione il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa (c.d. "speciali") da parte dei concorrenti<sup>8</sup>, mediante sorteggio pubblico di un

---

garanzia, rappresentano un valore la cui tutela è imposta a monte dal legislatore ed è perciò sottratta alla libera scelta dell'amministrazione aggiudicatrice.

<sup>7</sup> Per un maggiore approfondimento sul tema si rinvia diffusamente a P. ALGIERI e F. FEDERICI, *Le garanzie negli appalti pubblici* in [www.ildirittoamministrativo.it](http://www.ildirittoamministrativo.it). Sul punto, anche S. CERRATO, *Anatomia giuridica di un contratto «singolare»: l'appalto pubblico. Un «tipo negoziale» al confine fra diritto amministrativo e diritto commerciale*, Pacini Giuridica Editore, 2021, pp. 150 e ss.

<sup>8</sup> È bene qui precisare che, secondo giurisprudenza costante, rientra nella discrezionalità dell'amministrazione richiedere ai partecipanti il possesso di speciali requisiti di capacità tecnica o

«numero di offerenti non inferiore al 10 per cento delle offerte presentate». Il sistema previgente risultava, dunque, congegnato in maniera tale che alla pluralità di adempimenti a carico della Stazione Appaltante facesse da contraltare la possibilità per quest'ultima, in caso di esito negativo del suddetto controllo, di escutere la cauzione provvisoria anche prima che fosse intervenuta l'aggiudicazione<sup>9</sup>. Possibilità che, di fatto, veniva normata e trovava riscontro nel primo comma della norma sopraindicata<sup>10</sup>. In generale, la suddetta previsione viene letta congiuntamente all'art. 75, d.lgs. cit., che regola l'ipotesi della mancata stipula del contratto "per fatto dell'affidatario", con perifrasi che – secondo l'interpretazione graniticamente condivisa dal Consiglio di Stato e consolidatasi in seguito all'entrata in vigore del nuovo Codice, come meglio si dirà *infra* – sembrerebbe alludere a qualunque ostacolo sia stato frapposto alla stipula del contratto dal concorrente aggiudicatario<sup>11</sup>. Accogliere una siffatta lettura equivale ad integrare la possibilità per l'Amministrazione di incamerare la cauzione provvisoria, destinata per l'appunto a coprire la mancata sottoscrizione (co. 6), non solo in presenza del rifiuto dell'affidatario di formalizzare il c.d. *pactum fiduciae*, ma anche in caso di difetto in capo a questi dei requisiti (generali o speciali) ovvero per incongruenza palese dell'offerta tecnica rispetto alla realtà effettivamente appurata all'esito dei controlli propedeutici alla stipula; ossia, al verificarsi di evenienze tutte in egual modo ostative al perfezionamento dell'aggiudicazione definitiva. Alla stregua di ciò, viene ad instaurarsi una sorta di automatismo<sup>12</sup> tra l'esclusione dalla gara, quale effetto dell'accertata infrazione, e l'escussione della garanzia, intesa a sua volta come conseguenza vincolata e diretta (*ope legis*) del provvedimento di esclusione. Per dirla in altri termini, il meccanismo dell'incameramento della garanzia assume i caratteri propri di un "atto dovuto", «insensibile ad eventuali valutazioni volte ad evidenziare la non imputabilità a colpa della violazione che abbia dato causa

---

economico-finanziaria, sempreché tali limitazioni rispettino la concorrenza tra operatori economici e risultino coerenti e proporzionate rispetto all'oggetto dell'affidamento; in tal senso, si veda più di recente Tar Lombardia, Milano, sez. I, 11 febbraio 2021, n. 380.

<sup>9</sup> Come, fra gli altri, più di recente ci ricorda anche il T.A.R. Lazio, Sezione II-ter Sentenza 5 febbraio 2020, n. 1553.

<sup>10</sup> Cfr. Art. 48, co. 1: «Quando tale prova non sia fornita, ovvero non confermi le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta, le stazioni appaltanti procedono all'esclusione del concorrente dalla gara, all'escussione della relativa cauzione provvisoria e alla segnalazione del fatto all'Autorità per i provvedimenti di cui all'articolo 6 comma 11».

<sup>11</sup> T.A.R. Lazio, Sezione I, 20/10/2016, n. 10465.

<sup>12</sup> In questo senso, si vedano, tra le altre, Cons. St., Sez. V, 16/5/2018, n. 2896; Cons. Stato, Sez. V, 02/02/2018, n. 691.

all'esclusione»<sup>13</sup> e in relazione al quale «l'Amministrazione difetta di facoltà di scelta»<sup>14</sup>.

### **5. L'apporto mitigatore del Codice del 2016.**

Giova a questo punto rammentare che l'assetto normativo *ante* riforma è stato oggetto di una profonda e intensa opera di rivisitazione la quale, attraversando l'intero *corpus codiciale*, ha finito per travolgere anche il regime di escussione della cauzione provvisoria prestata dagli operatori economici che partecipino ad una gara. La nuova disposizione, oggi scolpita all'art. 93, si discosta – come correttamente rimarca in più occasioni il Consiglio di Stato<sup>15</sup> – da quella contenuta nel testo del previgente codice e merita particolare notazione non solo in ragione del fatto che, rispetto ad esso, aggiunge la positiva denominazione di "garanzia provvisoria", ma anche in quanto reca con sé l'indiscutibile pregio di aver recepito, adoperando una formula linguistica più comprensiva, la consolidata elaborazione giurisprudenziale cui sopra si faceva menzione e di aver dunque puntualizzato che la copertura riguarderebbe «ogni fatto riconducibile all'aggiudicatario» (co. 6). Allo stesso modo, dal tenore letterale della norma in parola emerge inequivoca – ad avviso dei giudici dell'odierna pronuncia – la volontà del legislatore del 2016 di «circoscrivere la possibilità, per la stazione appaltante, di escutere detta garanzia nei soli confronti dell'aggiudicatario, nei casi specifici ivi contemplati» (p. 11). Dai rilievi che precedono si coglie altrettanto chiaramente il carattere più favorevole che riveste la disciplina sanzionatoria sopravvenuta. Pertanto, dalla esigenza di garantirne il retroagire a fatti di gara occorsi prima del 2016 trae fondamento il dubbio di legittimità costituzionale prospettato da parte ricorrente.

### **6. La cauzione provvisoria: un Giano bifronte.**

Così delineata la cornice normativa, il Massimo Consesso si volge ad esaminare più attentamente la natura della garanzia di che trattasi ed il relativo perimetro funzionale. Allo scopo, la Sezione ripercorre alcune tra le principali "tappe" che hanno scandito il sentiero esegetico nel cui solco si inseriscono anche i ragionamenti di seguito riproposti. In merito a ciò, il Collegio menziona in primo luogo la Plenaria n. 8 del 2005, giunta a conclusioni pressoché pedissequamente riprese da una *recentiore* pronuncia del Consiglio di Stato, Sez. V, n.

<sup>13</sup> Cons. di St., Sezione V, 24 gennaio 2019, n. 589.

<sup>14</sup> Cfr. Consiglio di Stato, Sezione V, 29 aprile 2003, n. 2190.

<sup>15</sup> Cons. di St., Sezione V, 6 aprile 2020, n. 2264.

2181/2020<sup>16</sup>. Il mosaico di decisioni meticolosamente ricomposto dai giudici amministrativi è avvinto dal *fil rouge* che ascrive alla cauzione provvisoria – da intendersi come parte integrante dell’offerta e non un mero elemento di corredo della stessa – una duplice natura in quanto misura di indole patrimoniale in grado di assolvere, a un tempo, una funzione indennitaria, preposta a garantire alla stazione appaltante il risarcimento dei danni cagionati dall’eventuale rifiuto-impedimento dell’impresa aggiudicataria di stipulare il contratto, «ipotesi che nel caso di specie non rileva», e suscettiva di realizzare nel contempo anche una funzione latamente sanzionatoria<sup>17</sup>, in caso di inadempimenti procedurali addebitabili al concorrente. Sempre attingendo ai principi ricavabili dall’ampio *excursus* giurisprudenziale in discorso, è ordunque evidente che si tratta di un istituto atto a svolgere un’azione di “garanzia” del rispetto dell’ampio patto d’integrità cui si vincola chi partecipa a gare pubbliche, autoresponsabilizzandosi per il tramite di esso. Ciò posto, la Sezione condivide e intende dare continuità al suo precedente e riconosce pertanto che «l’escussione della cauzione provvisoria assumerebbe quindi anche la funzione di una sanzione amministrativa, seppure non in senso proprio». *Ad abundantiam*, più avanti nel testo e compiendo un sforzo terminologico ancor maggiore, i giudici chiariscono che:

«l’escussione della garanzia in parola non può essere considerata una misura meramente ripristinatoria dello status quo ante, né ha natura risarcitoria (o anche solo indennitaria), né mira semplicemente alla prevenzione di nuove irregolarità da parte dell’operatore economico», trattandosi piuttosto:

«di una sanzione dall’elevata carica afflittiva ...che in assenza di una specifica finalità indennitaria (propria della sola ipotesi di mancata sottoscrizione del contratto da parte dell’aggiudicatario) o risarcitoria si spiega soltanto in chiave di punizione dell’autore dell’illecito in questione, in funzione di una finalità di deterrenza, o prevenzione generale negativa, che è certamente comune anche alle pene in senso stretto».

## **7. “Viaggio giurisprudenziale” tra i tornanti della legittimità costituzionale in materia di diritto amministrativo punitivo in caso di**

<sup>16</sup> Tra le altre si ricordano, inoltre, Cons. Stato, V, 27 giugno 2017, n. 3701; V, 19 aprile 2017, n. 1818; IV, 19 novembre 2015, n. 5280; IV, 9 giugno 2015, n. 2829; V, 10 settembre 2012, n. 4778.

<sup>17</sup> Pur non avendo, ricorda l’A.P. n. 34/2014, anch’essa menzionata, carattere di sanzione amministrativa in senso proprio.

**disposizioni che ostano ad un'applicazione retroattiva dello *ius superveniens* più favorevole.**

Preso atto del carattere punitivo ascrivibile al meccanismo dell'escussione, quale delineato a suo tempo dall'art. 48 del d.lgs. n. 163 del 2006, essa non può in alcun modo sottrarsi alle garanzie che la Costituzione e il diritto internazionale dedicano alla materia penale così come convenzionalmente inquadrata e tra queste, in particolare, al principio della retroattività della *lex mitior*, di cui il Collegio si sforza di tracciare le coordinate normative nell'ottica di definirne il preciso ambito di operatività. Sul punto si mostra dirimente il richiamo alla sentenza della Corte Costituzionale n. 63 del 2019, senz'altro innovativa nella misura in cui àncora il principio della retroattività *in bonam partem* alle previsioni contenute negli artt. 3 e 117, primo comma, Cost. e ne estende l'operatività anche alle sanzioni amministrative aventi natura punitiva, facendo propri i ragionamenti espressi, già qualche tempo prima, dalla sentenza n. 193 del 2006. Nell'occasione la Consulta aveva rilevato che:

«laddove, infatti, la sanzione amministrativa [avesse avuto] natura "punitiva"<sup>18</sup>, di regola non vi [sarebbe stata] ragione per continuare ad applicare nei confronti [dell'autore] tale sanzione, qualora il fatto [fosse stato] successivamente considerato non più illecito; né per continuare ad applicarla in una misura considerata ormai eccessiva (e per ciò stesso sproporzionata) rispetto al mutato apprezzamento della gravità dell'illecito da parte dell'ordinamento».

Sempre guardando in via generale ai precedenti cui si rifà il Consiglio di Stato, la Corte Costituzionale non ritiene di poter collocare il principio *de quo* nell'alveo dell'art. 25, secondo comma, Cost.; norma quest'ultima che, sancendo il principio – apparentemente antinomico – secondo cui: «[n]essuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso», risponderebbe piuttosto all'esigenza di tutelare la libertà di autodeterminazione individuale del singolo, garantendogli di non essere sorpreso dall'infrazione di una sanzione penale per lui non prevedibile al momento della commissione del fatto. Siffatte considerazioni finiscono inevitabilmente per riverberarsi anche sul diverso regime di deroghe operanti in relazione alle due distinte ipotesi. Sicché, mentre l'irretroattività *in peius* della legge penale costituisce un «valore assoluto e inderogabile», il retroagire della sopravvenuta modifica mitigatrice «è suscettibile di limitazioni e deroghe, legittime sul piano costituzionale [a condizione che le stesse siano] sorrette da giustificazioni oggettivamente ragionevoli». Alla luce dei predetti orientamenti e in particolare

<sup>18</sup> Alla luce dei ben noti *Engel criteria*.

delle valutazioni offerte dalla 63/2019, seppur calibrate sulla scorta di precise ipotesi di illecito amministrativo confinabili all'interno del T.U.B., la Quinta Sezione conclude per l'illegittimità costituzionale delle disposizioni che precludono l'applicabilità, al caso di specie, della più favorevole disciplina sanzionatoria sopravvenuta ed investe la Consulta della citata questione di legittimità.

### **8. Riflessioni conclusive: l'insostenibile complessità dei tentativi di semplificare un "mandala" giuridico. L'impasse dei DD.LL. nn. 76/2020 e 77/2021.**

Ragioni di completezza argomentativa impongono di fare un breve accenno alle deroghe che – fra le altre – sono state introdotte anche in materia garanzia provvisoria dal D.L. 16 luglio 2020, n. 76 (c.d. Decreto Semplificazioni), convertito in legge n. 120/2020, recante «Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitali». Il Decreto, come ampiamente noto, risponde ad una finalità dichiaratamente acceleratoria delle procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici e disegna, in deroga a quanto previsto in via ordinaria dal Codice Appalti, un regime normativo temporaneo e semplificato, diretto a incentivare, come testualmente recita l'art. 1:

«gli investimenti pubblici nel settore delle infrastrutture e dei servizi pubblici, nonché al fine di far fronte alle ricadute economiche negative a seguito delle misure di contenimento e dell'emergenza sanitaria globale del COVID-19».

Più in particolare, dall'impianto complessivo del decreto emerge che è proprio verso la fase di gara – malgrado quest'ultima mediamente impegni tempi di durata relativamente contenuta – che si sono affastellate le più pregnanti istanze acceleratorie<sup>19</sup>. Ebbene, seppur solo in relazione alle procedure sottosoglia (e perciò anche per i lavori di importo superiore ai cinque milioni), l'art. 1, co. 4, ha previsto una peculiare ipotesi di semplificazione che consiste proprio nella disapplicazione della garanzia provvisoria. La previsione, in piena armonia con la finalità di alleggerire gli oneri economici e amministrativi a carico degli operatori economici, importa il divieto di richiedere la cauzione *de qua*, mentre riveste carattere puramente eccezionale la possibilità per la stazione appaltante di farne espressa richiesta nell'avviso di indizione della gara o in altro atto

---

<sup>19</sup> Le stime ricavabili da alcuni rapporti hanno calcolato, relativamente alla fase di gara, una durata media di 0,6 anni al cospetto di una media complessiva pari a 4,4 anni circa. Più in generale, un interessante *focus* in merito alle principali novità introdotte dal D.L. semplificazioni del 2020 si ricava da A.M. COLARUSSO, *Il Decreto Legge "Semplificazioni": alcune novità in tema di esecuzione dei contratti pubblici*, in [www.amministrativamente.com](http://www.amministrativamente.com), IV, 2020, pp. 461 e ss.

equivalente. Richiesta che peraltro, chiarisce ulteriormente il decreto, necessita in ogni caso di una congrua motivazione sorretta da "particolari esigenze", tali da giustificarla in rapporto alla tipologia e specificità della procedura ed il cui ammontare andrebbe ad ogni modo dimezzato rispetto alla misura indicata dall'art. 93<sup>20</sup>. Dal momento che la norma derogatoria fa un generico riferimento alle garanzie provvisorie di cui all'art. 93, senza compiere alcuna distinzione tra i diversi commi, comunemente si è ritenuto che l'intero testo della disposizione in parola fosse da intendersi derogato con riferimento alle procedure di affidamento dei contratti aventi un valore non rilevante rispetto alla soglia di interesse comunitario, sino al 31 dicembre 2021. Ad una valutazione complessiva, l'abolizione della garanzia, così declinata, ha dato adito ad accese discussioni. In particolare, per quanto attiene alla effettiva opportunità della scelta derogatrice, se l'opzione è parsa certamente apprezzabile e pienamente logica con riferimento agli affidamenti diretti, per i quali di fatto l'art. 93, primo comma, all'ultimo periodo – richiamandosi per l'appunto alle ipotesi di cui all'art. 36, comma 2, lett. a) – già concedeva alla stazione appaltante la possibilità di non chiederne il rilascio, coerentemente con la logica secondo cui «l'affidamento diretto consente la scelta del contraente e, quindi, dovrebbe condurre alla selezione di operatori economici di cui già si conoscono le caratteristiche di serietà ed attendibilità»<sup>21</sup>, d'altro canto non è meno vero che l'esclusione dell'istituto – nel caso di lavori di importo significativo – equivarrebbe alla rinuncia a qualsivoglia cautela in sede di dichiarazioni rese a corredo dell'offerta e si tradurrebbe allo stesso tempo nella facoltà, di fatto accordata all'aggiudicatario, di venir meno al suo impegno a firmare il contratto ove l'offerta non dovesse risultargli più vantaggiosa. In via generale, ad onta del pur condivisibile intento di semplificazione della macchina burocratica, sulle cui "nobili fondamenta" è stato eretto anche l'ultimo e più recente D.L. 31 maggio 2021, n. 77, «Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure», resta da chiarire se, a fronte di un'analisi costi-benefici e viste anche le numerose zone d'ombra create dal disorganico insieme

<sup>20</sup> Beneficio che, ben s'intende, potrebbe finire per cumularsi ad altro già tipicamente previsto a vantaggio dell'operatore, che fruisca del dimezzamento dell'importo previsto a titolo di cauzione al ricorrere dei casi di cui all'art. 93, co. 7, d.lgs. 50/2016.

<sup>21</sup> Così atto A.N.AC. di segnalazione n. 2 del 26 febbraio 2020, concernente l'articolo 93, comma 1, del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 e s.m.i. e gli articoli 36, comma 2, lettera a) e 98 del medesimo decreto, cui integralmente si rinvia: <https://www.anticorruzione.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/anacdocs/Attivita/Atti/attiDiSegnalazione/2020/AttoSegnalazione.2.2020.pdf>.

di "interventi tampone"<sup>22</sup> messi a punto dalla novella legislativa, non si sia trattato dell'ennesimo "specchietto per le allodole"<sup>23</sup>, a conferma della cronica debolezza manifestata dal nostro Paese nell'approntare soluzioni realmente idonee a snellire e rendere più efficiente l'apparato amministrativo e, contestualmente, a restituire competitività alle procedure selettive.

---

<sup>22</sup> Tra i quali quello concernente la materia delle garanzie provvisorie rappresenta probabilmente uno degli esempi maggiormente paradigmatici.

<sup>23</sup> Espressione questa che si rifà ad una breve nota critica del prof. Clarich, rivolta alle più recenti riforme previste all'interno del PNRR. A questo proposito, si v. M. CLARICH, *Basta martoriare il Codice degli appalti*. La ricetta di Clarich consultabile su <https://formiche.net/2021/05/codice-appalti-clarich/> del 25/05/2021.



## **La pubblica amministrazione come oggetto di tutela penale: tra nuove derive eticizzanti e necessità di recupero del suo significato oggettivo-funzionale**

**di Fabrizio RIPPA\***

**SOMMARIO:** **1.** Premessa. Il bene giuridico come irrinunciabile presidio liberale. **2.** Oltre le ragioni dello Stato etico totalitario. La preferibilità di una nozione ampia del concetto di pubblica amministrazione. **3.** Pubblica amministrazione e diritto penale costituzionalmente orientato: dalla concezione formale a quella funzionale.

**ABSTRACT:** *Against the anti-democratic drifts of a subjective-based criminal law, it is necessary to recover the guaranteeing and selective value of the legal good. If this statement is valid in general, it is particularly so in the field of crimes against the public administration, which in recent years has seen the revaluation of old ethical and formalistic conceptions of protected legal objectivity. A constitutionally oriented reading of the norms regarding public administration suggests, instead, the recovery of an objective-functional conception, both as a guiding criterion for future legislative policies both as an interpretative canon of the incriminating provisions that already exist.*

### **1. Premessa. Il bene giuridico come irrinunciabile presidio liberale.**

L'oggettività giuridica di categoria che identifica il titolo II del libro II, e più in generale lo stesso concetto di bene giuridico (insieme con gli altri grandi temi della cultura penalistica liberale), lungi dal rappresentare il malinconico scheletro di una impalcatura sistematica mai realmente edificata, assume (deve assumere), quantomeno nella riflessione del giurista, un ruolo decisivo per l'analisi di tutte le fattispecie che coinvolgono le attività dei pubblici amministratori.

---

\* Ricercatore di diritto penale nell'Università degli Studi di Napoli "Parthenope".

Tale categoria dogmatica<sup>1</sup>, che ha ciclicamente vissuto crisi – a volte anche profonde – di identità e di legittimazione<sup>2</sup>, sembra infatti oggi attraversare una nuova ed inarrestabile parabola discendente. Impossibile ripercorre in tale sede le tappe di un lungo e travagliato percorso teorico e pragmatico<sup>3</sup>, tra l'altro mai

<sup>1</sup> Sulla quale, nella sterminata produzione scientifica, ci si limita qui a segnalare, oltre il fondamentale e per certi versi frainteso lavoro di A. ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Torino, 1913; G. PISAPIA, *Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Milano, 1948; A. PAGLIARO, *Bene giuridico e interpretazione della legge penale*, in Studi in onore di Francesco Antolisei, II, Milano, 1965; F. STELLA, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1973, PP. 1 ss.; G. BETTIOL, *L'odierno problema del bene giuridico*, in Riv. it. dir. pen., 1959, PP. 705 ss.; D. PULITANÒ, *La teoria del bene giuridico fra codice e Costituzione*, in Quest. crim., 1981, pp. 111 ss.; G. FIANDACA, *Il bene giuridico come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1982, pp. 42 ss.; AA.VV., *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di A.M. STILE, Jovene, Napoli, 1985; M. DONINI, *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, 2003, passim e spec. pp. 90-100; ID., s.v. *Teoria del reato*, in Dig. Disc. Pen., XIV, Torino, 1999, 267-275 F. BRICOLA, s.v. *Teoria generale del reato*, in Novss. dig. it. 1pp. 4 ss. e 82 ss.; F. MANTOVANI, *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, in Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati, Milano, 1977, pp. 445 ss.; G. VASSALLI, *Considerazioni sul principio di offensività*, in Studi Pioletti, Milano, 1982, pp. 629 ss..

<sup>2</sup> In tema, di recente, E. CONTIERI, *Dialettica del bene giuridico - Per il recupero di una prospettiva costituzionalmente orientata*, Napoli, 2019, passim; G. FIANDACA, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino, 2014; sulla crisi, spesso (ma non sempre) parallela, del principio di offensività M. CATENACCI, *I reati di pericolo presunto fra diritto e processo penale*, in *Studi Marinucci*, v. II, Milano, 2006, pp. 1415 ss.; *ivi* S.VINCIGUERRA, *Appunti sulla inoffensività, la tenuità dell'offesa e la tenuità del reato in Italia nel secondo Novecento*, pp. 2077 ss.; nella dottrina più datata, a dimostrazione della costante preoccupazione attorno ad un concetto che rischia di apparire come il biblico colosso dai piedi di argilla, così 'splendente', ma sempre sul punto di cadere, C. FIORE, *L'azione socialmente adeguata nel diritto penale*, Napoli, 1966, pp. 99 ss., ove già si riconosceva una fase di «crisi dell'idea stessa di bene giuridico, nella sua tradizionale formulazione dogmatica»; e G. NEPPI MODONA *Il reato impossibile*, Milano, 1965, 75 ss.

<sup>3</sup> La storia del bene giuridico – il cui riconoscimento ufficiale si deve a J.F.M. BIRNBAUM, che per primo lo definì nella sua opera *Ueber das Erforderniß einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens*, in *Archiv des Criminalrechts. Neue Folge*, 1834, 149 – prende avvio nel periodo dell'illuminismo ad opera delle dottrine matrice giusnaturalistica, che ispirarono poi le più compiute teorizzazioni dei secoli XIX e XX, e vive il suo momento di più profondo oscurantismo durante il periodo nazifascista, in coincidenza, non casuale, con l'eclissi dello Stato di diritto. Proprio quella esperienza, così negativa, spiega e giustifica l'enorme speranza che la dottrina successiva ripose su quel concetto, «proponendosi [...] il compito fondamentale di delinearne una nozione idonea a ricomporre quella "dolorosa alternativa" tra funzione critica e funzione dogmatica». Esso assurse così al ruolo di «"grande narrazione" della contemporaneità, attorno a cui si condensarono le più ambiziose aspirazioni alla costruzione di un diritto penale dal volto razionale, oggettivo, liberale, umano»; una speranza in gran parte disattesa, se è vero che – come tutti i grandi presupposti teorici e dogmatici che hanno posto le basi del diritto penale liberale – anche il concetto di bene giuridico vive oggi una nuova stagione di crisi, con uno iato profondo tra il suo "valore nominale" ed il suo "valore reale", tra la sua condivisa celebrazione nelle opere monografiche e manualistiche ed il suo scarso impatto sulle politiche legislative e sulle prassi applicative. A degradare a mera "clausola di stile" quello che sarebbe dovuto essere un "canone normativo autenticamente precettivo", hanno contribuito diversi fattori, che sono insieme politici, culturali ed empirici: l'avanzata di forme di criminalità sempre più spalmate su vere e proprie categorie antropologiche,

del tutto compiuto<sup>4</sup>; eppure – evitando concezioni fideistiche che facciano di quel tragitto un “cammino sacro”, in cui il bene giuridico assurge a «paradigma supremo ed esclusivo di conoscenza del reato»<sup>5</sup>, e lasciandosi invece indirizzare da coordinate di razionalità punitiva – si sente con forza l’esigenza, sia pure attraverso poche ed essenziali battute, di ribadire l’imprescindibilità epistemologica, quale tratto unificante degli altri requisiti della struttura del reato e catalizzatore di irrinunciabili principi liberali e garantisti<sup>6</sup>. Se sterile appare

---

con i fatti che diventano fenomeni (si pensi alla criminalità organizzata di stampo mafioso o alle forme di terrorismo politico e religioso); l’incapacità cronica – che si è trasmessa da un legislatore all’altro – di attuare una complessiva riforma del sistema penale; la famelica invasività di un diritto penale utilizzato come prima ed unica *ratio*, incalzato da una società spaventata ed intollerante, che da un alto ha causato una incontrollata proliferazione di fattispecie incriminatrici, dal contenuto meramente sanzionatorio (che rischiano di far rivivere i nefasti esiti della concezione metodologica del bene giuridico), e dall’altro ha portato a decretare sempre più spesso onnivore e manichee forme di responsabilità da posizione, nelle quali si anticipa e si fraintende lo scopo di tutela delle incriminazioni, passando dalla prevenzione dell’offesa alla sterilizzazione del rischio; la globalizzazione, che dal mercato passa al diritto, e deresponsabilizza i legislatori nazionali, meri esecutori di scelte che avvengono in altri e più ampi contesti istituzionali o addirittura in non meglio definiti organismi internazionali, le cui dinamiche decisionali non appaiono particolarmente rispettose del meccanismo democratico. Ed in tale contesto, non può disconoscersi una profonda responsabilità della scienza e della giurisprudenza penale, le quali o si sono limitate ad un asettico richiamo a valori “di carta”, dando adito talvolta ad «una mistificazione dei contenuti della legislazione positiva o alla legittimazione (acritica) delle scelte di politica criminale», oppure ha deposto le armi, lasciando che lo scetticismo si sostituisse ad una proattiva voglia e capacità «di guidare il corso della politica criminale», cfr. E. CONTIERI, *op. cit.*, p. 8.

<sup>4</sup> «Il bene giuridico (o l’oggetto giuridico) [...] è categoria descrittiva, classificatoria ed ermeneutica, della dogmatica classica, da Birnbaum a Binding e Liszt, e da Arturo Rocco a Grispigni in poi. Che poi esso abbia conosciuto stagioni liberali, critiche, ma anche metodologiche, funzionali e altresì costituzionali, è altra questione; che in una sua accezione liberale e non metodologica esso serva comunque a delimitare alcune classi di condotte, è altrettanto vero, però le prestazioni di queste potenzialità selettive sono ancora modeste. Il bene giuridico da solo non basta ed è sbagliato chiedergli troppo», M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, n. 4/2013.

<sup>5</sup> A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico, Il problema. Le fonti. Le tecniche di tutela penale*, Napoli, 2006, p. 12.

<sup>6</sup> Come evidenziato anche da E. CONTIERI (cfr. *op. e loc. ult. cit.*), tanto la dottrina tedesca quanto quella italiana – che hanno gettato (la prima sicuramente più della seconda) le fondamenta teoriche della specifica materia – hanno generalmente sottolineato la linea di derivazione del concetto di bene giuridico (nella sua proiezione *metapositivistica*) dalle dottrine giusnaturalistiche del periodo illuministico, in particolare dalle opere di Beccaria e Hommel, almeno secondo C. ROXIN, *Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte*, in *Festschrift für Winfried Hassemer*, a cura di U. NEUMANN-F. HERZOG, Heidelberg, 2010, pp. 575-576, che ritiene poco preciso il riferimento generalizzato all’intero movimento dell’Illuminismo); in tal senso, per la dottrina tedesca, principalmente P. SINA, *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs "Rechtsgut"*, Basel, 1962, pp. 24 ss.; e H. JÄGER, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten. Eine kriminalsoziologische Untersuchung*, Stuttgart, 1957, pp. 6 ss.; più di recente, oltre alla suindicata opera di ROXIN, v. anche B. SCHÜNEMANN, *Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der*

infatti la polemica sul valore gerarchico da attribuire ad esso rispetto agli altri elementi delle fattispecie incriminatrici, più utile e deontologica ci sembra l'idea che il bene giuridico si atteggi quale elemento 'trasversale', in grado di ammantarli tutti, a partire da quelli che contribuiscono alla materialità del fatto per finire con quelli che ne certificano e quantificano la colpevolezza. Per conferire ad essi la dignità e la capacità di essere realmente selettivi di ciò che *merita* una risposta sanzionatoria feroce, violenta come nessuna altra eppure (anzi perché, e solo nei limiti in cui sia) necessaria. Ne va infatti esaltata la sua (possibile) funzione – che è insieme critica, teleologica e sistematico-classificatoria<sup>7</sup> – di "ago della bilancia" delle politiche criminali e delle prassi applicative, elemento "di peso" che, contro ogni spinta soggettivistica, mantenga il diritto penale nell'orbita liberal-garantista e costituzionalmente conforme del diritto penale del fatto. Le trame che congiurano contro tale visione democratica dell'esercizio del potere punitivo sono sempre (e da sempre) presenti, palesi o sotterranee, ma quasi sempre subdole; tanto che talvolta neanche le barriere erette dalla Costituzione repubblicana e dalle altre Carte fondamentali dei diritti umani riescono ad arginare i ritorni di fiamma degli stilemi tipici del diritto penale a base autoriale o della mera disobbedienza. Le cui vampate sono per lo più sospinte ed alimentate dai venti delle politiche emergenziali e populiste. Ed anche (e, almeno in parte, in conseguenza di ciò), da una eccessiva fiducia accordata alle scienze criminologiche, che hanno finito con l'annebbiare il frigido e pacato animo che dovrebbe assistere chi è chiamato a portare avanti le terribili

---

*Straftatbestände und ihrer Interpretation*, in *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, a cura di R. HEFENDEHL-A. VON HIRSCH-W. WOHLERS, Baden-Baden, 2003, 137 ss.; nella dottrina italiana, a segnalare l'"evidenza" della continuità storica tra pensiero liberale e teoria del bene giuridico, sono stati soprattutto F. STELLA, *La teoria del bene*, cit., pp. 1 ss.; e E. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974, pp. 57 ss.

<sup>7</sup> Sulle funzioni del bene giuridico, sulle iniziali e mai del tutto sopite 'tensioni' che si generano tra di esse (in particolare tra funzione critica e funzione dogmatica), e sui successivi tentativi di sincretizzazione, nella dottrina tedesca, J. RUDOLPHI, *Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs*, in *Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag*, Göttingen, 1970, pp. 151 ss.; W. HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, Frankfurt a. M., 1973, pp. 19 ss.; C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, B. I, IV ed., München, 2006, pp. 18 ss.; nella penalistica italiana, *ex pluribus*, V. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, pp. 6 ss.; V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005. G. FIANDACA, *Considerazioni sul principio di offensività e sul ruolo della teoria del bene giuridico tra elaborazione dottrinale e prassi giudiziaria*, in AA.VV., *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, a cura di A.M. STILE, Jovene, Napoli, 1991, pp. 61 ss.

istanze della legislazione penale<sup>8</sup>. Ma nessuna di esse è più pericolosa, per la sopravvivenza di un simile, indispensabile concetto, della rassegnazione o della noncuranza del giurista.

## **2. Oltre le ragioni dello Stato etico totalitario. La preferibilità di una nozione ampia del concetto di pubblica amministrazione.**

Ciò doverosamente premesso, occorre chiedersi, innanzitutto, cosa la legislazione penale intenda per pubblica amministrazione, concetto di per sé mobile e figlio del proprio tempo, come del resto lo sono le dinamiche istituzionali e le relazioni tra consociati che ne rappresentano il substrato costituzionale<sup>9</sup> e sociale.

<sup>8</sup> Parla di una linea evolutiva che: "attesta — paradossalmente — il dominio della criminologia (o della sociologia) sul diritto penale", V. MANES, *Corruzione senza tipicità*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2018, pp. 1133-34.

<sup>9</sup> Nella dottrina del diritto pubblico, come è noto, si suole distinguere tra costituzione *formale* e costituzione *materiale*: mentre la prima rappresenterebbe l'atto o il documento in cui vengono racchiuse le norme costituzionali, cristallizzate in formule giuridiche ed espressioni linguistiche debitorie del contesto storico in cui esse vedono la luce, che è insieme politico, istituzionale e culturale, la seconda, secondo le espressioni del maestro del diritto costituzionale Mortati (cui si deve l'elaborazione di tale concetto), farebbe riferimento a «quel nucleo essenziale di fini e di forze che regge ogni singolo ordinamento positivo», ovverosia all'*idea*, intesa quale scopo unificatore dei vari interessi che si aggregano intorno allo Stato, ed alle *forze politiche*, che strumentalmente realizzano o cercano di realizzare quell'*idea*. In questa prospettiva, la costituzione materiale rappresenterebbe, semplificandone al massimo il concetto, una sorta di *diritto costituzionale vivente*, il quale potrebbe coincidere o collidere con le norme della costituzione formale, poiché i valori espressi dalle forze politico-sociali sono, per loro natura, mutevoli nel tempo. Ovviamente, la possibile dialettica tra le due forme di costituzione non può risolversi nella negazione della prima a favore delle regole imposte dalla seconda (che vorrebbe dire invalidamento della Costituzione formale e sostituzione di un nuovo ordine istituzionale), ma va letta quale naturale evoluzione normativa o semplicemente interpretativa di un testo (appunto la Costituzione formale) il quale, nasce sulla scorta di una precisa e ben individuata Costituzione materiale, certificandone gli ideali, ma poi deve potersi adeguare alle eventuali evoluzioni di quegli stessi ideali che sono espressione in divenire delle forze sociali e politiche di ogni possibile epoca futura: «la costituzione materiale», si è detto, «deve essere intesa come il sostrato assiologico della costituzione, che viene identificato e formalizzato in un dato periodo storico, dando vita, con procedimenti di vario tipo, ad una costituzione formale. La continua dialettica tra le potenzialità generative dei valori (e del linguaggio giuridico che li esprime) e le attuazioni pratiche degli stessi, l'inesauribile carica innovativa dei principi rispetto alle norme specifiche che li concretizzano, la trasformazione storica delle forze sociali e politiche portatrici delle costituzioni positive (formali), inducono ad abbandonare l'idea della costituzione come atto, per optare per la più fruttuosa concezione della costituzione come processo. Ciò significa che la costituzione effettiva [...] si crea e si ricrea continuamente, per effetto delle leggi, della giurisprudenza costituzionale e comune, delle prassi politiche e dei contesti internazionali e sopranazionali», T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, XII ed., Milano, 2010, pp. 18 ss. Della fondamentale opera di C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale* (1940), è possibile oggi disporre di una ristampa inalterata, Milano, 1998, con *Premessa*, di G. ZAGREBELSKY.

Come è noto il concetto di pubblica amministrazione, in ambito penalistico, assume diversa connotazione rispetto a quanto normalmente in grado di evocare nell'accezione accolta dalle altre branche diritto pubblico<sup>10</sup>: esso, secondo le parole di Alfredo Rocco, «viene assunto nel senso più ampio, comprensivo dell'intera attività dello Stato e degli altri enti pubblici. Pertanto con le norme riflettenti i delitti contro la pubblica Amministrazione, viene tutelata non solo l'attività amministrativa in senso stretto, tecnico, ma, sotto un certo aspetto, anche quella legislativa e giudiziaria»<sup>11</sup>.

L'inclusione nel titolo *de quo* delle funzioni riferibili alla complessiva organizzazione dello Stato, non limitate cioè alle sole attività propriamente amministrative in senso tecnico, avrebbe radici storiche ed ideologiche precise, riconducibili, in buona sostanza, alla scarsa differenziazione che nei regimi autoritari e totalitari subisce la classica tripartizione, una sbiadita e pretestuosa versione della stessa che viene in simili contesti degradata a mero «criterio di distribuzione di competenze»<sup>12</sup>.

La questione, che in linea di principio avrebbe ragione di sollevare più di un dubbio sulla compatibilità di una nozione così slabbrata di P.A. rispetto ai valori dello Stato democratico, ha in realtà portata ermeneutica minore di quanta se ne voglia immaginare, almeno se riferita alla possibilità di condizionare l'interpretazione delle singole disposizioni incriminatrici: sicuramente frutto di una studiata scelta del regime fascista<sup>13</sup>, è chiaro che una simile ed

---

<sup>10</sup> Così anche per la prevalente dottrina. Cfr., *ex pluribus*, V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. V, agg. a cura di P. NUVOLONE - G.D. PISAPIA, Torino, 1981, pp. 101 ss.; A. STILE, voce *Amministrazione pubblica (delitti contro la)*, in Dig. disc. pen., vol. I, Torino, p. 129;.; si v. tuttavia, M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2015, pp. 5 e ss., il quale considera eccessivo il riferimento alla totalità delle attività riferibili allo Stato ed alle sue partizioni territoriali, poiché non solo ne restano escluse alcune attività, anche rilevanti, di tipo privatistico, e poiché (ma questo è conferma di quanto si dirà di qui a breve), in ogni caso, gli interessi politici statuali e l'attività giudiziaria in senso lato, sebbene ricomprese tra le attività riconducibili alla tutela apprestata dal titolo II, rimangono comunque essenzialmente presidiate, rispettivamente, dal titolo I, in materia di delitti contro la personalità dello Stato, e nel titolo III, relativo ai delitti contro l'amministrazione della giustizia.

<sup>11</sup> Cfr. *Relazione del Guardasigilli al progetto definitivo di un nuovo codice penale*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, V, II, 1929, pp. 112 ss. e spec. 14: «Tutti i soggetti di diritto pubblico – a qualsiasi di questi tre ordini appartengano – sono detentori di quell'autorità, che su essi si riverbera dall'ente, nel cui nome agiscono; a tutti aderisce quell'elemento pubblicistico, che contrassegna i fini degli enti, della cui realizzazione essi si fanno organo; e, quindi, rispetto a tutti è concepibile un'offesa, che, attraverso le loro persone, tocca la pubblica Amministrazione, compromettendone il regolare funzionamento».

<sup>12</sup> F. BRICOLA, *Tutela della pubblica amministrazione e principi costituzionali*, in *Temj*, 1968, p.566.

<sup>13</sup> N. LEVI, *Delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Milano, 1935;., pp. 5 ss. e S. RICCIO, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Torino, 1955, pp. 13 ss.

omnicomprensiva visione della pubblica amministrazione potrebbe a prima vista considerarsi la spia di un marcato autoritarismo punitivo; ma in realtà, ad un esame più approfondito, essa non risulta davvero in grado di stravolgere il significato ed il limite di attività amministrativa in senso stretto, che rimane quella ereditata dalle scienze giuspubblicistiche: semplicemente ad essa aggiunge, con effetti di rilievo sistematico, anche altre attività istituzionali, che tuttavia, nei contenuti, rimangono chiaramente "altro", essendo tipiche espressioni delle ulteriori due funzioni riferibili allo Stato, quella giudiziaria e quella legislativa.

Ecco allora che se esistono dei meccanismi normativi in cui si sono annidati ed hanno prosperato i tratti più squisitamente totalitari ed illiberali del regime, questo riguarda solo in parte l'aspetto quantitativo con cui si è voluto assumere ed intendere il bene giuridico pubblica amministrazione nel codice Rocco: adottarne una nozione ampia, in costanza di altre norme e titoli che specificamente e nominalmente riguardano le altre funzioni dello Stato, ha avuto il significato e l'obiettivo di voler affidare ad essa l'essenziale compito di evitare ogni possibile lacuna, apprestando una tutela penale (di tipo residuale) per tutte quelle attività funzionali riferibili allo Stato che non ricevono specifica regolamentazione negli appositi titoli riservati agli altri poteri ed interessi pubblici, come quelli a protezione della personalità dello Stato, della corretta amministrazione della giustizia, della fede pubblica ecc.<sup>14</sup>. In altre parole, la cifra autoritaria non sta nel voler diluire il concetto di pubblica amministrazione fino a farvi comprendere qualunque attività riferibile allo Stato, ma nel tentativo di voler apprestare la massima tutela possibile ai poteri pubblici contro ogni tipo di minaccia che possa essere perpetrata sia dall'esterno che dall'interno di essi<sup>15</sup>; gettando nel mare dei possibili comportamenti illeciti, a mo' di rete a strascico, una trappola dalle maglie così strette da non permettere che nulla possa sfuggirle dietro di sé. Che è l'esatta negazione di uno dei contrassegni tipici di

<sup>14</sup> In tal senso A. STILE, voce *Amministrazione pubblica*, cit., 129.

<sup>15</sup> La preminenza dell'interesse della P.A. anche rispetto a quello dei privati e la *voluntas legis* di garantire la massima tutela possibile all'ente pubblico rispetto ad aggressioni di soggetti sia esterni che interni al suo apparato, è cristallinamente rivelata dalle parole dello stesso Alfredo Rocco che nella *Relazione del Guardasigilli al progetto definitivo di un nuovo codice penale*, cit., 112 afferma: «[...] tali fatti possono commettersi non solo dai privati cittadini ma anche da coloro che agiscono per lo Stato e per l'ente pubblico [...] essi vengono presi in considerazione con riferimento a tutte le forme di attività nelle quali si esplica la vita degli enti pubblici, in guisa da ricomprendere tutte le ampie categorie dei soggetti di diritto pubblico, che secondo una tripartizione ormai universalmente accolta, si distinguono in soggetti appartenenti all'ordine legislativo, in soggetti appartenenti all'ordine giudiziario e in soggetti appartenenti all'ordine esecutivo».

un ordinamento penale di stampo democratico, ovvero sia la sua frammentarietà, la sua capacità di affidarsi ad interventi di tipo selettivo e di confidare nella presenza e nell'efficacia di altri meccanismi di controllo sociale e di punizione o prevenzione dei comportamenti devianti.

Che la onnicomprensività del concetto di pubblica Amministrazione possa voler dire qualcosa di più, tale da stravolgere il comune significato che in ambito pubblicistico viene attribuito all'attività amministrativa in senso stretto, allora, è lecito dubitarne. Non sarebbe cioè condivisibile, una volta individuata in tale maniera la portata del bene amministrazione pubblica, voler affidare ad essa una funzione strettamente interpretativa, decisiva ai fini dell'individuazione del contenuto oggettivo di categoria e specifico dei singoli delitti in esame, e di conseguenza di ricostruzione dei possibili comportamenti tipici sotto il profilo dell'offensività<sup>16</sup>.

Attività che invece dovrà sempre fare i conti, nel momento in cui ci si appresta ad individuare i confini applicativi di ogni singola disposizione incriminatrice, innanzitutto con le nozioni di pubblico ufficio e pubblico servizio – rilevanti, come è noto, per l'individuazione della specifica attività amministrativa svolta in concreto; ed in seguito con gli aspetti peculiari che il bene in oggetto di volta in volta può assumere concretizzandosi nelle fattispecie che ad esso si riferiscono, attraverso variabili che possono attenersi ai diversi profili funzionali o di semplice assetto organizzativo della o delle pubbliche amministrazioni coinvolte.

Per altro verso, una volta epurata da possibili risvolti di stampo totalitario, la possibilità che le norme del titolo II possano fare riferimento, nella individuazione delle concrete attività incriminabili, anche ai settori dell'attività giudiziaria e legislativa è addirittura preferibile, e questo sia per ragioni di ordine pratico, sia per questioni di carattere più squisitamente culturale, che tengano conto del reale significato e della reale portata storica del principio della separazione dei poteri<sup>17</sup>.

È bene riflettere, infatti, sulla tendenziale relatività ed imperfezione di ogni criterio classificatorio che si illuda di poter distribuire in maniera netta e marcata le varie funzioni pubbliche all'interno dei diversi poteri (ciò non vuol dire, sia chiaro, avallare pericolose ed inopportune commistioni fra essi, come invece è

---

<sup>16</sup> Così A. STILE, *op. ult. cit.*, secondo il quale il concetto penalistico di pubblica amministrazione «non ha altra incidenza, a livello interpretativo, che quella di evitare aprioristiche limitazioni alla tutela delle attività pubbliche».

<sup>17</sup> A. CERRI, s.v. *Poteri dello Stato (conflitti tra i)*, in Enc. giur., XXIII, Roma, 1989.



accaduto a proposito dei fenomeni di c.d. supplenza giudiziaria<sup>18</sup>) : le moderne scienze storiografiche, giuridiche e non giuridiche, hanno pochi dubbi nell'affermare non solo come non vi sia oggi (né, a maggior ragione, vi sia stata in passato) corrispondenza tra funzioni ed apparati<sup>19</sup>, ma, in alcuni degli spunti maggiormente critici (e, sia concessa l'ingenuità culturale, destabilizzanti) come sia lo stesso dogma della divisione dei poteri ad essere messo in discussione, frutto non di un dato positivo effettivamente inveratosi nella realtà istituzionale, quanto piuttosto di preoccupazioni di carattere ideologico, innalzate poi a costruzioni teoriche dal liberalismo e dal positivismo ottocentesco<sup>20</sup>, nella loro "nobile" aspirazione di offrire al cittadino uno schermo garantista<sup>21</sup>. Esse, è stato affermato con accento in parte caustico, alla ricerca di «un fondamento sicuro

<sup>18</sup> Cfr. D. PULITANÒ, *Diritto penale*, IV ed., Torino, 2011 45: «la formula "supplenza giudiziaria" evoca problemi di rispetto del principio di legalità nell'operato della magistratura, e problemi di equilibri e rapporti tra poteri dello Stato, sulla tacita, non fondata premessa che i principi di legalità e separazione dei poteri comporterebbero una netta distinzione di campi di intervento tra la giustizia e il potere politico amministrativo. Il concetto di supplenza giudiziaria ha così finito per assumere un colore ambiguo, evocando una miscela non ben definita (o diversi tipi di miscela) di profili politici e giuridici. Spesso questo concetto viene usato in chiave critica verso la magistratura, cui si rimproverano invasioni di campo in sfere di competenza di altre istituzioni, talora viene adoperato per denunciare carenze nell'operato di istituzioni politiche e amministrative».

<sup>19</sup> Circa i rapporti tra giurisdizione e amministrazione, v. R. CAVALLO PERIN, *Il contenuto dell'articolo 113 Costituzione fra riserva di legge e riserva di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 1988, pp. 517 ss.; F. MODUGNO, *Eccesso di potere, Eccesso di potere giurisdizionale*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989, 5.

<sup>20</sup> P. GROSSI, *Introduzione al novecento giuridico*, Roma-Bari, 2012, *passim*; R. DELL'ANDRO, *Il dibattito delle scuole penalistiche*, in *Arch. pen.* 1958, pp. 184 ss.; nonché le sempre interessanti riflessioni di G.P. FLETCHER, *Grammatica del diritto penale*, trad.it. a cura di M. PAPA, Bologna, 2004, 16.

<sup>21</sup> Che le dottrine liberali avessero necessità, almeno sul piano teorico, di sventolare la bandiera della separazione dei poteri come simbolo di garanzia e di libertà, è confermato dai contro-manifesti delle ideologie totalitarie del periodo fascista, che quella utopia esplicitamente dileggiavano. Tra gli scritti che maggiormente testimoniano un simile livello di frantumazione dell'idea della separazione poteri, va sicuramente annoverata l'inquietante opera di G. MAGGIORE, *Diritto penale totalitario nello Stato totalitario*, in *Riv. it. dir. pen.* 1939, 140, in cui l'autore descrive lo Stato totalitario come l'incarnazione stessa del suo capo che «non ha compiti vaghi e utopistici di uguaglianza, fraternità, felicità, ma compiti concreti di potenza.[...] Il delitto va punito perché attenta alla autorità e maestà dello Stato [...] ogni delitto è in fondo un delitto politico. Anche di fronte a un fatto che sia non formalmente ma sostanzialmente reato, perché non incriminato da nessuna disposizione di legge, lo Stato totalitario comanderà ai suoi giudici di punire, creando essi la norma mancante [...] Il giudice non sbaglierà mai, né farà un uso arbitrario della sua potestà quando, interpretando la volontà sia pure formalmente inespressa dello Stato e del suo Capo, castigherà il delinquente che si ribella contro lo Stato [...] Nell'incertezza diviene fonte di diritto, per la legislazione tedesca, il sano sentimento del popolo. Per noi potrebbe avere valore di fonte la volontà del duce, quale si può ricavare dalla sua parola, dal suo insegnamento, dalla sua dottrina. [...] In tal caso il giudice applica e non crea perché la creazione appartiene al capo».

di osservazione alla scienza, puntarono tutto sulla legge, riducendo il diritto a legge»<sup>22</sup>.

Le ragioni di ordine pratico-sistematico, dietro le quali si affacciano in verità condivisibili spunti di politica criminale, riguardano l'inopportunità di seguire l'astratta logica della divisione dei poteri per poi separare con troppa rigidità e diversamente collocare nei titoli a ciascuno dei poteri dedicato condotte che presentano, in realtà, un'omogeneità strutturale ed un contenuto di disvalore identico, a prescindere dall'appartenenza del soggetto attivo all'uno piuttosto che all'altro degli apparati pubblici<sup>23</sup>.

Non è un'equazione semplice: a volte, ad esempio, potrà accadere che la valutazione in termini di disvalore di condotte oggettivamente sovrapponibili

---

<sup>22</sup> S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, III ed., Milano, 1995, 37 ss.

<sup>23</sup> Ciò che conferirebbe omogeneità al titolo e legittimerebbe l'unificazione legislativa (al netto delle ipotesi 'speciali' contenute nel I e nel III titolo del libro II), sarebbe allora la caratterizzazione pubblica del soggetto attivo, a prescindere dalla funzione in concreto svolta e la sua diversificazione dal privato, ciò che spiegherebbe anche l'ulteriore distinzione, all'interno del titolo, tra i delitti dei soggetti pubblici contro la p.a., racchiusi nel capo I, e quelli dei privati, contenuti nel capo II, riscontro puntuale della differente valutazione in termini di disvalore tra minacce interne, perpetrate da chi gestisce i meccanismi della p.a., ed esterne, portate da coloro che operano dal di fuori delle strutture istituzionali. Va specificato: lo speciale ruolo dei soggetti pubblici è tipico non solo degli stati autoritari, ma anche dei moderni stati liberali, pur se con diversa taratura: esso dovrebbe riflettere la particolare posizione che gli stessi assumono nella società, che non è più quella di soggetti istituzionalmente sovraordinati rispetto al *quisque de populo*, ma di coloro che sono affidatari di compiti destinati alla crescita ed al benessere dell'intera collettività. Ecco perché, anche nella moderna e democratica idea di Stato, essi sono tenuti ad un particolare rigore nell'osservanza dei propri doveri funzionali, ed allo stesso tempo risultano destinatari di una particolare protezione, solo se ed in quanto necessario presupposto per garantirne appieno l'operatività, e non certo la propria 'personalità' pubblica. Ma proprio questa particolare capacità attrattiva del ruolo pubblico rispetto alle (straordinarie) dinamiche del diritto penale, la necessità di coinvolgerli in qualità di autori o soggetti passivi qualificati delle norme incriminatrici, dovrebbe invitare a riflettere sulla opportunità di razionalizzazione del numero di pubblici agenti, effettivamente sovrabbondante nella nostra realtà istituzionale, per motivi che non è qui possibile illustrare nel dettaglio, ma che attengono, in estrema sintesi, alla sviluppo atipico delle istituzioni ed all'eccessivo espandersi delle funzioni statuali (soprattutto in ambito economico), registratisi nella nostra storia repubblicana. In un contesto del genere, ove tra l'altro ad una massiccia opera di pubblicizzazione ha fatto seguito una controspinta verso la privatizzazione, spesso etero-imposta dalle istituzioni sovranazionali e non sempre coerentemente gestita da quelle nazionali, il ruolo del soggetto pubblico ne è uscito effettivamente sbiadito, così come meno netta appare la distinzione tra attività di tipo pubblico ed attività di carattere privatistico (come attività negoziali, attività di impresa, attività bancarie), oggi tipicamente private, eppure per anni riconducibili, nel nostro contesto, ad un statuto di tipo pubblicistico. Da questo punto di vista, mantenere nozioni così ampie di pubblica funzione o di pubblico servizio, rischia di rendere sperequativa, nel bene o nel male, una modalità di tutela basata sul ruolo pubblico, soprattutto nelle moderne democrazie, che ideologicamente, ed a meno che non sia strettamente necessario, dovrebbero tendere alla *pariteticità* di trattamento tra tutti i consociati, pubblica o privata che sia l'attività esercitata. Sul punto M. ROMANO, *I delitti*, cit., pp. 3 ss.

possa poi effettivamente dipendere anche dall'appartenenza del pubblico agente ad uno specifico potere statale, che dunque rappresenta una variabile di cui tener conto. Così come potrà accadere che in concreto, per il tipo di condotta descritta, la realizzazione del fatto tipico sia pressoché perpetrabile da uno solo, o comunque non da tutti i referenti dei tre canonici ordini di potere.

Nel primo caso si affacciano due prospettive, entrambe tributarie di una concezione teleologica "forte" la quale, nella complessiva ricostruzione del volto dell'illecito penale (e nella stessa individuazione del bene giuridico effettivamente protetto), preferisca attribuire maggior peso alle funzioni specificamente esercitate dal soggetto attivo piuttosto che alla semplice ed astratta riconducibilità formale del soggetto ad uno dei poteri statuali<sup>24</sup>: in effetti, se la funzione pubblica in concreto esercitata costituisce il centro nevralgico di imputazione delle condotte vietate, nel senso che l'essenza stessa del fatto tipico si sostanzia in una lesione di quella specifica funzione, è evidente che, a parità di condotte materialmente sovrapponibili, la scelta legislativa più opportuna sarebbe quella di diversificare, già a livello di fattispecie, l'appartenenza ad uno dei poteri, limitando per ciascuna di esse la soggettività attiva a coloro che di quella funzione risultano titolari; laddove invece la diversa appartenenza ad una delle possibili partizioni del potere statale risulti decisiva solo per una maggiore o minore gravità del fatto, che di per sé rimane comunque inalterato nelle sue note strutturali, l'unitaria previsione di tutti i soggetti pubblici in un'unica disposizione incriminatrice potrebbe trovare un semplice meccanismo di adattamento attraverso le possibilità offerte dalla forbice edittale<sup>25</sup> (meno convincente il ricorso al regime delle circostanze, poiché, in realtà, si dovrebbe comunque fare riferimento alle nozioni di pubblica funzione e pubblico servizio, espressamente richiamati dall'art 61, n. 9 e n.10. c.p., e riferibili, ex artt. 357 e 358 c.p., indifferentemente alle tre funzioni tipiche dello Stato di diritto. Soluzione quindi oziosa perché di fatto capace solo di riproporre il problema della distinzione e differenziazione tra funzioni legislative, amministrative e giudiziarie,

---

<sup>24</sup> S. DEL CORSO, *Pubblica funzione e pubblico servizio di fronte alla trasformazione dello stato: profili penalistici*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1989, pp. 1036 ss.; similmente L. PICOTTI, *Le nuove definizioni penali di pubblico ufficiale e di incaricato di nel sistema dei delitti contro la pubblica amministrazione*, in Riv. trim. dir. pen. econ., 1992, pp. 264 ss.; nonché M. ROMANO, *I delitti*, cit., pp. 304 ss..

<sup>25</sup> Sul punto M. CATENACCI, *Reati contro la pubblica amministrazione e contro l'amministrazione della giustizia*, in F.PALAZZO-C.E. PALIERO (a cura di) *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, Torino, 2016, pp. 25 ss.

da doversi qui compiere non in sede di valutazione di gravità del fatto, ma in quella relativa all'applicazione delle circostanze, con tutto ciò che comporta)<sup>26</sup>. Nelle ipotesi nelle quali invece, di fatto, la condotta illecita non potrà che essere riferita ad una sola o comunque a non tutte le funzioni pubbliche, poiché materialmente perpetrabile solo da determinati soggetti qualificati, è chiaro come ci si trovi di fronte ad un profilo meramente interpretativo, senza necessità di intervenire sul tessuto normativo. Qui i confini dei concetti di pubblica amministrazione, così come quelli di pubblica funzione o di pubblico servizio, risulteranno limitati non in base ad una loro ridefinizione (che rimangono generalmente riferibile a tutte le funzioni statuali), ma in base al dato ontologico, per cui l'interprete constaterà che quel tipo di fattispecie non può che riguardare una specifica funzione dello Stato, escludendone le altre dallo spettro applicativo. Qualche esempio chiarirà meglio: questione interpretativa, e di conseguente individuazione dei limiti di fattispecie è, ad esempio, la possibilità di riferire le condotte di abuso di profitto e di conflitto di interessi anche a chi eserciti una funzione legislativa: tale funzione, infatti, se riferita a ciascun esponente politico, si caratterizza proprio per essere, pur all'interno di un circuito democratico, la concretizzazione di un programma elettorale con il conseguente perseguimento di interessi particolari di coloro che rappresentano la piattaforma di un determinato esponente o di un determinato partito politico<sup>27</sup>. Circostanza che tenderebbe ad escluderla dall'ambito applicativo, ad esempio, dell'art. 323 c.p. Ben diversa è la prospettiva quando si passi ad analizzare le ipotesi corruttive (ed al di fuori dello scambio politico-mafioso *ex art. 416-ter* o delle ipotesi speciali di corruzione elettorale contenute nella legislazione speciale): se, almeno in parte, la funzione giudiziaria è stata 'autonomizzata' attraverso l'introduzione dell'apposita fattispecie di corruzione in atti giudiziari *ex art. 319-ter* c.p. (ci troviamo quindi nella prima delle ipotesi descritte), rimane tuttora aperto il quesito (che è genuinamente ermeneutico) se esse possano riferirsi anche all'attività legislativa, quesito che si affaccia a nuove possibili soluzioni anche a seguito della mutazione della 'vecchia' corruzione propria in corruzione per l'esercizio della funzione.

Ancora, esemplificando, il delitto di peculato *ex art. 314* c.p., non sembra ricevere particolare connotazione in virtù della funzione in concreto esercitata,

<sup>26</sup> Soluzione invece avallata da M. ROMANO, *I delitti*, cit, p. 7.

<sup>27</sup> F. SGUBBI, *Riflessioni sul progetto del pool di Milano in tema di corruzione e concussione*, in *Difesa pen.*, 1994, p. 56; R. ZANOTTI, *La riforma dei delitti di concussione e corruzione tra dogmatica penale e politica criminale*, in *Ind. pen.*, 1987, p. 446; F. MANTOVANI, *In tema di reati elettorali*, in *Giur. it.*, 2006, c. 1026.

consistendo la condotta tipica in un'appropriazione di un bene mobile destinato a garantire il funzionamento di una qualunque delle funzioni pubbliche esercitate. Semmai quando la stessa avrà ad oggetto somme di denaro, e più specificamente denaro dei privati (condotte prima rientranti nel diverso titolo della malversazione), questa riguarderà presumibilmente (se non esclusivamente) coloro che esercitano una funzione amministrativa in senso stretto, poiché solo tali tipi di attività sono connaturate alla *gestio* di risorse finanziarie<sup>28</sup>. Ma la norma riacquisterà tutta la sua capacità espansiva quando riguarderà l'utilizzo di altri beni mobili, normalmente funzionali anche all'esercizio di attività legislative o giudiziarie, ed a maggior ragione quando si verificherà l'ipotesi del capoverso, di cd. peculato d'uso.

Anche una norma come la concussione (così anche l'induzione indebita *ex art. 319-quater c.p.*) non incontra nessun limite, né in punto di astratta previsione normativa, né da quello delle sue possibili concretizzazioni fattuali. Non solo infatti non vi è ragione alcuna per non riferire la qualità o i poteri pubblici dei quali il pubblico agente deve abusare a ciascuna delle funzioni statuali; ma non vi è neanche motivo per ritenere aprioristicamente più o meno grave il fatto concussivo a seconda della specifica funzione esercitata dal soggetto agente<sup>29</sup>. La possibilità di incidere sull'altrui sfera giuridica, come strumento di pressione indebita rispetto alla dazione del privato, è, infatti, tratto caratteristico di molte delle attività riferibili a ciascuna delle funzioni pubbliche prese in considerazione, senza necessità di ulteriori distinzioni sulla tipicità del comportamento o sulla sua maggiore o minore gravità, che non siano quelle relative al basilare processo di sussunzione del fatto concreto nella fattispecie astratta, vale a dire quello del puntuale riscontro di tutti gli elementi di fattispecie, e quindi di condotte – astrattamente riferibili a ciascuna delle funzioni pubbliche – consistenti in esercizi abusivi dei poteri o delle qualità inerenti a quelle funzioni ed in grado di esprimere efficacia causale rispetto ai meccanismi distorsivi della volontà del privato ed alla sua conseguente dazione indebita<sup>30</sup>. La onnicomprensiva e

<sup>28</sup> S. TORDINI CAGLI, s.v. *Peculato e malversazione*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IX, Torino, 1995, p. 339; S. SEMINARA, sub art. 314 c.p., in *Commentario breve al codice penale*, A. CRESPI – F. STELLA – R. ZUCALÀ, (a cura di), Padova 2003, p. 888.

<sup>29</sup> Alle medesime conclusioni giungono E. PALOMBI, *La concussione*, Torino, 1997; A. SESSA, *Corruzione e concussione. Dall'esperienza di tangentopoli rinnovata esperienza di riforma*, in *Ind. pen.* 2001, p. 29; G. CONTENTO, *La riforma minima della concussione e della corruzione*, in *Dir. pen. ec.* 1995, p. 726.

<sup>30</sup> E. PALOMBI, *La concussione per induzione e lo stato di soggezione per le vittime*, in *Riv. pen. econom.*, 1994, p. 348; G. CONTENTO, *La riforma minima della concussione e della corruzione*, cit., p. 726.

“dilatata” nozione di pubblica Amministrazione sembra allora essere in questo caso funzionale rispetto agli scopi di tutela, che attengono alla correttezza delle dinamiche relazionali tra soggetti pubblici e soggetti privati all’interno di una moderna democrazia, a prescindere dalla funzione in concreto esercitata, la quale può risultare potenzialmente in grado di far saltare l’equilibrio di quei rapporti.

### **3. Pubblica amministrazione e diritto penale costituzionalmente orientato: dalla concezione formale a quella funzionale.**

Chiarito tale aspetto, ed a prescindere dalle questioni attinenti ai c.d. oggetti giuridici sostanziali specifici<sup>31</sup> dei delitti contro la P.A, occorre affrontare un’ulteriore questione relativa al bene giuridico di categoria. Tematica dalle implicazioni esegetiche sicuramente maggiori di quella affrontata in precedenza, e che riguarda prevalentemente la funzione amministrativa in senso stretto (pur potendo, *cum grano salis*, estendersi la riflessione al complesso funzioni pubbliche).

Si tratta della ben nota dicotomia tra la lettura in chiave dinamico-funzionale della pubblica amministrazione (intesa, cioè, come attività amministrativa, il cui

---

<sup>31</sup> Si fa riferimento alla terminologia utilizzata da A. ROCCO – cui si deve la prima elaborazione del concetto di bene giuridico nella dottrina italiana, condensata nell’opera *L’oggetto del reato*, cit. – il quale ne proponeva una classificazione secondo tre diverse nozioni: l’illustre A., infatti, identificava innanzitutto il c.d. oggetto giuridico formale, consistente, in buona sostanza, nel diritto dello Stato all’obbedienza dei propri comandi da parte dei destinatari; la seconda categoria era quella dell’oggetto giuridico sostanziale generico, corrispondente all’interesse dello Stato a preservare le condizioni della propria esistenza; terzo ed ultimo, veniva, per l’appunto, l’oggetto giuridico sostanziale specifico, inteso quale bene o interesse proprio del soggetto passivo del reato. Tale classificazione, in verità, venne ritenuta da parte della dottrina contemporanea al Rocco e di quella successiva, in parte inutile, ed in parte pericolosa: inutile, in particolare, è stato ritenuto il primo dei tre concetti – che pur rimandando a profonde e basilari questioni di ordine filosofico sul diritto dello stato di punire – non è in verità in grado di influire sulle implicazioni teorico-sistematiche di tale categoria giuridica; pericolosa – perché lessicalmente ambigua – la distinzione tra l’oggetto sostanziale generico e quello specifico, poiché in realtà è solo il secondo a corrispondere al vero e proprio concetto di bene giuridico, quale categoria in grado di esercitare una funzione critica e dogmatica sul sistema penale, laddove il primo, di fatto, si identifica semplicemente con il motivo o lo scopo delle norme penali: come fa notare infatti F. MANTOVANI, *Diritto penale, Pt. Sp.*, cit., p. 190, in nota, facendo proprie le obiezioni che all’epoca avanzò F. CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Padova, 1926, p. 51): «l’interesse dello stato alla propria conservazione non è l’interesse protetto dalla legge penale, ma la ragione per cui sono posti il precetto e la sanzione, in quanto lo Stato tutela determinati beni perché ciò è necessario per assicurare le condizioni della vita in comune». Ricondurre tale espressione di significato sotto la denominazione di oggetto giuridico, seppur aggettivato come generico, è infatti il primo passo verso quella deriva concettuale cui approdò la c.d. concezione metodologica del bene giuridico, in grado di annacquare se non di svuotare del tutto le funzioni ed il significato garantista di quella essenziale categoria giuridica».

regolare funzionamento occorre tutelare attraverso le disposizioni incriminatrici); e quella statico-soggettiva che, seppur sbiaditasi nel tempo, non solo non pare essere stata mai del tutto abbandonata, ma sembra aver tratto nuova linfa vitale dai più recenti interventi legislativi in materia: secondo tale angolo prospettico, ciò che il legislatore affiderebbe alla tutela delle norme penali sarebbe la stessa natura istituzionale della pubblica amministrazione, oltre al (o, addirittura, a prescindere dal) suo concreto esprimersi attraverso il puntuale svolgimento di compiti o funzioni<sup>32</sup>.

Corrispondenti privilegiati della prima nozione sono, di conseguenza, i canoni del buon andamento ed imparzialità della pubblica amministrazione, il cui riferimento normativo è rappresentato dall'art 97 della Carta fondamentale, che li individua quali criteri guida ed obiettivi da perseguire nell'organizzazione dei pubblici uffici; la seconda affiderebbe il suo significato a locuzioni più auliche ed altisonanti, ma dal sospetto contenuto metagiuridico, quali quelle di prestigio o buon nome della Pubblica Amministrazione (sebbene anche la Costituzione ne faccia riferimento, ad es cfr. art 54). Diffuse soprattutto in passato, ma ciclicamente ricorrenti, esse imporrebbero di ricostruire le oggettività giuridiche prese in considerazione dal titolo II in termini di "dovere di probità, fedeltà, obbedienza o correttezza" del (e nei confronti del) pubblico funzionario<sup>33</sup>.

Si tratta di prospettive solo tendenzialmente divergenti, nel senso che l'adesione all'una piuttosto che all'altra non è in grado di inibirne necessariamente il

---

<sup>32</sup> G. FORTI, *Il diritto penale e il problema della corruzione, dieci anni dopo*, in *Il prezzo della tangente* G. FORTI, (a cura di), *Vita e Pensiero*, 2003, pp. 129 ss. illustra efficacemente la metamorfosi dei beni offesi dalla corruzione, partendo dall'antica nozione di prestigio per poi giungere ad inglobare nei concetti costituzionali di buon andamento e imparzialità della p.a. anche la concorrenza in ragione della stretta correlazione tra pratiche corruttive e crescita economica; C.F. GROSSO, *Interessi protetti e tecniche di tutela*, in AA.VV. *Beni e tecniche della tutela penale*, a cura del CRS, Milano 1987, p. 184: «(i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica) presentano, sul piano dell'oggettività giuridica, elementi di specificità che li distinguono nettamente sia dai delitti contro il patrimonio, sia da quelli contro l'economia pubblica: secondo le enunciazioni più antiche il prestigio, secondo quelle più moderne l'imparzialità e il buon andamento della pubblica amministrazione. Alcuni di tali delitti sembrano proteggere tuttavia anche profili di carattere patrimoniale (ad es. il peculato per appropriazione); vi è stata d'altronde un'utilizzazione di taluni di essi (in particolare del peculato per distrazione), finalizzata a colpire condotte abusive che si manifestano nel settore della gestione delle imprese pubbliche»; sugli scenari (ri)aperti dalle leggi di riforma del nuovo millennio (a partire dalla 190/2012), con specifico riferimento al recupero delle oggettività giuridiche da posizione, M. GAMBARDELLA, *Dall'atto alla funzione pubblica: la metamorfosi legislativa della corruzione "impropria"*, in *Arch pen.*, fasc.1, gennaio/aprile 2013, passim; e V. MANES, *Corruzione senza tipicità*, cit., pp. 1126 ss.

<sup>33</sup> C. PINELLI, *Il «buon andamento» e l'«imparzialità» dell'amministrazione*, in AA.VV., *La Pubblica Amministrazione, Commentario Cost. Branca*, Bologna, 1994, pp. 121 ss.;

cumulativo riferimento<sup>34</sup>. Anche se, a livello ideologico, riflettono un'idea dei rapporti tra pubblica amministrazione e privati cittadini, e più in generale tra Stato ed individuo, logicamente e storicamente alternative.

Conquista realmente postmoderna, l'idea della parità dei rapporti tra Stato e cittadino, dell'equilibrio tra dimensione pubblica e privata, è, infatti, solo *in nuce* riconducibile all'antropocentrismo tipico delle rivoluzioni culturali, giuridiche ed ideologiche del settecento e dell'ottocento, che hanno portato alla definitiva nascita degli Stati e degli ordinamenti giuridici liberali; avendo dovuto affrontare, soprattutto nell'esperienza italiana, fasi (non necessariamente 'patologiche') di forte espansione delle prerogative e delle funzioni dello Stato in settori sempre più ampi e disparati della vita dei consociati<sup>35</sup>. L'autoritarismo dello Stato totalitario fascista prima, e la forte impronta sociale di quello repubblicano poi, hanno infatti ostacolato (negandolo) o rallentato (nel tentativo di riavviarlo) il "processo di riscatto" della sfera privata rispetto a quella pubblica, la definitiva emancipazione dell'idea che nei rapporti Stato/cittadini la relazione servente dovesse essere del primo nei confronti dei secondi e non viceversa.

La posizione del pubblico agente – che innerva la struttura delle ipotesi delittuose in oggetto – risulta essere la variabile dipendente del concreto assetto che l'apparato burocratico pubblico storicamente assume: tanto più questo inclinerà a radicalizzarsi e ad esprimersi attraverso forme autoritarie, tanto più il pubblico ufficiale tenderà ad elevarsi rispetto alla massa dei cittadini, ed il suo ruolo assumerà la veste di vero e proprio 'custode' della Pubblica Amministrazione. La differenziazione della sua posizione rispetto a quella del privato è, in tale contesto, bidirezionale: da un lato, infatti, diventa oggetto di una tutela privilegiata, contro forme di aggressione che vengano perpetrate da chi alla Pubblica Amministrazione è estraneo; dall'altro, però, diviene il destinatario di una serie di precetti che investono finanche gli aspetti più formali(stici) del suo appartenere alla pubblica amministrazione, nei quali, cioè, anche al di là di un effettivo danno cagionato al regolare funzionamento della macchina pubblica, quello che rileva è la semplice deviazione da qualsivoglia dovere istituzionale, perché è già in quello scostamento dal modello preconstituito di comportamento

---

<sup>34</sup> Contrario a tale forma di 'sincretismo', C. FIORE, *Decodificazione e sistematica dei beni giuridici*, in AA.VV. *Beni e tecniche della tutela penale*, cit., p. 77: «sono note le riserve che suscita l'attuale configurazione dei delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica amministrazione, che accomuna in una tutela scarsamente differenziata, e sempre meno praticabile, patrimonio, prestigio, imparzialità ed efficienza della pubblica amministrazione».

<sup>35</sup> B. BEVILACQUA, *I reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Padova, 2003, pp. 18 ss.



che si sostanzia una lesione (anche solo potenziale) all'immagine della pubblica amministrazione<sup>36</sup>, che non può tollerare neanche il sospetto che i propri appartenenti possano essere infedeli o irrispettosi del minimo dettaglio di disciplina<sup>37</sup>.

Al contrario, nelle democrazie liberali, egli è un servitore del cittadino, e la Pubblica Amministrazione da tempio o luogo sacro diviene piuttosto clinica, ove si curano i diritti e gli interessi degli individui che compongono la collettività. Laddove ai pubblici agenti si affida questo ruolo (che, anziché trascendere la dimensione privatistica, ad essa si relaziona, nel senso che l'organizzazione pubblica trova nel soddisfacimento degli interessi della collettività dei cittadini la sua stessa ragione di esistenza) lo squilibrio tra soggetti pubblici e privati tende ad appiattirsi, giustificando delle disparità di trattamento solo ove queste risultino motivate dall'esigenza di salvaguardare le effettive funzioni affidate alla P.A., ma non certo in base a nominalistici criteri di appartenenza alla sfera pubblica. A loro volta i pubblici ufficiali si renderanno meritevoli di una risposta sanzionatoria 'dura' solo a fronte di condotte che effettivamente abbiano pregiudicato la funzionalità dell'apparato amministrativo, e non più come conseguenza di mere violazioni da posizione; le quali, benché talvolta possano generare situazioni "inopportune", non rischiano in ogni caso di compromettere la capacità di soddisfare gli interessi dei cittadini attraverso l'esercizio delle pubbliche funzioni.

---

<sup>36</sup> Oggettività giuridiche che se con difficoltà si inseriscono negli scopi di tutela propri del diritto penale, trovano invece piena legittimazione quali criteri di orientamento di altri strumenti sanzionatori, principalmente quelli di matrice civilistica. In tema, M. DIDONNA, *Il danno all'immagine e al prestigio della pubblica amministrazione*, Bari, 2003; S. CACACE, *Il danno non patrimoniale alla P.A.: immagine, credibilità ed efficienza organizzativa*, in G. PONZANELLI (a cura di), *Il nuovo danno non patrimoniale*, Padova, 2004.

<sup>37</sup> L. PICOTTI, *Il diritto di sciopero nel settore bancario*, in AA.VV. *Beni e tecniche*, cit., 197-198: il quale evidenzia come «due siano le funzioni che possono in astratto riconoscersi – spesso intrecciate fra loro – alla previsione di uno specifico sistema di reati a tutela della Pubblica amministrazione. La prima è quella di tutelare la libertà dei consociati da ogni abuso dei poteri pubblici; o meglio potremmo anche dire in termini costituzionali ex art. 97 Cost., di tutelare l'imparzialità e il buon andamento della P.A. nelle sue attività che si riflettono all'esterno [...] La seconda funzione, invece, spesso ambiguamente intrecciata alla prima nella stessa formulazione o interpretazione di molte fattispecie (vedi soprattutto agli artt. 324, 328 e 314 c.p.) è costituita da una esigenza di mero rafforzamento della disciplina interna dell'organizzazione pubblica, di garanzia della semplice fedeltà della persona fisica alla struttura burocratica. E questa funzione si lega [...] a criteri di tipo soggettivo di attribuzione delle qualifiche, in cui si dà rilievo assorbente all'inquadramento del soggetto nell'organizzazione pubblicistica, all'esistenza di un rapporto di servizio fra questa e la persona fisica, dato che la funzione disciplinare è imposta a tutti i soggetti operanti all'interno dell'organizzazione burocratica e solo rispetto ad essi ha senso un presidio rafforzato dell'obbligo di fedeltà nei confronti dell'ente».

La storia della nostra legislazione penale impone di fare i conti proprio con il sovrapporsi di queste due tendenze, visto il collocarsi del suo momento genetico in un periodo di forte autoritarismo statale ed il successivo evolversi dell'ordinamento lungo le direttrici di un impianto costituzionale che per contrappasso ha voluto esaltare, pur in una dimensione sociale, il principio individualistico. In origine, dunque, i modelli comportamentali descritti nelle norme del titolo II, risultano strettamente legati alle logiche ed alle dinamiche del periodo fascista, all'interno di fattispecie saldamente ancorate a valori come la correttezza e la rettitudine dei pubblici funzionari, piuttosto che la trasparenza e la correttezza delle funzioni concretamente svolte. L'impatto con la Costituzione avrebbe potuto slacciare i legami con quegli antichi ed antiquati valori, ma il lungo silenzio del legislatore repubblicano e l'incapacità/impossibilità di varare un nuovo codice penale hanno spinto dottrina e giurisprudenza a trovare rimedi compatibili con il nuovo quadro valoriale di riferimento, essenzialmente, tramite l'interpretazione evolutiva. Terapia sintomatica, in grado solo in qualche caso di allineare il contenuto precettivo delle disposizioni incriminatrici ai parametri costituzionali<sup>38</sup>, ma inidonea a correggere la causa della "malattia", che come abbiamo visto, è congenita. Tant'è che neanche le operazioni di larga scala attuate con le riforme succedutesi dal 1990<sup>39</sup> in poi sono

<sup>38</sup> L'adeguamento per via interpretativa, in effetti, era ed è soluzione percorribile solo in presenza di fattispecie già in astratto suscettibili di plurime chiavi di lettura sotto il profilo dell'oggettività giuridica/offensività: viene in mente, fra le tante ipotesi, quella relativa al concetto di distrazione di cui all'originaria formulazione dell'art. 314 c.p., che, come è noto, rappresentava una delle due alternative forme di condotta previste per la realizzazione dei fatti di peculato. Solo una lettura in termini di acritico ed ossequioso rispetto del dovere d'ufficio e dei relativi dati normativi sull'utilizzo dei beni della pubblica amministrazione, ad esempio, poteva avallare la legittimità di quell'espansivo filone interpretativo che individuava gli estremi della condotta in qualsivoglia deviazione dal fine istituzionale, fosse anche stato per perseguire un fine alternativo comunque di interesse pubblico, e magari persino rientrante tra le competenze dello stesso ente di appartenenza del soggetto pubblico autore della condotta distruttiva. Con evidente scollamento rispetto ad un concetto di agire amministrativo inteso sempre più come *gestione* delle risorse pubbliche, che spesso contempla attività di natura *discrezionale* dalla multiforme e cangiante possibilità di composizione di interessi. In tema, *ex plurimis*, R. RAMPIONI, *I reati dei pubblici ufficiali contro la P.A.*, in AA.VV., *Questioni fondamentali dalla parte speciale del diritto penale*, a cura di A. Fiorella, Torino, 2016, 790.

<sup>39</sup> Paradigmatico, ancora, l'esempio del peculato. L'operazione del '90, che avrebbe dovuto far recuperare terreno alle fattispecie proprio in chiave di rigorosa delimitazione dei fatti punibili unicamente a condotte incidenti sul regolare funzionamento della P.A., coinvolse il delitto in parola sotto due principali profili: da un lato espunse il dato relativo alla *distrazione*, riducendo alle sole appropriazioni i possibili modelli di condotta esecutiva, viste le pericolose ed espansive proprietà semantiche di quel concetto; dall'altro, dovendosi considerare non più ragionevole una disparità di trattamento tra risorse pubbliche e risorse private a disposizione della P.A., ha eliminato il riferimento alla titolarità del bene oggetto della condotta appropriativa (in precedenza i medesimi fatti erano ricondotti sotto l'egida di distinte fattispecie, poiché per i beni di pertinenza del privato

riuscite ad evitare il ciclico riproporsi di quelle letture delle oggettività giuridiche su base soggettivo-istituzionale e la conseguente e deteriore ricostruzione in chiave autoriale dei fatti tipici<sup>40</sup>.

l'ipotesi di riferimento era il meno grave delitto di *malversazione a danno dei privati* di cui all'abrogato art. 315 c.p.). Nessuna ipotesi interpretativa avrebbe infatti potuto garantire la sopravvivenza di fattispecie che si caratterizzavano proprio per la differenziazione *quod poenam* di fatti strutturalmente identici, e che, aggredendo in ogni caso beni destinati al funzionamento della pubblica amministrazione, non potevano più ricavare alcun dato significativo, in termini di disvalore, dall'appartenenza degli stessi alla P.A. piuttosto che al privato cittadino. Ebbene, nonostante tali modifiche, ancora una volta abbiamo assistito alla carsica capacità di riaffiorare dei filoni 'istituzionali': da un lato, infatti, il concetto di distrazione, lungi dall'essere stato definitivamente abbandonato, continuerà ad interessare la materia *de qua*, essendo stato poi incoerentemente ricompreso, per espressa volontà di quel legislatore che lo aveva depennato dall'art. 314 c.p., nel generale schema dell'abuso d'ufficio, *ex art. 323 c.p.*, con conseguente innescarsi di un meccanismo successorio e non di *abolitio criminis*, e la possibile conseguente riproposizione degli schemi interpretativi indicati quali esempi di anacronistica ricostruzione del bene giuridico; dall'altro, una nuova diversificazione degli interessi di natura patrimoniali, in base alla loro pertinenza alla sfera pubblica piuttosto che a quella privata, si è realizzata attraverso l'introduzione dell'art. 316-ter c.p., norma che ha creato non poche difficoltà di coordinamento con le altre fattispecie in materia di tutela delle erogazioni pubbliche e con l'ipotesi comune di truffa.

<sup>40</sup> A proposito delle modifiche apportate nel 2012, invece, può accennarsi all'ipotesi della corruzione *cd impropria*, vale a dire quel tipo di accordo corruttivo che, nella vigenza della originaria disciplina, aveva ad oggetto il mercimonio di un atto conforme ai doveri di ufficio, un atto cioè considerato legittimo dal punto di vista della disciplina amministrativa, e dunque, necessariamente rispettoso dei canoni del buon andamento e dell'imparzialità della p.a.: solo attraverso volenterosi sforzi ermeneutici, in effetti, era possibile recuperare una dimensione offensiva di tali ipotesi che non si riducesse ad un mero danno d'immagine che derivasse dalla venalità dei suoi funzionari, venalità che toglierebbe dignità e prestigio alla amministrazione «perché getterebbe discredito e sospetto sul suo funzionamento» così F. ANTOLISEI, *Manuale*, cit., p. 319. Difficile, in effetti, sostenere che tali disposizioni fossero poste a salvaguardia del corretto e regolare funzionamento della p.a., ed anzi, come si disse provocatoriamente, lo stimolo proveniente dalla dazione extra offerta dal privato, avrebbe potuto addirittura incrementare l'efficienza delle funzioni pubbliche, destinate, per vincolo di tipicità, al compimento di un atto lecito e conforme agli scopi dell'ufficio di appartenenza, così G. VASSALLI, *Corruzione propria e corruzione impropria*, in *Studi in onore di Musotto*, V, Palermo, 1981, estratto, p. 81. Così come una forzatura apparivano quelle posizioni dottrinarie che ritenevano di poter individuare – quanto meno nella forma antecedente – un'offesa (sotto forma di pericolo?) *all'imparzialità* della p.a., visto l'intercedere di influenze esterne rispetto al generale e doveroso perseguimento degli interessi della collettività, in tal senso, oltre G. VASSALLI, *ibidem*, G. FIANDACA-E.MUSCO, *Diritto penale*, Pt. sp., I, cit., p. 227: laddove infatti si riuscisse effettivamente a stabilire un legame causale tra l'illecita interferenza del privato ed il definitivo assetto degli interessi concretizzatosi attraverso il compimento dell'atto, allo stesso difficilmente potrebbe attribuirsi la natura di atto legittimo, trasformandolo quindi in atto contrario ai doveri di ufficio, con conseguente ingresso nella sfera di tipicità della diversa e più grave corruzione propria *ex art. 319 c.p.* (chiaramente non deve trattarsi di un automatismo consequenziale, come avverrebbe nel caso in cui si attribuisse ad ogni dazione indebita il significato di influire sulla natura, legittima o meno, dell'atto amministrativo, atteggiamento interpretativo *contra legem* che equivarrebbe, infatti, ad una vera e propria abrogazione della norma sulla corruzione impropria, con conseguente slittamento di tutte le ipotesi corruttive nell'ambito dell'art 319 c.p.). L'unica ipotesi interpretativa che, sforzandosi,

Permane dunque l'esigenza di condividere tutte le preoccupazioni ed i rilievi critici in ordine alla possibilità di identificare il bene pubblica amministrazione in oggettività quali il "buon nome" o il "prestigio" della pubblica amministrazione. Sia chiaro, non tanto in nome di una pretesa inafferrabilità di siffatti concetti, che in realtà rimandano a sfere di significato tutto sommato percepibili, e che anzi evocano con forza quella pretesa di totale corrispondenza tra il dover essere del pubblico ufficiale – prototipo di agente-modello calcolato secondo rigorosissimi *standard* normativi – ed i suoi comportamenti concreti, sicché ogni deviazione da quel deontologico modello di condotta risulta, *ex sé*, ed a prescindere da verifiche in concreto, penalmente significativo.

Quanto per ragioni di aderenza ad un principio di offensività ricostruito secondo le direttrici del *Tatstrafrecht*, i cui corollari obbligano ad una ri-contestualizzazione storica ed ideologica dei rapporti tra Stato e cittadini, e che portano a ritenere colpevolmente anacronistica, allo stato attuale dello sviluppo della moderna società costituzionale, un atteggiamento di 'sacralizzazione' dei compiti pubblici ed un conseguente «distacco tra soggetti pubblici e generalità dei consociati»<sup>41</sup>. Ruoli che invece dovrebbero essere impostati, seguendo una prospettiva laica, in termini di regolare funzionamento e di reciproco rispetto<sup>42</sup>. Ragioni che impongono, più in generale, di vigilare su ogni tentativo di alleggerimento del compito di individuare i criteri di selezione dei beni giuridici, i quali finiscono altrimenti per ridurre il complessivo disvalore del fatto tipico a meri atteggiamenti anti-doverosi, di contrarietà ad un qualsivoglia dato normativo, senza offrire la possibilità di poter ulteriormente verificare se, al di là

---

riusciva a trovare una ragione di esistenza di tali disposizioni che non si riducesse ad una mera inflessibilità nei confronti della venalità – di certo indecorosa – degli appartenenti alla pubblica amministrazione, era quella che affidava a tali ipotesi la natura di reati *ostativi*, tesi cioè a prevenire il compimento di fatti più gravi, e specificamente affidatari dell'obiettivo di arginare una possibile progressione criminosa che dal compimento di atti leciti dietro pagamenti indebiti avesse poi portato a rassicurare il privato sulla disponibilità del funzionario pubblico, indirizzabile al compimento di qualunque altra attività, anche illecita, purché remunerata. Troppo poco, in ogni caso, per giustificare una così severa risposta sanzionatoria. Sul punto, ma limitatamente alla sola corruzione impropria susseguente G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto Penale, Pt. Sp.*, vol. I, p. 229; ne auspicava invece, per i motivi anzidetti, la depenalizzazione F. BRICOLA, *Tutela penale della pubblica amministrazione e principi costituzionali*, in *Temi*, 1968, p. 148; Ancor più drastico, poi, il giudizio di R. RAMPIONI, *Bene giuridico e delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1984, p. 313, che riteneva la norma costituzionalmente illegittima in quanto non rivolta alla tutela di valori-fine della pubblica amministrazione, neanche attraverso una sua "rifondazione in via ermeneutica".

<sup>41</sup> M. ROMANO, *I delitti*, cit., p. 10.

<sup>42</sup> In tal senso B. BEVILACQUA, *I reati*, cit., pp.19 ss.

della formale violazione, lo stesso abbia effettivamente leso o quantomeno posto in pericolo l'interesse sotteso alla norma violata.

Sono ben noti i tentativi di svuotamento del significato e del ruolo del bene giuridico, perpetrati attraverso una supposta equivalenza tra questo e lo scopo della norma<sup>43</sup>; tentativi che, radicalizzati nella concezione metodologica del reato, hanno contribuito alle drammatiche esperienze delle legislazioni penali totalitarie, nelle quali si è di fatto negando il valore selettivo del principio di offensività e la sua capacità di raccordare la previsione dei fatti di reato alla natura ed alle funzioni delle sanzioni penali<sup>44</sup>.

Calata specificamente nel bacino dei delitti contro la pubblica amministrazione, la questione si sostanzia in una possibile (e probabile) degradazione del ruolo della disposizione penale a mero "ammennicolo" sanzionatorio, limitandosi la stessa a prevedere conseguenze punitive per formali violazioni di qualunque dato normativo comunque riferibile ai comportamenti dei pubblici funzionari

---

<sup>43</sup> Per B. BEVILACQUA, *op ult. cit.*, 23, le riforme più e meno recenti «inducono a ritenere che abbia assunto rango di vero e proprio bene giuridico anche il principio di trasparenza dell'attività amministrativa. Esso si concretizza nell'attribuire ai cittadini il potere di esercitare un controllo democratico sullo svolgimento dell'attività amministrativa e sulla conformità della stessa agli interessi sociali e ai precetti costituzionali». Anche questo ragionamento, tuttavia, rischia di confondere lo scopo della disciplina con il bene giuridico oggetto della loro precipua tutela: se, senza dubbio, l'obiettivo delle riforme è quello di garantire l'informazione e la partecipazione dei cittadini rispetto all'attività amministrativa (scopo per il quale il legislatore appronta meccanismi appositi e prevede l'istituzione di organismi deputati), esso resta distinto dal bene giuridico del buon andamento e dell'imparzialità della P.A: rispetto al quale si pone, piuttosto, come strumentale.

<sup>44</sup> Ci si riferisce, in particolare, ai noti approdi teorici degli studi tedeschi del periodo nazionalsocialista, ed al pensiero degli esponenti della c.d. Scuola di Kiel, i quali, partendo appunto dai presupposti teorici della concezione metodologica del bene giuridico (sostanziale disinteresse per il sostrato materiale del bene giuridico, conseguente estraneità dello stesso al processo interpretativo delle norme penali, identificazione tra bene e scopo della norma, inversione dei rapporti di preesistenza tra bene e norma), ne sfruttarono le potenzialità eversive rispetto al paradigma individualistico-liberale in chiave fortemente autoritativa, riducendo l'essenza della materia penale a qualunque violazione del dovere di fedeltà nei confronti dello Stato etico totalitario. Nella sterminata produzione scientifica sull'argomento, ci si limita a segnalare, tra gli autori italiani A. BARATTA, *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*, Milano, 1966, pp. 65 ss.; F. ANGIOINI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, pp. 46 ss.; sui tentativi di infiltrazione nella dottrina italiana degli spunti della concezione metodologica, anche se in termini maggiormente rispettosi del *nullum crimen*, F. ANTOLISEI, *Il problema del bene giuridico*, in Riv. It. Dir. Pen., 1939, pp. 3 ss., ora in ID, *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955, pp. 107 ss.; A. PAGLIARO, *Bene giuridico e interpretazione della legge penale*, in AA.VV., *Studi Antolisei*, Milano, 1965, pp. 389 ss.

(anziché a ricercare un effettivo significato di disvalore rispetto all'entità che si intenda proteggere)<sup>45</sup>.

La tautologia insita in tale meccanismo, ne rivela anche l'assenza di contenuti descrittivi ed orientativi, che aiutino nella comprensione e nella selezione della dimensione di disvalore delle condotte tipiche: poiché se si parte dalla individuazione del "prestigio" della P.A. come bene di categoria, non si può non constatare come ogni delitto del pubblico agente, così come ogni altro fatto illecito, anche di natura disciplinare, per la sola circostanza di essere un fatto vietato dall'ordinamento, sia sempre in grado, in base alla comune percezione sociale, di ledere il buon nome della pubblica amministrazione<sup>46</sup>. Il che non solo non permetterebbe di cogliere l'effettivo significato del disvalore del fatto, che risulterebbe sempre e comunque tributario di insindacabili scelte legislative, ma non sarebbe neanche più possibile distinguere tra reati ed illeciti di diversa natura e gravità, sostanzandosi tutti in violazioni, non graduabili, di disposizioni legislative, qualunque sia lo scopo o il significato delle stesse<sup>47</sup>.

L'impianto costituzionale offre invece numerosi spunti per potersi sganciare da tale traiettoria, suggerendo *in primis* al legislatore, ma certamente anche all'interprete, una particolare cautela nella selezione delle oggettività giuridiche. Sia, in generale, lasciandosi orientare dal canone dell'offensività, 'stella polare' che deve sempre indirizzare i formanti penali; sia, con specifico riguardo alla materia di cui si tratta, offrendo molto più di qualche spunto programmatico per le operazioni di rifondazione del concetto di Pubblica Amministrazione.

Un ruolo primario non può che essere affidato, in tale prospettiva, all'art. 97 della Costituzione; non sarà tuttavia un riferimento esclusivo, poiché risulterebbe, come si vedrà a breve, insufficiente. Si potrà e dovrà tenere invece conto di ogni altra disposizione dalla quale sia comunque possibile ricavare informazioni sul (modo di intendere il) concetto di pubblica amministrazione; e di quelle che, ancor più alla radice, attengono alla stessa visione costituzionale dei rapporti tra apparato pubblico e privati cittadini.

---

<sup>45</sup> Cfr. M. CATENACCI, *Considerazioni politico criminali: il bene giuridico tutelato dagli artt. 314-335 c.p.*, in ID (a cura di), *I reati contro la Pubblica Amministrazione e contro l'amministrazione della giustizia*, Torino, 2011, p. 7.

<sup>46</sup> Su tale specifico profilo, C. F. GROSSO, *Come punire i reati dei pubblici ufficiali*, in *Quaderni della Giustizia*, 1985, *passim*; ID., *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, in *Giurisprudenza di diritto penale - Codice penale, parte speciale*, I, Milano, 1984.

<sup>47</sup> A. STILE, s.v. *Amministrazione pubblica*, cit., p. 132.

La questione, lungi dall'essere meramente teorica, è in realtà in grado di riflettersi sull'individuazione anche delle singole oggettività giuridiche di volta in volta prese in considerazione dalle specifiche disposizioni incriminatrici.

Occorre, a questo punto, un primo chiarimento, preordinante, poiché attiene allo 'spirito' con il quale predisporre per questo esercizio dell'*ars interpretandi*: i concetti di buon andamento e di imparzialità della pubblica amministrazione, se non corredati di ulteriori significati ricavabili dalle singole ipotesi delittuose, possono offrire un contributo solo relativo all'individuazione del bene giuridico protetto, poiché non sono in realtà dei referenti ad elevatissimo contenuto descrittivo, quanto piuttosto dei generali (e per certi versi generici) criteri ispiratori dell'organizzazione dei pubblici uffici e delle pubbliche attività; norme di principio e dal valore per molti aspetti programmatico ed alle quali sarebbe facile "far dire" ciò che fa comodo, piuttosto che ciò che risulta esegeticamente vincolante<sup>48</sup>. Non per questo vanno sminuiti, anzi, poiché essi risultano decisivi per orientare le possibili linee interpretative lungo un preciso asse prospettico, che è quello teso ad esaltare gli aspetti funzionali della P.A. e ad evitare soluzioni formalistiche; che tengano conto, cioè, degli scopi che alla Pubblica Amministrazione si vogliono affidare attraverso la distribuzione di competenze e funzioni piuttosto che al dato della mera pertinenza alla sfera di intervento pubblico<sup>49</sup>.

Se però intese nella loro comune accezione, ovverosia il buon andamento come efficienza dell'azione amministrativa o come «massima aderenza all'interesse pubblico»<sup>50</sup>, e l'imparzialità come dovere dei funzionari di non alterare le condizioni di partenza dei cittadini di fronte ad essa e di mantenere un atteggiamento equidistante rispetto a plurime possibilità di composizioni di

---

<sup>48</sup> A metterci in guardia da tale rischio è M. CATENACCI, *ibidem* 9, il quale evidenzia che, sebbene in dottrina sia largamente diffusa l'idea che i beni giuridici tutelati nell'impianto codicistico relativo ai delitti dei p.u. contro la P.A. siano il buon andamento e l'imparzialità, e del resto «in giurisprudenza [...] il riferimento ad imparzialità e buon andamento sia in un modo o nell'altro praticamente onnipresente», è anche vero come essi, «lungi dall'essere effettivamente utilizzati in chiave esegetica [...] vengano semplicemente richiamati a mo' di premessa, assumendo così più il significato di una mera clausola di stile (quasi – verrebbe da dire – di una "salmodia") che non di un solido strumento di definizione del disvalore di evento di volta in volta fondante la singola incriminazione».

<sup>49</sup> Così anche R. RAMPIONI, *Bene giuridico*, cit., pp. 261 ss.

<sup>50</sup> Per approfondimenti sui corollari del principio del buon andamento, quali l'efficienza e l'efficacia della macchina amministrativa, offerti dalle discipline di settore, *ex multis*, C. PINELLI, *Il «buon andamento» e l'«imparzialità» dell'amministrazione*, in AA.VV., *La Pubblica Amministrazione*, in *Commentario Cost. Branca*, Bologna, 1994, pp. 121 ss.; più di recente, v. R. FERRARA, *L'interesse pubblico al buon andamento della pubblica amministrazione tra forma e sostanza*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, I, Napoli 2011, pp. 335 ss.

interessi<sup>51</sup>, è evidente che si tratta di nozioni inidonee o comunque insufficienti ad aumentare con risultati significativi la cifra di afferrabilità e di determinatezza del bene giuridico in analisi Anzi, se non affiancati da altri argomenti, sarebbe persino difficile negare, nelle loro generiche potenzialità definitorie, che, ad esempio, il concetto di buon andamento non debba ricomprendere anche un necessario dovere di probità dei soggetti pubblici, i quali della rettitudine e dell'onestà non dovrebbero fare mai a meno anche a prescindere da un loro collegamento con i precipui fini istituzionali della P.A di appartenenza<sup>52</sup>.

Non si tratta di una resa all'idea che concetti quali il "decoro" o il "prestigio" della P.A. possano ancora trovare una sponda costituzionale, e poter così ancora ispirare l'individuazione del disvalore dei fatti penalmente rilevanti. Da tale presa di coscienza – l'art. 97 della Costituzione è contrassegnato da una innegabile ambivalenza – deve anzi derivarne una costante tensione e sensibilità nell'interprete, pronto sempre a vigilare su tentativi di riduzione della portata del concetto di bene giuridico – magari avanzati in nome di una agnostica accettazione della contemporaneità normativa, di quel positivismo realista che vorrebbe relegarlo nell'olimpico della "mitologia" giuridica – ed a valorizzare una chiave di lettura degli stessi che sia in linea con una visione genuinamente sistematica dell'impianto costituzionale; e che tenga in ogni caso conto della necessità di concretizzare quanto più possibile tali referenti, che andranno ulteriormente specificati – nelle ricorrenti trame di un discorso olistico – attraverso il complessivo quadro di tipicità offerto dalle singole disposizioni incriminatrici<sup>53</sup>.

A ben vedere si tratta di un banco di prova, che pone l'interprete di fronte a quella difficile operazione di sintesi nella "dolorosa alternativa" tra la funzione critico-garantista e la funzione esegetica<sup>54</sup> del bene giuridico. Sotto il primo

<sup>51</sup> Sul principio di imparzialità v. F. VETRÒ, *Il principio di imparzialità*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, p. 95; G. GARDINI, *Imparzialità amministrativa e nuovo ruolo della dirigenza pubblica*, in *Dir. Amm.*, 2001, pp. 39 ss.

<sup>52</sup> G. COCCO, *Reati contro la pubblica amministrazione. Introduzione*, in M. AMBROSETTI, G. COCCO, E.M. MEZZETTI (a cura di), *I reati contro i beni pubblici*, Padova, II ed., 2013, pp. 157 ss.

<sup>53</sup> In tal senso v. R. CATENACCI, *ibidem*, che specifica come l'imparzialità ed il buon andamento della PA «rappresenterebbero in realtà solo un bene intermedio e strumentale alla tutela di diversi beni finali, (con la conseguente necessità di proporre) un approccio "differenziato" alle diverse fattispecie che compongono il titolo, tale cioè da puntualizzare di volta in volta in che cosa, nell'economia della singola incriminazione, quelle espressioni più propriamente si specificano».

<sup>54</sup> L'espressione è di W. HASSEMER, *Vorbemerkungen zum § 1*, in R. Wassermann (a cura di) *Alternativkommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. I, München, 1990, p. 83, e si riferisce all'esistenza di un rapporto – per così dire – di proporzionalità inversa tra la capacità del concetto di bene giuridico di aderire al sistema punitivo e quella di limitare il potere del legislatore nella selezione dei fatti punibili



profilo, come è noto, ci si pone in una prospettiva *de iure condendo*, poiché si attribuisce al bene giuridico il compito di limitare le scelte di politica criminale secondo i requisiti della necessità e del bisogno della sanzione rispetto a fatti lesivi di oggettività giuridiche che non siano incompatibili con la Costituzione. In questo senso, come abbiamo visto, una lettura costituzionalmente orientata del bene pubblica amministrazione non sarebbe in grado di imporre al legislatore di limitarne il significato al solo aspetto dinamico-funzionale, intesa quale legalità, imparzialità e buon andamento nell'esercizio dei pubblici poteri e funzioni. Non sarebbero cioè censurabili scelte del legislatore che da questo modello si distaccassero: esso è infatti un prototipo cui aspirare, secondo l'ideal-tipo di norma penale di stampo liberale, ma nessuno sarebbe davvero in grado di potere affermare la giustiziabilità costituzionale di una scelta normativa che accogliesse anche valori differenti, come il prestigio o l'onore della pubblica amministrazione e del pubblico funzionario. I quali non solo, come si è visto, potrebbero al limite essere ricompresi in una nozione omnicomprensiva di buon andamento e imparzialità, ma sono per di più anche espressamente menzionati da altre norme della nostra legge fondamentale: ad onor del vero, infatti, bisogna riconoscere come sia la stessa Costituzione a dirci che i «cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche hanno il dovere di adempierle con disciplina ed onore» (art. 54, c.2). Unico limite, sotto tale prospettiva, è che la scelta alternativa non si ponga in contrasto con altri valori espressi dalla Carta<sup>55</sup>.

---

<sup>55</sup> L'ordinamento giuridico, va infatti precisato, è sistema in senso negativo, ovverosia nella misura in cui semplicemente esclude l'incompatibilità delle sue singole parti con il tutto. A proposito delle caratteristiche che ogni ordinamento giuridico deve avere per poter essere considerato sistema, occorre che siano necessariamente rispettati i criteri dell'unità e della non contraddittorietà dello stesso. Con sintesi estremamente riduttiva, si può dire che l'unità dell'ordinamento giuridico rappresenta la possibilità di presupporre, alla base dell'ordinamento, una norma fondamentale, alla quale si possano far risalire, direttamente o indirettamente, tutte le norme dell'ordinamento stesso. Tale requisito, in un modello di costruzione a gradi dell'ordinamento giuridico (secondo il formalismo normativista di matrice kelseniana), si spiega e giustifica in base all'esistenza di un criterio gerarchico in grado di ordinare in maniera piramidale le varie fonti del diritto, per cui ciascun "gradino" inferiore trova la sua fonte legittimante in quello superiore. L'unità dell'ordinamento diviene caratteristica fondamentale per poter stabilire l'appartenenza o meno di una determinata norma ad esso, e dunque, in definitiva, per poterne stabilire la sua validità ed il conseguente obbligo di conformarvisi, pena la possibilità di applicare i meccanismi sanzionatori di volta in volta previsti. La non contraddittorietà impone invece la regola della coerenza e la necessità, per il legislatore e per l'interprete, di eliminare le possibili antinomie giuridiche (il diritto non tollera antinomie), ossia la coesistenza di norme tra loro incompatibili, senza possibilità di far ricorso ai tradizionali criteri risolutivi dei conflitti normativi (gerarchico, di specialità, temporale). È evidente, infatti, che «laddove esistono due norme antinomiche, entrambe valide, e quindi entrambe applicabili, l'ordinamento non riesce a garantire né la certezza, intesa come possibilità, da parte del cittadino, di prevedere con esattezza le conseguenze giuridiche della propria condotta, né la giustizia, intesa come egual trattamento delle persone che si trovano ad appartenere alla

Ne sia riprova la sopravvivenza, anche in fase avanzata di sviluppo del regime costituzionale, di quelle fattispecie nelle quali in alcuna maniera era possibile ricorrere ad una interpretazione adeguatrice del bene giuridico, e nelle quali le condotte erano ricostruibili solo in termini di lesione al prestigio della P.A., senza possibilità di individuare in esse ulteriori profili di offensività, come nel caso della corruzione impropria susseguente.

È anche vero che la pubblica amministrazione, così come complessivamente disegnata dalla Carta fondamentale, non può più essere considerata come apparato distaccato ed elevato rispetto alla massa dei cittadini, rappresentando anzi quel motore di propulsione che, in uno stato *sociale* di diritto, ha il compito di fornire i servizi ritenuti essenziali per la collettività e, ove necessario, promuovere ogni tipo di iniziativa, (selezionando mezzi e fini, accordando

---

stessa categoria» (il riferimento è, ovviamente, alla rara ed ineguagliata lucidità dell'opera di N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, pp. 173 e ss.). Ora, una volta soddisfatto il requisito della compatibilità, non è necessario che le norme si implichino l'una con l'altra, come sarebbe in un "sistema deduttivo perfetto", in cui tutte le disposizioni devono poter discendere, non solo da un punto di vista gerarchico-formale, ma anche contenutistico, dai principi generali. Ciò significa che anche nei rapporti tra norme di rango differente, in cui è plausibile che la norma "superiore" sia espressione di un principio generale, nulla impone alla norma gerarchicamente subordinata di esplicitare – secondo la logica dimostrativa di un sistema deduttivo – una regola che sia espressione di quel principio; potendo invece essere sufficiente, per la sua validità, la semplice non incompatibilità con la norma di rango superiore. In particolare, per quanto riguarda i rapporti tra norme costituzionali e ordinamento penale, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, I, 3<sup>a</sup> ed., Milano, 2001, pp. 487 e ss., in cui si afferma l'impossibilità di ridurre tali gruppi di norme, quelle costituzionali e quelle penali, all'interno di un sistema deduttivo, conclusione dalla quale dovrebbe discendere l'affermazione di un generale obbligo di tutela penale dei beni di rilevanza costituzionale. Di converso si riconosce la piena libertà per il legislatore sia di incriminare fatti non lesivi di beni contemplati nella carta fondamentale, sia di tutelare anche beni di elevato valore costituzionale con tecniche sanzionatorie diverse da quella penale, orientandolo nelle sue scelte, non solo il canone della *meritevolezza* ma anche quello del *bisogno* di pena. Sul punto v. anche G. MARINUCCI, *L'abbandono del codice Rocco: tra rassegnazione e utopia*, in AA.VV., *Diritto penale in trasformazione*, a cura di G. MARINUCCI ed E. DOLCINI, Milano, 1985, pp. 338 ss.; F. PALAZZO, *Meriti e limiti dell'offensività come principio di ricodificazione*, in AA.VV. *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano, 1996, pp. 74 ss.; ID, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1998, pp. 350 ss.; V. ZAGREBELSKY, *Contenuti e linee evolutive della giurisprudenza in tema di rapporti fra tassatività del fatto tipico e lesività*, in G. VASSALLI (a cura di), *Problemi generali di diritto penale*, Milano, 1982, pp. 417 ss.; G. ZUCALÀ, *Sul preteso principio di necessaria offensività del reato*, in *Studi Delitala*, vol. III, Milano, 1984, pp. 1700 ss.; D. PULITANO, *Bene giuridico e giustizia costituzionale*, in AA.VV., *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, cit., pp. 134 ss.; E. DOLCINI-G. MARINUCCI, *Costituzione e politica dei beni giuridici*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1994, pp. 333 ss.; S. MOCCIA, *Dalla tutela dei beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1995, pp. 343 ss.; N. MAZZACUVA, *Diritto penale e Costituzione*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, a cura di G. INSOLERA et al., Torino, 1997, pp. 83 ss.; M. ROMANO, *La legittimazione delle norme penali: ancora su limiti e validità della teoria del bene giuridico*, in *Criminalia*, 2011, pp. 33 ss.

preferenze, distribuendo risorse pubbliche) tesa a rimuovere gli ostacoli che possano, di fatto, limitare la libertà degli individui e l'effettiva e sostanziale eguaglianza degli stessi<sup>56</sup>. Uno Stato per il quale – pur avendo tutti il dovere di svolgere un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società – il fine ultimo delle istituzioni è comunque lo sviluppo della persona umana, al quale la Repubblica riconosce e garantisce i suoi inviolabili diritti di libertà. L'enfasi personalistica con la quale le norme in tema di principi fondamentali ricostruiscono le relazioni tra il singolo e la collettività, non può portare ad equivoci circa il necessario rapporto di servenza della pubblica amministrazione e dell'apparato burocratico rispetto alla figura del cittadino e dell'essere umano.

---

<sup>56</sup> In questa prospettiva leggono i rapporti tra p.a. e cittadino anche i più recenti contributi offerti dalla dottrina amministrativistica. Cfr., ad es., A. ZITO, *Il «diritto ad una buona amministrazione» nella Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea e nell'ordinamento interno*, in Riv. it. dir. comun. 2002, pp. 425 ss; A. POLICE, *Principi e azione amministrativa*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto Amministrativo*, Torino, 2008, pp. 208 ss.

## Riflessioni sulle modalità di gestione dei servizi pubblici locali.

di Carlo Giordano\*

**SOMMARIO:** 1. Le modalità di gestione dei servizi pubblici locali. 2. L'evoluzione normativa in materia. 3. Considerazioni conclusive.

### 1. Le modalità di gestione dei servizi pubblici locali.

La prima disposizione che ha disciplinato in maniera dettagliata i modelli utilizzabili dalle Pubbliche amministrazioni è stata l'articolo 113 T.U.E.L.<sup>1</sup>, che nella sua originaria formulazione prevedeva che l'amministrazione pubblica potesse gestire un servizio pubblico: 1) in economia, (tramite il proprio personale quando le modeste dimensioni o le caratteristiche del servizio avessero reso non opportuna la costituzione di un'azienda o di un'istituzione); 2) esternalizzandolo a terzi in presenza di ragioni di carattere tecnico o di natura economica idonei a giustificare tale scelta; 3) attraverso le c.d. aziende speciali (nei casi in cui lo svolgimento del servizio implicasse un'attività imprenditoriale caratterizzata da elasticità, managerialità ed autonomia); 4) affidando la gestione del servizio alle c.d. società miste, o alle c.d. società *in house* nelle ipotesi in cui veniva ravvisata l'opportunità, in relazione alla natura del servizio da erogare, di fare partecipare alla gestione altri soggetti.

La forma più semplice di gestione di un servizio pubblico è quella in economia mediante la quale la titolarità e la concreta erogazione del servizio fanno capo all'amministrazione che utilizza proprie risorse materiali, economiche ed umane per la fornitura.

Si tratta di un modello basato sul rispetto di tutte le regole decisionali, finanziarie e contabili delle amministrazioni pubbliche erogatrici secondo le quali l'attività di individuazione dei costi di gestione risulta alquanto complessa.

Un altro modello previsto dal nostro legislatore per l'affidamento e la successiva gestione di un servizio pubblico è la c.d. esternalizzazione, il cui raggio d'azione

---

\*Avvocato e cultore della materia in diritto civile e diritto privato.

<sup>1</sup> Decreto Legislativo 18 agosto 2000, n. 267, "*Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali*". Si tratta di un testo normativo che è stato da ultimo aggiornato con le modifiche apportate dal Decreto Legge 19 giugno 2015, n. 78 convertito con modificazioni dalla legge 6 agosto 2015 n. 125 e successivamente dalla Legge 28 dicembre 2015, n. 208.

risulta abbastanza ampio da comprendere qualsiasi ipotesi di collaborazione tra pubblico e privato.

Per quel che interessa, tale locuzione utilizzata nel settore dei servizi pubblici descrive un complesso fenomeno giuridico grazie al quale l'amministrazione pubblica, nel rispetto dei principi previsti dall'ordinamento soddisfa, al di fuori del proprio apparato organizzativo, un interesse pubblico attraverso la produzione o l'erogazione di servizi, o, in una veste senza dubbio generica ogni attività "riconducibile alla produzione privata di servizi pubblici"<sup>2</sup>.

Sul punto si evidenzia, inoltre, la netta separazione tra questo modello e quello delle c.d. privatizzazioni e delle liberalizzazioni. Mentre queste ultime prevedono, infatti, delle trasformazioni da un punto di vista soggettivo in considerazione della modifica giuridica, l'*outsourcing* è impostato su una variazione di carattere oggettivo in quanto rappresentativo di processi che spostano oltre i confini della macchina amministrativa il compimento di una determinata attività<sup>3</sup>.

Il ricorso all'*outsourcing* da parte dello Stato risponde all'esigenza di limitare la sua presenza "imprenditoriale" a vantaggio di quello di "regolatore" con il compito di svolgere essenzialmente funzioni di indirizzo e controllo.

Com'è noto, in numerosi Stati europei, in considerazione di un processo di riammodernamento della Pubblica amministrazione si è prevista l'introduzione di nuovi strumenti organizzativi quale è appunto l'esternalizzazione, il c.d. *contracting out* e il c.d. *out-searching*. L'esternalizzazione di funzioni pubbliche è stata, com'è nota, oggetto di interventi legislativi, giurisprudenziali<sup>4</sup> e

---

<sup>2</sup> Cfr. A. FRASCHINI, *Il contracting out nella gestione dei servizi pubblici locali*, in *Riv. dir. fin.*, 1993, 257; A. LAMBRANO, *L'outsourcing per i servizi pubblici: considerazioni teoriche e strumenti operativi alla luce della teoria dei costi transazione*, in *Fin. Loc.*, 1998, 39; G. VESPERINI, *I poteri locali*, Roma, 2001, 227.

<sup>3</sup> Sul punto si ricorda che questo modello nasce in ambito privatistico in riferimento alla possibilità per un'azienda di esercitare in maniera ottimale un'attività di impresa scegliendo di trasferire alcune attività produttive all'esterno ed utilizzare, quindi, in modo ottimale le capacità e le risorse disponibili all'interno della stessa realtà aziendale, competenze di base, idonee al raggiungimento di una posizione di vantaggio competitivo attraverso la possibilità di esternalizzare tutte le attività bisognose di particolari capacità tecniche e manageriali. Cfr. sul punto J.B. QUINN, F.G. HILMER, *Outsourcing strategico: istruzioni per l'uso*, in *L'impresa*, n.10, 1995.

<sup>4</sup> Cfr. tra le tante Corte di Cassazione, 29 dicembre 1990, n. 12221, in *Foro amm.*, 1991, 655, con nota di E. CANNADA BARTOLI, *Degli atti di gara del concessionario di sola costruzione*; Corte di Cassazione 5 febbraio 1999, n. 24, in *Giust. Civ.*, 1999, I, 971, con nota di G. GIACALONE, *La nozione di amministrazione aggiudicatrice quale criterio di riparto tra giurisdizione ordinaria e amministrativa*; Corte di Cassazione 2 marzo 1999, n. 107, in *Giur. it.*, 2000, 175, con nota di M. PROTTO, *Morte e reincarnazione dell'organo indiretto*; Consiglio di Stato, 7 giugno 1999, n° 295, in *Giorn. Dir. amm.*, 1999, 1057, con nota di V. CERULLI IRELLI, *Atti amministrativi di soggetti*

dottrinali<sup>5</sup> basati sulla legittimazione di tale strumento quale modello generale di azione amministrativa.

Tale modello rappresenta un eccezionale strumento di flessibilità poichè l'utilizzo di competenze esterne libera l'ente pubblico dal dover organizzarsi per l'erogazione del servizio garantendo, al tempo stesso, degli importanti vantaggi anche da un punto di vista economico, poichè l'affidamento di un servizio pubblico ad un terzo specializzato in materia può comportare l'implementazione delle tecnologie, delle procedure e delle combinazioni produttive più efficienti, nonché la massimizzazione delle economie di scala con conseguente riduzione dei costi di produzione e delle tariffe applicate alla collettività.

L'amministrazione pubblica nell'esercizio delle sue funzioni può, inoltre, organizzarsi attraverso strumenti di natura pubblicistica o privatistica, restando però sottoposta ai principi fondamentali di imparzialità, non discriminazione e buon andamento.

Lo Stato, infatti, agendo per il perseguimento ed il conseguente soddisfacimento di interessi generali, acquista le vesti di amministrazione in senso sostanziale in modo da ritenere le società che esercitano la suddetta attività quali organizzazioni pubbliche.

Nel nostro paese si è assistito, per molteplici ragioni ed avvenimenti, al mutamento del ruolo dello Stato nell'economia passando da un sistema basato su una rilevante presenza di quest'ultimo, (si pensi soprattutto alla figura degli enti pubblici economici) ad un'incredibile apertura al mercato utilizzando strumenti privatistici quale appunto quello societario che hanno aperto settori pubblici alla concorrenza.

Il modello delle società miste ha rappresentato lo strumento vincente, capace di offrire nuovi mezzi di finanziamento tecnologie e competenze da parte dei privati

---

*privati e tutela giurisdizionale: a proposito della legge Merloni*; Consiglio di Stato, 31 ottobre 2000, n° 5894, in *Foro it.*, 2001, 161, con nota di L. CARROZZA - F. FRACCHIA, *Appalti di lavori, attività oggettivamente amministrativa e qualificazione del soggetto*.

<sup>5</sup> Cfr. sul punto F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa*, Padova, 2000; A. MALTONI, *Sussidiarietà orizzontale e munera pubblici*, Bologna, 2002, 231; V. CERULLI IRELLI, *Il negozio come strumento di azione amministrativa*, in *Autorità e consenso nell'attività amministrativa*, Milano, 2002, 77; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, 118, secondo cui nelle ipotesi di esternalizzazione "fondamentale, comunque, è che siano rispettati i principi costituzionali che presiedono alla singola funzione e alla tutela dei diritti dei cittadini".

e rendere efficiente ed economica la gestione del servizio attraverso apprezzabili risultati qualitativi<sup>6</sup>.

Si tratta del c.d. partenariato pubblico- privato istituzionalizzato inteso quale cooperazione tra partner privati e pubblici che insieme costituiscono un'entità a capitale misto dotata di una propria personalità giuridica tesa alla realizzazione e alla gestione di un servizio pubblico e rappresentando la sintesi perfetta di interessi pubblici e privati<sup>7</sup>.

La natura giuridica delle società miste è da sempre oggetto di particolare attenzione da parte di dottrina e giurisprudenza in quanto ritenuta massima espressione della sintesi di interessi pubblici e privati.

In materia, per rispondere ad esigenze di adattabilità dell'attività delle amministrazioni pubbliche alla normativa europea, si sono susseguite teorie volte alla valorizzazione dell'elemento pubblicistico connesso alla natura degli enti, facendo quindi propendere per un'interpretazione neutra della natura giuridica della società mista in quanto adatta alle esigenze delle amministrazioni pubbliche, ed al tempo stesso una lettura analitica basata sulla configurazione delle suddette società nell'alveo dei soggetti di diritto privato<sup>8</sup>.

Quest'ultima tesi è stata fatta "propria" dalla Corte di Cassazione nella sentenza n. 4989 del 1995<sup>9</sup>, con la quale è stato affermato che la partecipazione all'interno della società di un'amministrazione pubblica non è motivo idoneo ad escludere

---

<sup>6</sup> Cfr. M. DUGATO, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, cit., 22 ss. In senso contrario Cfr. V. DOMENICHELLI, *I servizi pubblici locali tra diritto amministrativo e diritto privato (a proposito del nuovo art. 113 T.U.E.L.)*, in *Dir. amm.*, 2002, 211. L'Autore ha evidenziato della criticità in riferimento agli effetti positivi derivanti dall'utilizzo di strumenti societari, anche in considerazione del fatto che l'ingresso del privato nella società a partecipazione pubblica avrebbe comportato una serie di problematiche inerenti il rispetto dell'equilibrio tra soci e alla definizione non chiara di modelli di diritto privato che non potevano risolversi con la mera adozione degli strumenti societari.

<sup>7</sup> Cfr. R. CHIEPPA, *La società a capitale misto alla luce degli ultimi interventi normativi*, in F. GUERRIERO (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010.

<sup>8</sup> Cfr. tra i tanti G.F. GIAMPAOLINO, *La costituzione delle società a partecipazione pubblica locale per la gestione dei servizi pubblici e l'autonomia privata degli enti pubblici territoriali*, in *Giur. comm.*, 1995, 998; M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica. Il caso delle s.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome dello Stato*, Torino, 1997; F. GOSIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004, 118; P. PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano, 2007, 40.

<sup>9</sup> Corte di Cassazione, 6 maggio 1995, n. 4989, in *Foro it.*, 1996, I, 1369.

la natura privatistica delle stesse non essendo infatti possibile un mutamento del modello.

L'amministrazione pubblica può quindi decidere di utilizzare strumenti organizzativi diversi nei casi in cui ritenga necessario esternalizzare la gestione di un proprio servizio.

Nel caso di società mista, il controllo esercitato permette all'amministrazione pubblica di esercitare forme di direzione e di vigilanza sulle attività che non sarebbero attuabili attraverso la stipulazione del contratto di servizio.

Nell' utilizzo dello strumento societario alla pubblica amministrazione è inoltre attribuita la facoltà di utilizzare il modello dell'*in house providing* che rappresenta una esplicazione del principio di autorganizzazione della pubblica amministrazione secondo cui la stessa è in grado di produrre beni e servizi senza dover fare ricorso al mercato attraverso procedure ad evidenza pubblica<sup>10</sup>.

La definizione del modello *in house providing* è stata, come è noto, il frutto di un intenso "dialogo" tra legislatore e giudice, nazionale ed europeo, protrattosi nel tempo ed ancora attuale.

La prima nozione è stata infatti definita in materia di appalti pubblici al fine di legittimare l'affidamento di un servizio senza la previa indizione di una procedura ad evidenza pubblica, così come previsto dalla normativa europea. La definitiva consacrazione di tale modello è avvenuta però in seguito ad alcune decisioni della Corte Di Giustizia,<sup>11</sup> che ha elaborato per la prima volta, in maniera definitiva, il concetto di *in house providing* nella c.d. sentenza Teckal, al fine di armonizzare

---

<sup>10</sup> La società *in house* risulta quindi una mera estensione della stessa amministrazione pubblica non distinguendosi dalla stessa per quel che riguarda il profilo soggettivo in relazione al controllo analogo alla quale è assoggettata.

<sup>11</sup> Per un'analisi più approfondita della giurisprudenza sovra nazionale in materia di *in house providing* si veda: G. GRECO, *Gli affidamenti in house di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2000, 1461; C. ALBERTI, *Appalti in house, concessione in house ed esternalizzazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2001, 495; BARTOSCH, *The relationship between public procurement and state aid surveillance. The toughest standard applies?*, in *C.M.L.R.*, 2002, 551; L. R. PERFETTI, *Pubblico servizio, capacità di diritto private e tutela della concorrenza. Il caso del facility management*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2002, 177; A. ANNIBALI, *Gli affidamenti in house: dal diritto comunitario ai servizi pubblici locali*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), 12, 2003; A. MASSERA, *L'in house providing: una questione da definire*, cit., 849; G. SCIULLO, *La procedura di affidamento dei servizi pubblici locali tra disciplina interna e principi comunitari*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), 7-8, 2004; C. IAIONE, *Le società in house. Contributo allo studio dei principi di auto-organizzazione e auto-produzione degli enti locali*, cit., 138.



i principi in materia di tutela della concorrenza con la facoltà di auto-organizzazione riconosciuta alle pubbliche amministrazioni.

Prima della definizione della famosa sentenza *Teckal*, i giudici nazionali<sup>12</sup> hanno concepito il fenomeno dell' *in house* quale " *vicenda alternativa all'appalto*", per poi, in seguito uniformarsi al filone giurisprudenziale europeo, secondo il quale il modello in esame è stato inteso quale strumento di organizzazione o approvvigionamento di prestazioni di beni e servizi.

Una volta recepita tale interpretazione indirizzata verso la tutela della libertà di autoproduzione, ritenuta " *componente essenziale dell'autonomia organizzatoria dei singoli apparati istituzionali, non in contrasto con la disciplina comunitaria*", l'attenzione della giurisprudenza interna si è basata verso la corretta osservanza dei principi di derivazione europea, tesi all'apertura del mercato dei servizi alla concorrenza.

Come è noto, la giurisprudenza, almeno in una prima fase, ha interpretato i requisiti, affermando la legittimità di affidamenti diretti a società miste a condizione che la partecipazione al capitale da parte del soggetto pubblico fosse prevalente rispetto a quella dell'imprenditore privato scelto mediante una gara ad evidenza pubblica.

La giurisprudenza amministrativa si è inoltre occupata della materia stabilendo i requisiti del rapporto in *house*, idonei a legittimare affidamenti diretti e derogare quindi alle disposizioni previste per le procedure ad evidenza pubblica.

Sul punto si ricorda come il Consiglio di Stato<sup>13</sup> abbia inaugurato un filone giurisprudenziale favorevole a tale modello organizzativo viste le esigenze organizzative di piccoli comuni che legittimati ad usufruire dello stesso modello attraverso una partecipazione seppur minoritaria in società costituite e partecipate da entità amministrative di dimensioni maggiori, siano esse miste o a totale partecipazione pubblica<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> Tra le tante si ricorda, ad esempio, T.A.R. Lombardia, 11 gennaio 1995 n. 54, in *Foro amm.*, 1995, 1037.

<sup>13</sup> Si ricordano, tra le tante Consiglio di Stato, 19 febbraio 1998, n. 192, in *Giur. it.*, 1998, 1257; Consiglio di Stato, 28 ottobre 1998, n. 1478, in *Foro amm.*, 1998, 2748 ; Consiglio di Stato, 6 maggio 2002, n. 2418, in *Foro amm.-Cds*, 2002, 5, 1231,

<sup>14</sup> Sul punto si ricorda Consiglio di Stato, 25 giugno 2002, n. 3448, in *Riv. giur. quadr. Serv. Pubbl.*, 2002, 176,; Consiglio di Stato, 6 febbraio 2003, n. 637, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it); Consiglio di Stato, 19 febbraio 2004, n. 679, in *Foro amm.-Cds.*, 2004, 1160. In netto contrasto, parte della giurisprudenza di primo grado, ha ritenuto illegittimi gli affidamenti diretti sia nei confronti di società a totale partecipazione pubblica che a quelle miste individuando per queste

La riforma dei servizi pubblici locali del 2003, con la quale il legislatore nazionale ha disciplinato l'*in house*, ha previsto in aggiunta ai c.d. requisiti *Tecklal*, un altro profilo di straordinaria rilevanza, riconducibile alla partecipazione totalitaria dell'amministrazione pubblica al capitale della società affidataria del servizio, reputata condizione indispensabile per la sussistenza del controllo analogo.

La rilevanza accordata a quest'ultimo requisito ha spinto la giurisprudenza nazionale a ritenere come il controllo analogo e la destinazione prevalente siano requisiti impliciti alla partecipazione pubblica totalitaria nel capitale sociale, estendendo, in questo modo, in maniera significativa l'ambito applicativo del modello<sup>15</sup>.

In seguito, il Consiglio di Stato<sup>16</sup>, riprendendo l'orientamento restrittivo della sentenza *Stadt Halle*, in tema di servizi pubblici di rilevanza economica, hanno fatto rientrare il modello dell' *in house* nelle modalità di gestione e affidamento di un servizio pubblico.

Il Supremo Consesso amministrativo<sup>17</sup> ha inoltre chiarito come lo strumento dell'*in house* non sia consentito nei c.d. appalti strumentali, ipotesi estranee ai contratti pubblici, in quanto la normativa in materia<sup>18</sup> sembra univoca nell'individuare le procedure concorrenziali quali modalità necessarie di acquisizione dei beni e dei servizi strumentali.

Infine, risulta importante sottolineare come, anche la Corte di Cassazione abbia attribuito in alcune sue decisioni, estrema rilevanza ai requisiti " *Teckal*" idonei

---

ultime, un limite nella partecipazione minima di amministrazioni locali in realtà multi- comunali affidatarie della gestione di servizi pubblici.

<sup>15</sup> Cfr. tra le tante T.A.R. Lombardia, 12 maggio 2004, n. 1685, in *Servizi pubbl. e appalti*, 2004, 615; T.A.R. Lecce, 21 aprile 2004 n. 2549, in *T.A.R.*, 2004, I, 543 e ancora Consiglio di Stato, 19 febbraio 2004 n. 679, in *Foro amm. Cds*, 2004, 461.

<sup>16</sup> Consiglio di Stato, 22 gennaio 2015, n° 257, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Nello stesso modo, gli stessi giudici di Palazzo Spada si sono pronunciati in Consiglio di Stato, 11 febbraio 2013, n. 762, 27 maggio 2014 n. 2716 e 10 settembre 2014, n. 4599, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>17</sup> Consiglio di Stato, 7 maggio 2015, n. 2291, con nota di G. GUZZO, *Gli affidamenti in house nella più recente teorica del giudice amministrativo*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), 5, 2015.

<sup>18</sup> Il riferimento è all'articolo 4 comma 7 del D.L. 95/12, convertito in legge 135/12 secondo cui, al fine di evitare distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori del territorio nazionale, le pubbliche amministrazioni avrebbero acquisito, nel rispetto delle procedure concorrenziali, i beni ed i servizi strumentali alla propria attività.

a ritenere la società in *house* quale *longa manus* dell'amministrazione pubblica partecipante<sup>19</sup>.

Secondo i giudici di legittimità, infatti, la verifica in ordine alla ricorrenza dei requisiti propri del soggetto *in house*, dovrebbe compiersi in concreto e in base alle previsioni contenute nello statuto della società in forza di un'indagine empirica da effettuarsi caso per caso<sup>20</sup>.

Inoltre, la finalizzazione della società di capitali alla gestione *in house* di un servizio pubblico, e il conseguente affidamento diretto dell'appalto, non muta la natura giuridica privata della società, assumendo rilievo, all'interno dell'ordinamento nazionale ed europeo in riferimento al mercato ed alla tutela della concorrenza<sup>21</sup>.

## **2.L'evoluzione normativa in materia.**

La disciplina modalità di gestione dei servizi pubblici è stata oggetto di particolare attenzione da parte del legislatore attraverso molteplici disposizioni che hanno regolato il funzionamento dei modelli organizzativi.

La prima previsione, nell'Italia repubblicana, dell'utilizzo della società per azioni per la gestione di un pubblico servizio si è avuta grazie alla legge n° 142/90<sup>22</sup>, con la quale il legislatore ha inteso trasformare le società municipalizzate in aziende speciali o in enti pubblici economici, funzionalmente legati all'amministrazione ma dotati di propria personalità.

Tale intervento legislativo ha segnato il passo verso una significativa trasformazione degli strumenti di gestione, nonostante la rigidità del modello

---

<sup>19</sup> Cfr. sul punto: Corte di Cassazione, 12 febbraio 2014, n. 3201, in *CED Cassazione*, 2014; Corte di Cassazione, 10 marzo 2014, n. 5491, in *Giust.civ. mass.*, 2014; Corte di Cassazione, 26 marzo 2014, n. 7177, in *Foro amm.*, 2014, 6, 1669; Corte di Cassazione, 24 ottobre 2014, n. 22609, in *Pers. e danno*, 2014; Corte di Cassazione, 24 febbraio 2015, n. 3677, in *Pers. e danno*, 2015.

<sup>20</sup> Cfr. Corte di Cassazione, 26 marzo 2014 n. 7177, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it).

<sup>21</sup> Sul punto, si ricorda: Corte di Cassazione, 23 aprile 2014, n. 9204, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it).

<sup>22</sup> Il riferimento è, in modo particolare all'articolo 22 della Legge 8 giugno 1990, n. 142, "Ordinamento delle autonomie locali". Proprio la stretta funzionalizzazione delle società ai fini istituzionali dell'ente ha legittimato, inoltre, il privilegio dell'affidamento diretto del servizio anche al di fuori di ogni confronto concorrenziale. Cfr. sul punto: P. PIRAS, *Servizi pubblici e società a partecipazione comunale*, in *La s.p.a. per la gestione dei servizi pubblici locali*, Rimini, 1995; D. SORACE, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, 51.

utilizzato sia stato relazionato alla forma necessaria della società per azioni ed al carattere necessariamente maggioritario del loro capitale pubblico.

Tuttavia, è solo verso la fine degli anni '90 che, soprattutto, il processo di modernizzazione dei modelli organizzativi di gestione dei servizi pubblici da parte degli enti locali, ha subito una forte spinta.

La disciplina dei servizi pubblici locali ha subito, infatti una radicale revisione con la legge n° 448/01<sup>23</sup>, improntata verso un progressivo aumento della rilevanza della funzione pubblica di regolazione del mercato, con conseguente separazione tra il ruolo del pubblico, proprietario dei beni, ed il privato, incaricato della gestione e l'erogazione del servizio.

La materia è stata successivamente oggetto di un ulteriore intervento legislativo, Decreto Legge n° 112/08, con il quale si è posto l'obiettivo dell'apertura del mercato, dei servizi pubblici locali, attraverso l'esternalizzazione dello stesso a soggetti privati, selezionati con procedura ad evidenza pubblica, o tramite l'affidamento a *società in qualunque forma costituite*.

Questa impostazione, derivante dalla riforma introdotta dall'articolo 23 *bis*, determinava una sostanziale privatizzazione dei servizi pubblici che andava ben oltre l'impostazione fissata in materia dal diritto europeo che non dettava nessuna previsione in riferimento alla forma giuridica da adottare per i prestatori di servizi.

La problematicità della normativa in materia di gestione dei servizi pubblici si è manifestata in tutta la sua rilevanza con la richiesta di referendum abrogativo dell'articolo 23 *bis*.

Come è noto la consultazione referendaria ha prodotto l'abrogazione della norma in esame<sup>24</sup>, con la conseguente ridefinizione della normativa da parte del legislatore nazionale.

Al riguardo è stato prontamente, evidenziato in sede politica e dottrinale, come il contenuto della novella ha, di fatto, riproposto i principi, l'impostazione e, come è stato evidenziato, talvolta le stesse parole della normativa abrogata dal referendum.

Da qui l'importante pronuncia della Corte Costituzionale<sup>25</sup>- anche in riferimento al rapporto tra volontà referendaria e approvazione delle leggi da parte del

---

<sup>23</sup> Legge, 28 dicembre 2001, n. 448, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2002)*. Nello specifico il legislatore, con l'articolo 35 ha modificato l'articolo 113 del TUEL.

<sup>24</sup> Cfr. Decreto del Presidente della Repubblica, 20 luglio 2011 n. 167.

<sup>25</sup> Corte Costituzionale, 20 luglio 2012, n. 199, in *Giur. cost.*, 4, 2012, 2900.

Parlamento, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della novella per violazione dell'articolo 75 della Costituzione.

Negli anni successivi al referendum il legislatore è intervenuto in materia in modo indiretto, con l'approvazione di una serie di disposizioni di carattere finanziario che hanno contribuito, se possibile, a rendere ancora più complesso, disomogeneo e talora contraddittorio, il sistema di gestione dei servizi pubblici, allontanando in modo significativo la regolazione del settore dallo scopo dello stesso.

In continuità con la *ratio* degli ultimi interventi legislativi volti alla razionalizzazione delle società partecipate, si ricordano, infine il Decreto legge n° 90/14,<sup>26</sup> con il quale il legislatore ha dato parziale attuazione al *Programma di razionalizzazione delle partecipate locali*, il c.d. Piano Cottarelli,<sup>27</sup> e la c.d. "legge di Stabilità per il 2015"<sup>28</sup>, strumento normativo piuttosto articolato, volto alla riorganizzazione ed al riordino dei servizi pubblici locali sul territorio<sup>29</sup>.

La disciplina riguardante le modalità di gestione dei servizi pubblici locali è stata, come è noto, recentemente influenzata dalla c.d. Legge n° 124/15<sup>30</sup>, avente ad oggetto non solo la riorganizzazione della Pubblica amministrazione ma anche,

---

<sup>26</sup> Decreto Legge 24 giugno 2014, n. 90 *Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari*. convertito con modificazioni dalla L. 11 agosto 2014, n. 114, *Conversione in legge, con modificazione, del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90 recante misure urgenti per la semplificazione la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari*.

<sup>27</sup> Il compito di provvedere alla redazione di tale piano è stato assegnato con la legge 23 giugno 2014 n. 89, al fine di individuare apposite misure per la liquidazione o trasformazione per fusione o incorporazione della società partecipate e delle aziende speciali, in funzione delle dimensioni degli ambiti ottimali per lo svolgimento delle rispettive attività; per l'efficientamento della loro gestione, anche attraverso la comparazione con altri operatori che operano a livello nazionale ed internazionale, e per la cessione di rami d'azienda o di personale ad altre società anche a capitale privato con il trasferimento di funzioni e attività di servizi.

<sup>28</sup> Legge 23 dicembre 2014, n. 190, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato*.

<sup>29</sup> Com'è noto, con la legge di stabilità per il 2015 il legislatore ha apportato modifiche sostanziali all'articolo 3 *bis* del decreto legge n. 138/11, al fine di ribadire che i servizi pubblici locali debbano essere organizzati in bacini territoriali ottimali ed omogenei, tali da consentire lo sfruttamento di sinergie ed economie di scala e superare la frammentarietà delle gestioni. Questo riordino però ha incontrato particolari resistenze dovute alla volontà di salvaguardare posti di lavoro negli organismi partecipati, ed alla dinamica del processo di riorganizzazione intrapreso visto il disagio dovuto alla proliferazione normativa ed al ricorso sistematico all'esercizio dei poteri sostitutivi per sopperire al mancato adempimento da parte delle amministrazioni coinvolte.

<sup>30</sup> Legge 7 agosto 2015, n. 124, *Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*.

per la parte che qui interessa, la ridefinizione di materie oggetto di "stratificazioni normative", tra cui rientra a pieno titolo quella in esame.

Dando attuazione alla delega ricevuta, il legislatore delegato ha approvato il Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica<sup>31</sup> grazie al quale sono state definite in maniera chiara, ed in un contesto unitario le più importanti fattispecie riconducibili alle società a partecipazione pubblica, precisandone l'ambito di applicazione ed indicando, inoltre, i tipi di società in cui è ammessa la partecipazione pubblica.

Al tempo stesso sono state, inoltre, previste le condizioni ed i limiti per la costituzione, acquisizione o mantenimento delle partecipazioni pubbliche e, infine, il rafforzamento degli oneri motivazionali della scelta di costituire società a partecipazione pubblica.

Tutto ciò si innesta in un disordine regolativo della disciplina, caratterizzato da interventi disorganici e disomogenei, che hanno reso obbligatoria una semplificazione ed una stabilizzazione della normativa in modo da prevedere un'effettiva attuazione delle regole in materia di partecipazioni, e quindi, di un utilizzo migliore delle risorse pubbliche.

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

La legge delega è stata, come è noto, oggetto di attenzione da parte della Corte costituzionale<sup>32</sup> che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di alcune sue disposizioni per violazione del principio di leale collaborazione di cui agli articoli 5 e 120 Cost.

Al fine di risolvere le incertezze sollevate in dottrina ed, al tempo stesso, evitare ai testi normativi già approvati (in modo particolare il Testo Unico in materia società a partecipazione pubblica) una "sorta di limbo"<sup>33</sup> caratterizzato da previsioni legislative formalmente vigenti ma nella sostanza potenzialmente inefficaci e, quindi, a rischio di una definitiva pronuncia di illegittimità, il

---

<sup>31</sup> Decreto Legislativo, 19 agosto 2016 n. 175, *Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica*.

<sup>32</sup> Corte Costituzionale 25 novembre 2016 n. 251, in *Foro it.*, 2, I, 451.

<sup>33</sup> Cfr. C. CALVIERI, *La declaratoria di illegittimità delle deleghe della legge Madia per violazione del principio di leale collaborazione ed i riflessi sul nuovo testo unico delle società a partecipazione pubblica. Ovvero il complicato intreccio dei fili della Tela di Penelope... allo specchio*, in *Riv. AIC*, 1, 2017, 12. Cfr. Legge 5 giugno 2003 n. 131, "Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3".

legislatore delegato è nuovamente intervenuto emanando il c.d. Decreto Correttivo<sup>34</sup>.

In modo particolare, infatti, in fase di adozione del Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica, vi erano stati dei contrasti tra i vincoli posti dal legislatore statale e le osservazioni che provenivano dal sistema delle autonomie, contraddizioni che sembrerebbero state superate dal decreto correttivo attraverso una soluzione di compromesso tra la volontà statale di limitare lo strumento societario e quella locale basata su un orientamento più graduale<sup>35</sup>.

### 3. Considerazioni conclusive

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

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

La volontà legislativa rinvenibile nello stesso sembra, senza dubbio, essere indirizzata verso una drastica riduzione delle partecipazioni statali, visto anche lo sfavore mostrato nei confronti dell'impresa pubblica in forma societaria, ritenuta da parte della dottrina ancora oggi di grande importanza nel panorama giuridico nazionale. Nel disegno tracciato dal legislatore quest'ultima dovrebbe svolgere finalità di interesse pubblico e non attività di impresa, con la conseguente interpretazione pubblicistica delle società partecipate idonea a giustificare un importante regime di regole e vincoli che le allontanano, anche concettualmente, da quelle private.

Ne deriva, pur senza nascondere le criticità sottolineate da più parti, che con questo testo unico il settore delle società a partecipazione pubbliche abbia finalmente acquisito " il bene prezioso di una disciplina unitaria" capace di esaltare, con una previsione organica ed idonea ad eliminare le storture, le

---

<sup>34</sup> Decreto Legislativo, 16 giugno 2017 n°100, *Disposizioni integrative e correttive al Decreto Legislativo 19 agosto 2016 n° 175, recante Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica*.

<sup>35</sup> Per una analisi più approfondita della questione Cfr. R. MICCU' - G. ROMA, *Le società pubbliche tra competenza legislativa statale e regionale*, in *www.federalismi.it*, 6, 2018.

inefficienze e gli abusi dell'utilizzo del modello societario, il ruolo dello Stato nell'economia, che, vista l'attuale crisi finanziaria, risulta essere ancora più rilevante e fondamentale.

Per questo motivo può ritenersi certamente positivo il tempestivo intervento del Governo di correzione del T.U., in ossequio alla già citata sentenza della Corte Costituzionale, auspicando che il decreto correttivo sia in grado di recepire le istanze migliorative invocate dalla dottrina e dalla giurisprudenza amministrativa.



## La tutela dei dati genetici tra innovazione tecnologica e diritti fondamentali della persona.

di **Consiglia BOTTA\***

**SOMMARIO:** **1.** Innovazione tecnologica, progresso scientifico e sviluppo delle conoscenze sul genoma umano. **2.** Diffusione dei test genetici e nuova dimensione della medicina "personalizzata". La "medicina predittiva". **3.** Necessità di definire correttamente tipologia e funzione dei differenti test in relazione al trattamento dei dati. **4.** I dati genetici nel Regolamento Europeo per la protezione dei dati personali. **5.** Le cautele previste dal provvedimento del Garante n.146/2019.

**ABSTRACT:** *Technological and scientific progress along with improved understanding of human genome has determined increased diffusion of genetic tests which pose delicate issues in the area of personal data protection. The present report examines the EU position as expressed in the GPDR as well as the prescriptions contained in the Authority statement.*

### **1. Innovazione tecnologica, progresso scientifico e sviluppo delle conoscenze sul genoma umano.**

L'implementazione di nuovi sistemi diagnostici di tipo genomico e il rapido sviluppo di tecnologie informatiche innovative, ha condotto all'acquisizione di un vastissimo patrimonio di "informazioni" utili alla conoscenza della struttura biologica dell'uomo, che pongono questioni di tutela dei dati personali più delicate e complesse rispetto a quelle connesse al trattamento della generalità dei dati sensibili, anche relativi alle condizioni di salute.

Gli straordinari progressi ottenuti nel campo della genetica umana, considerata una delle principali protagoniste dei nostri tempi<sup>1</sup>, soprattutto alla luce degli esiti

---

\* *Professore ordinario di diritto privato presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II.*

<sup>1</sup> Mediante la teoria dell'evoluzione della specie, ha «dapprima prospettato l'esistenza di un progetto unitario della vita, al quale l'uomo partecipa accanto a tutti gli altri viventi, poi con la biologia molecolare lo ha decifrato arrivando, infine, con le biotecnologie, a manipolarlo e ad incidere sul suo corso. Il rapporto dell'uomo con la natura, intesa come sistema vivente complessivo, si è così riproposto in termini nuovi» sollevando, in particolare, «il problema di ciò che è geneticamente predeterminato e ciò che prende corpo nel corso della vita, per effetto dell'ambiente e di azioni che, nei limiti in cui sono libere, comportano una responsabilità». Cfr.

dello *Human Genome Project* che ha condotto alla mappatura ed al sequenziamento del genoma umano, hanno aperto nuovi scenari nella ricerca e nella pratica medica, offrendo un contributo prezioso anche alla terapia farmacologica, con particolare riguardo alla personalizzazione delle cure, migliorandone sia l'efficacia che la sicurezza, mediante una ottimizzazione della risposta al trattamento e una significativa riduzione delle reazioni avverse ai farmaci (ADR) e/o delle eventualità di cure inefficaci.

I risultati ottenuti negli ultimi anni nell'ambito della farmacogenomica hanno evidenziato la necessità di una riflessione più ampia sulle implicazioni bioetiche e giuridiche della ricerca genetica, con particolare attenzione al tema dell'utilizzo dei test genetici, al fine di assicurare un equilibrio tra le potenzialità e le istanze del progresso tecnico-scientifico, la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali degli individui e la necessità di garantire il diritto alla salute<sup>2</sup>.

È di tutta evidenza la complessità della questione, che involge il trattamento dei dati del genoma e cioè l'essenza più profonda della persona umana, da cui possono essere tratte informazioni in grado di svelare l'identità ed il destino genetico di un individuo<sup>3</sup>.

## **2. Diffusione dei test genetici e nuova dimensione della "medicina personalizzata". La "medicina predittiva".**

La diffusione dei test genetici e l'aumento esponenziale del loro numero nella pratica clinica sono significativamente legati allo sviluppo di un nuovo approccio alla medicina noto come "medicina personalizzata". L'espressione è nata per indicare la possibilità, attraverso le analisi farmacogenetica e farmacogenomica<sup>4</sup>,

---

Comitato Nazionale per la Bioetica, *Dalla farmacogenetica alla farmacogenomica*, 2006, p. 4, in [www.governo.it](http://www.governo.it).

<sup>2</sup> In argomento, cfr. L. CHIEFFI, *La tutela della riservatezza dei dati sensibili: le nuove frontiere europee*, in [federalismi.it](http://federalismi.it), n. 4/2018.

<sup>3</sup> Come sottolinea, M.T. ANNECCA, *Test genetici e diritti della persona*, in AA.VV., *Il governo del corpo*, T. 1, *Trattato di biodiritto*, diretto da S. RODOTÀ E P. ZATTI, p.405, i dati genetici essendo associati ad un codice personale, unico ed irripetibile, costituiscono "il nucleo biologico basilare" che caratterizza l'identità fisica della persona, e rappresentano un elemento di identificazione dell'individuo.

<sup>4</sup> La farmacogenetica si occupa dello studio degli effetti delle variazioni genetiche nella risposta individuale ai farmaci; la farmacogenomica ha il compito di trasferire le nuove conoscenze sul genoma umano alla ricerca, per la scoperta e lo sviluppo di nuovi farmaci e per l'individualizzazione delle terapie. Grazie alla farmacogenomica non è più necessario ricorrere all'approccio terapeutico basato su tentativi ed errori per individuare il corretto dosaggio di un farmaco, ma è possibile "confezionare" il trattamento in base alle caratteristiche genetiche del singolo paziente, con una significativa riduzione delle reazioni avverse ai farmaci (ADR) e/o delle eventualità di cure inefficaci.

che studiano sotto prospettive distinte e complementari le basi genetiche delle modalità di risposta ai farmaci a livello della struttura molecolare di cellule e tessuti, di mirare la strategia terapeutica e l'utilizzo dei farmaci per il paziente, basandosi non più soltanto sui principi e le prassi dell'*evidence based medicine*, e cioè sulla conoscenza della variabilità fenotipica dei tradizionali indici "salute/malattia", ben noti alla medicina clinica, ma sulla possibilità di apprezzare la variabilità della risposta terapeutica individuale nel più complesso rapporto tra struttura genetica, fattori ambientali, storia e stili di vita dell'individuo<sup>5</sup>.

Tale concetto si è progressivamente ampliato sino a ricomprendere tutte le indagini di genomica predittiva, in grado di "tipizzare" il paziente sotto il profilo della predisposizione genomica verso specifiche patologie.

Lo sviluppo delle conoscenze sul genoma umano ha permesso, cioè, il consolidarsi di una nuova dimensione molecolare della medicina personalizzata, la c.d. "medicina predittiva"<sup>6</sup> che, basandosi sulle informazioni ricavabili dalla costituzione genetica di un individuo, non solo consente di indicare l'esistenza di una malattia, ma è in grado di elaborare delle probabilità diagnostiche, consentendo di anticipare una stima del rischio che un soggetto ha di sviluppare una certa patologia durante il corso della vita<sup>7</sup>.

Le possibilità offerte da questo nuovo approccio sono vastissime poiché, ad esempio, ogni volta che si identifica un gene le cui mutazioni provocano una determinata malattia, si possono allestire specifici test<sup>8</sup> che offrono la possibilità

---

<sup>5</sup> Cfr., Comitato Nazionale per la Bioetica, *Test genetici di suscettibilità e medicina personalizzata*, 2010, p. 5 ss., in [www.governo.it](http://www.governo.it). Il problema della multifattorialità si pone in maniera particolarmente evidente, ad esempio, nel caso di malattie molto diffuse come il diabete, la cui significativa eterogeneità costituisce un importante presupposto dell'approccio personalizzato al trattamento.

<sup>6</sup> Secondo J.DAUSSET, premio Nobel nel 1980 per la Medicina in relazione alle ricerche genetiche sul sistema immunitario umano, «*is it not interesting to note that medicine was, in its history, first of all curatives, then preventive and finally predictive, whereas today the order is reversed: initially predictive, then preventive and finally, only in desperation, curative?*», cfr. l'Editoriale di J. DAUSSET, in *Journal of Biomedicine and Biotechnology*, 2001, v. I, p. 1 s.

<sup>7</sup> Sebbene non tutti i test genetici siano in grado di indirizzare direttamente verso una cura, la diagnosi genetica molto spesso consente una prevenzione mirata o, quantomeno, strategie in grado di mitigare le conseguenze della malattia. Per esempio, in un paziente colpito da una cardiomiopatia ereditaria, la diagnosi genetica indirizza verso interventi sullo stile di vita e di monitoraggio capaci di ridurre efficacemente il rischio di morte improvvisa. Cfr. S. WORDSWORTH, J. LEAL, E. BLAIR, *Dna testing for hypertrophic cardiomyopathy: a cost-effectiveness model*. *Eur. Heart Journal*, 2010, 31(8):926-35; C. BRESCIANI, *Genetica e medicina predittiva: verso un nuovo modello di medicina? Aspetti conoscitivi, terapeutici, bioetici, giuridici*, Milano, 2000, *passim*.

<sup>8</sup> In base alle disposizioni dettate dall'Istituto Superiore di Sanità, ogni nuovo test genetico, prima di essere utilizzato, deve essere validato a livello analitico e clinico e il protocollo esecutivo deve essere standardizzato.

di monitorare accuratamente gli individui predisposti a sviluppare la specifica patologia ed eventualmente effettuare diagnosi precoci. La medicina personalizzata è infatti largamente basata sull'uso di marcatori molecolari in grado di segnalare il rischio di malattia o la sua presenza prima della comparsa dei segni e dei sintomi clinici, offrendo l'opportunità di concentrarsi sulla prevenzione o sul trattamento precoce piuttosto che sulla fase avanzata della malattia<sup>9</sup>.

Questo consente significativi vantaggi anche in termini di miglioramento della qualità della vita dei pazienti<sup>10</sup> e di miglior controllo della salute pubblica e dei suoi costi<sup>11</sup>.

È bene sottolineare che i test genetici non analizzano necessariamente situazioni patologiche; ne è esempio paradigmatico il test di paternità<sup>12</sup> che rientra tra le indagini per la caratterizzazione della c.d. "variabilità individuale". Tali analisi comprendono quelle dirette a definire una compatibilità genetica, un rapporto di consanguineità e che vengono utilizzate, ad esempio, oltre che nella verifica dei rapporti di paternità e maternità biologica, nello studio dei trapianti, nell'individuazione delle relazioni tra un individuo e i suoi antenati o una determinata etnia o area geografica (c.d. test ancestrali), nella determinazione della probabilità con la quale un campione di DNA recuperato da un oggetto

---

<sup>9</sup> È stato evidenziato, ad esempio, che donne con alcune varianti dei geni BRCA1 e BRCA2 hanno una probabilità di sviluppare il cancro al seno nel corso della vita molto più alta di quella osservata nella popolazione generale di sesso femminile. Un test genetico capace di individuare queste varianti geniche può indirizzare misure di prevenzione basate sulla maggiore frequenza dei controlli mammografici, sulla chirurgia profilattica e sulla chemio-prevenzione. Cfr. *National Cancer Institute BRCA1 and BRCA2 fact sheet*. NCI website, <http://www.cancer.gov/cancertopics/factsheet/risk/brca>. L. RIES, D. HARKINS, M. KRAPCHO, et al. *SEER Cancer Statistic Review, 1975-2003*. National Cancer Institute, [http://www.seer.cancer.gov/csr/1975\\_2003](http://www.seer.cancer.gov/csr/1975_2003).

<sup>10</sup> Cfr. A. ROBERTON, C. TATE, R. ZOLTY, et al., *Quality of life and prognosis in heart failure: results of the Beta-Blocker Evaluation of Survival Trial (BEST)*, *J. Cardiac Failure*, 2007; 13(9):732-7.

<sup>11</sup> Cfr. MA. HAMBURG, FS. COLLINS, *The path to personalized medicine*, *N. Engl. J. Med.*, 2010; 363(4):301-4. R. EPSTEIN, T. MOYER, R. AUBERT, et al. *Warfarin genotyping reduces hospitalization rates. Results from the MM-WES (Medco-Mayo Warfarin Effectiveness Study)*. *J. Am. Coll. Cardiol.*, 2010; 55:2804-12.

<sup>12</sup> I test di paternità rientrano, secondo la classificazione proposta dal Garante per la protezione dei dati personali, nella categoria dei test sulla c.d. "variabilità individuale", che comprende al suo interno: a) le analisi volte a definire una compatibilità genetica, un rapporto di consanguineità, e che vengono utilizzate, ad esempio, nello studio dei trapianti o nella verifica dei rapporti biologici, b) i c.d. test ancestrali, usati per l'individuazione delle relazioni tra un individuo e i suoi antenati o una determinata etnia o area geografica, c) quelli di identificazione genetica, volti a determinare la probabilità con la quale un campione di DNA recuperato da un oggetto appartenga ad una determinata persona, che trovano applicazione in ambito forense.

appartenga ad una determinata persona, e che trovano applicazione in ambito forense.

### **3. Necessità di definire correttamente tipologia e funzione dei differenti test in relazione al trattamento dei dati.**

Da queste considerazioni emerge una prima questione che riguarda la necessità di definire il significato dell'espressione "test genetico" e di identificare i diversi test in funzione della loro valenza. Il Garante per la protezione dei dati personali, nell'Autorizzazione generale al trattamento dei dati genetici<sup>13</sup>, ne accoglie una accezione ampia, condivisa a livello internazionale<sup>14</sup>, che ricomprende una varietà di indagini di largo impatto distinte, in maniera apparentemente molto netta, in relazione alla loro finalità.

Tra le differenti categorie di test individuate nel provvedimento dell'*Authority*, quelle di maggior rilievo ai fini del presente studio riguardano i test c.d. "diagnostici", volti cioè ad identificare una malattia o a confermare un sospetto clinico; i test c.d. "presintomatici", diretti cioè ad individuare preventivamente, o ad escludere, in persone sane, eventuali mutazioni genetiche associate a determinate patologie che possano svilupparsi in futuro; i test c.d. "predittivi", diretti cioè a valutare la presenza di una suscettibilità o di una resistenza nei confronti di una malattia multifattoriale ed il conseguente rischio di insorgenza della patologia nel futuro.

In concreto, tuttavia, la distinzione tra queste indagini non è così netta e può essere influenzata da diversi fattori.

Infatti, quando la malattia è prodotta simultaneamente da variabili multiple, ad es. di tipo genetico, epigenetico, ambientale, l'identificazione di una sola di esse attraverso il test genetico può non consentire la predizione temporale dell'esordio della malattia oppure il suo decorso e la sua gravità, rendendo in

---

<sup>13</sup> Cfr. *Autorizzazione al trattamento dei dati genetici*, n. 8/2016, in G.U. n. 303 del 29 dicembre 2016; *Provvedimento del Garante*, del 13 dicembre 2018.

<sup>14</sup> In termini molto simili la definizione accolta, nel 2009, dalla *Human Genetic Commission* britannica. In Italia, l'Istituto Superiore di Sanità, accogliendo un'accezione ampia, definisce specificamente il test genetico come "l'analisi a scopo clinico di DNA, RNA, cromosomi, proteine, metaboliti o altri prodotti genici per evidenziare genotipi, mutazioni, fenotipi o cariotipi correlati o meno con patologie ereditabili umane", precisando che la definizione include gli *screening* prenatali, neonatali e dei portatori sani, nonché "i test sulle famiglie a rischio", escludendo espressamente i test effettuati al solo scopo di ricerca, utilizzati sia per comprendere le basi biologiche di una malattia, sia per sviluppare nuovi test genetici. Questi ultimi, tuttavia, sono soggetti alle norme della sperimentazione clinica, compresa l'acquisizione del consenso informato. Cfr. *Test genetici e malattie rare*, Istituto Superiore di sanità, agg. 6 febbraio 2015, in <http://www.iss.it>.

questo modo più incerto il carattere predittivo o presintomatico o addirittura diagnostico del test effettuato<sup>15</sup>.

Questo limitato apporto di sicurezza predittiva, che rende difficile, allo stato attuale, una sicura differenziazione tra strumenti di analisi, essenziali in medicina in funzione della tutela del diritto alla salute, ma dotati di diversi livelli di efficacia, deve indurre ad un atteggiamento di cautela nella loro trasposizione in contesti differenti, nei quali potrebbero divenire oggetto di un uso distorto, dando luogo a fenomeni discriminatori difficilmente controllabili.

#### **4. I dati genetici nel Regolamento Europeo per la protezione dei dati personali.**

Anche la definizione di "dato genetico", sotto il profilo giuridico, non è pacifica in dottrina.

In linea di principio, possono distinguersi due diverse configurazioni<sup>16</sup>: secondo una prima, più ampia, la definizione di "dato genetico" includerebbe tutte le notizie relative alle caratteristiche genomiche di un individuo, comprendendo anche quelle inerenti alla sua storia familiare, dalle quali possono trarsi indicazioni legate a fattori ereditari, stili di vita e comportamenti idonei ad incidere sul profilo personale.

Una diversa, più restrittiva interpretazione ricollega la definizione di dato genetico al solo risultato del test, identificando il dato con l'esito dell'analisi da cui scaturisce. Accedendo a questa seconda posizione, tuttavia, occorre distinguere chi riconosce che siano idonei a produrre informazioni genetiche solo i test che consistono in un'analisi diretta del DNA, escludendo cioè quelli che hanno ad oggetto RNA, cromosomi, proteine, metaboliti o altri prodotti genici utilizzati per identificare malattie ereditarie.

È evidente che la scelta di accogliere una definizione più o meno restrittiva rispecchia il livello di protezione che si intende accordare alla circolazione delle informazioni relative al patrimonio genetico individuale, incidendo significativamente sui vincoli e gli oneri che gravano sui soggetti incaricati del trattamento dei dati e sulle possibilità di utilizzo degli stessi.

---

<sup>15</sup> Cfr. K.M. DIPPLE, E. MCCABE, *Phenotypes of patients with "simple" Mendelian disorders are complex traits: thresholds, modifiers, and systems dynamics*, in *Am J Hum Genet* 66:1729-35, 2000.

<sup>16</sup> Sul punto cfr. E. Stefanini, *Dati genetici e diritti fondamentali*, Padova, 2008, p. 2 ss. Sui possibili significati del termine, si veda H.T. GREELY, *Genotype Discrimination: The complex Case for Some Legislative Protection*, 149 U. Pa. L. Rev. 1483 (2001).

Il nuovo Regolamento Europeo per la protezione dei dati personali<sup>17</sup>, entrato in vigore il 25 maggio 2016 e in vigore nei Paesi UE dal 25 maggio 2018, reca, per la prima volta, una definizione unitaria e comune di "dati genetici", individuati come categoria autonoma e distinta da quella dei "dati relativi alla salute", ponendo fine anche alle incertezze interpretative in merito alla possibile equiparazione tra le due categorie di dati<sup>18</sup>.

Il Regolamento, accogliendo un'accezione ampia di "dati genetici", li identifica con i:

*«dati personali relativi alle caratteristiche genetiche ereditarie o acquisite di una persona fisica, che forniscono informazioni univoche sulla fisiologia o sulla salute di detta persona fisica, e che risultano in particolare dall'analisi di un campione biologico della persona fisica in questione» (art. 4, punto 13).*

*Inoltre, secondo quanto chiarito dal 34° considerando, è opportuno che tali dati «derivino dall'analisi dei cromosomi, dell'acido desossiribonucleico (DNA) o dell'acido ribonucleico (RNA), ovvero dall'analisi di un altro elemento che consenta di ottenere informazioni equivalenti».*

Significativo elemento di novità è la circostanza che il nuovo Regolamento contempla espressamente i dati genetici tra gli elementi identificativi della persona (art. 4, punto 1), includendoli direttamente tra le "categorie particolari di dati personali" che necessitano di maggiore tutela, il cui trattamento è pertanto vietato come regola generale, derogabile solo nelle specifiche ipotesi elencate all'art. 9, par.2 del GDPR. Tale norma, al 4° comma, sembra peraltro lasciare un margine di discrezionalità ai legislatori nazionali prevedendo che «gli Stati membri possono mantenere o introdurre ulteriori condizioni, comprese limitazioni, con riguardo al trattamento di dati genetici, biometrici o dati relativi alla salute». In questo senso, anche il decimo considerando chiarisce che è consentita agli Stati membri la previsione di condizioni più restrittive per «specifiche situazioni di trattamento, anche determinando con maggiore precisione le condizioni alle quali il trattamento di dati personali è lecito», e ciò

<sup>17</sup> «Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati)».

<sup>18</sup> Cfr. D.lgs. 10 agosto 2018, n.101, recante Disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2016/679 del parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati), in G.U. 4 settembre 2018, n. 205.

«anche con riguardo al trattamento di categorie particolari di dati personali» (“dati sensibili”).

In realtà, nel Regolamento scompare una specifica definizione di “dati sensibili” e viene introdotta una nuova definizione limitata ai “dati relativi alla salute” intesi come «i dati personali attinenti alla salute fisica o mentale di una persona fisica, compresa la prestazione di servizi di assistenza sanitaria, che rivelano informazioni relative al suo stato di salute».

L’ontologica diversità tra dati genetici e dati sanitari era stata ben evidenziata dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione in una sentenza del 2013<sup>19</sup> che, riconoscendo le peculiarità dei dati genetici, sottolineava la loro capacità di «rivelare il corredo identificativo unico ed esclusivo di ciascuna persona umana, dall’interrogazione del quale può essere estrapolata un’ampia varietà d’informazioni, non tutte da includersi in quelle di natura sanitaria».

Nell’interpretazione della Suprema Corte, i dati genetici sono «dati personali dotati del maggior grado di esclusività» che, pertanto, «non si esauriscono in quelli di natura sanitaria»; possono essere dati sensibili alla stregua del disposto dell’art. 4 del d.lgs. n.196 del 2003, ma «hanno una potenzialità predittiva che ne determina l’ontologica diversità»; la loro collocazione nel Titolo V dedicato ai dati sanitari, ma in un capo ad hoc «rappresenta plasticamente tale peculiarità» stabilendo un regime derogatorio rispetto agli altri dati personali anche di carattere sanitario che siano fondati su indagini genetiche».

Una precisazione in merito al contenuto dell’espressione “dati genetici” era già contenuta tra le Raccomandazioni del Consiglio d’Europa<sup>20</sup> che, enucleando nell’ambito dei dati sanitari i “dati genetici”, come categoria specifica il cui trattamento è consentito solo a determinate condizioni (par.1), li riferiva a tutte le informazioni, di qualunque tipo, che riguardano i caratteri ereditari di un individuo o che sono in rapporto con quei caratteri che formano il patrimonio di un gruppo di individui affini. La definizione:

*«si riferisce egualmente a tutti i dati di base circa lo scambio di tutte le informazioni genetiche che riguardano un individuo o una linea genetica, in rapporto con gli aspetti, di qualsiasi tipo, della salute o di una malattia, che possano costituire o meno un carattere identificabile».*

<sup>19</sup> Cfr. Cass. 13 settembre 2013, n. 21014, in *Danno e Responsabilità*, 2014, p. 43 ss., con nota di F. AGNINO, *Nozione di dati genetici ed il decalogo di legittimità al loro trattamento*.

<sup>20</sup> Raccomandazione del 13 febbraio 1997 (R/97/5) *Relativa alla protezione dei dati sanitari*, del Comitato dei Ministri agli Stati Membri, in [www.privacy.it/CER-97-](http://www.privacy.it/CER-97-)



*In termini analoghi, l'Autorità Garante, nel provvedimento di proroga dell'Autorizzazione generale al trattamento dei dati genetici<sup>21</sup> conferma la loro individuazione come:*

*«il risultato di test genetici o di ogni altra informazione che, indipendentemente dalla tipologia, identifica le caratteristiche genotipiche di un individuo trasmissibili nell'ambito di un gruppo di persone legate da vincoli di parentela».*

Queste definizioni, rispetto a quella adottata dal nuovo Regolamento EU, hanno il pregio di mettere in evidenza un'altra questione molto delicata, legata alla peculiare natura delle informazioni genetiche che, oltre a «cogliere il soggetto nella sua unicità, lo pongono in relazione inequivoca con altri soggetti»; da questa doppia struttura relazionale emerge il carattere della loro "condivisione", concorrendo a definire il dato genetico sia la fonte da cui è ricavato, sia i soggetti ai quali è riferibile<sup>22</sup>.

I dati genetici, cioè, a differenza degli altri dati personali, sono strutturalmente condivisi<sup>23</sup> e manifestano il legame biologico con un gruppo di riferimento, la c.d. famiglia biologica, che non coincide con la famiglia giuridica<sup>24</sup> e potrebbe comprendere addirittura le generazioni future<sup>25</sup>. Il che fa sorgere una ulteriore questione, concernente i diritti dei differenti soggetti appartenenti al gruppo di riferimento, e i poteri di utilizzazione e di circolazione dei dati del gruppo.

### **5. Le cautele previste dal provvedimento del Garante n.146/2019.**

La scelta di campo dell'*Authority*, che emerge chiaramente dalle disposizioni contenute nell'Autorizzazione generale al trattamento dei dati genetici, è nel segno del riconoscimento della "specialità" di tali informazioni; il Garante, infatti, riconferma che al di fuori dei casi indicati dall'autorizzazione stessa ulteriori trattamenti di dati genetici, pur basati sul consenso dell'interessato, "non risultano allo stato leciti", in riferimento "all'attività dei datori di lavoro", nonché "all'attività delle imprese di assicurazione".

<sup>21</sup> Cfr. *Autorizzazione al trattamento dei dati genetici*, n. 8/2016, cit.

<sup>22</sup> In questo senso, S. RODOTÀ, *Tra diritto e società. Informazioni genetiche e tecniche di tutela*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2000, p. 596 ss.

<sup>23</sup> Sulla natura condivisa delle informazioni genetiche, si rimanda specialmente a M.J. TAYLOR, *Data Protection, Shared (Genetic) Data and Genetic Discrimination*, 8 *Med. L. Int'l* 51 (2006).

<sup>24</sup> Sottolinea C. FARALLI, *Dati genetici e tutela dei diritti*, in *Diritto e nuove tecnologie*, Bologna, 2007, p. 247 ss., che "non vi appartengono, ad esempio, il coniuge o i genitori adottivi, ma ne fanno parte i donatori di gameti nel caso di fecondazione assistita o la donna che chiede di rimanere anonima dopo il parto".

<sup>25</sup> Sui diritti delle generazioni future, ampiamente R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, 2009.

Tale divieto lascia trasparire la preoccupazione di un uso improprio di dati che, per loro natura, sono dotati di una capacità predittiva che, in ambiti come quello assicurativo o occupazionale, possono dare luogo a fenomeni discriminatori, in linea con i principi espressi a livello internazionale e comunitario ed in particolare con il divieto di discriminazione basato sulle caratteristiche genetiche, sancito dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che, riproducendo l'art.11 della Convenzione sui diritti umani e la biomedicina, vieta espressamente «ogni forma di discriminazione nei confronti di una persona in ragione del suo patrimonio genetico», e la limitazione della raccolta di dati genetici prevista dalla stessa Convenzione di Oviedo che vieta il ricorso a test genetici predittivi «salvo per finalità sanitarie o di ricerca medica», previo consenso informato (art. 5), e con l'osservanza di una consulenza genetica appropriata (art. 12).

Si tratta di affermazioni che rafforzano la tutela già enunciata dalla Dichiarazione Universale sul genoma Umano nel 1997 che vieta ogni discriminazione fondata su ragioni di natura genetica «se questo ha come fine o produce come effetto la violazione di diritti e libertà fondamentali e della dignità umana» (art. 6).

Negli stessi termini, tra le 25 Raccomandazioni della Commissione Europea concernenti le implicazioni etiche, giuridiche e sociali dei test genetici, nell'ottica del ripudio di comportamenti discriminatori e di stigmatizzazione, alla luce del principio prioritario ed invalicabile della tutela della dignità umana, la Racc. n. 11 enuncia espressamente che:

*«i dati derivati da fonti genetiche non siano utilizzati in modo da svantaggiare o discriminare ingiustamente gli individui, le famiglie o i gruppi sia in contesti clinici che in altre situazioni, ivi compresi l'occupazione, le assicurazioni, l'accesso all'integrazione sociale e le opportunità di benessere, in senso lato».*

Il rischio di ricadute sociali discriminatorie, fondato sulla divulgazione di informazioni relative al profilo genetico individuale, che rischiano di portare alla creazione di categorie di soggetti più vulnerabili o addirittura di malati "potenziali", con tutte le implicazioni anche di natura psicologica che ciò comporterebbe, induce ad esprimere riserve sulla divulgazione dei risultati di test genetici se non per finalità connesse alla salute.

In questa prospettiva, le prescrizioni relative al trattamento di categorie particolari di dati, ai sensi dell'art.21, comma 1 del d.lgs.10 agosto 2018, n. 101, dettate dal Garante Privacy<sup>26</sup> prevedono il rispetto di una ampia e stringente

---

<sup>26</sup> Cfr. *Provvedimento recante le prescrizioni relative al trattamento di categorie particolari di dati, ai sensi dell'art.21, comma 1 del d.lgs.10 agosto 2018, n. 101*, n. 146 del 5 giugno 2019, in [www.garanteprivacy.it](http://www.garanteprivacy.it).

serie di cautele specifiche, in termini di misure organizzative e tecniche, per la custodia e sicurezza del trattamento di dati genetici. In particolare, il trasferimento in formato elettronico richiede che la trasmissione dei dati sia effettuata "in forma di allegato (e non come testo compreso nel corpo del messaggio)", previa cifratura delle informazioni e trasmissione della chiave crittografica mediante canali di comunicazione protetti, tenendo conto dello stato dell'arte della tecnologia utilizzata, differenti da quelli utilizzati per la trasmissione dei dati stessi. I dati genetici "contenuti in elenchi, registri o banche di dati, devono essere trattati con tecniche di cifratura o di pseudonimizzazione o con altre soluzioni che consentano di renderli temporaneamente inintelligibili anche a chi è autorizzato ad accedervi e permettano l'identificazione degli interessati solo in caso di necessità, in modo da ridurre al minimo i rischi di conoscenza accidentale e di accesso abusivo o non autorizzato. Inoltre, laddove gli elenchi, i registri o le banche di dati siano tenuti con strumenti elettronici e contengano anche dati riguardanti la genealogia o lo stato di salute degli interessati, tali «tecniche devono consentire, altresì, il trattamento disgiunto dei dati genetici e sanitari dagli altri dati personali che permettono di identificare direttamente le persone interessate».

## La diseredazione testamentaria.

di Maurizio AMENDOLA\*

**SOMMARIO:** **1.** La diseredazione, nozione e brevi cenni storici **2.** La natura giuridica della diseredazione – evoluzione dottrinale e giurisprudenziale **3.** Differenze tra indegnità, diseredazione e preterizione **4.** L'art 448-bis c.c. **5.** La diseredazione dei legittimari, prospettive di ammissibilità e aspetti critici **6.** Conclusioni.

**ABSTRACT:** *This work is concerned with providing an in-depth analysis of an institution that still today presents itself as limping under various profiles, in order to provide food for thought. The cassation marked a reversal of the trend regarding disinheritance, the legitimacy of which has been contested for years but which constitutes a good omen towards a definitive acceptance. This study attempts to investigate the nature and effects of disinheritance with the hope of an exhaustive discipline by the Italian legislator.*

### **1. La diseredazione, nozione e brevi cenni storici.**

La diseredazione nel nostro ordinamento non è contemplata espressamente da alcuna norma giuridica. L'istituto in esame, di cui ci si appresta a fornire una attenta disamina, rappresenta una delle cause di esclusione dalla successione del chiamato a succedere. Al fine di dare una corretta definizione dell'istituto *de quo* occorre risalire al diritto romano. Secondo il diritto romano, la diseredazione rappresenta una sanzione civile che il *pater familias* infliggeva, in maniera privata, ai suoi eredi ove manifestasse nei loro confronti risentimento per qualche offesa ricevuta. L'offesa in questione poteva scaturire da varie fonti, ma il dato essenziale consiste nel potere enorme che il *de cuius* aveva, ovvero di impedire la successione dei chiamati necessari a succedergli. Prima dell'avvento dell'imperatore Giustiniano, il testatore romano aveva un ampissimo potere discrezionale. Egli infatti poteva avvalersi dell'istituto in commento per qualsivoglia tipologia di offesa, non essendoci una disciplina che ne limitasse

---

\* *Dottore in giurisprudenza.*

l'efficacia a casi predeterminati. Fu soltanto con l'imperatore Giustiniano<sup>1</sup> che la diseredazione a cura del *pater familias* fu limitata a casi determinati, limitando notevolmente lo strapotere discrezionale di cui era dotato originariamente. Nel nostro ordinamento un siffatto potere, sia pure a certi limiti, non è auspicabile. L'autonomia testamentaria, per quanto costituisca un principio gerarchicamente prevalente soggiace a certi limiti, in particolare: la proporzionalità e la tutela dei legittimari. Questi due principi si pongono principalmente a tutela della categoria dei legittimari come una barriera protettiva, impedendo al testatore di precludere a quest'ultimi i diritti che la legge riserva loro, con una espressa manifestazione di volontà. La diseredazione, giusta la sua antica tradizione, rientra tra le disposizioni testamentarie atipiche a carattere non patrimoniale e può, quindi, definirsi come una dichiarazione di volontà atta ad escludere dalla propria successione coloro che sarebbero chiamati a succedere *ex lege*. Pertanto, l'effetto principale della suddetta dichiarazione consiste nell'escludere a priori dalla successione il chiamato, il quale non avrebbe altra alternativa se non quella di adire l'autorità giudiziaria, impugnando il testamento con l'azione di riduzione. La suddetta esclusione, a cura di una mera manifestazione di volontà e non *ipso iure*, di fatto consentiva al testatore di ostacolare la capacità di succedere, cui il chiamato aveva diritto, ponendo un vero e proprio veto. Di qui, si comprende come il suddetto istituto è stato oggetto di grande dibattito non solo dottrinale ma soprattutto giurisprudenziale, cui hanno dato seguito alcune sentenze della Suprema Corte.

## **2. La natura giuridica della diseredazione – evoluzione dottrinale e giurisprudenziale.**

La natura giuridica della diseredazione, in assenza di una norma codicistica che possa definirla, ha lasciato nel tempo una sorta di vuoto normativo. La nozione soprariportata inquadra in via generale l'istituto in commento, ma non fornisce una nozione giuridica sufficiente, non solo al fine di inquadrarne i presupposti ma anche i relativi limiti. In via preliminare, occorre affrontare alcune osservazioni per comprendere la natura giuridica dell'istituto in esame e come si è evoluto il pensiero della Giurisprudenza sull'argomento. La diseredazione rientra nel novero degli istituti idonei ad impedire la continuazione da parte del chiamato, nei rapporti giuridici del *de cuius*. La capacità di succedere, contemplata ai sensi dell'art. 462 c.c. consiste nella idoneità di un soggetto di essere titolare del diritto di succedere *mortis causa* sia a titolo universale che a

---

<sup>1</sup> Con la novella 115 del 542 d.C.

titolo particolare e permette il subentro nei rapporti giuridici trasmissibili del *de cuius*<sup>2</sup>. Pertanto, rappresenta il presupposto essenziale della vocazione ereditaria e deve essere accertata alla data di apertura della successione.<sup>3</sup> Tale capacità risiede in tutte le persone, nate o concepite al tempo dell'apertura della successione come una manifestazione della capacità giuridica. Relativamente ai concepiti la predetta capacità viene acquisita unicamente al momento della nascita. Tuttavia essi sono già suscettibili di succedere, in quanto la loro vocazione è attuale ma la delazione è differita, come se fosse sottoposta ad una sorta di condizione sospensiva legale dell'evento nascita. Un impedimento a succedere deve risiedere a monte in capo al chiamato, maturando una incapacità a succedere tale da renderlo non idoneo alla successione. Tale impedimento opera in presenza di condizioni legalmente previste e, giusta la disciplina codicistica, non può essere rimesso alla discrezionalità del testatore. Pertanto, una dichiarazione a cura del testatore, finalizzata ad escludere dalla successione un soggetto legalmente capace a succedergli, sarebbe inefficace, in quanto la suddetta capacità si acquista di diritto e non può essere negata dal testatore, invocando a sostegno l'autonomia testamentaria. Alla luce delle suddette considerazioni, la diseredazione quale atto di volontà difficilmente può avere efficacia, non solo perché pone un limite del tutto discrezionale alla successione di certi soggetti ma soprattutto perché priva, nel suo oggetto, di quella componente dispositiva tipica delle clausole testamentarie. Il testamento<sup>4</sup> infatti, ai sensi dell'art. 587 c.c. è l'atto con cui si dispone in tutto o in parte delle proprie sostanze, pertanto, sorgono non pochi dubbi circa l'ammissibilità di un istituto, quale la diseredazione, analogamente alle altre eventuali disposizioni testamentarie dal carattere negativo. La Suprema Corte<sup>5</sup> ha da sempre sostenuto un orientamento divenuto ormai granitico, secondo cui è invalida una clausola testamentaria meramente negativa, ove la stessa non sia accompagnata da altre che contengano disposizioni attributive. Dalle motivazioni espresse nelle pronunce della Suprema Corte è possibile ricavare alcune considerazioni. In primo luogo, il testamento ha una natura essenzialmente patrimoniale, come si evince dall'art. 587 c.c., pertanto, esercita una funzione meramente dispositiva delle sostanze del *de cuius*. In secondo luogo, il

<sup>2</sup> C. M. BIANCA, *Diritto civile II. La famiglia. Le Successioni*, Milano 2001 Giuffrè editore

<sup>3</sup> R. APICELLA, *Successioni e donazioni*, a cura di C. CARBONE Milano 2011, S. TUZIO, *Capacità a succedere, indegnità e diseredazione* Rivista notarile n. 2/2018

<sup>4</sup> R. APICELLA *Successioni e Donazioni*, a cura di C. CARBONE Milano 2011, F. LUPA *Successioni e Donazioni 2009* Maggioli editore

<sup>5</sup> Cass Civ. n. 1458 del 1967, Cass. Civ. n.6339 del 1982, e Cass. Civ. n. 5895 del 1994

contenuto del testamento si esaurisce in una serie di disposizioni meramente attributive a carattere patrimoniale, rispetto alle quali mal si combinano disposizioni di carattere negativo, quindi non attributive come la diseredazione. Pertanto, il contenuto del testamento appare come il prodotto del combinato disposto dell'art. 587 c.c. e dell'art. 588 c.c., in base ai quali è caratterizzato da un insieme di disposizioni di carattere patrimoniale avente ad oggetto le proprie sostanze, le quali possono assumere le formalità tanto dell'istituzione di erede quanto del legato. Seguendo questo filone giurisprudenziale, in assenza di un'attenta e finanche corretta disamina delle motivazioni della Cassazione, si corre il rischio di vedere fondersi due elementi: il carattere dispositivo e attributivo del testamento. Il pericolo in questione comporta ad associare una disposizione testamentaria tipica, necessariamente ad una disposizione meramente attributiva e gioco forza, riconducibile o all'istituzione di erede o ad una disposizione a titolo particolare. In riferimento al carattere attributivo, associato alle disposizioni testamentarie *tout court*, occorre rilevare che esso non va ricondotto necessariamente ad un atto meramente dispositivo<sup>6</sup> di beni ereditari ma, al contempo, anche a delle regolamentazioni di rapporti a soddisfacimento di taluni interessi anche di natura morale e sociale. Pertanto, sebbene il titolo delle disposizioni testamentarie, che può assumere i connotati dell'istituzione di erede o del legato<sup>7</sup>, abbia un carattere meramente attributivo, non significa con ciò circoscrivere la natura giuridica del testamento ad atto attributivo. Si pensi alla eredità *damnosa*, oppure a quei testamenti aventi ad oggetto beni non più presenti nell'asse ereditario all'apertura della successione, alle disposizioni circa la destinazione del proprio cadavere e tante altre. In questi casi, non si evince una disposizione attributiva di beni determinati a favore di qualcuno, tuttavia ciò non mette in discussione la loro appartenenza alla macrocategoria di disposizioni testamentarie. Il carattere dispositivo, pertanto, emerge ogni qual volta si esprime una volontà, non solo finalizzata ad attribuire beni a un beneficiario, sia esso un erede o un legatario, ma anche a definire rapporti privi di una componente economica. L'art. 587 co II c.c., infatti, fa un espresso riferimento a tali disposizioni, a riprova che il testamento può essere un atto con cui *sic et simpliciter* si dispongono volontà, nel senso più ampio del termine, aventi tanto un carattere attributivo-patrimoniale quanto meramente dispositivo e quindi anche non patrimoniale. All'interno di questo quadro è

<sup>6</sup> M. BIN, *La diseredazione, contributo allo studio del contenuto del testamento* Ed. Scientifiche 2011.

<sup>7</sup> G. CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie 1980* Giuffrè editore, cit. p. 203

possibile collocare disposizioni quale la diseredazione, a mezzo della quale si manifesta la volontà di impedire che la successione possa includere soggetti poco graditi. Si badi che, sebbene il principio della sacralità del testamento sia predominante, la legge è chiamata ad intervenire in due casi specifici senza eccezioni: in primo luogo al fine di colmare c.d. vuoti da parte del testatore, ove questi non abbia disposto del suo intero patrimonio e di qui aprendosi la successione conosciuta come legittima sui beni residui; in secondo luogo, in presenza di disposizioni illecite, punendo a seconda della gravità con l'inefficacia o finanche con la nullità. Pertanto, premessa la natura dispositiva non patrimoniale della diseredazione, occorre a questo punto valutarne la legittimità. In merito si sottolinea che la dottrina<sup>8</sup> e la giurisprudenza<sup>9</sup> per anni hanno continuato a mantenere fermo il loro orientamento, secondo cui la diseredazione non sia una disposizione legittima poiché con essa si prevede una esclusione dalla successione di soggetti, si pensi ai legittimari, che sono di diritto capaci di succedere e titolari di una quota di riserva, salvo l'ipotesi di indegnità. Il testatore, nonostante la sacralità delle sue ultime volontà, non può quindi precludere ciò che la legge riconosce a tali soggetti, pena la nullità ex art. 549 c.c., inoltre non è consentito al testatore derogare arbitrariamente alle cause di esclusione dalla successione tassativamente previste dalla legge. La svolta rispetto a questo orientamento è intervenuta solo con una importantissima sentenza della Suprema Corte datata *25 maggio 2012 n. 8352*, con cui ha sostenuto la validità e l'efficacia della clausola della diseredazione. La sentenza in esame ha espresso il principio, andando in controtendenza rispetto al tradizionale orientamento, secondo cui *"è valida la clausola del testamento con la quale il testatore manifesti la propria volontà di escludere dalla propria successione alcuni dei successibili"*. La Suprema Corte, con tale pronuncia ha sollevato un orientamento contraddittorio rispetto al passato. Nelle sue remote sentenze<sup>10</sup> la suddetta Corte ha fondato l'illegittimità della diseredazione, non solo perché meramente negativa *ex se* ma, al contempo, nel caso in cui a tale clausola non fossero seguite disposizioni attributive positive, accompagnate da un'istituzione espressa o implicita di erede di altri successibili. Gli argomenti a sostegno della sentenza del 2012 si fondano su quanto sopra parzialmente accennato. Nello specifico, la natura meramente dispositiva della diseredazione,

<sup>8</sup> A. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale 1962* Giuffrè editore; S. CICU, *Successioni per causa di morte 1961* Giuffrè editore; A. TORRENTE, *Diseredazione* Enc. Dir. Milano 1964; L. FERRI, *Successioni in generale* Bologna 1964 Zanichelli editore

<sup>9</sup> Cass civ. 20 giugno 1967, n. 1458, Cass civ. 18 giugno n. 5895

<sup>10</sup> Cass civ. 20 giugno 1967 n. 1458, Cass civ. n. 18 giugno 1994 n. 58



riconosciuta da una accurata disamina degli artt. 587 e 588 c.c., in base ai quali il termine "disporre", con cui si esprime il legislatore, va inteso non esclusivamente come "attribuzione di beni", ma anche come regolamentazione di tipo istitutivo e di converso anche destitutivo. Un'ulteriore sentenza<sup>11</sup>, ancor più recente di quella sopra riportata, ha ribadito il medesimo orientamento e precisamente la corte ha riconosciuto in linea di principio valida la disposizione testamentaria di esclusione di "fratelli e nipoti", ritenendo di doversi uniformare al nuovo corso della giurisprudenza di legittimità sul tema della diseredazione, inaugurato dalla sentenza n. 8532 del 2012. La sentenza della Suprema Corte del 2012 ha definitivamente aperto la strada verso un accoglimento della diseredazione nel novero delle disposizioni legittime, superando molti dubbi circa la sua legittimità. Essa oggi rappresenta un monito per le future pronunce giurisprudenziali, dando uno slancio in avanti verso un inserimento della diseredazione tra gli strumenti a disposizione del testatore.

### **3. Differenze tra indegnità, diseredazione e preterizione.**

Gli istituti in esame hanno in comune una peculiarità, ovvero essere tutti finalizzati ad escludere dalla successione un chiamato. Le differenze che contraddistinguono i suddetti istituti sono molteplici che in questa sede verranno delineati per un'analisi ancor più esaustiva degli strumenti giuridici. L'indegnità è disciplinata ai sensi dell'art. 463 c.c. e vanta una funzione prettamente pubblicistica rispetto alla diseredazione e alla preterizione. Innanzitutto l'indegnità è una causa di esclusione dalla successione, tipicamente prevista dal legislatore al fine di impedire che taluni soggetti possano essere anche solo chiamati a succedere, provocando una incapacità assoluta del successibile a causa della sua condotta. Le cause di indegnità sono tassativamente elencate dall'art. 463 c.c. e non possono essere derogate o incrementate dalla volontà del testatore. L'indegnità non opera *ipso iure*, bensì per effetto di una sentenza del Tribunale, la cui efficacia è stata oggetto di un dibattito dottrinale e giurisprudenziale. Parte della dottrina<sup>12</sup> ha sostenuto la tesi secondo cui l'indegnità impedisce alla delazione di essere efficace, pertanto, una volta verificatesi uno dei casi elencati dalla suddetta norma, il chiamato andrebbe equiparato ad un soggetto incapace di succedere una volta intervenuta la

<sup>11</sup> Cass civ. sez. II 17 ottobre 2018 n. 26062

<sup>12</sup> S. CICU, *Successioni per causa di morte* Milano 1961 Giuffrè editore, cit. 162; L. FERRI, *Successioni in generale* Bologna 1964 Zanichelli editore; C. M. BIANCA, *Diritto Civile 2* Giuffrè editore 2001, *La famiglia. Le successioni*, cit. 409-410 Giuffrè editore;

sentenza. Questa tesi è stata nettamente accantonata dalla dottrina maggioritaria<sup>13</sup> nonché dalla giurisprudenza<sup>14</sup>, le quali hanno sostenuto che l'indegnità costituisce causa tipica di esclusione dalla successione. Accogliendo questa tesi si comprende come la pronuncia giudiziale della indegnità abbia una natura giuridica costitutiva<sup>15</sup> e non dichiarativa. Pertanto, il chiamato fino alla pronuncia giudiziale conserva tutti i poteri tipici del delato senza alcuna preclusione, conservando la sua capacità di succedere fino alla sentenza suddetta. Inoltre, parimenti al chiamato che non possa o voglia accettare l'eredità, all'indegno, una volta emessa la sentenza, trovano applicazione gli istituti della sostituzione, della rappresentazione e della trasmissione e finanche dell'accrescimento. La diseredazione non opera come l'indegnità, sebbene sia riconducibile ad una causa di esclusione dalla successione. In primo luogo, si precisa che contrariamente all'indegnità, la diseredazione ha un fondamento esclusivamente privatistico, e non pubblicistico. Pertanto, se non ci fosse una espressa disposizione a cura del testatore, la diseredazione non troverebbe efficacia. In secondo luogo, le due fattispecie si distinguono anche sul piano degli effetti. Nello specifico, la diseredazione obbliga colui che ne è stato destinatario ad agire unicamente in riduzione impugnando il testamento, al fine di vedersi riconoscere i suoi diritti successori. L'indegno, viceversa, è escluso dalla successione, salvo una espressa riabilitazione a cura del testatore, per effetto della sentenza del giudice e non avrebbe motivi di ricorso alla suddetta azione al fine di riacquistare i suoi diritti. Il concetto di preterizione coincide con il concetto di esclusione dell'erede istituito, come si ricava dall'art. 735 c.c. in materia di divisione. Pertanto, si configura la fattispecie in esame quando il testatore ha suddiviso i suoi beni solo con taluni eredi lasciando fuori altri. L'esclusione in esame non incide sulla capacità di succedere, la quale rimane intatta, inoltre non costituisce una forma di esclusione dalla successione, potendo il preterito agire in riduzione per ottenere tutti i diritti a lui spettanti. La preterizione non è sanzionata dal nostro ordinamento, non avendo un carattere dispositivo. In particolare, la preterizione implica letteralmente il silenzio in atto da parte del testatore circa l'attribuzione di beni in favore di taluni soggetti. Questi ultimi a loro volta, parimenti al diseredato, potranno unicamente impugnare il testamento e ottenere quanto loro spettante, con l'esperimento vittorioso dell'azione di riduzione. In materia di divisione, occorre sottolineare

<sup>13</sup> P. SCHLESINGER, *Successioni (diritto civile), parte generale* Torino 1971

<sup>14</sup> Cass. civ. 4 maggio 1957 n. 1407, Cass. civ. 16 febbraio 2005 n. 3096

<sup>15</sup> In senso conforme Cass. civ. 29 maggio 2006 n. 7266

che la preterizione può condurre alla massima sanzione della nullità<sup>16</sup>, unicamente quando l'erede, sia esso legittimario o meno, è stato istituito ma non ha ottenuto l'attribuzione di alcun bene, avendo il testatore distribuito tutto ad altri fino ad esaurire tutto il patrimonio relitto. Tuttavia, la suddetta divisione, stante la dottrina<sup>17</sup> prevalente e giurisprudenza costante<sup>18</sup>, conserva la sua efficacia unicamente quando residuano ancora beni sufficienti a colmare le porzioni spettanti ai pretermessi. Alla luce delle suddette osservazioni, emerge che la diseredazione in termini di effetti detiene più punti in comune con la preterizione rispetto alla indegnità. L'unica differenza intercorrente tra diseredazione e preterizione consiste unicamente nella natura prettamente dispositiva della prima, come sostenuto dal nuovo filone giurisprudenziale maturato con la sentenza della Suprema Corte del 2012.

#### **4. L'art 448-bis c.c.**

L'art 448-bis c.c. è una norma di nuova concezione introdotta dal Dlgs. 28 dicembre 2013 n. 154, che ha riformato la disciplina sulla filiazione, su delega contenuta nell'art. 2 L. 10 dicembre 2012 n. 219, relativa ai diritti alimentari e successori del figlio. Nello specifico, la norma in esame precisa che *"il figlio anche adottivo nonché i suoi discendenti, non sono tenuti all'adempimento dell'obbligo degli alimenti al genitore, nei cui confronti è stata pronunciata la decadenza della responsabilità genitoriale e, per i fatti che non integrano i casi di indegnità di cui all'art. 463, possono escluderlo dalla successione"*. Nel presente studio si tenta di affrontare l'ingerenza che ha avuto la suddetta norma esclusivamente sulla diseredazione, in particolare fornire spunti di riflessione circa la possibilità di annoverare l'istituto tra gli strumenti tipici previsti dall'ordinamento. Il testo della norma apre espressamente alla diseredazione, facendo riferimento alla esclusione dalla successione per cause diverse dalla indegnità. Il riferimento alla diseredazione, quale causa di esclusione dalla successione appare evidente pertanto, occorre esaminare quali sono i limiti e le condizioni perché possa operare tale forma di esclusione. In primo luogo, occorre esaminare i fatti ulteriori cui fa riferimento la norma suddetta, rispetto ai quali il figlio può procedere alla suddetta esclusione. A tal proposito, la dottrina<sup>19</sup> sostiene si possa includere nella categoria tutte le cause che giustificano la perdita della

<sup>16</sup> L. MENGONI, *La divisione testamentaria*, Milano 1950 Giuffrè editore cit. 152

<sup>17</sup> P. FORCHIELLI e F. ANGELONI, *Della divisione*, Bologna 2000 Zanichelli editore cit. 332; L. MENGONI, *La divisione testamentaria* Milano 1950 Giuffrè editore cit. 106

<sup>18</sup> Cass. civ. 23 marzo 1992 n. 3599

<sup>19</sup> S. DE ROSA, *La diseredazione*, in [www.fedoa.unina.it](http://www.fedoa.unina.it)

responsabilità genitoriale. Pertanto, rientrano nelle cause suddette la commissione di reati concernenti lo Stato civile. A riguardo si ricordano gli artt. 566-568 c.p., i quali come pena accessoria prevedono la perdita della responsabilità genitoriale ai sensi dell'art. 569 c.p. Tale norma, va precisato, è stata dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale<sup>20</sup> limitatamente alla parte in cui stabilisce che, in caso di condanna pronunciata contro il genitore, per il delitto di alterazione di stato di cui all'art. 567 co II c.p., consegua di diritto la perdita della potestà genitoriale, precludendo di fatto, ogni possibilità al giudice di valutazione dell'interesse del minore. La stessa Corte con un'altra pronuncia<sup>21</sup> ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 566 co II c.p., nella parte in cui stabilisce che, in caso di condanna del genitore per il delitto di soppressione di stato, consegua la perdita della responsabilità genitoriale, precludendo anche in questo caso ogni possibile valutazione dell'interesse del minore da parte del giudice. Un'altra ipotesi, da cui deriva la possibilità di invocare la esclusione dalla successione da parte del figlio, risiede nei delitti per quali è prevista la pena dell'ergastolo, per i quali è prevista ai sensi dell'art. 32 co II c.p. la decadenza della responsabilità genitoriale. Le ipotesi sopra richiamate sono enunciate unicamente a titolo esemplificativo, ma che restringono il campo di applicazione della diseredazione, che ha nella perdita della responsabilità genitoriale il suo presupposto secondo la norma in esame. Il campo di applicazione della norma, stante la sua posizione codicistica, è circoscritta alla materia degli alimenti. Ne consegue da un'attenta analisi che le condizioni per la decadenza della responsabilità genitoriale rappresentano le condizioni per esimere il figlio dall'obbligo della prestazione degli alimenti rispetto all'ascendente. In questo quadro, la diseredazione a cui allude la norma non trova il suo fondamento nei medesimi presupposti, anzi rappresenta un *surplus*. Pertanto, non è la causa di decadenza dalla responsabilità genitoriale a consentire la diseredazione, ma qualora ci fossero cause ulteriori e diverse da quelle previste per l'indegnità, si potrebbe invocare l'esonero dagli alimenti. Ne consegue che la norma difficilmente può rappresentare la porta d'ingresso nel nostro ordinamento per una diseredazione tipicamente prevista. Le ragioni a sostegno di tale assunto risiedono nella lettera stessa del dettato normativo. In primo luogo, la decadenza della responsabilità materiale è presupposto per l'esonero dagli alimenti e non per la diseredazione. In secondo luogo, sebbene la norma faccia riferimento a cause di esclusione dalla successione diverse dall'indegnità, implicitamente

---

<sup>20</sup> Corte cost. 23 febbraio 2012 n. 31

<sup>21</sup> Corte Cost. 23 gennaio 2013 n. 7

invocando la diseredazione vi è una sostanziale difficoltà a collocare una disposizione *mortis causa* qual'è la diseredazione con una fattispecie *inter vivos* come gli alimenti. Va altresì precisato che il genitore inizialmente decaduto dalla responsabilità genitoriale può essere reintegrato in presenza di determinate condizioni. Pertanto, ove si riconoscesse all'art 463-bis c.c. il ruolo di fonte giuridica della diseredazione testamentaria non sarebbe pertinente, essendo collocata fuori dal contesto successorio. Tuttavia, per la dottrina<sup>22</sup> « la disposizione in esame ha un effetto dirompente nell'ordinamento giuridico in quanto si apre, legislativamente, in maniera espressa alla possibilità di diseredare». Tale effetto è innegabile se ci si limita al solo dettato normativo, il cui riferimento appare evidente, ma al contempo non si può negare il carattere eccezionale della norma, la quale in maniera implicita rinvia ad un istituto che, attualmente, ancora deve trovare una sua tipicità. Pertanto, la sentenza della Suprema Corte n. 8352/12 in primo luogo e la suddetta norma tracciano la strada verso una possibile apertura alla diseredazione, quale strumento alla portata dell'autonomia testamentaria purché con certi limiti, al fine di non pregiudicare i diritti che la legge riserva a determinati soggetti.

### **5. La diseredazione dei legittimari – prospettive di ammissibilità e aspetti critici.**

La diseredazione, alla luce della svolta annunciata con la sentenza<sup>23</sup> della Suprema Corte, è ritenuta ammissibile dal nostro ordinamento, in quanto concepita come una disposizione testamentaria non patrimoniale. I principali dubbi sull'argomento, tutt'ora irrisolti, riguardano la possibilità per il testatore di diseredare un legittimario. La categoria in esame è contemplata ai sensi dell'art. 536 c.c., la quale sancisce che «Le persone a favore delle quali la legge riserva una quota di eredità o altri diritti nella successione sono: il coniuge, i figli, gli ascendenti». I soggetti in esame sono tassativamente previsti, ai quali la legge riserva una quota di patrimonio relitto non suscettibile di subire pesi, condizioni o qualsivoglia onere. Al fine di comprendere se sia possibile estendere l'efficacia della diseredazione, anche per questa categoria di soggetti occorrono alcune osservazioni preliminari. I legittimari sono per definizione una categoria protetta dall'ordinamento, pertanto, i diritti loro spettanti non possono essere sacrificati

---

<sup>22</sup> C. CARBONE, *casi notarili* 2011, edizioni giuridiche Simone cit. 112 in senso conforme anche, V. BONGIOVANNI, *Diseredazione e violazione dei doveri familiari* in [www.iuscivile.it](http://www.iuscivile.it) 2015 cit. 67, L. ROSSI CARLEO, E. BELLISARIO, V. CUFFARO, *Famiglia e successione* Torino 2016 Giappichelli editore cit. 302

<sup>23</sup> Cass civ. 25 maggio 2012 n. 8352

dal testatore. L'art 547 co III c.c., a baluardo della tutela dei legittimari, sancisce che: «le disposizioni testamentarie non possono pregiudicare i diritti che la legge riserva ai legittimari». Questo principio è tutelato ai sensi dell'art. 549 c.c., una norma che pone un forte limite all'autonomia testamentaria e che fornisce una tutela decisamente più pronta ed efficace, rispetto all'azione di riduzione, punendo con la nullità ogni disposizione avente ad oggetto l'apposizione di un peso gravante sulla suddetta quota di riserva. È stato osservato in questo studio che l'autonomia testamentaria è soggetta a peculiari limiti, in particolare: il principio dell'intangibilità della legittima e il principio di proporzionalità tra la quota di riserva e il valore dei beni attribuiti al legittimario, a riempimento della sua quota purché compresi nell'asse ereditario<sup>24</sup>. Va precisato che la nullità suddetta implica non solo che può essere fatta valere da chiunque in ogni momento, ma stando alla dottrina prevalente<sup>25</sup> il peso apposto in spregio del suddetto divieto ex art 549 c.c., si considera come non apposto, parimenti a quanto si evince ex art. 634 c.c., in merito alle condizioni impossibili e quelle contrarie a norme imperative e all'ordine pubblico. I principi suddetti sono inderogabili, pertanto, una disposizione quale la diseredazione, difficilmente potrebbe essere compatibile con l'esigenza di tutela imposta dal legislatore. La dottrina e la giurisprudenza prevalenti<sup>26</sup> sostengono che la diseredazione dei legittimari sia esclusa, pertanto, ove venisse disposta la relativa disposizione sarebbe esposta alla sanzione della nullità, o in alternativa sarebbe riducibile in sede giudiziaria. La sentenza del 2012 in materia di legittimari non si è espressa in modo esplicito, lasciando attorno alla eventuale estensione della efficacia anche per la suddetta categoria svariati dubbi, ad oggi ancora irrisolti. Pertanto, allo stato attuale è possibile solo esprimere un dottrinale dibattito che ha condotto i giuristi ad elaborare rispettivamente due filoni interpretativi. Relativamente alla sanzione da applicare dinanzi ad una diseredazione espressa di un legittimario, è necessario sottolineare i numerosi aspetti pratici della questione. Pertanto, ove si ritenga debba applicarsi la massima sanzione della nullità, come se la disposizione in esame rientrasse nella violazione del divieto

<sup>24</sup> Cass. civ. 28 giugno 1968 n. 2202, Cass. civ. 23 marzo 1992 n. 3599, Cass. civ. 12 marzo 2003 n. 3694

<sup>25</sup> L. FERRI, *Dei legittimari* Bologna Zanichelli editore 1971 cit. 103, G. SANTORO PASSARELLI, *Appunti sulla successione legittima* Roma A. SAMPAOLESI ed. cit. 71, S. CICU, *Le successioni* Milano Giuffrè editore cit. 227

<sup>26</sup> A. TORRENTE, *Appunti sulla diseredazione*, in Scritti Barberio Corsetti 1965, cit 743, L. MENGONI, *Successione necessaria* 2000 Giuffrè editore cit. 90, O. CAVANDOLI, *Clausola di diseredazione e testamento*, in [www.vitanotarile.it](http://www.vitanotarile.it) 2001, cit. 607; in senso conforme, Cass. civ. 20 giugno 1967 n. 1458

ex art. 549 c.c., potrebbe essere fatta valere in ogni tempo da ogni avente interesse. Tuttavia non si può al contempo negare un aspetto cruciale della questione. L'art. 549 c.c. è una norma che opera nei confronti dei legittimari istituiti, pertanto, non potrebbe invocarsi una violazione ove il legittimario non venisse compreso nel testamento e quindi pretermesso. Ecco perché ha acquisito sempre più rilevanza l'idea secondo cui la disposizione suddetta rientri nel novero delle disposizioni riducibili. Tuttavia, volendo ritenere che la diseredazione sia impugnabile in sede di azione di riduzione, va precisato che, contrariamente alla nullità, tale azione è soggetta ad un termine di prescrizione di dieci anni<sup>27</sup>, quest'ultimo un limite inderogabile. Sotto questo punto di vista, è evidente quanto sia difficile per il notaio rogante ricevere una siffatta disposizione, non solo per il rischio di esporsi dinanzi allo spettro della nullità, seppur discutibile, ma al contempo alla impugnazione del testamento. A riguardo, occorre precisare che costituisce prassi ormai pacifica secondo cui il notaio ha l'obbligo professionale di informare il testatore circa il rischio di riducibilità delle disposizioni contenute nel suo testamento, salvo l'ipotesi di disposizioni proibite dalla legge che sono per loro natura irricevibili, ex art. 28 L. 16 febbraio 1913 n. 89. Una eventuale aspettativa di ammissibilità della diseredazione di un legittimario potrebbe maturare unicamente ove si ritenga che la suddetta disposizione sia riducibile. Le disposizioni suscettibili di essere ridotte, premesso il termine di prescrizione decennale della relativa azione, consentono di mantenere la loro efficacia fino alla pronuncia dell'autorità giudicante. Pertanto, non si porrebbe dinanzi il limite per il notaio derivante dal rischio di ricevere una disposizione in astratto nulla, fermo restando gli obblighi di informativa che la deontologia professionale gli impone circa la riducibilità della medesima. Sul piano degli effetti, ove si accolga l'ipotesi che la suddetta disposizione sia riducibile, il legittimario sarebbe escluso dal testamento. All'uopo, si rivela che la sua esclusione non si estende alla intera successione in quanto, per le ragioni esposte in questo studio, un siffatto effetto si avrebbe unicamente con la indegnità. Pertanto, neppure la volontà testamentaria può escludere una capacità a succedere che la legge riconosce ad un chiamato, a maggior ragione, se esso sia un legittimario titolare di una quota di riserva che deve pervenirgli priva di qualsivoglia peso. Il testatore può disporre quindi una volontà negativa avente ad oggetto la successione di un legittimario ma non ha il potere di negare i diritti che sono ad esso riservati. Pertanto, in qualità di

<sup>27</sup> Cass. civ. 7 marzo 2012 n. 3584; G. GABRIELLI, *I legittimari e gli strumenti a tutela dei loro diritti*, *Vita notarile*, ISSN 1824- 1484, 2005 pp. 703-720

escluso dalle volontà meramente attributive del testatore, il legittimario si troverebbe ad occupare una posizione giuridica equivalente ad un qualunque altro pretermesso. In questo caso, il diseredato giusta la efficacia delle disposizioni negative come quella in esame, può agire in riduzione e ottenere la quota a lui spettante. Un'altra ipotesi si avrebbe ove il legittimario facesse decorrere il termine di prescrizione suddetto senza procedere all'esperimento dell'azione di riduzione. In questo caso occorre sottolineare che la volontà testamentaria resta salva ma al contempo, la suddetta equivalenza tra la posizione di legittimario pretermesso e quella di diseredato verrebbe meno. Di qui, solo in questa ipotesi nonostante l'assenza di una norma che lo consenta, il legittimario sarebbe definitivamente escluso dalla successione e la diseredazione potrebbe acquisire in modo definitivo tutta la sua efficacia di causa di esclusione dalla successione. A questo punto, si potrebbe parlare di diseredazione piena e non di preterizione, non avendone le caratteristiche e la volontà del testatore sarebbe quindi non solo felicemente soddisfatta ma soprattutto diventerebbe giuridicamente inattaccabile.

## 6. Conclusioni.

A conclusione del presente lavoro, si sottolinea che la diseredazione è destinata ad essere oggetto di molteplici dibattiti al fine di superare i limiti rimasti ancora invalicabili. I passi in avanti compiuti soprattutto dalla giurisprudenza con la sentenza qui esaminata, hanno di fatto tracciato il cammino verso una epocale svolta sull'argomento, mutando una concezione sedimentata negli anni. Il silenzio a cura della Suprema Corte in merito alla categoria dei legittimari apre nuovi scenari non necessariamente contrari ad una estensione della fattispecie anche nei loro confronti. La natura giuridica di disposizione non patrimoniale e la equivalenza del diseredato alla stregua dei legittimari preteriti inducono ad un epilogo positivo circa l'ammissibilità dell'istituto *de quo*. Tuttavia, ammesso che si proceda verso un accoglimento definitivo della diseredazione dei legittimari, l'autorità giudiziaria in ogni caso interverrà sostituendosi alla volontà del testatore riducendola al fine di assicurare una maggiore conformità alla legge. A questo punto, occorre domandarsi a parere dello scrivente, quale sia il ruolo del notaio dinanzi ad una simile volontà, vedendo seriamente compromessa la sua acclarata funzione anti processualistica. Il pubblico ufficiale come potrebbe svolgere al meglio siffatta funzione dinanzi a volontà palesemente soggette a riduzione che impongono, per loro natura, un intervento del tribunale? Tale interrogativo, unitamente alle considerazioni su espresse inducono alla prudenza



in ogni caso, complice l'assenza ancora oggi di una normativa esaustiva. Un esempio di cautela al fine di rendere la disposizione ricevibile senza dubitare della legittimità, consiste nella istituzione di erede di taluni legittimari con la conseguente aggiunta di molteplici sostituzioni<sup>28</sup> volte a impedire che il legittimario "poco gradito" possa intervenire alla successione. Tali istituzioni devono essere effettuate in misura tale da coprire l'intero asse ereditario, fermo restando in ogni caso la possibilità di impugnare il testamento. Fermo restando i limiti non ancora superati, stante la normativa vigente e le recenti pronunce a cura della Suprema Corte, non sussistono dubbi circa la possibilità di procedere alla diseredazione di soggetti non legittimari. In questo caso le limitazioni sopra esposte non sussistono mancando le condizioni per invocare sia le norme che prevedono la nullità che l'inefficacia della disposizione. In questo caso alla luce delle motivazioni esposte dalla sentenza suddetta<sup>29</sup> la disposizione in esame è a tutti gli effetti ricevibile ex art. 587 co II c.c.. Si sottolinea che nonostante le perplessità legate alla funzione del notaio rogante, è opportuno sottolineare che al momento della redazione del testamento è pressoché impossibile valutare la potenziale lesione dei diritti dei legittimari soprattutto per quanto concerne la determinazione dei valori dei beni loro attribuiti. Pertanto, dovendosi rimandare all'apertura della successione ogni valutazione in tal senso, non si può dubitare che il rischio di impugnazione esiste in ogni caso, al di là di una diseredazione espressa contenuta nel testamento. All'uopo, una volta aderito alla tesi per cui la diseredazione è una disposizione impugnabile e quindi suscettibile di azione di riduzione, il legittimario potrebbe adire l'autorità competente per ottenere quanto a lui spettante, a quel punto escluso il rischio di nullità, non si frappongono ostacoli ad un suo ricevimento. Attualmente si auspica nel futuro un intervento del legislatore che, seguendo il filone tracciato dalla giurisprudenza, si prodighi di rispondere esaustivamente ai numerosi interrogativi che, col presente lavoro si è cercato di far emergere.

---

<sup>28</sup> Consiglio Nazionale Notariato, *studio n. 339- 2012/ C*, 20 novembre 2012

<sup>29</sup> Cass civ. 25 maggio 2012 n. 8352

## **App, Privacy e minori. La tutela dei minori in internet tra autodeterminazione informativa e fruizione dei contenuti digitali.**

**di Pierpaolo ARGANELLI\***

**SOMMARIO:** **1.** Introduzione. **2.** Nozione di minore in Internet. Normativa internazionale, Statunitense ed Italiana. **3.** Analisi e confronto delle social media *policies* in USA ed in Italia. **4.** Le App e il consenso prestato dal minore. **5.** Normativa e dottrina del comportamento dei minori sui social. **6.** Il complesso bilanciamento tra *policies* private e diritti fondamentali. **7.** Il ruolo dello Stato italiano e dell'Europa nella protezione dei dati dei minori. **8.** Prospettive regolatorie per le sfide in atto e che verranno.

**ABSTRACT:** *The article will analyse the relationship between social networks world and minors. Starting from a comparative analysis between definitions of minor under International law, US and Italian legal systems, the article will show the complexity of balance between persons' fundamental rights. It will focus on minor as sensitive individual who needs to be protected more than how it is currently. The analysis of European privacy law under the new GDPR and of Italian constitutional principles like self-determination of individuals and of social networks policies will try to show the current situation and what are the future perspectives.*

### **1. Introduzione.**

I minori sono sempre più immersi nelle nuove tecnologie e negli strumenti di comunicazione ed informazione, comprendendone immediatamente l'utilizzo, ma non avendo sempre una sufficiente consapevolezza dei rischi e dei possibili effetti negativi che possono scaturire da un uso non attento ed incontrollato di questi strumenti<sup>1</sup>. Al tempo stesso i *social media* e le *chat* stanno svolgendo un

---

\* Dottorando di ricerca in "Diritto dei servizi nell'ordinamento italiano ed europeo", Università degli Studi di Napoli Parthenope e Data Protection Officer.

<sup>1</sup> Sui rischi dovuti all'uso dei dati e della connettività in maniera impropria si ricorda: D. LUPTON e B. WILLIAMSON, *The Datafied Child: The Dataveillance of Children and Implications for Their Rights*, in *New Media & Society*, vol. 19, 2017, n. 5, pp. 780-794. Se si vuole approfondire il tema focalizzandosi sull'impatto nel lungo periodo di uno uso non attento dei social nella vita del minore si suggerisce un recente studio di G. BERMAN. e K. ALBRIGHT, *Children and the Data Cycle: Rights and Ethics in a Big Data World*, INNOCENTI Working Paper 2017, 5, Firenze, UNICEF Office of Research, 2017.

ruolo determinante nel vissuto di minori in formazione sia da un punto di vista educativo che personale. In particolare, i *social* rappresentano sovente il principale accesso all'informazione da parte dei minorenni, il che si traduce in una costante esposizione degli stessi alle più svariate pubblicità, a *fake news*, a comunicazioni, politiche e non, che inevitabilmente finiscono per influenzare la loro visione del mondo e la loro personalità<sup>2</sup>.

Può considerarsi opinione condivisa che, nel mondo dei *social*, spesso i minori sono autori o vittime di comportamenti che nel mondo reale non sarebbero possibili<sup>3</sup> e che la creazione di nuovi e più coinvolgenti *social network* e la presenza di poche<sup>4</sup> grandi compagnie *high-tech*, spesso straniere, pongano a rischio la tutela dei dati dei minori ed il loro diritto ad autodeterminarsi<sup>5</sup>.

Il presente lavoro si svilupperà a partire dal concetto di minore nell'ordinamento italiano e statunitense<sup>6</sup>. Saranno analizzate le prospettive regolatorie nazionali ed europee in merito all'accesso, ai comportamenti ed in generale all'interazione con i social networks da parte del minore. Ci si soffermerà inoltre sulle *policies*<sup>7</sup>

<sup>2</sup> Per un *excursus* storico si rimanda a J. VAN DIJCK, *The Culture of Connectivity: A Critical History of Social Media*, Oxford, Oxford University Press, 2013. Da osservare anche come l'attenzione è l'obiettivo dei gestori dei servizi on line vedi l'analisi di T. WU, *The Attention Merchants: The epic scramble to get inside our Heads*, New York, ALFRED A. KNOPF, 2016 e l'introduzione dell'articolo di G. PEDRAZZI: *Minori e social media: tutela dei dati personali, autoregolamentazione e privacy*, Informatica e diritto, XLIII annata, Vol. XXVI, 2017, n. 1-2, pp. 437-451.

<sup>3</sup> Pensiamo ai c.d. "leoni da tastiera" ribattezzati anche come "haters". Gente che sui social media sfoga la propria rabbia repressa accumulata nel quotidiano comportandosi sui social media in modi spesso passibili di denuncia. Fra i molti si possono ricordare gli insulti a sfondo razziale rivolti alla senatrice Segre su Twitter, Facebook ecc., gli insulti a sfondo sessuale e non solo alle donne che avevano denunciato casi di stupro.

<sup>4</sup> Vedi acquisizione da parte di Facebook prima di Instagram e poi di WhatsApp per miliardi di dollari fra i molti: per Instagram nel 2012: <https://st.ilssole24ore.com/art/tecnologie/2012-04-09/facebook-acquista-instagram-miliardo-193539.shtml?uuid=AbUbtaLF>, per WhatsApp nel 2014: <https://st.ilssole24ore.com/art/notizie/2014-02-19/facebook-compra-whatsapp-19-miliardi-dollari-231641.shtml?uuid=AB3q4lx>.

<sup>5</sup> A tal fine si osservi il report *Norwegian Consumer Council, #WatchOut Analysis of Smartwatches for Children*, <https://fil.forbrukerradet.no/wp-content/uploads/2017/10/watchout-rapport-october-2017.pdf>, 2017.

<sup>6</sup> Si è deciso di scegliere gli USA in quanto le maggiori compagnie *high-tech* hanno la loro sede principale lì e di conseguenza le *policies* che disciplinano l'utilizzo dei loro software e delle loro app sono di estrazione giuridica nord-americana.

<sup>7</sup> Nel corso di questo articolo saranno analizzate, infatti, le *policies* delle compagnie social appena citate e si vedrà come moltissimi minori e genitori non rispettino queste *policies* ed anzi le aggirino per i motivi più vari: convenzioni sociali, comodità, ignoranza ecc. Queste *policies*, in alcuni casi, cambiano da Paese a Paese. Questo aspetto sarà analizzato concentrandosi sulle diversità degli ordinamenti USA e Italia. Un confronto questo che mira a sottolineare come l'età dei ragazzi scelta dal paese determinerà poi lo sviluppo delle nuove generazioni. In relazione all'adozione di idonei ed effettivi strumenti di tutela, è importante anche identificare la percezione dei minori stessi rispetto ai rischi connessi all'utilizzo di social media cercando di capire se la volontà del legislatore

adottate per assicurare una maggiore protezione dei propri utenti che, tra gli altri, hanno anche l'obiettivo di "proteggere" in modo particolare i minori<sup>8</sup>.

## **2. Nozione di minore in Internet. Normativa internazionale, Statunitense ed Italiana.**

A livello internazionale una prima definizione di minori si trova nella Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza<sup>9</sup>, la quale definisce il minore, art.1, come: "ogni essere umano avente un'età inferiore a diciott'anni, salvo se abbia raggiunto prima la maturità in virtù della legislazione applicabile"<sup>10</sup>.

Nella medesima Convenzione si rinviene anche la fissazione del principio del "superiore interesse", sancito dall'art. 3, in base al quale "in ogni legge, provvedimento, iniziativa pubblica o privata e in ogni situazione problematica, l'interesse del bambino/adolescente deve avere la priorità" e dall'art.16<sup>11</sup> che sancisce il diritto di ogni minore a non subire interferenze arbitrarie o illegali con riferimento alla vita privata, alla sua corrispondenza o al suo domicilio; è altresì riconosciuto il diritto del minore a non subire lesioni alla sua reputazione e al suo onore.

---

nazionale di riformare il diritto di voto<sup>7</sup>, il diritto di guida *et alter* diminuendo l'età dai 18 ai 16 anni può coincidere con la necessità di maggior tutela in rete.

<sup>8</sup> Questo a causa del *privacy paradox*. Il quale nella letteratura sociologica viene definito come "la tendenza per i soggetti più fragili e maggiormente esposti a conseguenze dannose a sottovalutare le controindicazioni e i pericoli in tema di privacy e a sottoutilizzare gli strumenti a disposizione" vedi fra i molti: A. THIENE, I diritti della personalità dei minori nello spazio virtuale, in "Annali online della Didattica e della Formazione Docente", vol. 9, 2017, n. 13, pp. 26-39; A. SPANGARO, Minori e mass media: vecchi e nuovi strumenti di tutela, Milano, Ipsoa, 2011, passim; A. THIENE, L'inconsistente tutela dei minori nel mondo digitale, in "Studium iuris", 2012, n. 5, p. 528 ss.; C. PERLINGIERI, La tutela dei minori di età nei social networks, "Rassegna di diritto civile", 2016, n. 4, p. 1324 ss. Si pensi ad esempio al limite di età per l'iscrizione ad un social e la necessaria autorizzazione dei genitori che rappresenta un aspetto critico con riferimento alla difficoltà di verificare la veridicità dell'autorizzazione.

<sup>9</sup> Convention on the Rights of the Child - CRC, approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989, e ratificata dall'Italia il 27 maggio 1991 con la legge n. 176.

<sup>10</sup> Tale Convenzione è stata ratificata da 196 Stati e rappresenta un testo giuridico di eccezionale importanza poiché riconosce, in forma coerente, tutti i minori del mondo come titolari di diritti civili, sociali, politici, culturali ed economici. È composta di 54 articoli e da tre Protocolli opzionali, concernenti i bambini in guerra, lo sfruttamento sessuale e le procedure di reclamo. La parte che più interessa ai fini di questo lavoro è la prima che enuncia i diritti di cui i minori sono titolari (artt.1-41).

<sup>11</sup> Si veda articolo 16: «1. *No child shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his or her privacy, family, home or correspondence, nor to unlawful attacks on his or her honour and reputation.* 2. *The child has the right to the protection of the law against such interference or attacks*». Per ulteriore approfondimento in merito al contenuto della Convenzione si consulti: <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>.

Strettamente collegato all'art.16 è poi l'art.17<sup>12</sup> il quale prevede il dovere da parte di ogni Stato di riconoscere l'importanza della funzione esercitata dai *mass-media*, in quanto mezzi idonei a garantire ma anche a ledere una sana crescita e una corretta formazione del minore stesso<sup>13</sup>. In quest'ultimo caso si parla anche di libertà del minore di autodeterminarsi, diritto fondamentale riconosciuto anche all'art.2 della nostra Costituzione<sup>14</sup>.

In USA ed in Italia sono definiti come "minori" tutti coloro che hanno meno di 18 anni<sup>15</sup>. In Italia, al compimento dei 18 anni il minore acquista la piena capacità di intendere e di volere e quindi di autodeterminarsi, diventando responsabile civilmente di tutte le sue scelte ed imputabile penalmente per le scelte sbagliate che potrebbe compiere. Il che per definizione negativa significa che prima dei 18 anni egli/ella è in formazione come persona.

Dal punto di vista civilistico, i genitori esercenti la potestà sono responsabili dei reati e degli illeciti commessi sia dal minore fra i 14 ed i 17 anni nei confronti di

---

<sup>12</sup> Si veda Articolo 17: «*States Parties recognize the important function performed by the mass media and shall ensure that the child has access to information and material from a diversity of national and international sources, especially those aimed at the promotion of his or her social, spiritual and moral well-being and physical and mental health. To this end, States Parties shall: (a) Encourage the mass media to disseminate information and material of social and cultural benefit to the child and in accordance with the spirit of article 29; (b) Encourage international co-operation in the production, exchange and dissemination of such information and material from a diversity of cultural, national and international sources; (c) Encourage the production and dissemination of children's books; (d) Encourage the mass media to have particular regard to the linguistic needs of the child who belongs to a minority group or who is indigenous; (e) Encourage the development of appropriate guidelines for the protection of the child from information and material injurious to his or her well-being, bearing in mind the provisions of articles 13 and 18*». Per ulteriore approfondimento in merito al contenuto della Convenzione si consulti: <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>.

<sup>13</sup> Gli Stati parti riconoscono l'importanza della funzione esercitata dai mass media e vigilano affinché il fanciullo possa accedere a una informazione e a materiali provenienti da fonti nazionali e internazionali varie, soprattutto se finalizzati a promuovere il suo benessere sociale, spirituale e morale nonché la sua salute fisica e mentale. A tal fine, gli Stati parti: incoraggiano i mass media a divulgare informazioni e materiali che hanno una utilità sociale e culturale per il fanciullo e corrispondono allo spirito dell'art. 29; incoraggiano la cooperazione internazionale in vista di produrre, di scambiare e di divulgare informazioni e materiali di questo tipo provenienti da varie fonti culturali, nazionali e internazionali; incoraggiano la produzione e la diffusione di libri per l'infanzia; incoraggiano i mass media a tenere conto in particolar modo delle esigenze linguistiche dei fanciulli autoctoni o appartenenti a un gruppo minoritario; favoriscono l'elaborazione di principi direttivi appropriati destinati a proteggere il fanciullo dalle informazioni e dai materiali che nuocciono al suo benessere in considerazione delle disposizioni degli artt. 13 e 18.

<sup>14</sup> Si veda sul punto autorevole dottrina: A.PAPA, *Espressione e diffusione del pensiero in Internet. Tutela dei diritti e progresso tecnologico*, Giappichelli, 2009

<sup>15</sup> Si veda art. 97 e 98 c.p. il primo indica che il minore sotto i quattordici anni non è mai imputabile, il secondo che "è imputabile chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, aveva compiuto 14 anni ma non ancora i 18, se aveva capacità di intendere e di volere".

chiunque, minore e non, sia del minore fino ai 14 anni di età vista l'incapacità totale e la non imputabilità<sup>16</sup>.

Tuttavia, dal punto di vista penalistico, in merito alla nozione di minore nel panorama italiano, è necessario ricordare la differenza tra gli infra-diciottenni e gli infra-quattordicenni. Infatti, secondo il codice penale: "il minore di 14 anni che commette un reato non è punibile in quanto totalmente incapace di intendere e di volere" mentre "è imputabile chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, aveva compiuto 14 anni ma non ancora i 18, se aveva capacità di intendere e di volere"<sup>17</sup>. Di conseguenza, parlando di capacità di intendere e di volere un minore con un'età tra i 14 ed i 17 anni si può dire abbia una "capacità parziale"<sup>18</sup> in quanto essa deve essere accertata e non è presunta come per gli adulti.

Negli Stati Uniti d'America, la nozione di minore e la regolamentazione delle relazioni familiari è affidata ad ogni stato federale<sup>19</sup>. La legge federale USA fornisce solo il "cappello" entro cui gli stati federali devono disciplinare le singole fattispecie appartenenti al diritto di famiglia. La legge federale americana e la sua interpretazione giurisprudenziale fornisce la seguente definizione:

*«a person who does not have the legal rights of an adult. A minor is usually defined as someone who has not yet reached the age of majority. In most states, a person reaches majority and acquires all of the rights and responsibilities of an adult when he or she turns 18»*<sup>20</sup>.

Questa definizione è volutamente vaga in quanto ogni stato della federazione disciplina autonomamente i requisiti per accedere alla maggiore età<sup>21</sup>. La legge

<sup>16</sup> Questo spesso al contrario di molti degli Stati in cui le compagnie social sono nate e dove hanno il loro quartier generale.

<sup>17</sup> La dottrina e la giurisprudenza sono talmente numerose e univoche sul concetto di imputabilità che si può affermare che: per poter procedere penalmente nei confronti di un minore è necessario che questi sia imputabile, ovvero che sia stata valutata la capacità del minore per essere dichiarato responsabile di un reato ed essere sottoposto a una pena. In base a quanto detto nella nota precedente: ai sensi dell'art. 98 del c.p., per i minori dai 14 ai 17 anni la capacità di intendere e di volere in relazione al reato compiuto deve essere sempre accertata, mentre per gli adulti autori di reato è presunta

<sup>18</sup> Fra i molti, in ordine cronologico la più recente decisione che afferma una "capacità parziale" è stata espressa dalla Corte di Cassazione penale con la sentenza n. 10478 del 2 marzo 2017.

<sup>19</sup> Per un excursus storico si consiglia: J.V.CALVI e S.COLEMAN, *American Law and legal system*, 2005, Pearson Education, pag.305-326

<sup>20</sup> *Dictionary of Legal Terms: A-D.* (2011), in D. BATTEN, *Gale Encyclopedia of American Law, 3rd edition*, Vol. 14, Detroit, MI, USA, p. 14; 18 U.S.C. § 2256- *Definitions*, consultabile al link: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text>; U.S. Legal, *Age of Majority Law and Legal Definition* consultabile al link: <https://definitions.uslegal.com/a/age-of-majority/>.

<sup>21</sup> Per un approfondimento analitico si suggerisce di visitare il seguente link: [https://www.law.cornell.edu/wex/table\\_emancipation](https://www.law.cornell.edu/wex/table_emancipation) dal quale si evince come: la maggior'età si

federale americana prima citata stabilisce inoltre che:

*«Until a minor reaches the legal age of adulthood, he or she may not be responsible for his/her own actions (including the capacity to enter into a contract which is enforceable by the other party), for damages for negligence or intentional wrongs without a parent being liable, nor for punishment as an adult for a crime»<sup>22</sup>.*

In tutte le situazioni appena descritte i responsabili saranno quindi i genitori<sup>23</sup>, i quali potranno incorrere in conseguenze sia penali, rimanendo ovviamente una responsabilità in capo al minore per i reati commessi, che civili. In alcuni casi, infatti, lo Stato avrà anche il diritto di togliere il minore dalla custodia<sup>24</sup> genitoriale. La *ratio* di questa procedura è tutelare l'interesse del minore e l'interesse pubblico alla sua educazione<sup>25</sup>.

L'unica eccezione alla regola generale appena riportata è rappresentata dalla commissione di un crimine particolarmente grave commesso dal minore come ad esempio l'omicidio, lo stupro o la rapina a mano armata per i quali è possibile processare il minore avente almeno 13 anni come un adulto<sup>26</sup> e lo stesso minore sarà eventualmente condannabile alla pena capitale se di età maggiore di 16 anni<sup>27</sup>. È importante anche porre l'attenzione su ciò che concerne altri diritti del minore come: *«the marriage with or without parental consent, driving, prosecution for crimes, the right to choose an abortion and liability for damages»*

---

raggiunge a 18 anni in 49 Stati, ad eccezione del Mississippi dove essa si acquisisce a 21 anni, dell'Alabama e del Nebraska dove si acquisisce a 19.

<sup>22</sup> Vedi nota n.16

<sup>23</sup> Per un approfondimento sulla responsabilità genitoriale ed i suoi limiti negli Stati Uniti si legga ad esempio il seguente passo tratto da autorevole dottrina: *“The primary parental responsibilities toward children are twofold: 1. To provide the basic necessities of food, shelter, and clothing and 2. To provide care, control, supervision, education, and reasonable discipline”* J.V. CALVI e S. COLEMAN, *American Law and legal system*, 2005, Pearson Education, pag.324. La *“reasonable education”* è stata ed è ancora oggetto di dibattito nella dottrina americana in quanto viene a volte distortamente usata per difendere gli accusati di abuso minorile e maltrattamenti. Il senso di tale dettame federale è da ricercarsi piuttosto nel fatto che uno scappellotto se necessario è consentito, altre pratiche come picchiarlo pesantemente, rompergli un arto, ustionarlo ecc. no. Altri casi al riguardo: Hunt vs Thompson approfondito da S.P. BRECKINRIDGE, *the Family and the State*, University of Chicgo Press, 1934, p.242.

<sup>24</sup> Vedi PRINCE v. MASSACHUSETTS, 321 U.S. 158 (1944), pag.171: *“the family itself is not beyond regulation in the public interest”*.

<sup>25</sup> Vedi il caso scolastico: WISCONSIN vs YODER, 406 U.S.205 (1972). L'agenzia dei servizi sociali potrà infatti ottenerne la custodia temporaneamente (se i genitori si dimostreranno collaborativi) o permanentemente (fino al compimento della maggiore età).

<sup>26</sup> Vedi *Congressional Quarterly* 52, 11 (19 Marzo 1994): 672 e 52,34 (27 Agosto 1994): 2490.

<sup>27</sup> Vedi Thompson vs Oklahoma, 487 U.S. 815 (1988)

anche se queste variano da Stato a Stato<sup>28</sup>. I genitori o gli esercenti responsabilità genitoriale americani hanno il "*duty of care, support and supervision*"<sup>29</sup> del minore. Un'altra particolarità nell'ambito del diritto civile americano è che "*a contract, otherwise valid, entered into by a minor, cannot be disaffirmed because of the minor's minority if the contract is to pay the reasonable value of necessities*"<sup>30</sup>.

### **3. Analisi e confronto delle social media *policies* in USA ed in Italia.**

Com'è noto, ogni azienda ha le sue *policies* e strategie di mercato che mirano ad attrarre il maggior numero di consumatori<sup>31</sup>, a rinforzare l'immagine del brand ed in generale come fine ultimo a massimizzare i profitti magari sfruttando economie di scala e vantaggi comparati rispetto ad altri competitors. Tutto ciò è valido anche per le aziende che si occupano di *social networking*<sup>32</sup>.

Queste *policies* debbono necessariamente tener conto dei principi giuridici generali e delle leggi dei singoli Stati nei quali operano le norme in materia di tutela del pensiero ne rappresenta un esempio il minore.

La Facebook Inc. ha acquisito Instagram nel 2012 e WhatsApp nel 2014 ed ha,

---

<sup>28</sup> Ad esempio, per quanto concerne il matrimonio, il requisito dell'età minima è basato su una serie di fattori presi in considerazione in maniera diversa da ogni singolo stato federale. Questi fattori sono: biologici cioè legati a quando viene stabilita l'età della pubertà; tradizionali, legati quindi alle tradizioni culturali di ogni singolo stato utili per stabilire l'età minima per contrarre matrimonio; e legali cioè legati alle differenti *contract laws* previste.

<sup>29</sup> J.V. CALVI e S. COLEMAN, *American Law and legal system*, 2005, Pearson Education, pag.321

<sup>30</sup> Inoltre: «*The meaning of the term "necessaries" depends on the facts of the individual case. It depends on many things, including the particular circumstances of the minor, the actual need, and the use to which the purchased article is to be put. However, the common-law classification of necessities as including food, lodging, clothing, medicine, medical attention, and education is generally recognized to the extent such items are suited to the minor's social position and situation in life, even though such items are not absolutely needed*».

<sup>31</sup> Il loro obiettivo generale e primario è quello di aumentare il numero di consumatori. Il motivo è semplice grazie all'iscrizione e all'utilizzo dell'utente la piattaforma social acquisisce informazioni dell'iscritto e grazie al consenso più o meno cosciente, vende le informazioni acquisite ad altre aziende; le quali grazie a tali informazioni possono meglio profilare il loro possibile cliente e quindi adottare strategie di marketing e di sfruttamento degli spazi pubblicitari del social in maniera più efficiente ed efficace. Ovviamente, tutto questo premesso, rientra nella libertà di iniziativa economica privata disciplinata in Italia dall'art.41 Cost., che garantisce l'autonomia di ciascun imprenditore nel dirigere la propria impresa. Appare pacifico affermare che il diritto e le sue declinazioni cambiano da Stato a Stato e che quindi questo adattamento delle *policies* ne sia naturale conseguenza.

<sup>32</sup> È bene sottolineare come alcune grandi aziende high-tech che operano prevalentemente nel mondo social, ad esempio Facebook, abbiano diverse *policies* di iscrizione, e quindi di accesso al servizio da loro offerto, a seconda dello Stato o del Continente in cui operano la raccolta dei dati.



tuttavia, applicato tre *policies* diverse<sup>33</sup>. Nella propria *policy*, Facebook richiede all'utente di essere responsabile nella creazione del suo account senza però avere nessun metodo di verifica delle informazioni fornite dallo stesso e senza prevedere serie conseguenze in caso di violazione della *policy*. Queste lacune hanno permesso nel tempo la nascita di migliaia di profili falsi, doppi, tripli infrangendo le prime due richieste della *policy*. Inoltre, bisogna sottolineare come Facebook imponga un'età minima di 13 anni per iscriversi. In Instagram l'età minima per iscriversi è la stessa, al contrario per quanto riguarda WhatsApp l'età minima per iscriversi è 16 anni. Questa differenza fa sorgere alcuni interrogativi. Infatti, Facebook Inc, ponendo l'età minima a 13 anni, fa sì che anche utenti del tutto privi di capacità di intendere e di volere (quella parziale come detto si acquisisce a 14 anni ed è comunque sempre da dimostrare) possano sottoscrivere quello che nei fatti è un contratto di servizio che, come forma di pagamento, ha il consenso al trattamento dei propri dati<sup>34</sup>. Inoltre, accetta di esporre un ragazzo tredicenne ad una serie di pubblicità e di informazioni, spesso non controllate, che sicuramente avranno un impatto sulla sua crescita ed autodeterminazione, e ledendo il diritto all'autodeterminazione dell'individuo<sup>35</sup> sancito dall'art.2 della Costituzione e dagli articoli 16 e 17 della

<sup>33</sup> In Italia consultando la policy di Facebook si legge al punto 1 della stessa: "Chi può usare Facebook: [...] l'utente è tenuto a: 1. usare lo stesso nome di cui si serve nella vita reale; fornire informazioni personali accurate; 2. creare un solo account (il proprio) e usare il proprio diario per scopi personali; 3. non condividere la propria password, non concedere l'accesso al proprio account Facebook ad altri o trasferire il proprio account ad altri (senza l'autorizzazione di Facebook). L'obiettivo è rendere Facebook disponibile a tutti, ma il suo uso è proibito a: utenti che hanno meno di 13 anni." La scelta di quest'età alla luce di quanto sopra riportato in termini di diritto penale americano ci deve far riflettere. Inoltre, la policy continua: "utenti condannati per violenza sessuale; utenti con account disabilitati in precedenza per violazione delle Condizioni o Normative di Facebook; utenti non autorizzati dalla legge applicabile a ricevere prodotti, servizi o software di Facebook". Consultabile al link: <https://it-it.facebook.com/legal/terms>

<sup>34</sup> Il che secondo quanto riportato dal Garante della Privacy e dal diritto italiano è lesivo della sua privacy. Infatti, è noto che, in teoria, l'Italia abbia fissato a 14 l'età minima per poter prestare validamente consenso ai servizi della società dell'informazione, Il comma 1 dell'art. 2-quinquies del novellato Codice Privacy ed introdotto dal D.Lgs. 101/2018 dispone: "In attuazione dell'articolo 8, paragrafo 1, del Regolamento, il minore che ha compiuto i quattordici anni può esprimere il consenso al trattamento dei propri dati personali in relazione all'offerta diretta di servizi della società dell'informazione. Con riguardo a tali servizi, il trattamento dei dati personali del minore di età inferiore a quattordici anni, fondato sull'articolo 6, paragrafo 1, lettera a), del Regolamento, è lecito a condizione che sia prestato da chi esercita la responsabilità genitoriale". Il perché Facebook Inc. non abbia modificato tale policy che fissa invece età minima a 13 anni quindi rimane un mistero.

<sup>35</sup> Sull'interazione uomo-macchina e sui riflessi che questa ha sui diritti all'autodeterminazione e all'identità personale dell'individuo la dottrina si sta interrogando da tempo. Il tema sarà poi ripreso nei paragrafi successivi. Tuttavia, senza avere velleità di completezza si vedano: L. AVITABILE, Il Diritto Davanti All'algoritmo, in Rivista Italiana Per Le Scienze Giuridiche, 8, 2017, Pp. 315-327; L.

Convenzione ONU sopra citati. Facebook INC con questa *policy* accetta anche il rischio che l'infra-quattordicenne possa porre in essere comportamenti lesivi per sé stesso e per gli altri<sup>36</sup>.

Un'altra questione su cui è importante riflettere è che sebbene un minore sia sotto la responsabilità dei genitori, gli stessi per ammissione e previsione delle social policies non possono in alcun modo avere accesso all'account del figlio/a senza il suo consenso<sup>37</sup>. L'unico modo per ottemperare a quanto previsto dal GDPR<sup>38</sup> e successiva legge di recepimento è che il genitore o i genitori si iscrivano al social e prestino il loro consenso alla nascita del social del minore<sup>39</sup>. Una ricerca del Monitor Minor del 2017 ha mostrato come sulle piattaforme social britanniche ed americane il 38% degli utenti siano bambini infra-quattordicenni con profili falsi<sup>40</sup>. Questo dimostra come ipoteticamente i minori possano accedere ai social senza alcun controllo dei genitori o degli esercenti la responsabilità genitoriale che tuttavia rimangono gli unici responsabili delle azioni dei propri figli.

---

CALIFANO, *Brevi Riflessioni Su Privacy e Costituzionalismo al tempo dei Big Data*, in *federalismi.it*, 9, 2017, Pp. 1-7; G. D'ACQUISTO –M. NALDI, *Big Data e Privacy by Design*, Torino, 2017; F. PIZZETTI, *Intelligenza Artificiale, Protezione dei Dati Personali e Regolazione*, Torino, 2017; F. PIZZETTI, *Privacy e il Diritto Europeo alla Protezione dei Dati Personali*, Torino, 2016; G. FINOCCHIARO, *Riflessioni su Diritto e Tecnica*, in *Diritto Dell'informazione e Dell'informatica*, 4-5, 2012, P. 831 Ss.; G. RESTA, *Diritti della Personalità: problemi e prospettive*, in *Diritto dell'informazione e Dell'informatica*, 6, 2007, Pp. 1043-1071; G. RESTA, *Identità Personale e Identità Digitale*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 3, 2007, Pp. 511-531; V.ZENOVICH, *Informatica ed Evoluzione Del Diritto*, in *Diritto Dell'informazione E Dell'informatica*, 1, 2003, P. 89 ss; P.BENANTI, *Digital Age. Teoria del cambio d'epoca. Persona, famiglia e società*; Edizioni San Paolo, 2020.

<sup>36</sup> Si pensi ad esempio alla *datification* ed al *cyber-bullismo* entrambi fenomeni che saranno poi trattati nei paragrafi successivi.

<sup>37</sup> La policy recita come di seguito: "Posso accedere all'account Instagram di mio figlio adolescente? Comprendiamo le tue preoccupazioni sull'uso della nostra applicazione da parte di tuo figlio, ma purtroppo non possiamo fornirti l'accesso al suo account né intraprendere alcuna azione sull'account in seguito alle tue richieste. In generale, le leggi sulla privacy non ci consentono di fornire l'accesso non autorizzato a un account a una persona diversa dal titolare. Tieni presente che tutti gli utenti di età superiore ai 13 anni sono autorizzati ad avere un account e rientrano nell'ambito di questa normativa." Vedi nei link sottostanti:  
<https://www.instagram.com/about/legal/terms/api/>

e  
[https://help.instagram.com/154475974694511/?helpref=hc\\_fnav&bc\[0\]=Centro%20assistenza%20di%20Instagram&bc\[1\]=Centro%20per%20la%20privacy%20e%20la%20sicurezza](https://help.instagram.com/154475974694511/?helpref=hc_fnav&bc[0]=Centro%20assistenza%20di%20Instagram&bc[1]=Centro%20per%20la%20privacy%20e%20la%20sicurezza)

<sup>38</sup> Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati n.679/2016 UE

<sup>39</sup> Tuttavia, creare un profilo mentendo sull'età non è complesso e questo spesso è l'espedito più usato dai minori che vogliono tutelare la loro privacy dai genitori senza rendersi che tale tutela la stanno cedendo a terzi sconosciuti e senza tener conto dei rischi che comporta tale iscrizione.

<sup>40</sup> Si rimanda al rapporto presente su: <https://www.monitorminor.com>

#### 4. Le App e il consenso prestato dal minore.

Tra gli strumenti preferiti dai minori per esprimere le loro idee, studiare, giocare ed in generale autodeterminarsi ci sono le App<sup>41</sup>.

Ogni App ha una propria *policy* di autoregolamentazione che in Europa trova oggi la propria interfaccia regolatoria nel Regolamento Europeo n.679 del 2016 (d'ora in poi GDPR). In particolare, l'art.40 lett.g del GDPR ha previsto espressamente la nascita di codici di condotta frutto dell'autoregolamentazione del settore in esame. Molti *social*, per avvicinarsi ai potenziali clienti minori, e non, hanno creato App scaricabili sugli *smartphone* spesso gratuitamente.

Le App presenti sul mercato necessitano del consenso digitale al trattamento dei propri dati personali come requisito necessario al funzionamento. Ove, infatti, l'utente decidesse di non prestare il consenso, accettando la *policy in toto*, non potrebbe usare l'App sul suo dispositivo.

Al fine di poter meglio comprendere il consenso nel mondo digitale è bene partire

---

<sup>41</sup> Per App in generale si intende un software progettato prevalentemente per dispositivi mobili con funzioni limitate rispetto ad un software principale ma che consente all'utente in possesso del dispositivo mobile di collegarsi ad un server principale esterno o di essere egli stesso il server. Per una completa e dettagliata definizione e classificazioni delle App si cita: «*A mobile application, most commonly referred to as an app, is a type of application software designed to run on a mobile device, such as a smartphone or tablet computer. Mobile applications frequently serve to provide users with similar services to those accessed on PCs. Apps are generally small, individual software units with limited function. [...] A mobile application also may be known as an app, web app, online app, iPhone app or smartphone app. Mobile applications are a move away from the integrated software systems generally found on PCs. [...] The simplest mobile apps take PC-based applications and port them to a mobile device. As mobile apps become more robust, this technique is somewhat lacking. A more sophisticated approach involves developing specifically for the mobile environment, taking advantage of both its limitations and advantages. [...] Apps are divided into two broad categories: native apps and web apps. Native apps are built for a specific mobile operating system, usually iOS or Android. Native apps enjoy better performance and a more finely-tuned user interface (UI), and usually need to pass a much stricter development and quality assurance process before they are released. Web apps are used in HTML5 or CSS and require minimum device memory since they're run through a browser. The user is redirected on a specific web page, and all information is saved on a server-based database. Web apps require a stable connection to be use. There are several types of apps currently available. Gaming apps: The equivalent of computer video games, they are among the most popular types of apps. [...] Productivity apps: These focus on improving business efficiency by easing various tasks such as sending emails, tracking work progress, booking hotels, and much more. Lifestyle and entertainment apps: Increasingly popular, these encompass many aspects of personal lifestyle and socialization such as dating, communicating on social media, as well as sharing (and watching) videos. [...] Other app types include mobile commerce (M-commerce) apps used to purchase goods online [...], travel apps that help a traveler in many ways (booking tours and tickets, finding their way through maps and geolocation, travel diaries, etc.), and utility apps such as health apps and barcode scanners». Si veda il link: <https://www.techopedia.com/definition/2953/mobile-application-mobile-app>.*

da quanto previsto dall'art. 6, par. 1, lett. a) del GDPR<sup>42</sup> da leggere necessariamente in combinato disposto con i Considerandi n. 32<sup>43</sup>, 42<sup>44</sup>, 43<sup>45</sup> e

---

<sup>42</sup> Reg.UE n.679/2016 prevede che i trattamenti di dati basati sul consenso vengano disciplinati il quale recita: "l'interessato ha espresso il consenso al trattamento dei propri dati personali per una o più specifiche finalità".

<sup>43</sup> Il considerando recita: «Il consenso dovrebbe essere espresso mediante un atto positivo inequivocabile con il quale l'interessato manifesta l'intenzione libera, specifica, informata e inequivocabile di accettare il trattamento dei dati personali che lo riguardano, ad esempio mediante dichiarazione scritta, anche attraverso mezzi elettronici, o orale. Ciò potrebbe comprendere la selezione di un'apposita casella in un sito web, la scelta di impostazioni tecniche per servizi della società dell'informazione o qualsiasi altra dichiarazione o qualsiasi altro comportamento che indichi chiaramente in tale contesto che l'interessato accetta il trattamento proposto. Non dovrebbe pertanto configurare consenso il silenzio, l'inattività o la preselezione di caselle. Il consenso dovrebbe applicarsi a tutte le attività di trattamento svolte per la stessa o le stesse finalità. Qualora il trattamento abbia più finalità, il consenso dovrebbe essere prestato per tutte queste. Se il consenso dell'interessato è richiesto attraverso mezzi elettronici, la richiesta deve essere chiara, concisa e non interferire immotivatamente con il servizio per il quale il consenso è espresso». Il consenso deve essere espresso mediante un atto positivo ed inequivocabile per essere legittimo.

<sup>44</sup> Il quale recita: «Per i trattamenti basati sul consenso dell'interessato, il titolare del trattamento dovrebbe essere in grado di dimostrare che l'interessato ha acconsentito al trattamento. In particolare, nel contesto di una dichiarazione scritta relativa a un'altra questione dovrebbero esistere garanzie che assicurino che l'interessato sia consapevole del fatto di esprimere un consenso e della misura in cui ciò avviene. In conformità della direttiva 93/13/CEE del Consiglio è opportuno prevedere una dichiarazione di consenso predisposta dal titolare del trattamento in una forma comprensibile e facilmente accessibile, che usi un linguaggio semplice e chiaro e non contenga clausole abusive. Ai fini di un consenso informato, l'interessato dovrebbe essere posto a conoscenza almeno dell'identità del titolare del trattamento e delle finalità del trattamento cui sono destinati i dati personali. Il consenso non dovrebbe essere considerato liberamente espresso se l'interessato non è in grado di operare una scelta autenticamente libera o è nell'impossibilità di rifiutare o revocare il consenso senza subire pregiudizio». Quindi il secondo requisito del consenso prestato è che esso deve essere consapevole.

<sup>45</sup> Il quale recita: «Per assicurare la libertà di espressione del consenso, è opportuno che il consenso non costituisca un valido presupposto per il trattamento dei dati personali in un caso specifico, qualora esista un evidente squilibrio tra l'interessato e il titolare del trattamento, specie quando il titolare del trattamento è un'autorità pubblica e ciò rende pertanto improbabile che il consenso sia stato espresso liberamente in tutte le circostanze di tale situazione specifica. Si presume che il consenso non sia stato liberamente espresso se non è possibile esprimere un consenso separato a distinti trattamenti di dati personali, nonostante sia appropriato nel singolo caso, o se l'esecuzione di un contratto, compresa la prestazione di un servizio, è subordinata al consenso sebbene esso non sia necessario per tale esecuzione». Il terzo requisito del consenso per essere valido è che esso sia espresso liberamente senza costrizioni.

171<sup>46</sup> del medesimo regolamento<sup>47</sup> che stabilisce cosa s'intende per consenso, le sue modalità di rilascio e le sue caratteristiche principali. Brevemente, possono sottolinearsi due aspetti: in primo luogo che il consenso debba essere liberamente prestato da un soggetto consapevole in modo positivo ed inequivocabile, in secondo luogo che il titolare del trattamento debba adoperarsi per accertare la validità di questo consenso tramite l'uso delle tecnologie disponibili.

Quanto appena ricordato è oggetto di una tutela rafforzata per quanto riguarda i minori. Infatti, l'art.8<sup>48</sup> del GDPR stabilisce al riguardo due soglie d'età.

La prima riguarda l'età minima, non derogabile, per utilizzare un social o un'app, fissata a 13 anni. A tale età il minore avrà bisogno del consenso dell'esercente la responsabilità genitoriale per acconsentire al trattamento dei dati personali.

La seconda soglia d'età che viene fissata a 16 anni invece si riferisce alla prestazione di un valido consenso autonomo. Tuttavia, quest'ultima è una soglia derogabile in base alla normativa dei singoli stati membri<sup>49</sup>.

È importante analizzare quanto previsto dall'articolo 8 al fine di comprendere al meglio come esso operi concretamente.

Secondo autorevole dottrina l'operatività di tale disposizione è fortemente

---

<sup>46</sup> Questo Considerando prevede che: «Il presente regolamento dovrebbe abrogare la direttiva 95/46/CE. [...] Qualora il trattamento si basi sul consenso a norma della direttiva 95/46/CE, non occorre che l'interessato presti nuovamente il suo consenso, se questo è stato espresso secondo modalità conformi alle condizioni del presente regolamento, affinché il titolare del trattamento possa proseguire il trattamento in questione dopo la data di applicazione del presente regolamento. [...]». Quest'ultimo considerando relativamente al consenso sancisce che esso una volta espresso in maniera conforme, rimane nel tempo per consentire al titolare del trattamento di proseguire il trattamento dei dati.

<sup>47</sup> I quali chiariscono le modalità di acquisizione del consenso, delle qualità che questo consenso deve avere affinché il trattamento dei dati sia lecito.

<sup>48</sup> Denominato: "Condizioni applicabili al consenso dei minori in relazione ai servizi della società dell'informazione". Il quale stabilisce: «1. Qualora si applichi l'articolo 6, paragrafo 1, lettera a), per quanto riguarda l'offerta diretta di servizi della società dell'informazione ai minori, il trattamento di dati personali del minore è lecito ove il minore abbia almeno 16 anni. Ove il minore abbia un'età inferiore ai 16 anni, tale trattamento è lecito soltanto se e nella misura in cui tale consenso è prestato o autorizzato dal titolare della responsabilità genitoriale. Gli Stati membri possono stabilire per legge un'età inferiore a tali fini purché non inferiore ai 13 anni. 2. Il titolare del trattamento si adopera in ogni modo ragionevole per verificare in tali casi che il consenso sia prestato o autorizzato dal titolare della responsabilità genitoriale sul minore, in considerazione delle tecnologie disponibili. 3. Il paragrafo 1 non pregiudica le disposizioni generali del diritto dei contratti degli Stati membri, quali le norme sulla validità, la formazione o l'efficacia di un contratto rispetto a un minore».

<sup>49</sup> Sul punto tornerò *infra*

limitata<sup>50</sup> sotto vari punti di vista<sup>51</sup>. Al fine di avere un quadro normativo europeo completo, occorre sottolineare la delicatezza della questione del consenso prestato dal minore rifacendoci a quanto dichiarato nel Considerando n.38 del GDPR<sup>52</sup>.

Sebbene la protezione specifica del minore in internet venga spesso richiamata nella normativa sovranazionale, come nel Considerando 38, il legislatore europeo ha ritenuto corretto stabilire che il consenso al trattamento dei dati rilasciato dal minore sedicenne sia giuridicamente identico a quello prestato da un maggiorenne.

Inoltre, sorgono perplessità in merito al fatto che il Regolamento abbia rimesso agli Stati membri la decisione della soglia di età necessaria per esprimere il c.d. "consenso digitale"<sup>53</sup>, ovvero, di stabilire la soglia di età a partire dalla quale il minore diviene autonomo nel prestare il consenso al trattamento dei propri dati necessari a poter usufruire dei servizi della società dell'informazione<sup>54</sup>. Questa scelta del legislatore europeo rende *de facto* la normativa differente in ogni stato

---

<sup>50</sup> Sul punto si veda quanto scritto da autorevole dottrina: «[...] applicandosi soltanto ai trattamenti: a) di dati comuni, non quindi sensibili, giudiziari o genetici; b) basati sul consenso, ossia per i quali l'interessato debba manifestare il proprio assenso. Di conseguenza, se il trattamento risulta fondato su un altro presupposto, la norma non si applica; c) correlati all'offerta diretta di servizi della società dell'informazione» di M.NEGRI, *Il consenso digitale del minore. La disciplina del GDPR e le scelte del legislatore italiano*, in *Cyberlaws*, 20 maggio 2019. Link: <https://www.cyberlaws.it/2019/consenso-digitale-minore/>. Ma si veda anche: G.FINOCCHIARO, *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Zanichelli Editore, 2017, p. 167

<sup>51</sup> Non si deve dimenticare come l'offerta del servizio online debba essere realizzata esclusivamente nei confronti di minori. Infatti, se un prestatore di tali servizi specifica di erogare il servizio esclusivamente a maggiorenni, tale servizio non è considerato offerto a un minore e quindi l'articolo 8 non troverebbe applicazione.

<sup>52</sup> "I minori meritano una specifica protezione relativamente ai loro dati personali, in quanto possono essere meno consapevoli dei rischi, delle conseguenze e delle misure di salvaguardia interessate nonché dei loro diritti in relazione al trattamento dei dati personali. Tale specifica protezione dovrebbe, in particolare, riguardare l'utilizzo dei dati personali dei minori a fini di marketing o di creazione di profili di personalità o di utente e la raccolta di dati personali relativi ai minori all'atto dell'utilizzo di servizi forniti direttamente a un minore. Il consenso del titolare della responsabilità genitoriale non dovrebbe essere necessario nel quadro dei servizi di prevenzione o di consulenza forniti direttamente a un minore."

<sup>53</sup> E.MAESTRI, *La tutela dei minori nell'età del consenso digitale. Un approccio gius-cibernetico*, AIAF, 2019; I.A.CAGGIANO, *Privacy e minori nell'era digitale. Il consenso al trattamento dei dati dei minori all'indomani del Regolamento UE 2016/679, tra diritto e tecno-regolazione*, Familia, 2018, F.1, pp.3-23

<sup>54</sup> Si ricorda che per "servizi della società dell'informazione" si deve intendere quanto sancito dall'art.1 par.1 della Direttiva 1535 del 2015 (cui rinvia l'art.4 par.25 del Regolamento): «qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario di servizi».

dell'Unione e di conseguenza non assicura un'omogeneità ed un'armonia legislativa nel trattamento dei dati dei minori che invece sarebbe necessaria anche al fine di esperire rimedi e tutele del minore stesso<sup>55</sup>.

L'Italia, come è noto, ha deciso di conservare una propria normativa in materia di riservatezza dei dati, integrativo del regolamento europeo (decreto legislativo n.101 del 2018). Tale decreto nel modificare l'art. 2-quinquies del Codice della privacy<sup>56</sup> ha fissato la soglia d'età a 14 anni<sup>57</sup>, abbassando quindi quella suggerita dall'art.8 par.1 del GDPR<sup>58</sup>. Ne deriva, come appare evidente, un'incongruenza tra l'età minima poter scaricare l'app e la possibilità di utilizzarla. Infatti, un minore con un'età inferiore ai 14 anni ha bisogno del consenso degli esercenti responsabilità genitoriale per scaricare un'App ma non per iscriversi ad un *social network*<sup>59</sup>. Allo stesso modo, un minore con un'età pari a 14 anni che può, quindi, scaricare liberamente un'App senza il consenso dei genitori potrebbe trovarsi nella condizione di non poter usare tale App, prevedendo essa un'età minima di 16 anni<sup>60</sup> per l'iscrizione. Se poi consideriamo che nei casi citati entrambe le App sono molto popolari ed appartengono alla stessa compagnia questo rappresenta ancor di più un punto su cui riflettere.

Allo stesso modo il Codice della Privacy impone altresì che il titolare del trattamento rediga il proprio documento di acquisizione del consenso con "linguaggio particolarmente chiaro e semplice, conciso ed esaustivo, facilmente

---

<sup>55</sup> La soglia d'età per il valido consenso del minore mutando da paese a paese all'interno dell'Unione europea creerebbe problemi anche di trattamento dei dati della stessa App ove il minore viaggiando nell'area Schengen scaricasse sul proprio dispositivo un'app locale o visitasse un sito internet prestando il consenso al trattamento dei suoi dati. Si veda anche sul punto autorevole dottrina: G.M. RICCIO, G. SCORZA, E. BELISARIO, *GDPR e Normativa Privacy*, Commentario, Ipsoa, 2018. In Europa, infatti, vige l'attuale situazione: Croazia, Germania, Lituania, Lussemburgo, Malta, Paesi Bassi, Romania, Slovacchia, Ungheria hanno lasciato la soglia a 16 anni. Grecia, Repubblica Ceca, Slovenia, Francia l'hanno abbassata a 15 anni. Austria, Bulgaria, Cipro, Lituania ed Italia hanno fissato tale soglia a 14 anni. Belgio, Regno Unito, Spagna, Svezia, Inghilterra, Danimarca, Estonia, Latvia, Lettonia, Finlandia, Polonia, Portogallo a 13 anni. Si veda la ricostruzione operata da B. SAETTA, *Minori e protezione dati personali*, Settembre 2018 consultabile al link: <https://protezionedatipersonali.it/minori-e-protezione-dati-personali>.

<sup>56</sup> D.lgs. 196/2003, art.2 quinquies denominato: "Consenso del minore in relazione ai servizi della società dell'informazione".

<sup>57</sup> Vedi il comma 1. Questa decisione che può sembrarci quantomeno discutibile è stata dettata anche dal fatto che come previsto dall'art. 7, co. 2, legge n. 184 del 1983 in tema di adozione: il minore di 14 anni esprime un valido consenso all'adozione. Di medesimo avviso il parere del 22 maggio 2018 del Garante Privacy: "incoerente ammettere il quattordicenne a prestare il proprio consenso per essere adottato, ma non per iscriversi a un *social network*".

<sup>58</sup> 16 anni.

<sup>59</sup> Ad esempio: Facebook ha come soglia minima d'età per l'iscrizione 13 anni.

<sup>60</sup> WhatsApp ha come soglia minima 16 anni.

accessibile e comprensibile dal minore” (Art.2 *quinquies* c.2) al fine di ottenere dallo stesso un consenso “significativo” in merito al trattamento dei suoi dati. Il Legislatore nazionale ha previsto un obbligo di condotta in capo al soggetto che tratta i dati del minore.

In accordo con tale previsione l’art. 166 del Codice Privacy prevede che la violazione dell’articolo 2-*quinquies* comporti l’applicazione di una sanzione amministrativa molto severa<sup>61</sup>.

Tuttavia, la norma lascia ampi margini di interpretazione e di conseguenza un’ampissima autonomia alle imprese *high-tech* nel definire in concreto gli standard della *policy* necessari per l’acquisizione di un consenso “significativo” del minore di anni 14. Sembra, quindi, estremamente difficile configurarne con certezza la violazione.

Se, quindi, è evidente che un’App per essere scaricata su un dispositivo debba richiedere preventivamente un valido consenso, è altrettanto evidente come una volta scaricata al primo accesso per funzionare venga richiesta spesso una registrazione nella quale è necessario accettare *in toto* la *policy* che autoregola l’uso dell’App pena la non possibilità di utilizzo. Questo ultimo passaggio rende *de facto* il creatore dell’App l’unico soggetto che può disciplinare ed eventualmente sanzionare il comportamento dell’utente durante l’utilizzo dell’App senza doversi giustificare né motivando eventuali sanzioni. Aziende private che sono tenute autonomamente a fare un *check and balance* dei diritti costituzionali degli utenti senza che lo Stato possa fare nulla<sup>62</sup>.

A conferma delle perplessità appena rilevate, nel 2016 la Commissione europea

---

<sup>61</sup> Sanzione che: “può giungere fino a 10 milioni di Euro o, per le imprese, fino al 2% del fatturato mondiale totale annuo, nei casi più gravi”

<sup>62</sup> Per comprendere la gravità della situazione, a parere di chi scrive è come se noi affidassimo un minore ad un istituto straniero il cui scopo non è la cura e la crescita del ragazzo come una persona con diritti e doveri ma come il consumatore ideale. Senza considerare che secondo autorevole dottrina vedi C. BISTOLFI, *L’età del “consenso digitale” e il delicato rapporto tra minori e sicurezza online*, in [www.ictsecuritymagazine.com](http://www.ictsecuritymagazine.com), 8 novembre 2017.: “negli Stati Uniti il *Children’s Online Privacy Protection Act* fissa l’età del consenso digitale a 13 anni. A questo punto, i service provider con sede negli USA – la maggioranza – potrebbero escludere la fetta di utenti europei di età compresa tra i 13 e i 15 anni, per evitare di dover sviluppare sistemi di verifica del consenso genitoriale, o, peggio, potrebbero interrompere la fruizione del servizio nei Paesi non allineati alla soglia dei 13 anni, con evidente pregiudizio alla libertà di informazione e di accesso alla rete” concorde L. BOLOGNINI e C. BISTOLFI in *L’età del consenso digitale – Privacy e minori on line, riflessioni sugli impatti dell’art. 8 del Regolamento 2016/679 (UE)*, 7 marzo 2017, p. 11. e ripreso in *Il consenso digitale del minore. La disciplina del GDPR e le scelte del legislatore italiano*, Cyberlaws, Maggio 2019, di M.NEGRI: “semplici attività come mandare e-mail, caricare contenuti sulle piattaforme di sharing, condurre ricerche o acquistare prodotti online potrebbero essere compromesse, creando un *digital divide* che penalizzerebbe i ragazzi europei sprovvisti di una legge nazionale che fissi a 13 anni l’età del consenso digitale rispetto ai coetanei americani”



ha pubblicato un importante Rapporto mirante ad approfondire il comportamento dei minori online <sup>63</sup> relativamente alle pratiche di regolamentazione vigenti nel panorama europeo, nel quale è stato evidenziato che nella maggior parte degli Stati membri lo schema prevalente è quello della autoregolamentazione, mentre la co-regolamentazione è prevista solo in pochissimi paesi.

Inoltre, dall'analisi effettuata dalla Commissione è emerso che la *self-regulation*<sup>64</sup> «non dà sufficienti garanzie di protezione dei minori, in quanto, alla luce delle evidenze empiriche raccolte, non permette al bambino/adolescente una facile identificazione dei contenuti commerciali e dell'intento persuasivo dei relativi messaggi»<sup>65</sup>.

Nello studio sono stati indicati due possibili cambiamenti utili a poter introdurre miglioramenti nella tutela della privacy dei minori.

In primo luogo, il ricorso a schemi di co-regolamentazione, in secondo luogo, ed in subordine, prevedere un maggiore *empowerment* dei minori<sup>66</sup>. A valle di quanto analizzato nel rapporto tra minori ed app in merito al consenso una soluzione prospettata da alcuni <sup>67</sup> potrebbe essere la c.d. *enforced self-*

---

<sup>63</sup> Nello specifico, tra i 6 e i 12 anni, dal titolo: *Study on the impact of marketing through social media, online games and mobile applications on children's behaviour*.

<sup>64</sup> Prevista all'art.40 lett.g del GDPR e confermata nel Considerando n.77 come *best practice*.

<sup>65</sup> A conferma di tale affermazione si veda ad ultimo esempio il giudizio del Garante privacy in merito al caso TikTok disponibile ai link: <https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9524224>; <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9533424>

<sup>66</sup> Si noti qui il fatto che il rafforzamento delle capacità di comprensione dei codici di condotta è legato ai direttamente minori non ai loro genitori. Per ciò che concerne le misure di *empowerment*, le prescrizioni di cui all'art. 2-quinquies, comma 2 del Codice Privacy introducono una serie di obblighi molto significativi in capo al titolare del trattamento dei dati del minore, tesi a "rendere significativo il consenso". Come, ad esempio, stabilire un obbligo di *information disclosure*, ossia un obbligo informativo a carico del titolare del trattamento, al quale è obbligato a: «redigere le informazioni e comunicazioni relative al trattamento» che riguardano il minore. La ratio della norma si riferisce ad una semplificazione del linguaggio per il minore obbligando quindi il titolare ad adottare: a. un tipo di linguaggio chiaro e semplice, conciso ed esaustivo, e b. alla modalità di espressione dell'informazione, facilmente accessibile e comprensibile».

<sup>67</sup> Si ritiene necessario citare tra i molti e senza pretesa di completezza: T.MILOSEVIC, B.O'NEILL, E.STAKSRUD, *Narratives of Industry Responses to Cyberbullying: Perspectives on Self-regulation from and About the Industry*. in: H.VANDEBOSCH e L.GREEN, *Narratives in Research and Interventions on Cyberbullying among Young People*. Springer, Cham, 2019. W. JACQUI, *Social media: end self-regulation, say MPs in report on children's health*, BMJ, 2019; pp.364 : 1486. K.A. ERDMANN e S. HERTEL, *Self-regulation and co-regulation in early childhood development, assessment and supporting factors*. Metacognition Learning 14, pp.229–238 (2019), <https://doi.org/10.1007/s11409-019-09211-w>.

*regulation*<sup>68</sup>. In base ad essa, i codici di condotta dovrebbero essere elaborati mediante negoziazioni con i soggetti interessati<sup>69</sup> in un approccio *bottom-up*. Gli impegni assunti a tutela dei minori da parte dei titolari e responsabili del trattamento in esito a tale procedimento potrebbero essere resi vincolanti con poteri sanzionatori attribuiti all'autorità di controllo<sup>70</sup>. Tutto ciò al fine di assicurare ai minori una tutela ad oggi rimessa completamente alla valutazione delle compagnie private<sup>71</sup>.

### **5. Normativa, dottrina e del comportamento dei minori sui social.**

Autorevole dottrina<sup>72</sup> ha evidenziato i rischi di una società sempre connessa per l'individuo. Ovviamente, per i minori questi rischi aumentano ed è proprio per questo motivo che la nostra Costituzione all'art.31 c.2 prevede che lo Stato: "protegge l'infanzia e la gioventù favorendo gli istituti necessari a tale scopo"<sup>73</sup>. Articolo questo che va letto unitamente al principio di inviolabilità dei diritti fondamentali di cui all'art. 2 Cost. ed al principio di uguaglianza sostanziale art. 3, c. 2 Cost. al fine di spingere il legislatore ad adottare una disciplina volta a

<sup>68</sup> Una forma di *co-regulation*. Per approfondimento sull'*enforced self-regulation* si rimanda a: J. BRAITHWAITE, *Enforced Self-Regulation: A New Strategy for Corporate Crime Control*. Michigan Law Review, vol. 80, no. 7, 1982, pp. 1466–1507.; D.A. HYTHA, J.D. ARONSON e A.ENG, *Technology Innovation and the Rebirth of Self-Regulation: How The Internet of Things, Cloud Computing, Blockchain, and Artificial Intelligence Solve Big Problems Managing Environmental Regulation and Resources*. International Journal of Communication, [S.l.], v. 13, p. 5, oct. 2019. N.D. WOODS, *The Limitations of Meta-regulation*, Journal of Public Administration Research and Theory, Vol. 29, 1, January 2019, pp. 152–155.

<sup>69</sup> L'industria *high tech*, le piattaforme digitali, l'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza, le persone di minore età stesse, il Garante per la protezione dei dati personali e l'Agcom

<sup>70</sup> Concorde a questa ipotesi si pone in modo molto deciso il Consiglio d'Europa nella Raccomandazione sopra menzionata. nei punti 67 e 68, 77 e 100.

<sup>71</sup> Se ciò è vero in generale alcuni dubbi si acuiscono se queste App hanno lo scopo di raccogliere e gestire dati medici di minori. Vedi ad esempio il dibattito suscitato dall'App Immuni al tempo del Covid-19 e le perplessità espresse dal il Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica (Copasir) il 14 maggio 2020 ed il parere espresso il 29 Aprile 2020 dal Garante Privacy nel Parere sulla proposta normativa per la previsione di una applicazione volta al tracciamento dei contagi da Covid-19, registro dei provvedimenti n. 79.

<sup>72</sup> S. RODOTÀ, *Tecnopolitica, la democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma, 1997, p. 151: "Siamo passati a un mondo di informazioni condivise con una pluralità di soggetti, dove il riferimento al valore in sé della persona e alla sua dignità diviene secondario rispetto alla trasformazione dell'informazione in merce".

<sup>73</sup> Il secondo comma dell'art. 31 Cost. recita che la Repubblica «protegge [...] la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo». Per autorevole dottrina a sostegno della connessione fra art.31 e comunicazione si veda L. CASSETTI, *Art. 31*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006.

garantire gli interessi dei minori anche nel settore dei media<sup>74</sup>.

Il periodo dell'adolescenza è sicuramente un periodo delicato in cui l'individuo va a formare la sua identità e la sua personalità che poi sarà alla base della sua evoluzione futura tramite l'espressività e la socializzazione<sup>75</sup>. È pacifico affermare per tale motivo che i giovani, in questa fascia d'età, debbano essere particolarmente tutelati dal momento che, come già sottolineato, i social presentano la possibilità di una loro libera e volontaria iscrizione; spesso, senza che essi si rendano conto di entrare in una "piazza" virtuale<sup>76</sup>. Piazza che per sua natura intrinseca è accessibile e può essere utilizzata da chiunque<sup>77</sup>,

---

<sup>74</sup> Per un approfondimento sul tema si lascia ad autorevole dottrina il compito di meglio far comprendere i concetti appena espressi. In particolare ci si riferisce a: F.DONATI, *La tutela dei minori nella direttiva 2018/1808*, Medialaws; l. 176/1991 ha ratificato la Convenzione internazionale sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza del 1989 il cui art. 3 sancisce che "In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse del fanciullo deve essere una considerazione preminente". Dall'art. 16 della medesima Convenzione in cui viene stabilito che "nessun fanciullo sarà oggetto di interferenze arbitrarie o illegali nella vita privata, nella sua famiglia, nel suo domicilio o nella sua corrispondenza e neppure di affronti illegali al suo onore e alla sua reputazione. Il fanciullo ha diritto alla protezione della legge contro tali interferenze o tali affronti". M.C. MAFFEI, *La tutela internazionale dei diritti del bambino*, in L. PINESCHI, *La tutela internazionale dei diritti umani*, Norme, garanzie, prassi, Milano, 2006, 232 ss.

<sup>75</sup> A tal riguardo vedi le teorie di psicologia dello sviluppo elaborate da Meltzer ed Erikson. Quest'ultimo in particolare sviluppa una teoria della personalità che integra in una prospettiva globale e unitaria le tappe dello sviluppo psicosessuale con i momenti pregnanti, nella storia dell'individuo, del processo di socializzazione. Erikson non pone l'accento sull'ES e sulla corrispondenza tra stati evolutivi e zone erogene, come nella concezione freudiana, ma sulle funzioni dell'Io-linguaggio, pensiero, azione, gioco e sulle tappe del processo di socializzazione. Questa prospettiva considera la persona non solo inserita nel nucleo familiare, ma anche nel contesto sociale e induce a considerare l'influenza che la situazione storico- culturale propria di una società esercita sull'individuo. Vedi link: <https://elementidipsicologia.wordpress.com/2013/12/18/lo-sviluppo-dellidentita-personale-erikson/> e R.GILLIBRAND, V.LAM, V.L.O'DONNELL *et al.*, *Psicologia dello Sviluppo*, Pearson, 2019.

<sup>76</sup> C'è anche chi considera Facebook un possibile attore del servizio pubblico d'istruzione. C. Giannikas, *Facebook in tertiary education: The impact of social media in e-Learning*, Journal of University Teaching & Learning Practice, 2020. L'A. nel suo elaborato dimostra che: "The majority of the responses indicated that Facebook was more accessible and user-friendly for discussions and knowledge-sharing in an e-learning context. Students' familiarity with Facebook and its user-friendly interactive features made discussion activities more effective." In merito all'accesso a Facebook come diritto costituzionale si veda la decisione della Suprema corte USA nel caso *Packingham v. North Carolina*.

<sup>77</sup> Ad esempio: in questo, Facebook, come ogni altro social, si presenta come una grande piazza e luogo di socializzazione, tant'è che, come da sentenza della Cassazione Penale Sez. I del 12 settembre 2014 n. 37596, Facebook può essere considerato come un "luogo aperto al pubblico" nel quale si applicano regole contenute nelle policies delle piattaforme private che disciplinano dando un proprio contenuto, principi costituzionali quali libertà di manifestazione del pensiero, della segretezza della corrispondenza e di autodeterminazione sanciti rispettivamente dagli articoli

rientrando a pieno titolo nei mezzi di diffusione del pensiero<sup>78</sup>.

Tutto ciò premesso, in dottrina alcuni<sup>79</sup> sostengono che «il periodo dell'adolescenza enfatizzi il ruolo delle tecnologie rispetto al processo di autodeterminazione», altri<sup>80</sup> che «in questa fase della crescita e dello sviluppo la tecnologia consente di attivare nuovi percorsi di ricerca e di esplorazione identitaria»<sup>81</sup>.

Si sta quindi assistendo allo sviluppo di una generazione in cui la doppia identità (virtuale e reale) si sta lentamente trasformando in un'unica identità virtuale. In una società dell'apparenza spesso la personalità dominante non sarà quella reale ma quella virtuale.

Questo fenomeno, che viene messo in luce ancora di più grazie alla *datafication*<sup>82</sup>, rappresenta uno dei rischi maggiori per i minori in quanto soggetti

---

21, 15 e 2 della Costituzione. Si noti che per luogo aperto al pubblico si deve intendere: "qualsiasi luogo fisicamente separato dall'esterno, l'accesso al quale è regolato dalla parte di coloro che ne abbiano la disponibilità, che possono consentire l'accesso stesso in via del tutto libera ovvero a determinate condizioni" F. GAMBINI, *Art. 17*, in Commentario breve alla Costituzione, a cura di in S. BARTOLI e R. BIN, Padova, 2008, p.140. Sul punto anche altra autorevole dottrina: A.PAPA, *Espressione e diffusione del pensiero in Internet. Tutela dei diritti e progresso tecnologico*, Giappichelli, 2009.

<sup>78</sup> A livello sovranazionale è importante ricordare come il diritto all'informazione e alla comunicazione sia riconducibile alla libertà di espressione ai sensi del primo comma dell'art. 10 della Convenzione di Roma del 1950 e che esso costituisce "un interesse fondamentale della persona umana". Allo stesso modo la libertà di espressione, sempre al livello sovranazionale, è altresì tutelata dall'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 7 dicembre del 2000. Tale diritto trova un limite invalicabile nella tutela della dignità della persona specie se minore di età. La Suprema Corte con sentenza 5 sett. 2006/19069 ha infatti affermato la necessità di tutela del minore nell'ambito del mondo della comunicazione: "i minori essendo soggetti deboli necessitano di apposita tutela, non avendo ancora raggiunto un'adeguata maturità ed essendo ancora in corso il processo relativo alla loro formazione".

<sup>79</sup> M.MARTONI, *Datificazione dei nativi digitali. Una prima ricognizione e alcune brevi note sull'educazione alla cittadinanza digitale*, federalismi.it, 08/01/2020.

<sup>80</sup> A. GUARINI, S. M. E. NICOLETTI, F. ROGA *et al.*, *Internet e social: i ragazzi raccontano le possibilità e i rischi della rete*.

<sup>81</sup> Queste affermazioni sono suffragate da studi scientifici che dimostrano lo stretto legame tra social e sviluppo della personalità dell'adolescente. Secondo lo studio di Schimt et al. Condotta nel 2008 "li aiutano a far capire chi sono" (richiamato in A. GUARINI, S. M. E. NICOLETTI, F. ROGA et al., *Internet e social: i ragazzi raccontano le possibilità e i rischi della rete*, cit., p. 61). Da queste teorie dottrinali e filosofiche è nata la nozione di *networked self*, cioè la proiezione virtuale della propria identità o di una molteplicità delle stesse. Essa, nel caso del minore, è generata in parte da quanto immesso direttamente dal singolo, in parte da quanto inserito da soggetti diversi ma collegati a quest'ultimo. K.C. MONTGOMERY, *Youth and Surveillance in the Facebook Era: Policy Interventions and Social Implications*, in *Telecommunications Policy*, vol. 39, 2015, n. 9, pp. 771-786.

<sup>82</sup> La *datafication*, o datificazione, si definisce come: il processo che permette la trasformazione delle attività umane in dati digitali rappresentati da sequenze di numeri. La datificazione ha avuto origine con la nascita dei primi social network e si sta rafforzando nei giorni nostri. Essa

spesso inconsapevoli dei propri diritti e doveri<sup>83</sup>.

Un altro rischio che corrono i nativi digitali è legato ad un fenomeno tristemente in ascesa, il cyber-bullismo<sup>84</sup>. Il problema maggiore è che dal punto di vista penale il cyberbullo infra-quattordicenne è sempre non imputabile e per le

---

rappresenta qualcosa che non ha precedenti, la mole di dati, Anche detti Big Data, raccolti da utenti più o meno consapevoli ha di per sé un valore economico maggiore di ogni altro bene conosciuto. Si veda fra i molti: A. VAN 'T SPIJKER, *The New Oil: Using Innovative Business Models to turn Data Into Profit*; D. BUCKINGHAM, *Data is the new oil*; e CLIVE HUMBY, il quale ha affermato: "Data is the New Oil", February 9th 2019: «*Data is the new oil. It's valuable, but if unrefined it cannot really be used. It has to be changed into gas, plastic, chemicals, etc to create a valuable entity that drives profitable activity; so must data be broken down, analyzed for it to have value*». Per un approfondimento sulla nozione di datificazione si vedano fra i molti: V. BERLINGÒ, *Il fenomeno della datafication e la sua giuridicizzazione*, in Rivista trimestrale di diritto pubblico, 3, 2017, pp. 641 ss.; J. E. MAI, *Big Data Privacy: The Datafication of Personal Information*, in The Information Society, 32, 3, 2016, pp. 192-199; J. VAN DIJCK, *Datafication, Dataism and Dataveillance: Big Data between Scientific Paradigm and Ideology*, in *Surveillance and Society*, 12, 2, 2014, pp. 197-208. Il governo britannico è stato il primo a suddividere le fonti dalle quali vengono attinti questi dati. Nel report: *Who knows what about me?* vengono distinti: i dati concessi direttamente c.d. *given directly* (necessari per l'iscrizione), i dati c.d. *given off* che sono tutti quei dati acquisiti dal social tramite cookies e attività online e questi includono anche i metadata, ad ultimo gli *inferred data*. Le aziende dell'high-tech e proprietarie dei social ricavano dai dati *given off* e dai meta-data, gli *inferred data*. Infatti, i metadata provengono dall'utilizzo in senso stretto dell'app o del social quindi il postare una foto geolocalizzandola, oppure il tempo passato online sul social ecc. mentre gli *inferred data* provengono da un'analisi dei *given off* e dei *given directly*. L'analisi viene fatta generalmente tramite machine learning e grazie ad Intelligenze Artificiali sempre più in grado di profilare l'utente automaticamente. Si Veda: Children Commissioner's Office, *Who knows what about me?*, 2018, p. 6 nota 9 e si veda: il report dell'Information Commissioner's Office (UK), *Big data, Artificial Intelligence, Machine Learning and Data Protection*, pubblicato il 4 settembre 2017.

<sup>83</sup> Si veda sul punto lo studio fatto dall'autorità inglese sul rischio nel lungo termine della datafication di un minore: <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/automateddecision-making-and-profiling/what-is-automated-individual-decision-making-and-profiling/>.

La datificazione che sta avvenendo potrebbe anche pregiudicare l'entrata nel mondo del lavoro degli attuali adolescenti in quanto la richiesta di accesso al proprio profilo social per valutare l'idoneità del candidato al posto offerto. Quest'ipotesi che può sembrare inverosimile è già una realtà negli USA; dove al fine di richiedere visti temporanei viene richiesto dal *Department of Homeland Security (DHS)*. Il DHS chiede: sulla propria piattaforma di dare il consenso per l'accesso da parte dell'Autorità al proprio profilo social giustificando questa richiesta con lo scopo di valutare al meglio l'idoneità dell'individuo ad entrare nel paese.

<sup>84</sup> Per la definizione offerta dal legislatore nazionale vedi: L. n. 71 del 2017 definisce cyber-bullismo: "qualunque forma di pressione, aggressione, molestia, ricatto, ingiuria, denigrazione, diffamazione, furto d'identità, alterazione, acquisizione illecita, manipolazione, trattamento illecito di dati personali in danno di minorenni, realizzata per via telematica, nonché la diffusione di contenuti on line aventi ad oggetto anche uno o più componenti della famiglia del minore il cui scopo intenzionale e predominante sia quello di isolare un minore o un gruppo di minori ponendo in atto un serio abuso, un attacco dannoso, o la loro messa in ridicolo". Per un approfondimento sul tema si rinvia a P.ARGANELLI, *Il Cyber-bullismo: un nuovo fenomeno in ascesa*, Rivista online Diritto Mercato e Tecnologia, [www.dimt.it](http://www.dimt.it), 2017.

condotte perpetrate da un minore tra i 14 ed i 18 anni va dimostrata la sua piena capacità. In ogni caso le pene previste sono inadeguate così come i rimedi possibili previsti dalla legge<sup>85</sup>.

Non bisogna dimenticare, infatti, che la velocità di diffusione sui *social* è altissima ed una volta che un contenuto è in rete può essere bloccato solo dopo ore e a volte solo tramite provvedimento giudiziario, che però elimina o meglio oscura il contenuto solo sul nostro territorio nazionale<sup>86</sup>. Il diritto all'oblio che può sicuramente essere esercitato al momento presenta ancora molte lacune tecniche. Per ciò che concerne la responsabilità civile delle azioni del cyber-bullo minorenni i genitori o tutori avendo la responsabilità genitoriale art.2048 codice civile sono gli unici responsabili<sup>87</sup>.

<sup>85</sup> L'unica eccezione a quanto appena affermato è rappresentata dai casi in cui il cyberbullismo è legato a reato più grave. La Cassazione penale sez. V, 27/04/2017, n.28623, stabilì che: "È configurabile il reato di stalking in caso di bullismo".

<sup>86</sup> Volendo fare un esempio se venisse pubblicato un video su un social ritraente la vittima del cyber-bullo occorrerebbero ore prima che il post possa essere rimosso, in queste ore il video potrebbe diventare virale e sconfinare il territorio rimanendo *de facto* in rete per sempre. Si veda tra le altre la sentenza: "Google-Vivi down" Cass. pen. sent. n. 5107/13.

<sup>87</sup> La giurisprudenza sul punto è numerosa, qui l'autore ritiene opportuno citare quanto sancito dalla Cassazione civile sez. III, 10/09/2019, n.22541: «*l'età ed il contesto in cui si è verificato il fatto illecito del minore non escludono né attenuano la responsabilità che l'art. 2048 c.c. pone a carico dei genitori, i quali, proprio in ragione di tali fattori, hanno l'onere di impartire ai figli l'educazione necessaria per non recare danni a terzi nella loro vita di relazione, nonché di vigilare sul fatto che l'educazione impartita sia adeguata al carattere e alle attitudini del minore, dovendo rispondere delle carenze educative cui l'illecito commesso dal figlio sia riconducibile*». Si veda anche quanto sancito dal Tribunale minorenni di Caltanissetta, 10/07/2018 la quale ha affermato che i genitori sono responsabili civilmente anche in caso di divulgazione di foto intime da parte del minore e procedimento ex art. 333 c.c. avverso i genitori. Consultabile in Diritto di Famiglia e delle Persone (II) 2019, 2, I, 668. La sentenza può leggersi anche in *ilfamiliarista.it.*, con nota di C. RAVERA, *Minori e internet: quando i genitori devono vigilare*. Per un approfondimento in tema di divulgazione di foto personali intime da parte di minori, si veda M. BIANCA, A. GAMBINO, R. MESSINETTI, *Libertà di manifestazione del pensiero e diritti fondamentali. Profili applicativi sui social networks*, Milano, 2016; M. MONTANARI, *La responsabilità delle piattaforme online (Il caso Rosanna Cantone)*, in *Dir. inf.*, 2017, 254 ss.; V. VENTURA, *Non può dirsi "utilizzato" il minore che diffonda il proprio autoscatto a carattere pornografico*, in *Ilpenalista.it*, 2016; M. ALOVISIO, *Il selfie: la cessione online di materiale pedopornografico prodotto dal minore stesso*, in *Dir. giust.*, 2016, 42 ss. In senso conforme alla massima, in giurisprudenza, Cass. 5 settembre 2006 n. 19069, in *Dir. giust.*, 2006, 36, con nota di San Giorgio; Trib. Teramo 16 gennaio 2012 n. 18, in *Dejure.it*. Sulle responsabilità penali della divulgazione di fotografie intime, v. Cass. pen. 26 settembre 2018 n. 1923, in *Dir. giust.*, 17 gennaio 2019; GIP La Spezia 30 giugno 2016 n. 971, in *Dejure.it*; Cass. pen. 26 marzo 2013 n. 19033, in *CED Cass. pen.*, 2013; Cass. pen. 5 febbraio 2009 n. 10085 in *Dejure.it*; Cass. pen. 15 febbraio 2008 n. 14230 in *Dejure.it*. Con riguardo alla necessità di "educazione ai social media", si veda il recente contributo di V. GHENO e B. MASTROIANNI, *Tienilo acceso*, Milano, 2018. Ad ultimo si ritiene importante citare il Tribunale Sulmona, 09/04/2018, secondo cui devono ritenersi civilmente responsabili, ex art. 2048, comma 1, c.c., i genitori di soggetti minorenni che diffondano, utilizzando mezzi telematici (WhatsApp, Facebook, etc.), fotografie contenenti l'immagine nuda di una coetanea e siffatta diffusione avvenga senza il

## 6. Il complesso bilanciamento tra *policies* private e diritti fondamentali.

Le scelte operate dai vari social media riguardo alle *policies* si scontrano spesso con i diritti e le tutele costituzionali dei cittadini del paese in cui il *social network* opera. Ogni paese europeo, infatti, come visto in precedenza, stabilisce un'età valida per prestare il consenso per scaricare le App e per utilizzarle differente e prevede tutele giuridiche diverse. Questo crea lacune nella tutela dei diritti degli individui che la giurisprudenza talvolta cerca di colmare.

Si pensi, ad esempio, come già accennato in precedenza alla *datification* rispetto al diritto alla tutela dell'identità personale e al diritto all'oblio<sup>88</sup>.

*The right to be forgotten* sancito anche nel recente GDPR e relativa legge di recepimento del maggio 2018 è fondamentale per assicurare ai cittadini il rispetto dei diritti inviolabili previsti dall'art.2 della Costituzione; in quanto, come attentamente sostenuto:

«il carattere tendenzialmente imperituro dei dati immessi in rete e la crescente compenetrazione tra dimensione virtuale e vita reale ha, infatti, irrimediabilmente modificato il percorso evolutivo della personalità dei consociati, rendendo necessaria l'individuazione di nuove forme di tutela dell'identità della persona»<sup>89</sup>.

---

consenso dell'interessata, in quanto è ad essi ascrivibile la colpa in vigilando ed in educando. In quest'ultimo caso secondo il Tribunale di Sulmona afferma che: «la responsabilità parentale può essere esclusa, ai sensi del comma 3 dell'art. 2048 c.c., soltanto qualora i genitori dimostrino di non aver potuto impedire il fatto, dovendosi con ciò intendere che gli stessi abbiano integralmente adempiuto al dovere di educare la prole attraverso lo sviluppo nella stessa di una adeguata capacità critica e di discernimento. La circostanza che al momento della commissione dell'illecito la fotografia in oggetto fosse già diffusa all'interno della comunità di appartenenza del soggetto fotografato e che ciò fosse dovuto, tra l'altro, alla condotta disinibita tenuta dal soggetto stesso, attenua la responsabilità civile, ma non la esclude, configurandosi in capo alla persona ritratta, ed ai genitori della stessa, un danno non patrimoniale consistente nella lesione di una pluralità di interessi costituzionalmente protetti, tra cui il diritto alla riservatezza, alla reputazione, all'onore, all'immagine, all'invulnerabilità della corrispondenza». Ad ultimo è necessario citare per completezza le sentenze pronunciate dalla Cassazione civile sez. VI, 04/10/2019, n.24907 e Cassazione civile sez. III, 19/02/2014, n.3964 le quali, allargando ulteriormente il campo della responsabilità civile dei genitori verso la condotta dei figli, affermano che la responsabilità dei genitori è da attribuirsi anche per quei fatti legati alla condotta del minore avente una maturità che ne permetterebbe l'accertamento della piena capacità di intendere e di volere. Il tipo di esperienza che l'adolescente può fare in un social è quindi molteplice.

<sup>88</sup> Per approfondire il tema del diritto all'oblio si suggerisce: D. MESSINA, *Il diritto all'oblio tra vecchie e nuove forme di comunicazione e di espressione*, in Quaderni di Diritto Mercato Tecnologia, Anno VI, n. 3, 2016.

<sup>89</sup> D.MESSINA, *Diritto all'oblio e limite territoriale europeo: la sentenza della Corte di Giustizia UE C-507/17 del 24 settembre 2019*, *De Iustitia*, 2019. La *datification* è un fenomeno che colpirà

Certamente questi dati presenti nei *social* rimangono finché il proprietario stesso non decida di cancellarli. Fino all'emanazione della sentenza *Google-Spain*<sup>90</sup> e successivamente con l'entrata in vigore del GDPR questo risultava altamente complesso se non impossibile<sup>91</sup>. Il nuovo GDPR grazie all'introduzione del diritto all'oblio permette di chiudere l'account, cancellare tutti i propri dati e salvarli offline sul proprio dispositivo. Sfortunatamente anche questo istituto così prezioso per difendere i propri diritti incontra una serie di limiti<sup>92</sup> territoriali e temporali.

È opportuno sottolineare come ad oggi le *policies* applicando algoritmi più o meno complessi influenzino durante l'utilizzo dell'App i diritti fondamentali dei minori, i quali non possono far altro se non rinunciarvi in tutto o in parte per utilizzare tale App.

### **7. Il ruolo dello Stato italiano e dell'Europa nella protezione dei dati dei minori.**

Nel panorama normativo appena descritto, se è vero che il nuovo Regolamento Europeo 679/2016, gli articoli 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E e le recenti decisioni della Corte di Giustizia<sup>93</sup> hanno "blindato" il diritto di ogni individuo a far rispettare la propria privacy, e a poter gestire i propri dati archiviati sui social media in senso teorico, è pur vero che da un punto di vista programmatico, viste le *policies* dei vari *social* è complesso far rispettare i propri diritti e molto spesso si può raggiungere l'obiettivo solo con delle azioni legali che se per le *high-tech companies* non sono particolarmente dispendiose mentre

---

maggiormente i nativi digitali ma è evidente come anche adesso riguardi un gran numero di utenti. Facebook, ad esempio, ripropone nel tempo "i ricordi degli utenti" a distanza di anni, utenti che un po' per mancanza di voglia, un po' per incapacità tecnica non sono in grado di gestire i dati pubblicati negli anni ed archiviati prontamente a fini commerciali.

<sup>90</sup> Corte di giustizia dell'Unione europea (CGCE), Causa C-131/12: GOOGLE SPAIN SL e GOOGLE INC. contro L'AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS E MARIO COSTEJA GONZÁLEZ.

<sup>91</sup> Pensiamo ad una coppia che stando insieme per anni pubblica centinaia di foto, ad un certo punto si lasciano, i profili di entrambi dovrebbero essere ripuliti da ognuno per anni ed anni indietro nel tempo. Foto per foto, video per video, post per post. Una mole di lavoro notevole con la spada di Damocle che in caso si dimentichi uno dei post si possa incorrere in un'azione da parte dell'ex partner. Infatti, se alcuni ricordi possono essere piacevoli altri possono non esserlo ed anzi ledere l'immagine o la reputazione del soggetto stesso o di altri a lui associati all'epoca.

<sup>92</sup> Per approfondire i limiti del diritto all'oblio si rimanda ad autorevole dottrina: D. MESSINA, *Il diritto all'oblio tra vecchie e nuove forme di comunicazione e di espressione*, in Quaderni di Diritto Mercato Tecnologia, Anno VI, n. 3, 2016. D.MESSINA, *Diritto all'oblio e limite territoriale europeo: la sentenza della Corte di Giustizia UE C-507/17 del 24 settembre 2019*, De Iustitia, 2019, ISSN 24215414.

<sup>93</sup> Vedi Corte di Giustizia 131/12



lo possono diventare per un singolo cittadino.

Tuttavia, sembra essersi rafforzato recentemente il ruolo dei tribunali nello spazio europeo nella tutela dei diritti dei cittadini. Si veda a tal proposito la recente sentenza della Corte di Giustizia Europea sez. III, 03/10/2019, n.18, la quale stabilisce che il provider, al fine di tutelare i diritti della vittima sanciti dall'art.18 della Direttiva del 08/06/2000 N. 31, è obbligato ad operare un filtraggio globale e specifico di contenuti equivalenti<sup>94</sup>. Questa sentenza è di notevole interesse anche per quanti minori vittime di cyber-bullismo possono tramite una sentenza nazionale assicurarsi che i suoi effetti siano globali e grazie al prefiltraggio possano essere definitivi. Al contrario si rischierebbe un aggiramento delle sentenze dei tribunali nazionali ed una grave mancanza di tutela delle vittime che si troverebbero sempre a dover fare nuove azioni al fine di tutelare i propri diritti<sup>95</sup>. Ad ultimo, sempre a livello europeo, l'art.10 della direttiva U.E. 2018/1808 ha introdotto il nuovo art.6bis c.2 della Direttiva SMAV il quale ha stabilito per le nuove piattaforme di diffusione dei contenuti audiovisivi (esempio i social media) il divieto di utilizzare per scopi commerciali i dati personali dei minori raccolti o altrimenti generali dai fornitori di servizi.

Si può affermare che sia le Corti italiane che quelle europee stanno costantemente lavorando per tutelare i diritti dei minori ed i loro dati, è giusto sottolineare il ruolo dello Stato italiano nel contrastare tali fenomeni grazie a progetti che mirano a divulgare le *best practices* e quindi la prevenzione dei fenomeni di cyber-bullismo, furto d'identità e illeciti a danni o causati da minori. Questo avviene grazie a progetti nazionali, regionali e locali che coinvolgono reti

---

<sup>94</sup> La sentenza, infatti, fornisce un'interpretazione estensiva dell'art.15 par.1 della Direttiva 08/06/2000 - N. 31, il quale stabilisce che i singoli tribunali nazionali possono: «1.ordinare a un prestatore di servizi di hosting di rimuovere le informazioni da esso memorizzate e il cui contenuto sia identico a quello di un'informazione precedentemente dichiarata illecita o di bloccare l'accesso alle medesime, qualunque sia l'autore della richiesta di memorizzazione di siffatte informazioni; 2.ordinare a un prestatore di servizi di hosting di rimuovere le informazioni da esso memorizzate e il cui contenuto sia equivalente a quello di un'informazione precedentemente dichiarata illecita o di bloccare l'accesso alle medesime, purché la sorveglianza e la ricerca delle informazioni oggetto di tale ingiunzione siano limitate a informazioni che veicolano un messaggio il cui contenuto rimane sostanzialmente invariato rispetto a quello che ha dato luogo all'accertamento d'illeceità e che contiene gli elementi specificati nell'ingiunzione e le differenze nella formulazione di tale contenuto equivalente rispetto a quella che caratterizza l'informazione precedentemente dichiarata illecita non siano tali da costringere il prestatore di servizi di hosting ad effettuare una valutazione autonoma di tale contenuto; e 3. ordinare a un prestatore di servizi di hosting di rimuovere le informazioni oggetto dell'ingiunzione o di bloccare l'accesso alle medesime a livello mondiale, nell'ambito del diritto internazionale pertinente».

<sup>95</sup> Per un approfondimento della sentenza si veda: D. BIANCHI, *Diritto & Giustizia*, fasc.179, 2019, pag. 3, note a sentenza.

di scuole di diversa estrazione socioculturale e portano degli esperti privati, esponenti delle forze dell'ordine e della magistratura a svolgere conferenze e lezioni sui temi relativi ai diritti dei cittadini ed a quelli dei minori in Internet<sup>96</sup>.

### **8. Prospettive regolatorie per le sfide in atto e che verranno.**

Nei precedenti paragrafi si è cercato di analizzare senza pretesa di completezza l'uso dei *social network* e delle App da parte di soggetti minori ed il ruolo che gli stessi nuovi media giocano nella loro crescita e formazione. Dall'analisi si può desumere che al momento, per ognuno degli aspetti analizzati, l'attuale normativa presenta una o più perplessità: lacune, difficoltà applicative, non comprensione dei cittadini sia maggiorenni che minorenni dei diritti e dei doveri espressi nella piazza virtuale della rete, bilanciamento tra le norme costituzionali lasciate alla libera interpretazione di soggetti privati ecc.: tutte problematiche evidenziate da tempo e conosciute nelle sedi istituzionali<sup>97</sup>.

La pluralità dei legislatori e la loro interrelazione con il carattere sovranazionale delle imprese *high tech* rende impossibile un'univocità informativa<sup>98</sup> nonostante

<sup>96</sup> Si pensi ad esempio fra i molti progetti realizzati dall'ente ANCEI Formazione e Ricerca [www.ancei.org](http://www.ancei.org) negli ultimi 5 anni grazie ai fondi del Ministero dell'Istruzione Università e Ricerca, della varie Regioni e della Presidenza del Consiglio dei Ministri: al progetto del 2018 "70 anni di Costituzione: i valori di cittadinanza, legalità e democrazia nei giovani dell'era 3.0." realizzato in partenariato con l'Istituto Via Gramsci di Valmontone oppure nello stesso anno il progetto: "La Carta dei diritti in alternanza scuola-lavoro: uno strumento di qualificazione dei percorsi, un'opportunità per il futuro degli studenti" realizzato in partenariato con l'Istituto Paolo Baffi di Fiumicino. Nel 2017 il progetto "Giovani Cittadini Protagonisti: Percorsi Educativi sulla Legalità e sulla Cittadinanza Attiva per Gli Adulti Di Domani" realizzato con l'Istituto Galilei di Roma; il progetto: "Cultura della Legalità per un'educazione efficace giovani cittadini" realizzato con Istituto Vespucci di Roma; il progetto: "Educazione al rispetto, stop alla Violenza Sessuale e di genere, al bullismo ed al cyberbullismo" realizzato con Istituto Paritario Maria Consolatrice di Roma; il progetto "R.I.V.A. Rete Integrata contro ogni Violenza, lontano dagli stereotipi per il rispetto reciproco" con Istituto Paritario Bonifacio VIII e Comune di Anagni. Nel 2015, il progetto "Promozione della cultura scientifica e valorizzazione del sistema di trasferimento tecnologico" in partenariato con gli istituti scolastici: ITAS Garibaldi di Roma, IIS Pertini di Genzano (RM), Liceo Scientifico Avogadro di Torino, Liceo Scientifico Maria Consolatrice Milano, Liceo Scientifico Internazionale Leoniano di Anagni (FR), IISS "Giordano" di Venafrò (IS), Liceo Scientifico Vailati di Genzano (RM) ed in collaborazione con il Università "La Sapienza" di Roma, facoltà di Ingegneria, Dipartimento DICEA.

<sup>97</sup> Si fa riferimento al IV Rapporto di aggiornamento 2007-2008, p.48-49, elaborato dal gruppo di Lavoro per la Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, il quale già all'epoca sollevò il problema nel merito riguardante "la sicurezza per gli utenti più piccoli, poiché sono tra i principali fruitori e produttori di contenuti" (audiovisivi) e con riguardo ai *social network*, in cui il Gruppo di lavoro evidenziò come, sebbene questi consentano la piena libertà di espressione e comunicazione emergono comportamenti preoccupanti quali: "una scarsa attenzione ai propri dati personali e la propensione ad incontrare – non accompagnati– offline, persone conosciute in rete".

<sup>98</sup> A seguito del rapporto in nota precedente, il Parlamento italiano elaborò la proposta di un "Codice Unico Minori e Media" che includesse maggiori tutele per i minori non solo legate ai

le numerose richieste pervenute in tal senso<sup>99</sup>.

Tuttavia, è opinione condivisa che per affrontare e risolvere le questioni di cui si è dato conto nel presente lavoro occorra l'emanazione da parte del legislatore nazionale e/o europeo di una nuova normativa di riferimento che consenta da un lato una maggiore regolazione dei fenomeni che vedono come soggetti i minori nel mondo dei social network a sostituzione del quadro di *soft law* e dall'altro di colmare quelle "zone grigie" causate dalle differenze di tutela del minore nei vari paesi europei conseguenti ad una disomogeneità normativa attualmente presente.

Da troppo tempo la rete e le piattaforme digitali da essa nate non sono state oggetto di opportuna regolamentazione sovranazionale ma al contrario sono state lasciate all'autoregolamentazione pura (c.d. *self-regulation*<sup>100</sup>) con tutte le conseguenze<sup>101</sup> descritte<sup>102</sup>.

Se le notizie importanti, fondamentali per un paese, devono passarvi quasi obbligatoriamente per essere diffuse è evidente che quel *social network* svolge un servizio pubblico di informazione e come tale dovrebbe essere regolato.

---

contenuti audiovisivi presenti sui "vecchi" canali di informazione e comunicazione ma anche e soprattutto su quelli nuovi dei social. La proposta purtroppo non fu mai trasformata in legge.

<sup>99</sup> Significativi a tal proposito sono i numerosi rapporti del Gruppo di Lavoro per la Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza che hanno richiesto al legislatore di fornire le autorità pubbliche di "adeguati strumenti sanzionatori di monitoraggio rispetto a TV, videogiochi, internet e cellulari". Per approfondimenti si suggeriscono: il II Rapporto supplementare 2009, ad p. 56; l'VIII Rapporto di Aggiornamento 2014-2015, ad p. 62.; il IX Rapporto di Aggiornamento 2015-2016, ad p. 71 ed ultimo in ordine cronologico il III Rapporto supplementare 2017, ad p. 74.

<sup>100</sup> In tal senso possiamo vedere quanto previsto all'art.40 par.2 lett.g del GDPR: «Le associazioni e gli altri organismi rappresentanti le categorie di titolari del trattamento o responsabili del trattamento possono elaborare i codici di condotta, modificarli o prorogarli, allo scopo di precisare l'applicazione del presente regolamento [...] relativamente a [...] l'informazione fornita e la protezione del minore e le modalità con cui è ottenuto il consenso dei titolari della responsabilità genitoriale sul minore». In altre parole, il GDPR ed il relativo Working Party hanno dimostrato di essere favorevoli ai codici di condotta scelti da parte delle industrie e quindi ai mezzi di autoregolamentazione. Tuttavia, l'adozione di un codice di condotta è facoltativa per l'azienda e la responsabilità rimane in capo al genitore/esercente patria potestà. Infatti, gli articoli 58 par.2, 83 par.2 lett.j e 83 par.4 del GDPR stabiliscono che in caso di violazioni di cui all'art.8 il possessore di un codice di condotta rappresenta "uno degli elementi da tenere in considerazione" nel decidere l'ammontare della sanzione amministrativa."

<sup>101</sup> Si veda *infra* per approfondire i risultati dello studio svolto dalla commissione europea nel 2016 dal quale si evidenzia che negli stati europei che hanno adottato il modello della self-regulation i minori sono sostanzialmente meno tutelati: Commissione Europea, *Study on the impact of marketing through social media, online games and mobile applications on children's behaviour*, 2016 consultabile al link: [https://ec.europa.eu/info/publications/study-impact-marketing-through-social-media-online-games-and-mobile-applications-childrensbehaviour\\_en](https://ec.europa.eu/info/publications/study-impact-marketing-through-social-media-online-games-and-mobile-applications-childrensbehaviour_en).

<sup>102</sup> Senza contare che gli standard dei codici di condotta adottati dai social, a cui il minore presta il consenso per l'utilizzo dell'app o del software, sono a discrezione dell'azienda con l'unico limite di essere comprensibili al fine di assicurare al minore di comprenderne il contenuto.

Secondo alcuni<sup>103</sup> una possibile soluzione intermedia, in attesa del legislatore nazionale, pur prospettata da molti, potrebbe essere quella di passare da una *self-regulation* ad una *co-regulation*<sup>104</sup>.

Questa evoluzione si rende necessaria vista la sempre maggiore personalizzazione dei servizi dell'informazione, resa possibile dal continuo progresso tecnologico che ha dato vita al *machine learning* e all'intelligenza artificiale per la raccolta e lo sfruttamento dei dati. La *co-regulation* potrebbe portare a *policies* più comprensibili per un minore e soggette in caso di violazione ad un più facile processo di accertamento e sanzione da parte dell'autorità pubblica di controllo<sup>105</sup>.

Se è vero che i *big data* sono il nuovo petrolio, il favorire la nascita di un social network europeo i cui dati raccolti vengano archiviati in Europa permetterebbe sia di risolvere i problemi relativi alla tutela dei dati personali in vita e superando la territorialità dei giudizi e dei provvedimenti nazionali, la loro applicabilità, la velocità di risposta della piattaforma ed inoltre consentirebbe l'adeguamento delle *policies* alla normativa europea e di rafforzare l'economia europea.

Se questa può sembrare un'idea troppo radicale, l'alternativa più plausibile è una riforma sostanziale della direttiva europea 31/2000/CE sull'e-commerce che

<sup>103</sup> F. DI PORTO, in *La libertà di espressione del minore e il diritto all'accesso ai mezzi di comunicazione e alla riservatezza*, in La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza – conquiste e prospettive a 30 anni dall'adozione, 2019, pag.230 e ss.

<sup>104</sup> Per una definizione di *co-regulation* si vedano tra i molti autorevoli: I. AYRES e J. BRAITHWAITE, *Responsive Regulation*, Oxford, 1994; R. BALDWIN, M. CAVE, M. LODGE, *Understanding Regulation*, Oxford University Press, 2012, p. 146). Essi la definiscono come "la definizione delle regole da parte delle associazioni dell'industria con qualche forma di controllo o ratifica da parte del soggetto pubblico: concretamente una *self-regulation* con in aggiunta il controllo più o meno permeante ed invasivo del Governo o del Parlamento. Alcuni, come la Prof.ssa F. DI PORTO, in *La libertà di espressione del minore e il diritto all'accesso ai mezzi di comunicazione e alla riservatezza*, nov.2019, pag.230 suggerisco di utilizzare un modello c.d. "*enforced-self-regulation*" come "esempio di *co-regulation* che prevede il coinvolgimento del soggetto pubblico non tanto (o meglio, non solo) nella fase di definizione delle regole, ma soprattutto in quella di attuazione delle stesse.". La *co-regulation* viene anche appoggiata dallo studio della Commissione Europea del 2016 precedentemente citato, in quanto essa garantisce un maggior *empowerment* dei minori rendendo la loro *awareness* e capacità di gestione dei dati più attenta e migliore.

<sup>105</sup> Se infatti esse fossero frutto di negoziazione con tutti gli *stakeholders*, gli impegni assunti a tutela dei minori da parte dei titolari e responsabili del trattamento in esito a tale procedimento potrebbero essere resi vincolanti con decisione regolatoria. Di conseguenza, le autorità di controllo quali Agcom, Garante Privacy e Garante Adolescenza potrebbero avere dei veri poteri sanzionatori nel caso di violazione degli impegni volontariamente assunti. Concorde con questo sistema fu il Consiglio d'Europa nella Raccomandazione ai punti 67 e 68, 77 e 100: *Committee of Ministers of the Council of Europe, Guidelines to respect, protect and fulfil the rights of the child in the digital environment* (CM/Rec(2018)7), del 4 luglio 2018, consultabile al link: [www.coe.int/en/web/children/the-digital-environment](http://www.coe.int/en/web/children/the-digital-environment).

modifichi la responsabilità delle piattaforme rispetto ai contenuti in esse immesse dagli utenti così come avvenuto recentemente con la direttiva UE 2018/1808 in materia di servizi media audiovisivi che hanno esteso la tutela del minore, riservata precedentemente alla TV, ai servizi erogati anche su internet.

In questo modo, forse, si potrebbero spingere le piattaforme dei *social networks* ad eliminare tutta una serie di problematiche nel loro stesso interesse al fine di evitare possibili azioni legali degli utenti.

In conclusione, vista la situazione attuale, un primo passo dovrebbe essere fatto dagli stati nazionali e tra questi quello italiano per disciplinare la materia limitando l'autoregolazione e favorendo la co-regolazione al fine di giungere ad un codice unico in materia di minori ed internet come prospettato nel IV Rapporto di aggiornamento 2007-2008, elaborato dal gruppo di Lavoro per la Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza<sup>106</sup>. Questo tipo di fonte, infatti, consentirebbe l'applicazione dei principi costituzionali direttamente da parte del legislatore nazionale e non da enti privati in regime di autoregolamentazione pura.

La nuova sfida del diritto contemporaneo è aperta.

---

<sup>106</sup> Il quale parlava di "Codice Unico Minori e Media", per un approfondimento sul contenuto del rapporto si veda *infra*. Si noti che il "codice di autoregolamentazione Tv e Minori" del 2002 ebbe inizialmente la forma di atto privato, fu poi recepito e trasformato con la legge di sistema n.112/04, trasfusa nel Testo Unico di cui al Decreto legislativo n.177/05, e successivamente modificato dal D.lgs n.44/10. Il Codice è divenuto vincolante per tutte le emittenti a prescindere dalla sottoscrizione dello stesso e dalla tipologia di piattaforma utilizzata. Esso rappresenta un esempio di come un codice di autoregolamentazione privato possa essere trasformato in legge per garantire equamente e uniformemente i diritti dei minori. Da notare che nel 2019 è stato proposto un D.D.L.: "Norme per la tutela dei minori che accedono alla rete internet e istituzione del registro dei provider aderenti al codice di autoregolamentazione Internet e minori", XVIII Legislatura, in Atti parlamentari del Senato della Repubblica n.1329, che si pone l'obiettivo di riformare ulteriormente il sistema.

**Cassazione penale, 2<sup>a</sup> Sezione, Sentenza del 18 novembre 2020 (depositata il 23 dicembre 2020), n. 37381, Presidente Rago, estensore Sgadari, Procuratore Generale Pedicini.**

**di Alfonso PORCIELLO\***

**SOMMARIO:** 1. Il fatto. 2. Immedesimazione organica: interesse o vantaggio. 3. Cassazione penale n. 37381/2020: una decisione contraddittoria o un sussurrato abbandono della teoria dualista?

**ABSTRACT:** *With this decision, the Supreme Court of Cassation ruled out, about the corporate liability, the possibility that the act committed by top management can also be attributed to the legal entity, if the corporate has obtained from the fact an entirely occasional advantage.*

*However, although this ruling is acceptable from the point of view of the result achieved, it appears inextricably at odds with the orientation of the autonomy of the two criteria, to which the Court itself has always adhered.*

*The purpose of this note is therefore, after having briefly examined the various conceptions concerning the criteria of interest and advantage, to examine the meaning of this decision to understand whether it is simply contradictory or conceals, instead, a silent abandonment of the dualist orientation.*

**1. Il fatto.**

Il Tribunale di Patti, con sentenza dell'11 dicembre 2015, aveva dichiarato gli imputati responsabili dei reati di associazione per delinquere, finalizzata alla commissione di una serie di truffe aggravate ai danni dello stato, reati di falso e malversazioni inerenti alla percezione di erogazioni pubbliche in frode alla l. n. 488/1992, nell'ambito di progetti di realizzazione di opere nel settore turistico alberghiero.

Secondo tale decisione, gli stessi avevano messo in piedi un reticolo di società, dotate solo apparentemente di capacità giuridica e patrimoniale, funzionale all'ottenimento di elargizioni statali per il settore turistico e alberghiero che, una

---

\**Dottore Magistrale in Giurisprudenza, attualmente iscritto nel registro dei praticanti avvocati del foro di Napoli. Studente del Master di II Livello in "Diritto Penale di Impresa", presso la LUISS-School of Law.*

volta ottenute, non venendo destinate allo scopo cui erano conferite, confluivano invece in un unico illecito centro di interessi.

Il Tribunale, emettendo declaratoria di non doversi procedere per intervenuta prescrizione dei reati fine, condannava gli imputati per il delitto di associazione per delinquere, confermando la confisca di quanto in sequestro. Con la medesima sentenza, veniva accertata la responsabilità amministrativa dipendente da reato delle società coimputate e ordinata, ex art. 19 d.lgs. 231/2001, la confisca del profitto dei reati di malversazione a danno dello Stato, che gli enti avevano lucrato. La Corte di Appello di Messina, sul punto, confermava sostanzialmente la decisione del giudice di prime cure.

Entrambe le società adivano la Suprema Corte di Cassazione, censurando la violazione dell'art. 5 d.lgs. 231/2001. A parere dei ricorrenti, infatti, nei gradi di merito, sarebbe emerso che i vertici delle società imputate avevano agito nell'interesse del solo sodalizio criminoso, e non anche degli enti, i quali avevano lucrato, dalle condotte illecite degli apicali, un vantaggio del tutto occasionale. La Corte, con la sentenza annotata, ritenendo sussistente invece un vantaggio non fortuito, rigettava i ricorsi nell'interesse degli enti.

I giudici però, nulla osservavano sulla compatibilità di tale decisione con la concezione dualista dell'interesse e vantaggio, a cui storicamente la Cassazione ha aderito.

Per rendere più chiaro l'*iter* logico giuridico seguito dalla Suprema Corte, può essere utile approfondire i presupposti oggettivi per l'ascrizione di responsabilità all'ente.

## **2. Immedesimazione organica: interesse o vantaggio.**

L'art. 5 del d.lgs. 231/2001 detta i requisiti oggettivi per l'ascrizione all'ente della

responsabilità amministrativa<sup>1</sup>, dipendente da reato<sup>2</sup>. L'illecito penale presupposto deve, prima di tutto, essere commesso da soggetti che, per la loro posizione, di diritto ma anche di fatto, siano in grado di impegnare la responsabilità dell'ente: i soggetti apicali o i dipendenti che siano sotto la, di questi, vigilanza e direzione. Storicamente si è dibattuto molto sia sulla sussistenza, in capo ai soggetti metapersonali, di capacità penale<sup>3</sup>, sia sulla compatibilità<sup>4</sup>, di siffatto sistema, che attribuisce ad una persona (giuridica) le conseguenze penali per l'azione di un'altra (fisica), con il principio personalistico *ex art. 27 c.1 della Costituzione*.

Tale secondo interrogativo è stato superato alla luce del concetto di immedesimazione organica, su cui si fonderebbe il sistema di responsabilità della *societas*<sup>5</sup>: le persone giuridiche agiscono per il tramite di quelle fisiche che ne

<sup>1</sup> Si è discusso in dottrina se tale tipo di responsabilità dell'ente fosse di natura amministrativa, mista o penale. Non volendo scendere nell'analisi del problema, si tenga presente che, indipendentemente dalla etichetta che le si voglia attribuire, la disciplina in esame, comunque, ha esteso al soggetto sottoposto a tale procedimento le garanzie della legge penale. Si legge nella Relazione Ministeriale: «Tale responsabilità, poiché conseguente da reato e legata (per espressa volontà della legge delega) alle garanzie del processo penale, diverge in non pochi punti dal paradigma di illecito amministrativo ormai classicamente desunto dalla L. 689 del 1981. Con la conseguenza di dar luogo alla nascita di un *tertium genus* che coniuga i tratti essenziali del sistema penale e di quello amministrativo nel tentativo di contemperare le ragioni dell'efficacia preventiva con quelle, ancor più ineludibili, della massima garanzia». Relazione al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, punto 1.1, cit., p.11. Ne deriva che, pur ove la si volesse qualificare diversamente, comunque, per espressa previsione della stessa, la disciplina dovrebbe confrontarsi con le massime garanzie della legge penale.

Tale prospettazione è avallata anche dalla Suprema Corte. Cfr. Cassazione Penale, Sez. Unite, 24 aprile 2014, depositata 18 settembre 2014, n. 38343 – Thyssenkrupp.

<sup>2</sup> In ogni caso, indipendentemente dalla etichetta conferita dal legislatore interno, si tenga presente che tale disciplina, avendo dei contenuti punitivi, alla stregua della giurisprudenza della Corte EDU, comunque, andrebbe considerata materia penale. Cfr. Corte EDU, 8 giugno 1976, *Engel c. i Paesi Bassi* e, per quanto attiene il requisito della "finalità punitiva", Corte EDU, 21 febbraio 1985, *Öztürk c. Germania*. Tali sentenze sono disponibili, la prima, in [www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int) e, la seconda, in *Corte EDU, Öztürk c. Germania, 21 febbraio 1985*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 894, con nota di C.E. PALIERO, "Materia penale" e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: una questione classica e una svolta radicale. Per pronunce più recenti che "affinano" i criteri *Engels*, Corte EDU, 16 settembre 2009, *Ruotsalainen c. Finlandia*; Corte EDU, 18 ottobre 2011, *Tomasovic c. Croazia*.

<sup>3</sup> Per la risposta affermativa, si veda D. PULITANO, *La responsabilità 'da reato' degli enti: i criteri d'imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, pp. 423 a 425 e, sulla impossibilità di superare la lacuna originaria riguardante la capacità penale degli enti, si consulti V. MAIELLO, *La natura (formalmente amministrativa ma sostanzialmente penale) della responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001: una truffa delle etichette davvero innocua?* in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 2002, pp. 887 a 889 e, per quanto attiene alla lacuna originaria, p. 898.

<sup>4</sup> Cfr. D. PULITANO, *La responsabilità 'da reato' degli enti*, cit., pp. 425 ss.

<sup>5</sup> Cfr. C. PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri non potest. Riflessioni sul recente (contrastato) superamento di un dogma*, in *Quest. Giust.*, 5/2002, p. 582.



abbiano la rappresentanza. Tali soggetti, infatti, assumendo gli interessi della stessa ad orientamento della propria attività, risultano essere il tramite necessario per l'agire della società<sup>6</sup>. Così come, per il tramite di suddetti individui, l'ente compie atti che vanno ad incidere sulla propria sfera giuridica, allo stesso modo, per il tramite degli stessi soggetti, potendo commettere degli illeciti di natura civilistica<sup>7</sup>, ben potrà porre in essere anche dei reati<sup>8</sup>.

Può capitare però che tali individui agiscano fuori dalla veste di organi, perseguendo interessi personali o altrui, addirittura in contrasto con quelli dell'ente. In tali casi, qualsiasi attribuzione di responsabilità punitiva all'ente, rischierebbe di non soddisfare divieto di rispondere di un *fatto altrui*, promanate, prima che dall'art. 27 c. 1, dall'art. 25 c. 2 della Costituzione<sup>9</sup>.

Il legislatore ha dunque avvertito l'esigenza di tipizzare gli ulteriori criteri dell'interesse e del vantaggio che, traducendo in termini normativi il concetto di immedesimazione organica<sup>10</sup>, avrebbero lo scopo di rilevare quando, interrompendosi tale legame, il soggetto agisca al di fuori della volontà dell'ente<sup>11</sup>, ossia per un interesse proprio o di altri<sup>12</sup>.

Sulla portata interpretativa di tali criteri si sono avvicendate storicamente due correnti.

La prima, quella monistica, sostenendo che i due concetti fossero parti di una *endiadi* di significato<sup>13</sup> e che gli stessi potessero essere ridotti "ad uno", individuava nell'interesse, oggettivamente inteso, il criterio fondamentale di ascrizione della responsabilità. Il requisito del vantaggio, in siffatta concezione, relegato a ricoprire un ruolo accessorio e servente, rilevava solo come mero

<sup>6</sup> Cfr. D. PULITANÒ, *op.cit.*, p. 425.

<sup>7</sup> Attraverso i suoi rappresentanti, infatti, l'ente conclude dei contratti che producono effetti nella propria sfera giuridica. Allo stesso modo, risponde delle violazioni degli accordi stipulati nel suo interesse. Cfr. D. PULITANÒ, *op.cit.*, p. 422.

<sup>8</sup> Cfr. G. DE VERO, *Trattato di diritto penale*, Milano, 2008, p. 41; D. PULITANÒ, *op.cit.*, pp. 422 e 423.

<sup>9</sup> Cfr. G. DE VERO, *Trattato di diritto penale*, p. 32.

<sup>10</sup> Cfr. Relazione ministeriale al D.lgs. n. 231/2000, p. 16.

<sup>11</sup> O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in AA.VV., a cura di G. LATTANZI, *Reati e responsabilità degli enti*, Milano, 2010, cit., p. 71.

<sup>12</sup> Cfr. DE SIMONE, *La Responsabilità da reato degli Enti: natura giuridica e criteri (oggettivi) di imputazione*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2012, p. 35.

<sup>13</sup> Cfr. D. PULITANÒ, *op.cit.*, p. 425; C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale della società*, Milano, 2002, cit. p. 332; T. GUERINI, *Diritto penale ed enti collettivi. L'estensione della soggettività penale, tra repressione, prevenzione e Governo dell'economia*, Torino, 2018, p. 67; M. N. MASULLO, *Responsabilità dell'ente e reati colposi: il profilarsi di una diversa esigenza imputativa*, in AA.VV., a cura di G. Casaroli, F. Giunta, R. Guerrini, A. Melchionda, *La tutela penale della sicurezza del lavoro. Luci e ombre del diritto vivente*, Pisa, 2015, p. 213;

indice sintomatico della probabile presenza di interesse<sup>14</sup>. L'utilizzo dei due termini "in accostamento" avrebbe avuto il precipuo scopo di esprimere un concetto che, con uno solo dei termini, non sarebbe stato possibile descrivere interamente. In altre parole, con tale *endiadi*, si sarebbe voluto intendere un interesse dal punto di vista oggettivo, non come scopo perseguito dall'autore dell'illecito, ma come «tendenza obbiettiva, esternamente riconoscibile»<sup>15</sup> o come idoneità<sup>16</sup> della condotta illecita a determinare un vantaggio per l'ente. In tale caso, il profilo teleologico dell'azione, andrebbe sì valorizzato, ma non in relazione alla finalità dell'autore ma «[...] in base ad una finalità più valida: quella che gli assegnerebbe, nella stessa situazione, un cittadino avveduto»<sup>17</sup>.

Ciò con lo scopo di evitare che l'utilizzo del concetto di interesse, *sic et simpliciter*, nella accezione *marcatamente soggettiva* richiamata dalla Relazione Governativa, desse rilevanza a motivi<sup>18</sup> dell'agente. Si pensi, in tal senso, ad un reato di mutilazione di organi genitali femminili, reato presupposto art. 25-quater.1, d.lgs. 231/2001, commesso da un soggetto apicale di una holding finanziaria, nella convinzione che tale azione possa determinare un vantaggio per l'ente di appartenenza. In tale caso, utilizzando il concetto di interesse, in guisa squisitamente soggettiva, si finirebbe per punire l'ente per una mera intenzione dell'agente, non estrinsecatasi in atti esterni idonei a cagionare una utilità, in lesione del principio di offensività.

L'applicazione del criterio dell'interesse, in chiave marcatamente psicologica, tra l'altro, colliderebbe con l'art. 8 c.1 lettera a) del d.lgs. 231/2001. Tale disposizione, infatti, prevedendo che la responsabilità dell'ente possa sussistere anche nel caso in cui l'autore del reato presupposto resti non identificato<sup>19</sup>, escluderebbe qualsiasi ingresso dell'*animus* dell'agente nei meccanismi di ascrizione oggettiva del fatto alla persona giuridica<sup>20</sup>.

Per tale concezione, il concetto di vantaggio<sup>21</sup>, oltre a correggere in senso

<sup>14</sup> Cfr. A. ALESSANDRI e S. SEMINARA, *Diritto Penale Commerciale*, Vol. I: *i principi generali*, Torino, 2018, p. 95.

<sup>15</sup> *Ibidem*.

<sup>16</sup> Cfr. E. AMATI e N. MAZZACUVA, *Diritto Penale dell'economia*, Torino, 2020, p. 46.

<sup>17</sup> Cfr. C. PEDRAZZI, *Il fine dell'azione delittuosa (nota a Cass. pen., sez. III, 25 ottobre 1949, Continenza)*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1950, p. 261.

<sup>18</sup> Cfr. D. PULITANÒ, *op.cit.*, p. 425.

<sup>19</sup> Sul punto, parte della dottrina, individua in tale articolo una valenza più teorica che pratica. Tra l'altro, onde non voler rendere inoperanti le norme di favore, di cui agli artt. 6 e 7 d.lgs. 231/2001, gli autori del reato dovrebbero essere quantomeno identificati nel *genus*.

<sup>20</sup> Cfr. G. DE VERO, *op.cit.*, p. 160. Cfr. T. GUERINI, *Diritto penale ed enti collettivi*, p. 56.

<sup>21</sup> Il vantaggio sarebbe da interpretare come «una sorta di variabile causale che potrà anche darsi concretamente senza che, per ciò solo, si debba ipotizzare una responsabilità da reato della

oggettivo quello di interesse, assume perlopiù una finalità squisitamente probatoria<sup>22</sup>: un vantaggio *ex post* percepito da parte dell'ente, in conseguenza di una condotta illecita posta in essere da un soggetto apicale, sarebbe da concepire, in ossequio al principio generale del *cui prodest*, quale punto<sup>23</sup> di partenza per approfondire una indagine finalizzata a valutare se tale reato sia *anche* esternamente riconoscibile come espressione della politica dell'ente.

Tale concezione sarebbe tra l'altro supportata dall'art. 5 c. 2, ai sensi del quale, la responsabilità dell'ente, verrebbe meno ove emergesse che l'autore del reato abbia agito nell'interesse proprio o di terzi<sup>24</sup>. Inoltre, come invocato a supporto dalla stessa dottrina, l'art. 12 c. 1 lett. a), prevedendo una circostanza attenuante nel caso in cui l'ente abbia commesso il fatto nel prevalente interesse proprio o di terzi e il vantaggio sia minimo od addirittura inesistente, rimarcherebbe la necessità del primo requisito e la mera occasionalità del secondo<sup>25</sup>.

Per la concezione dualistica invece, i due criteri sarebbero autonomi, con la conseguenza che, pur in assenza di interesse, sarebbe possibile ascrivere la responsabilità di un fatto all'ente sulla base del mero vantaggio<sup>26</sup> da questi lucrato. Più precisamente, «per fondare la responsabilità, giusta l'alternatività dei criteri, è sufficiente che se ne accerti la ricorrenza di uno solo»<sup>27</sup>.

Tale teoria, che ha ricevuto da subito il supporto della giurisprudenza<sup>28</sup> sia di

---

persona giuridica». Cfr. G. DE SIMONE, *La Responsabilità da reato degli Enti*, cit., p. 671. La stessa considerazione è presente anche in M. N. MASULLO, *Responsabilità dell'ente e reati colposi: la profilarsi di una diversa esigenza imputativa*, p. 213;

<sup>22</sup> Cfr. PULITANÒ, voce *Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, in *Enciclopedia del Diritto*, 2002, p. 958.

<sup>23</sup> Cfr. L. FOFFANI, *Responsabilità delle persone giuridiche e riforma dei reati societari*, in AA.VV., a cura di F. PALAZZO, *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Padova, 2003, p. 235.

<sup>24</sup> Cfr. E. AMATI e N. MAZZACUVA, *Diritto Penale dell'economia*, p. 45.

<sup>25</sup> *Ibidem*.

<sup>26</sup> È importante notare che il concetto di vantaggio non deve necessariamente coincidere con quello di profitto, avendo tali concetti in comune solo il fatto di consistere in un risultato raggiunto come corrispettivo dell'illecito. Il profitto però ha una natura strettamente patrimoniale mentre, il vantaggio, può consistere in qualsiasi utilità, come ad esempio, nel raggiungimento di posizioni nel mercato o nell'aumento di valore delle azioni.

<sup>27</sup> Cfr. G. AMATO, *Le interferenze fra la responsabilità dell'ente e quelle della persona fisica*, in *La resp. amm. soc. e enti*, 2/2012, p. 27.

<sup>28</sup> Cfr. T. GUERINI, *op.cit.*, p. 67.

merito<sup>29</sup> che di legittimità<sup>30</sup>, trarrebbe origine dall'interpretazione della Relazione Governativa al decreto legislativo<sup>31</sup>, alla cui stregua, i due criteri d'imputazione dell'interesse e del vantaggio, sarebbero da intendere, come desumibile dalla congiunzione "o" utilizzata dal legislatore, come autonomi tra loro. Tali requisiti, dunque, potrebbero essere alternativamente presenti, senza che questo faccia venir meno della responsabilità dell'ente<sup>32</sup>. Per taluni autori, l'autonomia di tali concetti sarebbe deducibile proprio dall'art 12 c. 1 lett. a), da cui si evincerebbe la possibilità di ascrivere all'ente la responsabilità anche in presenza di un solo criterio (anche se, per tale norma, ciò sarebbe possibile in presenza del solo interesse)<sup>33</sup>.

Le critiche a tale seconda teoria, normalmente, muovono dal presupposto che un'applicazione del criterio del vantaggio, come condizione necessaria e sufficiente per l'imputazione oggettiva, per l'ampiezza del concetto, dilaterrebbe troppo, specialmente in presenza di utilità davvero minime e senza degli atti *ex ante* idonei a produrle, la responsabilità dell'ente<sup>34</sup>. Tale concezione, tra l'altro, crea non pochi problemi interpretativi per quelle norme, come l'art. 5 c. 2, le quali fanno riferimento ad uno solo dei concetti e non anche all'altro<sup>35</sup>.

Anche gli aderenti a tale concezione, contrariamente a quanto previsto dalla

---

<sup>29</sup> Cfr. T. Milano 20.12.2004, pp. 6, 69 ss. in cui si legge il rapporto tra i due criteri, «nel senso che, purché il reato sia stato compiuto nell'interesse dell'ente, non occorre anche che da esso l'ente ne abbia tratto vantaggio».

<sup>30</sup> Cfr. Cass., 30 gennaio 2006, n. 3615, pp. 15, 59 ss. In tale decisione, tra le prime sul punto, la Suprema Corte afferma che «[...] Non sembra quindi da condividere la definizione di endiadi attribuita da parte della dottrina alla locuzione che diluirebbe, così, in più parole un concetto unitario [...]». I due vocaboli sarebbero giuridicamente diversi, potendosi distinguere un interesse "a monte" della società, pur non concretizzatosi in fatto, ed un vantaggio, a valle, dall'ente, che magari l'agente nemmeno si sia mai preconfigurato; Cassazione Penale, Sez. Unite, 24 aprile 2014, depositata 18 settembre 2014, n. 38343 – Thyssenkrupp; tra le ultime Cass. Pen., Sez. 2<sup>a</sup>, 5 ottobre 2017, n. 295; Cass. Pen, Sez. 4<sup>a</sup>, 9 agosto 2018, n.38363; Cass. Pen., Sez. 4<sup>a</sup>, 17 aprile 2019, n. 16598. L'ultima sul punto Cass. Pen, Sez. 4<sup>a</sup>, 5 febbraio 2021 n. 4480.

<sup>31</sup> Nel quale corpo si afferma chiaramente che «il richiamo all'interesse dell'ente caratterizza in senso marcatamente soggettivo la condotta delittuosa della persona fisica e che "si accontenta" di una verifica *ex ante*; viceversa, il vantaggio, che può essere tratto dall'ente anche quando la persona fisica non abbia agito nel suo interesse, richiede sempre una verifica *ex post*». Cfr. Relazione Ministeriale al D.lgs. n. 231/2001, in [www.aadv231.it](http://www.aadv231.it), paragrafo 3.2.

<sup>32</sup> Cfr. Cassazione Penale, Sez. Unite, 24 aprile 2014, depositata 18 settembre 2014, n. 38343 – Thyssenkrupp.

<sup>33</sup> Si noti che si tratta proprio della stessa norma a cui fa riferimento, per fondare la propria interpretazione, la teoria monistica. Ciò perché, tale norma, se è vero che rende possibile, in astratto, l'attribuzione di responsabilità in presenza di un solo criterio, è pur vero che, in concreto, lo permette in presenza dell'interesse.

<sup>34</sup> Cfr. A. ALESSANDRI e S. SEMINARA, *Diritto Penale Commerciale*, p. 95.

<sup>35</sup> Cfr. Cass. Pen., Sez. 2<sup>a</sup>, 20 dicembre 2005, n. 3615, nella quale si sottolineano i delicati problemi di coordinamento che derivano dalle disposizioni che conferiscono un ruolo esclusivo all'interesse.

relazione illustrativa del d.lgs. n. 231/2001, che faceva riferimento ad una connotazione *marcatamente soggettiva* del concetto dell'interesse, da valutare *ex ante*<sup>36</sup>, pretendono, per altre vie, una interpretazione dello stesso in chiave oggettiva. Ferma restando l'autonomia, infatti, ove rilevi solo l'interesse, esso deve essere ritenuto sussistente, non quando esista un nesso teleologico *interno* tra il reato commesso dall'agente ed un vantaggio per l'ente<sup>37</sup>, ma quando vi sia una astratta idoneità degli atti della condotta illecita a produrre un beneficio concreto e attuale per la persona giuridica<sup>38</sup>. L'interesse, dunque, coinciderebbe con la politica di impresa e, fermo restando l'autonomia dei due concetti, avrebbe carattere di preminenza, rispetto a quello di vantaggio<sup>39</sup>.

Per entrambe le dottrine, dunque, si impone una costruzione sulla valutazione della condotta, non dissimile a quella effettuata *ex art. 56 c.p.*, in cui il vantaggio avrebbe la mera funzione di referente concettuale, alla pari del delitto consumato, per accertare l'idoneità obbiettiva dell'azione rispetto al risultato<sup>40</sup>. La concezione dualista, però, manifesta le sue controindicazioni quando debba essere applicata per dirimere il nodo sulla responsabilità dell'ente in presenza di un vantaggio del tutto occasionale, ossia quando emerga che il vertice abbia agito per un interesse proprio o altrui.

Tale punto è fondamentale per la comprensione della sentenza in commento, onde comprenderne i profili di contraddittorietà.

### **3. Cassazione penale n. 37381/2020: una decisione contraddittoria o un sussurrato abbandono della teoria dualista?**

Con la sentenza annotata, la Cassazione, statuendo che fosse da escludere che, nel caso di specie, le società ricorrenti avessero solo *occasionalmente* tratto vantaggio dalle condotte illecite dei propri vertici, confermava la responsabilità degli enti imputati. Emergeva, infatti, che la stessa creazione delle società rientrasse nell'astratto programma dell'associazione criminosa, che, per realizzarsi, aveva necessità di persone giuridiche sulle quali "ridondare" i profitti illeciti. Le condotte fraudolente dei soggetti apicali, dunque, risultavano orientate, in via immediata, a generare un vantaggio per l'ente, per poi

<sup>36</sup> Cfr. A. ALESSANDRI e S. SEMINARA, *op.cit.*, p. 94.

<sup>37</sup> Più precisamente, sarebbe corretto affermare che tale nesso teleologico possa rilevare, non per la finalità prefigurata dall'agente, ma per quella che le assegnerebbe, nella stessa situazione, un cittadino avveduto. Cfr. C. PEDRAZZI, *Il fine dell'azione delittuosa*, p. 261.

<sup>38</sup> Cfr. Cass. Pen., Sez. 2<sup>a</sup>, 5 ottobre 2017, n. 295.

<sup>39</sup> Cfr. T. GUERINI, *op.cit.*, pp. 67-68.

<sup>40</sup> Cfr. DE SIMONE, *op.cit.*, p. 37.

arricchire, in via mediata, anche (ma non solo) i sodali.

L'utilità lucrata dalle società, per la Corte, non poteva dirsi occasionale, sicché potesse escludersi la responsabilità degli enti.

Il punto maggiormente rilevante di tale decisione è che, in essa, abbia trovato applicazione il principio, affermato anche da due precedenti conformi<sup>41</sup>, secondo cui:

«La responsabilità da reato dell'ente deve essere esclusa qualora i soggetti indicati nel decreto legislativo numero 231, art. 5, c. 1 lett. a) e b) abbiano agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi, in quanto ciò determina il venir meno dello schema di immedesimazione organica dell'illecito commesso, [che,] pur tornando a vantaggio dell'ente, non può più ritenersi come fatto suo proprio, ma un vantaggio fortuito, non attribuibile alla volontà della persona giuridica»<sup>42</sup>.

Per la Corte, dunque, seppur esista un nesso di immedesimazione organica che lega i vertici all'ente<sup>43</sup>, tale legame può interrompersi per il solo fatto che le persone fisiche abbiano agito, in concreto, mosse da altri interessi, risultando, in tal caso, ogni eventuale vantaggio non attribuibile all'ente.

Conseguentemente, *a contrario*, è da ritenersi fortuito ogni vantaggio prodotto dal vertice con un'azione non esternamente riconoscibile, o non idonea, a determinarne una utilità per la persona giuridica. In tali casi, la responsabilità andrebbe esclusa perché, pur essendovi il *vantaggio*, tale requisito non sarebbe espressivo di un sotteso *interesse*.

Eppure, tale condivisibile principio enunciato dalla Suprema Corte, nella annotata decisione, risulta insanabilmente in contrasto con l'orientamento che invoca l'autonomia dei concetti di interesse e vantaggio, cui la stessa ha da sempre, graniticamente, dato prova di aderire<sup>44</sup>.

Partendo dall'assunto della teoria dualista, che ritiene che la presenza di uno solo di tali criteri sia di per sé sufficiente a impegnare la responsabilità dell'ente, talché, sussistendone uno, non sarebbe necessario rilevare anche l'altro<sup>45</sup>, gli

<sup>41</sup> Cass. Pen., sez. 6<sup>a</sup>, 23 giugno 2006 n° 32627; Cassazione Penale, Sez. 1<sup>a</sup>, 29 ottobre 2015, n. 43689.

<sup>42</sup> Cit. Cassazione penale, 2<sup>a</sup> Sezione, Sentenza del 19 novembre 2020 (depositata il 23 dicembre 2020), n. 37381, Presidente Rago, estensore Sgadari, Procuratore Generale Pedicini, p. 6.

<sup>43</sup> Si consideri che il concetto di immedesimazione organica è stato, storicamente, l'espedito che ha risolto i problemi di compatibilità tra l'art. 27 c. 1 della Costituzione e la responsabilità "punitiva degli enti". Si veda sul punto C. PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri non potest*, p. 582 e, sul lato giurisprudenziale, la sentenza Cassazione Penale, Sez. Unite, 24 aprile 2014, depositata 18 settembre 2014, n. 38343 – Thyssenkrupp (capoverso 63).

<sup>44</sup> Cfr. Cass., Sez. 2<sup>a</sup>, 30 gennaio 2006, n. 3615, pp. 15, 59 ss.; Da ultime, Cass. Pen., Sez. 4<sup>a</sup>, 17 aprile 2019, n. 16598 e Cass. Pen, Sez. 4<sup>a</sup>, 5 febbraio 2021 n. 4480.

<sup>45</sup> Cfr. G. AMATO, *Le interferenze fra la responsabilità dell'ente e quelle della persona fisica*, p. 27.

Ermellini, in presenza di un vantaggio, non dovrebbero ulteriormente interrogarsi sulla natura, semmai fortuita, dell'utilità oggettivamente esistente.

In tali situazioni, l'occasionalità del vantaggio non dovrebbe, in nessun caso, escludere la responsabilità dell'ente.

Una siffatta interpretazione della norma di cui all'art. 5 d.lgs. 231/2001, però, in presenza di utilità del tutto fortuite, finirebbe per stressare, non poco, la garanzia minima imposta, come si è detto, prima di tutto dall'art. 25 c. 2 della Costituzione.

L'ente, in tal senso, sarebbe chiamato a rispondere per un fatto che, in nessun modo, può considerarsi da questi (nemmeno) materialmente causato, secondo le modalità in cui la persona giuridica agisce, in piena lesione del principio di prevedibilità delle conseguenze penali della condotta *propria*<sup>46</sup>.

La scelta, invece operata, di escludere l'immedesimazione organica, in virtù della mancanza di interesse, pur sussistendo un vantaggio, parrebbe sottendere, invero, una adesione, sebbene implicita, all'opposto orientamento monistico<sup>47</sup>.

Nel caso in esame, la Corte, pur non menzionando alcun cambio di orientamento, né riferendosi a quello cui ha storicamente aderito, ammetterebbe che, a livello operativo, il vantaggio, ove esista, sia il punto di partenza dell'accertamento sulla responsabilità. Essa potrà affermarsi, però, solo in presenza di un seppur timido rapporto di interesse tra l'azione del reo e l'ente.

Può dunque affermarsi che, con tale sentenza, la Cassazione, abbia operato un, seppur implicito, cambio di rotta sulla interpretazione dei criteri di interesse e/o vantaggio?

A parere di chi scrive, sebbene la teoria dualista abbia, in presenza di utilità

---

<sup>46</sup> Sul punto, autorevole dottrina, ha individuato come norma fondante del divieto di responsabilità per fatto altrui, prima dell'art. 27 c. 1, l'art. 25 c. 2 della Costituzione che, ove interpretato al di fuori di tale divieto, sarebbe assolutamente vanificato. L'ascrizione di ogni responsabilità punitiva, dunque, deve superare tre garanzie: il fatto non deve essere altrui, (art. 25 c. 2), deve essere altresì proprio (art. 27 c. 1) e deve, infine, essere rimproverabile (art. 27 c. 3). Cfr. G. DE VERO, *op.cit.*, p. 42.

<sup>47</sup> Per tale teoria, si ricorda, l'interesse ricopre il ruolo di criterio indefettibile e, il vantaggio, assolve il ruolo di completarne il significato, esigendo che l'atto sia esternamente riconoscibile come proprio dell'ente o, in altre parole, che lo stesso sia idoneo a raggiungere all'utilità perseguita. Il vantaggio invece, quando esistente, *ex post*, come nel caso di specie, avrebbe altresì una irrinunciabile funzione probatoria, essendo tale indice sintomatico il punto di partenza (ma non anche di arrivo) per comprendere se, tale utilità, sia frutto di una condotta esternamente riconoscibile come espressiva della politica dell'ente o, comunque, provenga da atti obiettivamente idonei a produrla. Solo accertata la sussistenza di un siffatto legame teleologico tra l'azione della persona fisica ed il vantaggio ottenuto dalla persona giuridica, potrà sostenersi che, per il tramite dell'immedesimazione organica, il fatto dell'apicale sia anche fatto dell'ente (o quantomeno non sia altrui).

fortuite, manifestato tutte le sue controindicazioni, tale auspicabile mutamento, non può considerarsi avvenuto.

Le decisioni successive a quella annotata, infatti, pur pronunciandosi su questioni diverse dal tema dei vantaggi occasionali, hanno confermato l'autonomia dei criteri<sup>48</sup>.

Si consideri poi che, già in passato, la Corte, pur aderendo graniticamente alla teoria dualista, aveva finito per affermare, in presenza di vantaggi occasionali, dei principi contraddittori con tale dottrina. Storicamente, in tali casi, la Cassazione, pur di non creare problemi di compatibilità della disciplina in esame con gli articoli della Costituzione richiamati e pur di non offrire un esplicito cambio di orientamento, ha sempre, più o meno surrettiziamente, escluso la responsabilità dell'ente<sup>49</sup>, consolidando però, con decisioni coeve e successive<sup>50</sup>, comunque, l'adesione alla dottrina dualista.

Sarebbe dunque auspicabile per il futuro che, la Corte, in presenza di tali evidenti disfunzioni, dichiarasse ormai superata la concezione dualista, in favore di quella monista, essendo quest'ultima, correttamente interpretata, la sola interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 5 d.lgs. 231/2001. Tale prospettiva sarebbe infatti l'unica che riuscirebbe, al contempo, intendendo l'interesse, in senso oggettivo e concreto e assegnandogli anche la qualità di criterio indefettibile di ascrizione della materiale causazione del fatto all'ente, a soddisfare, all'unisono, l'esigenza di tutela del principio di offensività e la necessità di evitare ascrizioni per *fatti altrui*<sup>51</sup>.

Con tale auspicabile *revirement*, l'interesse, inteso oggettivamente, come da sempre considerato, come finalità obbiettiva dell'azione, manterrebbe il suo

<sup>48</sup> Cass. Pen, Sez. 4<sup>a</sup>, 5 febbraio 2021 n. 4480.

<sup>49</sup> Cassazione penale, Sez. 6<sup>a</sup>, 23 giugno 2006, n° 32627 e Cassazione Penale, Sez. 1<sup>a</sup>, 29 ottobre 2015, n. 43689.

<sup>50</sup> Si vedano, tra tante, Cassazione Penale, Sez. Unite, 24 aprile 2014, depositata 18 settembre 2014, n. 38343 – Thyssenkrupp; tra le ultime, invece, Cass. Pen., Sez. 2<sup>a</sup>, 9 gennaio 2018, n. 295; Cass. Pen, Sez. 4<sup>a</sup>, 9 agosto 2018, n.38363; Cass. Pen., Sez. 4<sup>a</sup>, 17 aprile 2019, n. 16598. L'ultima sul punto Cass. Pen, Sez. 4<sup>a</sup>, 5 febbraio 2021 n. 4480.

<sup>51</sup> Va segnalato che, parte della dottrina, propone che tali criteri vengano finanche superati e rilette come meri "elementi di prova" della partecipazione dell'ente al reato dell'apicale. Cfr. M. N. MASULLO, *op.cit.*, pp. 211 a 213. A monte di tale considerazione vi è la ricostruzione della responsabilità dell'ente entro il paradigma penalistico della responsabilità concorsuale. Per tale teoria, si veda, tra le voci più autorevoli, C.E. PALIERO, *La società punita: del come, del perché e del per cosa*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1534. La tesi del concorso è stata recepita anche in una nota sentenza, Cassazione Penale, Sezioni Unite, 2 luglio 2008, n. 26654 – caso Impregilo, disponibile in [www.olympus.uniurb.it](http://www.olympus.uniurb.it). Alla stregua di tale costruzione "concorsuale", l'ente sarà chiamato a rispondere ove la sua condotta "acceda" a quella dell'autore del fatto principale, non essendo altresì necessario, ai fini ascrittivi, che il fatto commesso dall'esecutore materiale sia ascrivibile, dal punto di vista oggettivo, *anche* al mero partecipe.



ruolo di presidio al rispetto del principio di offensività, evitando che personali convinzioni interne dell'agente rilevino ai fini della responsabilità penale<sup>52</sup> e, al contempo, assumerebbe *anche* il ruolo di referente del principio di responsabilità.

Il giudice, dunque, di fronte all'esistenza obbiettiva di una utilità percepita da una persona giuridica, in occasione di un reato commesso da un suo soggetto apicale, e chiamato a decidere se tale fatto sia ascrivibile all'ente, dal punto di vista oggettivo, potrebbe senza dubbio utilizzare il concetto di vantaggio per esigenze probatorie. Dovrebbe poi, interrogarsi se, quell'azione illecita, commessa dall'agente, fosse esternamente riconoscibile come frutto delle politiche dell'ente o, comunque, come obbiettivamente idonea a provocare a questo una utilità. Solo in caso di risposta affermativa a tale interrogativo, il giudice riconoscerà il nesso, quantomeno in termini di materiale causazione, tra il reato e l'ente. Ecco che, in tale ordine di idee, anche nelle ipotesi problematiche dell'esempio di sopra, la condotta del vertice della *holding* finanziaria, che abbia commesso il reato di mutilazione di organi genitali femminili, nella convinzione che tale azione possa determinare un vantaggio per la persona giuridica di appartenenza, non impegnerà la responsabilità dell'ente, atteso che, quegli atti posti in essere, in alcun modo, sono riconoscibili come espressivi, in quel caso, di politiche aziendali (*rispetto del principio di offensività*). Al contempo, ove quell'atto avesse in maniera del tutto imprevedibile, cagionato una oscillazione positiva delle azioni di tale ente, la stessa mancanza di interesse in senso obbiettivo, determinerebbe l'insorgere di responsabilità a solo carico del soggetto, il quale avrebbe agito per un interesse esclusivamente proprio o di terzi (*rispetto del principio di imputabilità per fatto non altrui*)

---

<sup>52</sup> Tra l'altro, si noti che la tutela del principio di offensività, sia il punto di contatto delle due avverse concezioni.

**Cassazione penale, 2<sup>a</sup> Sezione, Sentenza del 18 novembre 2020  
(depositata il 23 dicembre 2020), n. 37381, Presidente Rago,  
estensore Sgadari, Procuratore Generale Pedicini.**

**di Alfonso PORCIELLO\***

**SOMMARIO:** 1. Il fatto. 2. Immedesimazione organica: interesse o vantaggio. 3. Cassazione penale n. 37381/2020: una decisione contraddittoria o un sussurrato abbandono della teoria dualista?

**ABSTRACT:** *With this decision, the Supreme Court of Cassation ruled out, about the corporate liability, the possibility that the act committed by top management can also be attributed to the legal entity, if the corporate has obtained from the fact an entirely occasional advantage.*

*However, although this ruling is acceptable from the point of view of the result achieved, it appears inextricably at odds with the orientation of the autonomy of the two criteria, to which the Court itself has always adhered.*

*The purpose of this note is therefore, after having briefly examined the various conceptions concerning the criteria of interest and advantage, to examine the meaning of this decision to understand whether it is simply contradictory or conceals, instead, a silent abandonment of the dualist orientation.*

**1. Il fatto.**

Il Tribunale di Patti, con sentenza dell'11 dicembre 2015, aveva dichiarato gli imputati responsabili dei reati di associazione per delinquere, finalizzata alla commissione di una serie di truffe aggravate ai danni dello stato, reati di falso e malversazioni inerenti alla percezione di erogazioni pubbliche in frode alla l. n. 488/1992, nell'ambito di progetti di realizzazione di opere nel settore turistico alberghiero.

Secondo tale decisione, gli stessi avevano messo in piedi un reticolo di società, dotate solo apparentemente di capacità giuridica e patrimoniale, funzionale

---

\* *Dottore Magistrale in Giurisprudenza, attualmente iscritto nel registro dei praticanti avvocati del foro di Napoli. Studente del Master di II Livello in "Diritto Penale di Impresa", presso la LUISS-School of Law.*

all'ottenimento di elargizioni statali per il settore turistico e alberghiero che, una volta ottenute, non venendo destinate allo scopo cui erano conferite, confluivano invece in un unico illecito centro di interessi.

Il Tribunale, emettendo declaratoria di non doversi procedere per intervenuta prescrizione dei reati fine, condannava gli imputati per il delitto di associazione per delinquere, confermando la confisca di quanto in sequestro. Con la medesima sentenza, veniva accertata la responsabilità amministrativa dipendente da reato delle società coimputate e ordinata, ex art. 19 d.lgs. 231/2001, la confisca del profitto dei reati di malversazione a danno dello Stato, che gli enti avevano lucrato. La Corte di Appello di Messina, sul punto, confermava sostanzialmente la decisione del giudice di prime cure.

Entrambe le società adivano la Suprema Corte di Cassazione, censurando la violazione dell'art. 5 d.lgs. 231/2001. A parere dei ricorrenti, infatti, nei gradi di merito, sarebbe emerso che i vertici delle società imputate avevano agito nell'interesse del solo sodalizio criminoso, e non anche degli enti, i quali avevano lucrato, dalle condotte illecite degli apicali, un vantaggio del tutto occasionale. La Corte, con la sentenza annotata, ritenendo sussistente invece un vantaggio non fortuito, rigettava i ricorsi nell'interesse degli enti.

I giudici però, nulla osservavano sulla compatibilità di tale decisione con la concezione dualista dell'interesse e vantaggio, a cui storicamente la Cassazione ha aderito.

Per rendere più chiaro l'iter logico giuridico seguito dalla Suprema Corte, può essere utile approfondire i presupposti oggettivi per l'ascrizione di responsabilità all'ente.

## **2. Immedesimazione organica: interesse o vantaggio.**

L'art. 5 del d.lgs. 231/2001 detta i requisiti oggettivi per l'ascrizione all'ente della responsabilità amministrativa<sup>1</sup>,

---

<sup>1</sup> Si è discusso in dottrina se tale tipo di responsabilità dell'ente fosse di natura amministrativa, mista o penale. Non volendo scendere nell'analisi del problema, si tenga presente che, indipendentemente dalla etichetta che le si voglia attribuire, la disciplina in esame, comunque, ha esteso al soggetto sottoposto a tale procedimento le garanzie della legge penale. Si legge nella Relazione Ministeriale: «Tale responsabilità, poiché conseguente da reato e legata (per espressa volontà della legge delega) alle garanzie del processo penale, diverge in non pochi punti dal paradigma di illecito amministrativo ormai classicamente desunto dalla L. 689 del 1981. Con la conseguenza di dar luogo alla nascita di un *tertium genus* che coniuga i tratti essenziali del sistema penale e di quello amministrativo nel tentativo di contemperare le ragioni dell'efficacia preventiva con quelle, ancor più ineludibili, della massima garanzia». Relazione al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, punto 1.1, cit., p.11. Ne deriva che, pur ove la si volesse qualificare diversamente, comunque, per espressa previsione della stessa, la disciplina dovrebbe confrontarsi con le massime garanzie

dipendente da reato<sup>2</sup>.

L'illecito penale presupposto deve, prima di tutto, essere commesso da soggetti che, per la loro posizione, di diritto ma anche di fatto, siano in grado di impegnare la responsabilità dell'ente: i soggetti apicali o i dipendenti che siano sotto la, di questi, vigilanza e direzione. Storicamente si è dibattuto molto sia sulla sussistenza, in capo ai soggetti metapersonali, di capacità penale<sup>3</sup>, sia sulla compatibilità<sup>4</sup>, di siffatto sistema, che attribuisce ad una persona (giuridica) le conseguenze penali per l'azione di un'altra (fisica), con il principio personalistico *ex art. 27 c.1 della Costituzione*.

Tale secondo interrogativo è stato superato alla luce del concetto di immedesimazione organica, su cui si fonderebbe il sistema di responsabilità della *societas*<sup>5</sup>: le persone giuridiche agiscono per il tramite di quelle fisiche che ne abbiano la rappresentanza. Tali soggetti, infatti, assumendo gli interessi della stessa ad orientamento della propria attività, risultano essere il tramite necessario per l'agire della società<sup>6</sup>. Così come, per il tramite di suddetti individui, l'ente compie atti che vanno ad incidere sulla propria sfera giuridica, allo stesso modo, per il tramite degli stessi soggetti, potendo commettere degli illeciti di natura civilistica<sup>7</sup>,

---

della legge penale. Tale prospettazione è avallata anche dalla Suprema Corte. Cfr. Cassazione Penale, Sez. Unite, 24 aprile 2014, depositata 18 settembre 2014, n. 38343 – Thyssenkrupp.

<sup>2</sup> In ogni caso, indipendentemente dalla etichetta conferita dal legislatore interno, si tenga presente che tale disciplina, avendo dei contenuti puntivi, alla stregua della giurisprudenza della Corte EDU, comunque, andrebbe considerata materia penale. Cfr. Corte EDU, 8 giugno 1976, *Engel c. i Paesi Bassi* e, per quanto attiene il requisito della "finalità punitiva", Corte EDU, 21 febbraio 1985, *Öztürk c. Germania*. Tali sentenze sono disponibili, la prima, in [www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int) e, la seconda, in *Corte EDU, Öztürk c. Germania, 21 febbraio 1985*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 894, con nota di C.E. PALIERO, "Materia penale" e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: una questione classica e una svolta radicale. Per pronunce più recenti che "affinano" i criteri *Engels*, Corte EDU, 16 settembre 2009, *Ruotsalainen c. Finlandia*; Corte EDU, 18 ottobre 2011, *Tomasovic c. Croazia*.

<sup>3</sup> Per la risposta affermativa, si veda D. PULITANÒ, *La responsabilità 'da reato' degli enti: i criteri d'imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, pp. 423 a 425 e, sulla impossibilità di superare la lacuna originaria riguardante la capacità penale degli enti, si consulti V. MAIELLO, *La natura (formalmente amministrativa ma sostanzialmente penale) della responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001: una truffa delle etichette davvero innocua?* in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 2002, pp. 887 a 889 e, per quanto attiene alla lacuna originaria, p. 898.

<sup>4</sup> Cfr. D. PULITANÒ, *La responsabilità 'da reato' degli enti*, cit., pp. 425 ss.

<sup>5</sup> Cfr. C. PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri non potest. Riflessioni sul recente (contrastato) superamento di un dogma*, in *Quest. Giust.*, 5/2002, p. 582.

<sup>6</sup> Cfr. D. PULITANÒ, *op.cit.*, p. 425.

<sup>7</sup> Attraverso i suoi rappresentanti, infatti, l'ente conclude dei contratti che producono effetti nella propria sfera giuridica. Allo stesso modo, risponde delle violazioni degli accordi stipulati nel suo interesse. Cfr. D. PULITANÒ, *op.cit.*, p. 422.

ben potrà porre in essere anche dei reati<sup>8</sup>.

Può capitare però che tali individui agiscano fuori dalla veste di organi, perseguendo interessi personali o altrui, addirittura in contrasto con quelli dell'ente. In tali casi, qualsiasi attribuzione di responsabilità punitiva all'ente, rischierebbe di non soddisfare divieto di rispondere di un *fatto altrui*, promanate, prima che dall'art. 27 c. 1, dall'art. 25 c. 2 della Costituzione<sup>9</sup>.

Il legislatore ha dunque avvertito l'esigenza di tipizzare gli ulteriori criteri dell'interesse e del vantaggio che, traducendo in termini normativi il concetto di immedesimazione organica<sup>10</sup>, avrebbero lo scopo di rilevare quando, interrompendosi tale legame, il soggetto agisca al di fuori della volontà dell'ente<sup>11</sup>, ossia per un interesse proprio o di altri<sup>12</sup>.

Sulla portata interpretativa di tali criteri si sono avvicendate storicamente due correnti.

La prima, quella monistica, sostenendo che i due concetti fossero parti di una *endiadi* di significato<sup>13</sup> e che gli stessi potessero essere ridotti "ad uno", individuava nell'interesse, oggettivamente inteso, il criterio fondamentale di ascrizione della responsabilità. Il requisito del vantaggio, in siffatta concezione, relegato a ricoprire un ruolo accessorio e servente, rilevava solo come mero indice sintomatico della probabile presenza di interesse<sup>14</sup>. L'utilizzo dei due termini "in accostamento" avrebbe avuto il precipuo scopo di esprimere un concetto che, con uno solo dei termini, non sarebbe stato possibile descrivere interamente. In altre parole, con tale *endiadi*, si sarebbe voluto intendere un interesse dal punto di vista oggettivo, non come scopo perseguito dall'autore dell'illecito, ma come «tendenza obbiettiva, esternamente riconoscibile»<sup>15</sup> o

<sup>8</sup> Cfr. G. DE VERO, *Trattato di diritto penale*, Milano, 2008, p. 41; D. PULITANÒ, *op.cit.*, pp. 422 e 423.

<sup>9</sup> Cfr. G. DE VERO, *Trattato di diritto penale*, p. 32.

<sup>10</sup> Cfr. Relazione ministeriale al D.lgs. n. 231/200, p. 16.

<sup>11</sup> O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in AA.VV., a cura di G. LATTANZI, *Reati e responsabilità degli enti*, Milano, 2010, cit., p. 71.

<sup>12</sup> Cfr. DE SIMONE, *La Responsabilità da reato degli Enti: natura giuridica e criteri (oggettivi) di imputazione*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2012, p. 35.

<sup>13</sup> Cfr. D. PULITANÒ, *op.cit.*, p. 425; C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale della società*, Milano, 2002, cit. p. 332; T. GUERINI, *Diritto penale ed enti collettivi. L'estensione della soggettività penale, tra repressione, prevenzione e Governo dell'economia*, Torino, 2018, p. 67; M. N. MASULLO, *Responsabilità dell'ente e reati colposi: il profilarsi di una diversa esigenza imputativa*, in AA.VV., a cura di G. Casaroli, F. Giunta, R. Guerrini, A. Melchionda, *La tutela penale della sicurezza del lavoro. Luci e ombre del diritto vivente*, Pisa, 2015, p. 213;

<sup>14</sup> Cfr. A. ALESSANDRI e S. SEMINARA, *Diritto Penale Commerciale*, Vol. I: *i principi generali*, Torino, 2018, p. 95.

<sup>15</sup> *Ibidem*.

come idoneità<sup>16</sup> della condotta illecita a determinare un vantaggio per l'ente. In tale caso, il profilo teleologico dell'azione, andrebbe sì valorizzato, ma non in relazione alla finalità dell'autore ma «[...] in base ad una finalità più valida: quella che gli assegnerebbe, nella stessa situazione, un cittadino avveduto»<sup>17</sup>.

Ciò con lo scopo di evitare che l'utilizzo del concetto di interesse, *sic et simpliciter*, nella accezione *marcatamente soggettiva* richiamata dalla Relazione Governativa, desse rilevanza a motivi<sup>18</sup> dell'agente. Si pensi, in tal senso, ad un reato di mutilazione di organi genitali femminili, reato presupposto art. 25-quater.1, d.lgs. 231/2001, commesso da un soggetto apicale di una holding finanziaria, nella convinzione che tale azione possa determinare un vantaggio per l'ente di appartenenza. In tale caso, utilizzando il concetto di interesse, in guisa squisitamente soggettiva, si finirebbe per punire l'ente per una mera intenzione dell'agente, non estrinsecatasi in atti esterni idonei a cagionare una utilità, in lesione del principio di offensività.

L'applicazione del criterio dell'interesse, in chiave marcatamente psicologica, tra l'altro, colliderebbe con l'art. 8 c.1 lettera a) del d.lgs. 231/2001. Tale disposizione, infatti, prevedendo che la responsabilità dell'ente possa sussistere anche nel caso in cui l'autore del reato presupposto resti non identificato<sup>19</sup>, escluderebbe qualsiasi ingresso dell'*animus* dell'agente nei meccanismi di ascrizione oggettiva del fatto alla persona giuridica<sup>20</sup>.

Per tale concezione, il concetto di vantaggio<sup>21</sup>, oltre a correggere in senso oggettivo quello di interesse, assume perlopiù una finalità squisitamente probatoria<sup>22</sup>: un vantaggio *ex post* percepito da parte dell'ente, in conseguenza di una condotta illecita posta in essere da un soggetto apicale, sarebbe da

<sup>16</sup> Cfr. E. AMATI e N. MAZZACUVA, *Diritto Penale dell'economia*, Torino, 2020, p. 46.

<sup>17</sup> Cfr. C. PEDRAZZI, *Il fine dell'azione delittuosa (nota a Cass. pen., sez. III, 25 ottobre 1949, Continenza)*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1950, p. 261.

<sup>18</sup> Cfr. D. PULITANÒ, *op.cit.*, p. 425.

<sup>19</sup> Sul punto, parte della dottrina, individua in tale articolo una valenza più teorica che pratica. Tra l'altro, onde non voler rendere inoperanti le norme di favore, di cui agli artt. 6 e 7 d.lgs. 231/2001, gli autori del reato dovrebbero essere quantomeno identificati nel *genus*.

<sup>20</sup> Cfr. G. DE VERO, *op.cit.*, p. 160. Cfr. T. GUERINI, *Diritto penale ed enti collettivi*, p. 56.

<sup>21</sup> Il vantaggio sarebbe da interpretare come «una sorta di variabile causale che potrà anche darsi concretamente senza che, per ciò solo, si debba ipotizzare una responsabilità da reato della persona giuridica». Cfr. G. DE SIMONE, *La Responsabilità da reato degli Enti*, cit., p. 671. La stessa considerazione è presente anche in M. N. MASULLO, *Responsabilità dell'ente e reati colposi: il profilarsi di una diversa esigenza imputativa*, p. 213;

<sup>22</sup> Cfr. PULITANÒ, voce *Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, in *Enciclopedia del Diritto*, 2002, p. 958.

concepire, in ossequio al principio generale del *cui prodest*, quale punto<sup>23</sup> di partenza per approfondire una indagine finalizzata a valutare se tale reato sia *anche* esternamente riconoscibile come espressione della politica dell'ente.

Tale concezione sarebbe tra l'altro supportata dall'art. 5 c. 2, ai sensi del quale, la responsabilità dell'ente, verrebbe meno ove emergesse che l'autore del reato abbia agito nell'interesse proprio o di terzi<sup>24</sup>. Inoltre, come invocato a supporto dalla stessa dottrina, l'art. 12 c. 1 lett. a), prevedendo una circostanza attenuante nel caso in cui l'ente abbia commesso il fatto nel prevalente interesse proprio o di terzi e il vantaggio sia minimo od addirittura inesistente, rimarcherebbe la necessità del primo requisito e la mera occasionalità del secondo<sup>25</sup>.

Per la concezione dualistica invece, i due criteri sarebbero autonomi, con la conseguenza che, pur in assenza di interesse, sarebbe possibile ascrivere la responsabilità di un fatto all'ente sulla base del mero vantaggio<sup>26</sup> da questi lucrato. Più precisamente, «per fondare la responsabilità, giusta l'alternatività dei criteri, è sufficiente che se ne accerti la ricorrenza di uno solo»<sup>27</sup>.

Tale teoria, che ha ricevuto da subito il supporto della giurisprudenza<sup>28</sup> sia di merito<sup>29</sup> che di legittimità<sup>30</sup>, trarrebbe origine dall'interpretazione della Relazione

<sup>23</sup> Cfr. L. FOFANI, *Responsabilità delle persone giuridiche e riforma dei reati societari*, in AA.VV., a cura di F. PALAZZO, *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Padova, 2003, p. 235.

<sup>24</sup> Cfr. E. AMATI e N. MAZZACUVA, *Diritto Penale dell'economia*, p. 45.

<sup>25</sup> *Ibidem*.

<sup>26</sup> È importante notare che il concetto di vantaggio non deve necessariamente coincidere con quello di profitto, avendo tali concetti in comune solo il fatto di consistere in un risultato raggiunto come corrispettivo dell'illecito. Il profitto però ha una natura strettamente patrimoniale mentre, il vantaggio, può consistere in qualsiasi utilità, come ad esempio, nel raggiungimento di posizioni nel mercato o nell'aumento di valore delle azioni.

<sup>27</sup> Cfr. G. AMATO, *Le interferenze fra la responsabilità dell'ente e quelle della persona fisica*, in *La resp. amm. soc. e enti*, 2/2012, p. 27.

<sup>28</sup> Cfr. T. GUERINI, *op.cit.*, p. 67.

<sup>29</sup> Cfr. T. Milano 20.12.2004, pp. 6, 69 ss. in cui si legge il rapporto tra i due criteri, «nel senso che, purché il reato sia stato compiuto nell'interesse dell'ente, non occorre anche che da esso l'ente ne abbia tratto vantaggio».

<sup>30</sup> Cfr. Cass., 30 gennaio 2006, n. 3615, pp. 15, 59 ss. In tale decisione, tra le prime sul punto, la Suprema Corte afferma che «[...] Non sembra quindi da condividere la definizione di endiadi attribuita da parte della dottrina alla locuzione che diluirebbe, così, in più parole un concetto unitario [...]». I due vocaboli sarebbero giuridicamente diversi, potendosi distinguere un interesse "a monte" della società, pur non concretizzatosi in fatto, ed un vantaggio, a valle, dall'ente, che magari l'agente nemmeno si sia mai preconfigurato; Cassazione Penale, Sez. Unite, 24 aprile 2014, depositata 18 settembre 2014, n. 38343 – Thyssenkrupp; tra le ultime Cass. Pen., Sez. 2<sup>a</sup>, 5 ottobre 2017, n. 295; Cass. Pen, Sez. 4<sup>a</sup>, 9 agosto 2018, n.38363; Cass. Pen., Sez. 4<sup>a</sup>, 17 aprile 2019, n. 16598. L'ultima sul punto Cass. Pen, Sez. 4<sup>a</sup>, 5 febbraio 2021 n. 4480.

Governativa al decreto legislativo<sup>31</sup>, alla cui stregua, i due criteri d'imputazione dell'interesse e del vantaggio, sarebbero da intendere, come desumibile dalla congiunzione "o" utilizzata dal legislatore, come autonomi tra loro. Tali requisiti, dunque, potrebbero essere alternativamente presenti, senza che questo faccia venir meno della responsabilità dell'ente<sup>32</sup>. Per taluni autori, l'autonomia di tali concetti sarebbe deducibile proprio dall'art 12 c. 1 lett. a), da cui si evincerebbe la possibilità di ascrivere all'ente la responsabilità anche in presenza di un solo criterio (anche se, per tale norma, ciò sarebbe possibile in presenza del solo interesse)<sup>33</sup>.

Le critiche a tale seconda teoria, normalmente, muovono dal presupposto che un'applicazione del criterio del vantaggio, come condizione necessaria e sufficiente per l'imputazione oggettiva, per l'ampiezza del concetto, dilaterrebbe troppo, specialmente in presenza di utilità davvero minime e senza degli atti *ex ante* idonei a produrle, la responsabilità dell'ente<sup>34</sup>. Tale concezione, tra l'altro, crea non pochi problemi interpretativi per quelle norme, come l'art. 5 c. 2, le quali fanno riferimento ad uno solo dei concetti e non anche all'altro<sup>35</sup>.

Anche gli aderenti a tale concezione, contrariamente a quanto previsto dalla relazione illustrativa del d.lgs. n. 231/2001, che faceva riferimento ad una connotazione *marcatamente soggettiva* del concetto dell'interesse, da valutare *ex ante*<sup>36</sup>, pretendono, per altre vie, una interpretazione dello stesso in chiave oggettiva. Ferma restando l'autonomia, infatti, ove rilevi solo l'interesse, esso deve essere ritenuto sussistente, non quando esista un nesso teleologico *interno* tra il reato commesso dall'agente ed un vantaggio per l'ente<sup>37</sup>, ma quando vi sia una astratta idoneità degli atti della condotta illecita a produrre un beneficio

<sup>31</sup> Nel quale corpo si afferma chiaramente che «il richiamo all'interesse dell'ente caratterizza in senso marcatamente soggettivo la condotta delittuosa della persona fisica e che "si accontenta" di una verifica *ex ante*; viceversa, il vantaggio, che può essere tratto dall'ente anche quando la persona fisica non abbia agito nel suo interesse, richiede sempre una verifica *ex post*». Cfr. Relazione Ministeriale al D.lgs. n. 231/2001, in [www.aodv231.it](http://www.aodv231.it), paragrafo 3.2.

<sup>32</sup> Cfr. Cassazione Penale, Sez. Unite, 24 aprile 2014, depositata 18 settembre 2014, n. 38343 – Thyssenkrupp.

<sup>33</sup> Si noti che si tratta proprio della stessa norma a cui fa riferimento, per fondare la propria interpretazione, la teoria monistica. Ciò perché, tale norma, se è vero che rende possibile, in astratto, l'attribuzione di responsabilità in presenza di un solo criterio, è pur vero che, in concreto, lo permette in presenza dell'interesse.

<sup>34</sup> Cfr. A. ALESSANDRI e S. SEMINARA, *Diritto Penale Commerciale*, p. 95.

<sup>35</sup> Cfr. Cass. Pen., Sez. 2<sup>a</sup>, 20 dicembre 2005, n. 3615, nella quale si sottolineano i delicati problemi di coordinamento che derivano dalle disposizioni che conferiscono un ruolo esclusivo all'interesse.

<sup>36</sup> Cfr. A. ALESSANDRI e S. SEMINARA, *op.cit.*, p. 94.

<sup>37</sup> Più precisamente, sarebbe corretto affermare che tale nesso teleologico possa rilevare, non per la finalità prefigurata dall'agente, ma per quella che le assegnerebbe, nella stessa situazione, un cittadino avveduto. Cfr. C. PEDRAZZI, *Il fine dell'azione delittuosa*, p. 261.



concreto e attuale per la persona giuridica<sup>38</sup>. L'interesse, dunque, coinciderebbe con la politica di impresa e, fermo restando l'autonomia dei due concetti, avrebbe carattere di preminenza, rispetto a quello di vantaggio<sup>39</sup>.

Per entrambe le dottrine, dunque, si impone una costruzione sulla valutazione della condotta, non dissimile a quella effettuata *ex art. 56 c.p.*, in cui il vantaggio avrebbe la mera funzione di referente concettuale, alla pari del delitto consumato, per accertare l'idoneità obbiettiva dell'azione rispetto al risultato<sup>40</sup>.

La concezione dualista, però, manifesta le sue controindicazioni quando debba essere applicata per dirimere il nodo sulla responsabilità dell'ente in presenza di un vantaggio del tutto occasionale, ossia quando emerga che il vertice abbia agito per un interesse proprio o altrui.

Tale punto è fondamentale per la comprensione della sentenza in commento, onde comprenderne i profili di contraddittorietà.

### **3. Cassazione penale n. 37381/2020: una decisione contraddittoria o un sussurrato abbandono della teoria dualista?**

Con la sentenza annotata, la Cassazione, statuendo che fosse da escludere che, nel caso di specie, le società ricorrenti avessero solo *occasionalmente* tratto vantaggio dalle condotte illecite dei propri vertici, confermava la responsabilità degli enti imputati. Emergeva, infatti, che la stessa creazione delle società rientrasse nell'astratto programma dell'associazione criminosa, che, per realizzarsi, aveva necessità di persone giuridiche sulle quali "ridondare" i profitti illeciti. Le condotte fraudolente dei soggetti apicali, dunque, risultavano orientate, in via immediata, a generare un vantaggio per l'ente, per poi arricchire, in via mediata, anche (ma non solo) i sodali.

L'utilità lucrata dalle società, per la Corte, non poteva dirsi occasionale, sicché potesse escludersi la responsabilità degli enti.

Il punto maggiormente rilevante di tale decisione è che, in essa, abbia trovato applicazione il principio, affermato anche da due precedenti conformi<sup>41</sup>, secondo cui:

«La responsabilità da reato dell'ente deve essere esclusa qualora i soggetti indicati nel decreto legislativo numero 231, art. 5, c. 1 lett. a) e b) abbiano agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi, in quanto ciò determina il venir meno

<sup>38</sup> Cfr. Cass. Pen., Sez. 2<sup>a</sup>, 5 ottobre 2017, n. 295.

<sup>39</sup> Cfr. T. GUERINI, *op.cit.*, pp. 67-68.

<sup>40</sup> Cfr. DE SIMONE, *op.cit.*, p. 37.

<sup>41</sup> Cass. Pen., sez. 6<sup>a</sup>, 23 giugno 2006 n° 32627; Cassazione Penale, Sez. 1<sup>a</sup>, 29 ottobre 2015, n. 43689.

dello schema di immedesimazione organica dell'illecito commesso, [che,] pur tornando a vantaggio dell'ente, non può più ritenersi come fatto suo proprio, ma un vantaggio fortuito, non attribuibile alla volontà della persona giuridica»<sup>42</sup>.

Per la Corte, dunque, seppur esista un nesso di immedesimazione organica che lega i vertici all'ente<sup>43</sup>, tale legame può interrompersi per il solo fatto che le persone fisiche abbiano agito, in concreto, mosse da altri interessi, risultando, in tal caso, ogni eventuale vantaggio non attribuibile all'ente.

Conseguentemente, *a contrario*, è da ritenersi fortuito ogni vantaggio prodotto dal vertice con un'azione non esternamente riconoscibile, o non idonea, a determinarne una utilità per la persona giuridica. In tali casi, la responsabilità andrebbe esclusa perché, pur essendovi il *vantaggio*, tale requisito non sarebbe espressivo di un sotteso *interesse*.

Eppure, tale condivisibile principio enunciato dalla Suprema Corte, nella annotata decisione, risulta insanabilmente in contrasto con l'orientamento che invoca l'autonomia dei concetti di interesse e vantaggio, cui la stessa ha da sempre, graniticamente, dato prova di aderire<sup>44</sup>.

Partendo dall'assunto della teoria dualista, che ritiene che la presenza di uno solo di tali criteri sia di per sé sufficiente a impegnare la responsabilità dell'ente, talché, sussistendone uno, non sarebbe necessario rilevare anche l'altro<sup>45</sup>, gli Ermellini, in presenza di un vantaggio, non dovrebbero ulteriormente interrogarsi sulla natura, semmai fortuita, dell'utilità oggettivamente esistente.

In tali situazioni, l'occasionalità del vantaggio non dovrebbe, in nessun caso, escludere la responsabilità dell'ente.

Una siffatta interpretazione della norma di cui all'art. 5 d.lgs. 231/2001, però, in presenza di utilità del tutto fortuite, finirebbe per stressare, non poco, la garanzia minima imposta, come si è detto, prima di tutto dall'art. 25 c. 2 della Costituzione.

L'ente, in tal senso, sarebbe chiamato a rispondere per un fatto che, in nessun modo, può considerarsi da questi (nemmeno) materialmente causato, secondo

<sup>42</sup> Cit. Cassazione penale, 2<sup>a</sup> Sezione, Sentenza del 19 novembre 2020 (depositata il 23 dicembre 2020), n. 37381, Presidente Rago, estensore Sgadari, Procuratore Generale Pedicini, p. 6.

<sup>43</sup> Si consideri che il concetto di immedesimazione organica è stato, storicamente, l'espedito che ha risolto i problemi di compatibilità tra l'art. 27 c. 1 della Costituzione e la responsabilità "punitiva degli enti". Si veda sul punto C. PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri non potest*, p. 582 e, sul lato giurisprudenziale, la sentenza Cassazione Penale, Sez. Unite, 24 aprile 2014, depositata 18 settembre 2014, n. 38343 – Thyssenkrupp (capoverso 63).

<sup>44</sup> Cfr. Cass., Sez. 2<sup>a</sup>, 30 gennaio 2006, n. 3615, pp. 15, 59 ss.; Da ultime, Cass. Pen., Sez. 4<sup>a</sup>, 17 aprile 2019, n. 16598 e Cass. Pen, Sez. 4<sup>a</sup>, 5 febbraio 2021 n. 4480.

<sup>45</sup> Cfr. G. AMATO, *Le interferenze fra la responsabilità dell'ente e quelle della persona fisica*, p. 27.

le modalità in cui la persona giuridica agisce, in piena lesione del principio di prevedibilità delle conseguenze penali della condotta *propria*<sup>46</sup>.

La scelta, invece operata, di escludere l'immedesimazione organica, in virtù della mancanza di interesse, pur sussistendo un vantaggio, parrebbe sottendere, invero, una adesione, sebbene implicita, all'opposto orientamento monistico<sup>47</sup>.

Nel caso in esame, la Corte, pur non menzionando alcun cambio di orientamento, né riferendosi a quello cui ha storicamente aderito, ammetterebbe che, a livello operativo, il vantaggio, ove esista, sia il punto di partenza dell'accertamento sulla responsabilità. Essa potrà affermarsi, però, solo in presenza di un seppur timido rapporto di interesse tra l'azione del reo e l'ente.

Può dunque affermarsi che, con tale sentenza, la Cassazione, abbia operato un, seppur implicito, cambio di rotta sulla interpretazione dei criteri di interesse e/o vantaggio?

A parere di chi scrive, sebbene la teoria dualista abbia, in presenza di utilità fortuite, manifestato tutte le sue controindicazioni, tale auspicabile mutamento, non può considerarsi avvenuto.

Le decisioni successive a quella annotata, infatti, pur pronunciandosi su questioni diverse dal tema dei vantaggi occasionali, hanno confermato l'autonomia dei criteri<sup>48</sup>.

Si consideri poi che, già in passato, la Corte, pur aderendo graniticamente alla teoria dualista, aveva finito per affermare, in presenza di vantaggi occasionali, dei principi contraddittori con tale dottrina. Storicamente, in tali casi, la Cassazione, pur di non creare problemi di compatibilità della disciplina in esame con gli articoli della Costituzione richiamati e pur di non offrire un esplicito

---

<sup>46</sup> Sul punto, autorevole dottrina, ha individuato come norma fondante del divieto di responsabilità per fatto altrui, prima dell'art. 27 c. 1, l'art. 25 c. 2 della Costituzione che, ove interpretato al di fuori di tale divieto, sarebbe assolutamente vanificato. L'ascrizione di ogni responsabilità punitiva, dunque, deve superare tre garanzie: il fatto non deve essere altrui, (art. 25 c. 2), deve essere altresì proprio (art. 27 c. 1) e deve, infine, essere rimproverabile (art. 27 c. 3). Cfr. G. DE VERO, *op.cit.*, p. 42.

<sup>47</sup> Per tale teoria, si ricorda, l'interesse ricopre il ruolo di criterio indefettibile e, il vantaggio, assolve il ruolo di completarne il significato, esigendo che l'atto sia esternamente riconoscibile come proprio dell'ente o, in altre parole, che lo stesso sia idoneo a raggiungere all'utilità perseguita. Il vantaggio invece, quando esistente, *ex post*, come nel caso di specie, avrebbe altresì una irrinunciabile funzione probatoria, essendo tale indice sintomatico il punto di partenza (ma non anche di arrivo) per comprendere se, tale utilità, sia frutto di una condotta esternamente riconoscibile come espressiva della politica dell'ente o, comunque, provenga da atti obiettivamente idonei a produrla. Solo accertata la sussistenza di un siffatto legame teleologico tra l'azione della persona fisica ed il vantaggio ottenuto dalla persona giuridica, potrà sostenersi che, per il tramite dell'immedesimazione organica, il fatto dell'apicale sia anche fatto dell'ente (o quantomeno non sia altrui).

<sup>48</sup> Cass. Pen, Sez. 4<sup>a</sup>, 5 febbraio 2021 n. 4480.

cambio di orientamento, ha sempre, più o meno surrettiziamente, escluso la responsabilità dell'ente<sup>49</sup>, consolidando però, con decisioni coeve e successive<sup>50</sup>, comunque, l'adesione alla dottrina dualista.

Sarebbe dunque auspicabile per il futuro che, la Corte, in presenza di tali evidenti disfunzioni, dichiari ormai superata la concezione dualista, in favore di quella monista, essendo quest'ultima, correttamente interpretata, la sola interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 5 d.lgs. 231/2001. Tale prospettiva sarebbe infatti l'unica che riuscirebbe, al contempo, intendendo l'interesse, in senso oggettivo e concreto e assegnandogli anche la qualità di criterio indefettibile di ascrizione della materiale causazione del fatto all'ente, a soddisfare, all'unisono, l'esigenza di tutela del principio di offensività e la necessità di evitare ascrizioni per *fatti altrui*<sup>51</sup>.

Con tale auspicabile *revirement*, l'interesse, inteso oggettivamente, come da sempre considerato, come finalità obbiettiva dell'azione, manterrebbe il suo ruolo di presidio al rispetto del principio di offensività, evitando che personali convinzioni interne dell'agente rilevino ai fini della responsabilità penale<sup>52</sup> e, al contempo, assumerebbe *anche* il ruolo di referente del principio di responsabilità.

Il giudice, dunque, di fronte all'esistenza obbiettiva di una utilità percepita da una persona giuridica, in occasione di un reato commesso da un suo soggetto apicale, e chiamato a decidere se tale fatto sia ascrivibile all'ente, dal punto di vista oggettivo, potrebbe senza dubbio utilizzare il concetto di vantaggio per esigenze probatorie. Dovrebbe poi, interrogarsi se, quell'azione illecita,

<sup>49</sup> Cassazione penale, Sez. 6<sup>a</sup>, 23 giugno 2006, n° 32627 e Cassazione Penale, Sez. 1<sup>a</sup>, 29 ottobre 2015, n. 43689.

<sup>50</sup> Si vedano, tra tante, Cassazione Penale, Sez. Unite, 24 aprile 2014, depositata 18 settembre 2014, n. 38343 – Thyssenkrupp; tra le ultime, invece, Cass. Pen., Sez. 2<sup>a</sup>, 9 gennaio 2018, n. 295; Cass. Pen, Sez. 4<sup>a</sup>, 9 agosto 2018, n.38363; Cass. Pen., Sez. 4<sup>a</sup>, 17 aprile 2019, n. 16598. L'ultima sul punto Cass. Pen, Sez. 4<sup>a</sup>, 5 febbraio 2021 n. 4480.

<sup>51</sup> Va segnalato che, parte della dottrina, propone che tali criteri vengano finanche superati e rilette come meri "elementi di prova" della partecipazione dell'ente al reato dell'apicale. Cfr. M. N. MASULLO, *op.cit.*, pp. 211 a 213. A monte di tale considerazione vi è la ricostruzione della responsabilità dell'ente entro il paradigma penalistico della responsabilità concorsuale. Per tale teoria, si veda, tra le voci più autorevoli, C.E. PALIERO, *La società punita: del come, del perché e del per cosa*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1534. La tesi del concorso è stata recepita anche in una nota sentenza, Cassazione Penale, Sezioni Unite, 2 luglio 2008, n. 26654 – caso Impregilo, disponibile in [www.olympus.uniurb.it](http://www.olympus.uniurb.it). Alla stregua di tale costruzione "concorsuale", l'ente sarà chiamato a rispondere ove la sua condotta "acceda" a quella dell'autore del fatto principale, non essendo altresì necessario, ai fini ascrittivi, che il fatto commesso dall'esecutore materiale sia ascrivibile, dal punto di vista oggettivo, *anche* al mero partecipe.

<sup>52</sup> Tra l'altro, si noti che la tutela del principio di offensività, sia il punto di contatto delle due avverse concezioni.

commessa dall'agente, fosse esternamente riconoscibile come frutto delle politiche dell'ente o, comunque, come obiettivamente idonea a provocare a questo una utilità. Solo in caso di risposta affermativa a tale interrogativo, il giudice riconoscerà il nesso, quantomeno in termini di materiale causazione, tra il reato e l'ente. Ecco che, in tale ordine di idee, anche nelle ipotesi problematiche dell'esempio di sopra, la condotta del vertice della *holding* finanziaria, che abbia commesso il reato di mutilazione di organi genitali femminili, nella convinzione che tale azione possa determinare un vantaggio per la persona giuridica di appartenenza, non impegnerà la responsabilità dell'ente, atteso che, quegli atti posti in essere, in alcun modo, sono riconoscibili come espressivi, in quel caso, di politiche aziendali (*rispetto del principio di offensività*). Al contempo, ove quell'atto avesse in maniera del tutto imprevedibile, cagionato una oscillazione positiva delle azioni di tale ente, la stessa mancanza di interesse in senso obiettivo, determinerebbe l'insorgere di responsabilità a solo carico del soggetto, il quale avrebbe agito per un interesse esclusivamente proprio o di terzi (*rispetto del principio di imputabilità per fatto non altrui*).

## Spunti di riflessione sul delitto di violenza sessuale: cenni evolutivi e risvolti giurisprudenziali sull'abuso di autorità.

*di Nicola ASCOLI\**

**SOMMARIO:** **1.** Introduzione **2.** Libertà di determinazione della sfera sessuale e nuova collocazione delle fattispecie incriminatrici **3.** Il reato di violenza sessuale: gli elementi della costrizione e dell'induzione **4.** Atti sessuali e abuso di autorità: le difficoltà interpretative in merito alla previsione dell'ulteriore modalità della condotta coattiva dell'agente **5.** Le Sezioni Unite 27326/2020: risoluzione del contrasto interpretativo e adesione alla nozione estensiva di abuso di autorità nei delitti sessuali commessi mediante costrizione **6.** La violenza sessuale connessa all'utilizzo di sostanze alcoliche e stupefacenti **7.** Riflessioni conclusive

**ABSTRACT:** *This work, has been performed, to add a small contribution to the complex work of some different jurisprudential discords and doctrinal on the huge concept of sexual violence and on the necessity to find this crime inside the relationship of the supremacy and of the prominence inside the interpersonal's relationships where could be possible to find the authority's abuse.*

### **1. Introduzione.**

La vita dell'uomo, dalla nascita alla morte e in tutti i momenti del suo svolgimento, si attua attraverso una serie infinita di relazioni e rapporti posti in essere con altri uomini in un andirivieni di interessi, contrasti tra diritti ed obblighi reciproci, con la consequenziale necessità che tutto venga organizzato secondo principi che poi si traducono in norme. È così che l'insieme degli imperativi giuridici vigenti in una determinata comunità costituisce un tutto unitario e composito ordinamento giuridico di uno Stato, il quale ha il compito di assicurare la conservazione dell'ordine. Di qui, la funzione regolatrice del diritto quale cardine del vivere sociale, mai statico e sempre predisposto a fondersi con quelle nuove esigenze e bisogni che, in una società suscettibile di innovazioni e sviluppo, premono per una sua riforma.

---

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

Per una migliore comprensione dello scibile giuridico e di ogni dettato normativo teso a regolamentare il vivere civile, appare opportuno comprendere il fondamento storico di ogni istituto giuridico onde meglio circostanziare il perché una situazione giuridica, un fatto oppure un atto, siano, nei tempi moderni, regolamentati in un modo anziché in un altro. Ecco l'importanza dello studio del diritto romano e della sua influenza sulla giuridicità dell'età medievale e moderna. Ciò, a testimonianza di quella mutevolezza del diritto, il quale assume forme diverse a seconda del momento e del contesto storico, economico e culturale in cui il precetto normativo va ad imporsi.

Dalla disamina del diritto romano, dalle XII Tavole sino allo studio dei giureconsulti dell'epoca, sorge il concetto di *regula iuris* a cui è facile legare quella primordiale attività di *interpretatio iuris* posta in essere sin dall'origine dai pontefici quali primi operatori del diritto nell'età precittadina. Tale attività ermeneutica, praticata in un contesto in cui il diritto si vestiva di un alto senso di sacralità, era un *quid pluris* rispetto a quelle regole non scritte e tramandate nel corso del tempo, da cui i romani estrapolavano norme sociali per regolare i rapporti tra le famiglie. Con il processo di laicizzazione del diritto lo scenario giuridico del tempo fu destinato poi a mutare, dove la trasposizione di alcune di queste regole nelle XII Tavole della legge, sancì la nascita dei giuristi laici e del diritto scritto, riordinato durante la tarda età imperiale dall'imperatore Giustiniano. Questi, nel *Corpus Iuris Civilis* ebbe a rivisitare tredici secoli di esperienza giuridica romana.

La disciplina penale concernente i reati sessuali, articolata in quel complesso di norme generate al fine di prevenire o reprimere condotte che hanno una spiccata influenza sulla sessualità dell'individuo, trae origine proprio dal diritto romano, risalendo al periodo storico del Principato. Difatti, con la *lex iulia de adulteriis coercendis et de stupro*, prima legge romana a disciplinare organicamente i delitti sessuali, Ottaviano Augusto rese oggetto di repressione criminale quei comportamenti giudicati lesivi della morale familiare quali l'*adulterium*, l'*incestum*, il *lenocinium* e lo *stuprum*, non attribuendo però ancora nessuna autonomia concettuale alla figura criminosa della violenza carnale<sup>1</sup>. Lo *stuprum*, molto spesso non distinto dall'*adulterium*, veniva inteso quale l'unione con una donna di buoni costumi non sposata, configurandosi una circostanza aggravante a carico del responsabile nell'ipotesi di un rapporto altresì violento. Successivamente, nonostante l'uso della violenza su una donna sposata, nubile o vedova onorata, comportò l'irrogazione di pene quali la confisca di parte del

<sup>1</sup> F. BOTTA, *Violenza sessuale e società antiche*, profili storico-giuridici, Lecce, 2003, p.61

patrimonio e la *relegatio in insulam*<sup>2</sup>, si può affermare che la moderna concezione di stupro cominciò a delinearsi quando sorse l'esigenza di reprimere giuridicamente tutto ciò che potesse intaccare la pacifica convivenza. Pertanto, dalla necessità di contrastare qualsiasi tipologia di violenza, a seguito dell'introduzione del *crimen vis*, la giurisprudenza romana plasmò la categoria dello *stuprum per vim*, attribuendo rilievo penale alla violenza carnale.

## **2. Libertà di determinazione della sfera sessuale e nuova collocazione delle fattispecie incriminatrici.**

Il Codice Zanardelli del 1889, sotto l'influenza dei codici preunitari, collocava il reato di violenza carnale nella rubrica "Dei delitti contro il buon costume e l'ordine delle famiglie", affidando, altresì, la protezione della sfera sessuale alla fattispecie degli atti di libidine violenti non diretti a commettere il delitto di violenza carnale. Nella sistematicità di tale corpus normativo, incentrato su una concezione di sessualità femminile che ancora non si ergeva a libero diritto se non in costanza di matrimonio ed al fine procreativo, il crimine della violenza carnale veniva configurato nell'ipotesi di un costringimento, mediante violenza o minaccia, alla congiunzione carnale. In seguito, con l'originario impianto del vigente Codice Rocco, la continuità della precedente tradizione legislativa e della antica concezione "pubblicistica" della sessualità, venivano accolte con la previsione di un diverso bene giuridico salvaguardato dalle norme in materia di reati sessuali, disciplinate nel titolo IX del secondo libro denominato "Dei delitti contro la moralità ed il buon costume". In tale prospettiva la libertà sessuale veniva tutelata non come valore intrinseco della persona, ma nei limiti della sua corrispondenza al superiore valore della moralità pubblica<sup>3</sup>, ritenendo l'offesa derivante da un atto di violenza carnale arrecata inverosimilmente non all'individuo, ma al bene della pubblica moralità.

L'esigenza di conferire alla fattispecie una dimensione individualistica, volta alla preminente protezione della persona, veniva soddisfatta dalla legge n. 66/1996 recante "Norme contro la violenza sessuale", attuativa di quella trasposizione dei reati sessuali dalla sfera della moralità pubblica a quella della libertà individuale. La nuova collocazione degli articoli 609 *bis* e ss. all'interno del sistema normativo relativo a certi specifici delitti contro la libertà personale, suscitò riflessioni e

---

<sup>2</sup> F. LUCREZI, *La violenza sessuale in diritto ebraico e romano*, in studi sulla *Collatio*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 18 – 19.

<sup>3</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte speciale. Delitti contro la persona*, 2° ed., Padova, 2005, 329.



critiche da parte della dottrina, quasi a voler sottolineare la rinuncia del legislatore a un riferimento teleologico alla tutela della libertà sessuale<sup>4</sup> nell'attimo in cui quest'ultima veniva assunta a diretto ed incontaminato oggetto della tutela penale<sup>5</sup>. Per contro, ci fu chi poi ritenne preferibile la soluzione di creare una apposita sezione riservata ai delitti contro la libertà sessuale. Il tutto, per esprimere il disvalore della violenza sessuale alla luce dell'incidenza che essa può avere sulla libertà di autodeterminazione dell'individuo, ovvero su aspetti compromettenti lo sviluppo psichico della vittima - soggetto passivo. Pertanto, fu altresì molto discutibile quella opzione interpretativa prodotta da esponenti dottrinali sulla convinzione che i delitti di natura sessuale dovessero ruotare nell'orbita della libertà morale, essendo intesa la violenza sessuale niente più che una violenza privata qualificata dalla natura dell'atto che la vittima è costretta a subire o tollerare<sup>6</sup>.

Tuttavia, la coerenza della nuova collocazione sistematica dei reati sessuali veniva espressa dalla giurisprudenza di legittimità in molteplici sentenze con le quali si ribadiva che, nell'ottica della novella legislativa, i reati cd. sessuali andavano ad offendere la libertà personale intesa come libertà di autodeterminazione della corporeità sessuale, non la libertà morale della persona oppure il pudore o l'onore sessuale come specificazioni della moralità pubblica e del buon costume<sup>7</sup>. Secondo la giurisprudenza, quindi, il legislatore intenzionalmente riconduceva tali reati nell'alveo dei delitti contro la libertà personale, giustificando questa scelta al fine di evidenziarne la fisicità; delitti, il cui perfezionamento si ha solo qualora venga offesa la corporeità sessuale della vittima. Difatti, una aggressione sessuale oltre ad implicare una coazione connessa al momento di formazione della volontà della vittima, non può prescindere dal materiale coinvolgimento del suo corpo. Ad ogni buon conto, se quanto affermato è indubbiamente riscontrato anche nelle altre fattispecie della violenza sessuale di gruppo (609 *octies*) e degli atti sessuali con minorenni (609 *quater*), lo stesso non può affermarsi in merito al reato di corruzione di minorenni (609 *quinquies*), fattispecie che, non prevedendo alcun

---

<sup>4</sup> In tal senso v., tra gli altri, BERTOLINO, in *Commentario breve al codice penale*, a cura di Crespi, Forti, Zuccalà, 5° ed., Padova, 2008, 1678.

<sup>5</sup> CADOPPI, in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, 4° edizione, Padova, 2006, 433.

<sup>6</sup> Così PADOVANI, in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, a cura di Cadoppi, 4° ed., Padova, 2006, 433.

<sup>7</sup> Così, tra le altre, Cass. Pen., 2-7-2004, n. 37395, in Guida dir., 2004, n. 39, 74 ss. (Sentenza Albano); Cass. Pen., 12-2-2004, n. 15464, in Riv. Pen., 2004, 603 ss. (Sentenza Marotta)

coinvolgimento corporeo della vittima, probabilmente non doveva essere inquadrata tra i reati concernenti la libertà sessuale. Sebbene il legislatore non abbia optato per la preferibile soluzione di creare una sezione ad *hoc* dedicata ai delitti contro la libertà sessuale, non può dirsi che lo stesso abbia impropriamente collocato i reati sessuali tra i delitti contro la libertà personale. In tale contesto, ciò che prevale è l'accezione negativa della libertà sessuale, tenuto conto che il diritto penale limita il suo intervento solo a quelle ipotesi in cui la libertà della persona venga oppressa da sopraffazioni esterne coinvolgenti la corporeità del soggetto passivo, non potendo le norme penali influenzare la libertà di autodeterminazione della sfera sessuale di un individuo. Nondimeno, la libertà sessuale della persona offesa è lesa anche nell'ipotesi in cui, invece della propria, è coinvolta la corporeità sessuale dell'autore del reato su cui cade l'azione che la vittima è costretta a compiere.

La Suprema Corte di Cassazione, Sez. III, con la sentenza n. 66551 del 5 Giugno 1998, precisava che *"con la nuova disciplina introdotta dalla legge 66/1996, l'illiceità dei comportamenti deve essere valutata alla stregua del rispetto dovuto alla persona umana e della loro attitudine a offendere la libertà di autodeterminazione della sfera sessuale; questa, pertanto, è disancorata dall'indagine sul loro impatto nel contesto sociale e culturale in cui avvengono, in quanto punto focale è la disponibilità della sfera sessuale da parte della persona che ne è titolare"*.

La novella legislativa del 1996, oltre a rafforzare la tutela dell'individuo e della sua dignità personale, conferì nuova linfa ai reati sessuali con l'introduzione dell'unico delitto di violenza sessuale, nato dalle ceneri della contestuale abrogazione dei previgenti delitti di violenza carnale (art.519) ed atti di libidine violenti (art.521), nonché di congiunzione carnale commessa con abuso della qualità di pubblico ufficiale (art.520).

### **3. Il reato di violenza sessuale: gli elementi della costrizione e dell'induzione.**

L'obiettivo principale della novella del 1996 fu quello di immaginare maggiore protezione per il soggetto passivo, mostrando di tenere in particolare considerazione la casistica secondo cui a subire certe condotte criminose erano donne e bambini. Di qui, la nuova previsione del reato di violenza sessuale. Tale delitto, così come canonizzato nell'articolo 609 *bis* del codice penale, contempla in sé varie fattispecie incriminatrici aventi quale comune denominatore il compimento di atti sessuali in violazione del volere del soggetto passivo, con la

peculiare distinzione compiuta dal legislatore tra la violenza sessuale per costrizione e quella per induzione. La costrizione è tale quando chi agisce compie l'atto sessuale contro la volontà della vittima dissenziente con quelle modalità che il legislatore cristallizza nella violenza, minaccia o abuso di autorità.

Il legislatore del 1996, nonostante diverse contrapposizioni in dottrina ed in giurisprudenza, inspiegabilmente scelse di dare continuità all'originario impianto del Codice Rocco conservando la violenza e la minaccia quali requisiti della condotta, implementando la previsione normativa con la fattispecie della violenza sessuale mediante abuso di autorità. Tanto, nonostante si notò che i requisiti di violenza e minaccia ben si potessero sostituire col mero dissenso ovvero con la previsione della mancanza di consenso anche alla luce di un netto contrasto che sorgeva analizzando le oggettività giuridiche tutelate dai reati di violenza sessuale e violazione di domicilio. Difatti, appariva, e tutt'oggi appare controverso, che mentre per l'integrazione del delitto di cui all'art. 614 c.p. basti la volontà espressa o tacita del titolare del diritto, nell'ipotesi di violenza sessuale occorra il preventivo confronto con una violenza o minaccia in atto per punire la condotta dell'agente<sup>8</sup>. Allo stato, è da considerarsi lineare ed accoglibile il ragionamento secondo cui per configurarsi un delitto di violenza sessuale basti la sola volontà contraria, dove la mera violenza fisica o psichica è da considerarsi quale elemento costitutivo la gravità del reato e non anche la sua sussistenza.

L'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale in tema di violenza sessuale ha comportato uno snellimento di quello che deve essere il lavoro valutativo di dette specifiche fattispecie criminose. La giurisprudenza, liberando il requisito dell'esplicazione della forza fisica, arrivava ad intendere per violenza qualsiasi comportamento che limitasse la libera determinazione della vittima nella sfera sessuale, lasciando rientrare nella più ampia nozione di violenza sessuale anche il compimento di atti fugaci, repentini, consistenti in toccamenti e palpeggiamenti di zone erogene; atti repentini, che vanificano qualsiasi tentativo difensivo della vittima, non posta in condizione di poter esprimere nell'immediatezza il proprio dissenso. Questo orientamento giurisprudenziale suscitò scalpore in quella parte di dottrina ancora legata ad un concetto meramente fisico e corporale della violenza, laddove essa andava ancorata al danno corporeo procurato, di guisa tale che gli atti furtivi non potevano e non dovevano accostarsi al concetto di costrizione, che presuppone la contraria volontà del soggetto passivo. Gli esponenti di tale minoritario orientamento,

---

<sup>8</sup> PADOVANI, *Violenza carnale e tutela della libertà*, in RIDPP, 1989, 1301; e in *Studi in memoria di P. Nuvolone*, II, Milano, 1991, 127.

semplicisticamente, liquidavano la questione ritenendo che nell'ipotesi di atti furtivi, repentini o a sorpresa, non essendoci il tempo materiale perché nel soggetto passivo si formasse una volontà, questa stessa volontà, non ancora formatasi, non poteva essere coartata. A parere di chi scrive, una riforma che si possa considerare esaustiva e pienamente rispondente ai principi generali del diritto penale sostanziale e procedurale di stampo accusatorio, dovrà incentrare la fattispecie sulla mancanza del consenso quale elemento essenziale perché si possa giudicare sulla configurabilità o meno dell'ipotesi delittuosa. Ciò, senza dimenticare che scegliere tale risoluzione non significa automatica equivalenza tra mero racconto della vittima persona offesa e responsabilità dell'imputato, laddove il racconto della persona offesa, anche se logico e coerente, necessita sempre di essere riscontrato da elementi obiettivi esterni. Tuttavia, resta ferma la convinzione di chi scrive che anche le forme minime di violenza, quelle apparentemente più superficiali, vanno considerate atto violento di natura sessuale. La condotta repentina, rientrando comunque nel raggio della sopraffazione della vittima, è anch'essa atto di violenza penalmente rilevante non curandosi del consenso della persona, ovvero della prevedibilità del suo dissenso<sup>9</sup>. Questo approccio ermeneutico deve essere condiviso anche perché, al contrario, si rischierebbe di emarginare dall'ambito del penalmente rilevante alcune forme di violenza sessuale che oggi, non di rado, sono note alla cronaca giudiziaria come le violenze sessuali aggravate dall'utilizzo di sostanze stupefacenti ed alcoliche.

In generale, un rapporto sessuale deve svolgersi nella delimitazione del consenso prestato, costituendo il dissenso della vittima il presupposto per la configurazione del fatto tipico punito dalla legge. Il consenso deve perdurare nel corso dell'interrelazione sessuale senza soluzione di continuità, integrandosi il reato di cui all'articolo 609 *bis* c.p. nell'ipotesi di prosecuzione di un rapporto dove il consenso originariamente prestato venga ad interrompersi in costanza dell'atto stesso. Si pensi al semplice ripensamento o alla mancata condivisione delle modalità con cui si chiede di consumare un amplesso, rammentando che il reato *de quo* va a configurarsi anche nell'ipotesi in cui il dissenso della vittima venga meno *in itinere* per rassegnazione alla violenza o per evitare l'aggravamento della situazione di pericolo. Pertanto, la Suprema Corte ha

---

<sup>9</sup> Così la Corte di Cassazione con la sentenza n. 6945 del 19 febbraio 2004 confermava la responsabilità penale del medico che, approfittando di dover effettuare nel proprio ambulatorio una iniezione ad una paziente, la induceva a spogliarsi palpeggiandole repentinamente i seni e avvicinando il proprio organo genitale a quello della donna.

affermato in varie sentenze la non necessità che il dissenso si manifesti per tutto il periodo di prosecuzione del rapporto essendo sufficiente che si estrinsechi all'inizio della condotta anti-giuridica, prevedendo, allo stesso modo ed in linea mediana, che ai fini della configurabilità del delitto di violenza sessuale sono prive di rilevanza le circostanze relative all'assenza di lesioni personali sul corpo della vittima, il comportamento remissivo della stessa, anche successivo ai fatti, e le esitazioni nello sporgere denuncia, in quanto tali circostanze sarebbero facilmente riconducibili allo stato di terrore ingenerato nella vittima. Così, anche ribaltando la famosa e tanto discussa "sentenza dei jeans"<sup>10</sup> dove pericolosamente il consenso alla congiunzione carnale fu tratto dalla mancata resistenza della vittima, desunta dalla sua collaborazione nello sfilare l'indumento.

Ulteriore modalità con la quale la costrizione può esplicarsi è rappresentata dalla condotta minacciosa posta in essere dal soggetto agente, volta alla prospettazione di un male futuro ai danni del soggetto passivo costretto a subire o compiere atti sessuali. La violenza sessuale mediante minaccia è stata rinvenuta nell'ipotesi di chi, alla luce del mancato consenso al rapporto, prospettava di riferire al marito della vittima le prove della sua precedente infedeltà, e di chi costringeva la persona offesa a subire rapporti sessuali non protetti prospettando lo sfratto da un appartamento concesso in locazione se non avesse saldato i debiti anche attraverso prestazioni sessuali<sup>11</sup>. Peraltro, con l'introduzione della violenza sessuale mediante l'abuso di autorità di cui si discorrerà in seguito, si è alleggerita quella forzatura che molto spesso era posta in essere sussumendo ipotesi criminose nelle sole condotte costrittive mediante violenza e minaccia.

La violenza sessuale mediante induzione dell'agente è contemplata dall'articolo 609 *bis* c.p. cpv. Il riferimento alla condotta dell'induzione è una novità assoluta nell'ambito del ragionamento sul delitto di violenza sessuale perché attribuisce rilevanza al consenso della vittima, anche se invalidato in ragione dell'inganno o dell'abuso delle sue condizioni di inferiorità da parte del soggetto attivo. Le fattispecie inquadrate dal secondo comma sono la violenza sessuale commessa mediante abuso delle condizioni di inferiorità fisica o psichica e la violenza sessuale indotta mediante inganno da sostituzione di persona, delitti che presentano molteplici differenze rispetto alle ipotesi criminose costrittive. L'induzione, infatti, così come già accennato, richiede la cooperazione della parte

<sup>10</sup> Cass. Pen., Sentenza n. 1636 del 06.11.1998

<sup>11</sup> Cass. Pen., Sentenza n. 37251 del 11.06.2008

offesa, la quale, diversamente dalle fattispecie costrittive che presuppongono il dissenso del soggetto passivo, presta il proprio consenso al rapporto sessuale in quanto pervasa dall'operato del soggetto agente, facendo o subendo qualcosa che vuole, ma che non avrebbe fatto o subito se non indotta. In questo paragrafo, si ritiene doveroso esaltare la scelta del legislatore di consentire a tutti, liberamente, di avere una propria vita sessuale. Difatti, con l'introduzione della fattispecie prevista dall'articolo 609 *bis*, II comma, n. 1, anche chi versa in una situazione di minorazione sia fisica che psichica, ha visto riconosciuto un proprio diritto alla sessualità che per molto tempo gli era stato negato. La riforma ha permesso a soggetti non dotati psichicamente e fisicamente ogni esperienza sessuale, evitando di essere sottoposti a qualsiasi sopraffazione da parte di terzi tesi a soddisfare solo la propria concupiscenza, superando quella odiosa ed insensata asserzione secondo cui impedire al minorato di avere rapporti sessuali risultava l'unica soluzione per proteggerlo. Per l'ipotesi di cui al nuovo articolo 609 *bis*, II comma, n. 2 si discorre invece della violenza sessuale commessa da chi, sostituendosi ad altra persona, trae in inganno la persona offesa. Per stabilire quando si abbia sostituzione di persona che induca la vittima ad errare circa l'identità dell'agente appare logico riferirsi, non mancando opinioni contrarie, al dettato normativo dell'art. 494 c.p. La norma in questione, prevede la punizione per chiunque "induce taluno in errore, sostituendo illegittimamente la propria all'altrui persona o attribuendo a sé o ad altri un falso nome o un falso stato, ovvero una qualità a cui la legge attribuisce effetti giuridici". È questo il caso di chi si finge medico per visitare una donna e perseguire scopi sessuali. Volendo, sia pure momentaneamente, concludere la disamina della norma di cui all'articolo 609 *bis* c.p. che prevede una attenuante ad effetto speciale per i casi di minore gravità, non essendoci la previsione di una tipizzazione dei casi ove detta attenuante possa e debba applicarsi, si ritiene che ogni valutazione in merito sia stata lasciata alla discrezionalità con l'applicazione dei principi previsti dall'articolo 133 del codice penale. Detto ragionamento, sembrerebbe quasi svilire i lavori giurisprudenziali e dottrinali tesi all'ammodernamento delle previsioni normative sulle ipotesi di delitti sessuali, lasciando cadere nuovamente l'attenzione sulla rilevanza della qualità, ovvero della quantità dell'atto sessuale compiuto.

#### **4. Atti sessuali e abuso di autorità: le difficoltà interpretative in merito alla previsione dell'ulteriore modalità della condotta coattiva dell'agente.**

Il complesso di norme che prevedono di contrastare i fatti di violenza sessuale, in merito al nuovo concetto di "atti sessuali" esortavano la Suprema Corte ad intervenire per esplicitare che *"la nozione di atti sessuali è la risultante della somma dei concetti di congiunzione carnale ed atti di libidine, previsti dalle previgenti fattispecie di violenza carnale ed atti di libidine violenti, per cui essa viene a comprendere tutti gli atti che, secondo il senso comune e l'elaborazione giurisprudenziale, esprimono l'impulso sessuale dell'agente con invasione dell'altrui sfera sessuale. Devono pertanto essere inclusi i toccamenti, palpeggiamenti e sfregamenti sulle parti intime delle vittime, suscettibili di eccitare la concupiscenza sessuale anche in modo non completo e/o di breve durata, essendo irrilevante, ai fini della consumazione del reato, che il soggetto attivo consegua la soddisfazione erotica"*<sup>12</sup>.

Ecco che, nel tentativo di specificare ancor più puntualmente tale nozione, si ebbe ad affermare che *"nel concetto di atti sessuali di cui all'art. 609 bis c.p. bisogna far rientrare non solo gli atti che involgono la sfera genitale, bensì tutti quelli che riguardano le zone erogene su persona non consenziente; pertanto, tra gli atti suscettibili di integrare il delitto in oggetto, va ricompreso anche il mero sfioramento con le labbra sul viso altrui per dare un bacio, allorché l'atto, per la sua rapidità ed insidiosità, sia tale da sovrastare e superare la contraria volontà del soggetto passivo"*<sup>13</sup>. Dunque, la giurisprudenza ha così ricompreso nel concetto di atti sessuali tutti quegli atti che involgono la corporeità della persona offesa<sup>14</sup>, benché posti in essere con coscienza e volontà di pervaderne la sfera sessuale. Il riferimento giurisprudenziale al sesso è estendibile a tutte quelle parti del corpo che la scienza medica ritiene, da un punto di vista psicologico ed antropologico – sociologico, stimolanti l'istinto sessuale, ben potendo anche un bacio o un abbraccio compromettere la libertà sessuale dell'individuo. Ciò, qualora, tenuto conto della globale valutazione della condotta, del contesto in cui si svolge l'azione e dei rapporti che intercorrono tra

<sup>12</sup> Cass. Pen., Sez. III, n. 44246 del 18.10.2005, Boselli, Rv. N. 232901

<sup>13</sup> Cass. Pen., Sez. III, n. 12425 del 26.03.2007; conformemente Cass. Pen., IV, n. 3447 del 03.10.2007.

<sup>14</sup> La Suprema Corte, con sentenza del 18 luglio 2012, stabiliva la non necessarietà del contatto fisico tra vittima ed aggressore ai fini della configurazione del reato di cui all'art. 609 bis. Nel caso di specie, la condotta di un soggetto che utilizzava i social network per contattare ragazze minorenni obbligandole ad inviare foto a contenuto pornografico e a praticare atti di autoerotismo, induceva gli Ermellini ad evidenziare la possibilità di configurazione della c.d. violenza sessuale "a distanza", ritenendo tale condotta, seppur in un contesto virtuale, idonea a coinvolgere la corporeità sessuale della vittima.

i soggetti coinvolti, emerga una indebita prevaricazione sulla sessualità del soggetto passivo.

Fatta tale breve premessa, novità assoluta introdotta dalla legge n. 66/1996 fu la previsione della fattispecie degli atti sessuali commessi mediante abuso di autorità; ipotesi criminosa, che costituisce la terza ed alternativa modalità per mezzo della quale si manifesta la condotta coattiva dell'agente e si realizza il dettato normativo di cui all'articolo 609 *bis*, I comma, c.p., posto in linea di continuità con i precedenti articoli 520 e 521 del codice penale. Siffatte disposizioni di ristretta portata applicativa punivano la condotta del pubblico ufficiale quando questi si congiungeva carnalmente o compiva atti di libidine nei confronti di una persona arrestata o detenuta, posta sotto la propria custodia in ragione del suo ufficio, ovvero a lui affidata in esecuzione di un provvedimento dell'Autorità competente. Dette previgenti norme, erano caratterizzate, tra l'altro, dalla mancata previsione di una vera e propria forma di abuso da parte del soggetto agente, il quale, si vedeva perseguito a seguito della semplice condotta di congiunzione carnale con un detenuto o arrestato anche nelle ipotesi in cui a sedurlo era la stessa vittima. Pertanto, a seguito di una vera e propria opera di estensione dell'ambito applicativo di tali fattispecie e sotto l'impulso di travalicare la tutela della libertà sessuale dei soggetti in stato di detenzione, già dai lavori preparatori emergeva quella chiara *voluntas legis* atta a tutelare la libertà sessuale di chi è parte debole nell'ambito di quei particolari rapporti interindividuali connotati da una forte posizione di supremazia esercitata da altri. Invero, con la previsione dell'abuso di autorità nell'ambito dei reati sessuali per costrizione sembra voglia dimostrarsi da parte del legislatore che siano possibili forme di costrizione non sempre legate a modalità violente o minacciose della condotta, anche se in dottrina (Antolisei, Nappi) si è sempre ritenuto della inutilità di detta ipotesi criminosa soprattutto nel momento in cui si è pensato all'abuso di autorità come *species* del più ampio *genus* della violenza psichica, riconducibile alla condotta costrittiva mediante minaccia. Peraltro, sull'assunto della mancanza di costrizione in assenza di una autentica *vis*, alcuni esponenti dottrinali, tra cui Mantovani, hanno sostenuto l'errore del legislatore nell'utilizzare il termine costrizione in luogo del termine induzione, intendendo l'abuso di autorità un particolare tipo di abuso induttivo.

Appare chiara la sofferenza, per dottrina e giurisprudenza, di coniare una esatta definizione del concetto di abuso di autorità, con evidente difficoltà a reperire le coordinate ermeneutiche utili ad ogni lavoro di sussunzione della fattispecie concreta in quella astratta. Si riteneva, pacificamente, che il riferimento all'abuso



di autorità fosse per il legislatore diretta intenzione a punire la condotta di chi, ricoprendo una posizione forte e preminente all'interno di un rapporto interpersonale, sottoponeva il soggetto c.d. debole ad una sorta di soggezione psichica, costringendolo a compiere o subire atti sessuali, pur non essendoci però univoca posizione in merito alla fonte dalla quale il soggetto attivo dovesse attingere la propria autorità

Sul punto, l'interpretazione minoritaria, la quale faceva rientrare nel concetto di abuso di autorità ogni forma del rapporto di supremazia, sia esso di natura pubblica o privata, così come sostenuta dalla ampia nozione di abuso di autorità di cui all'art 61 n. 11 e di cui al dato letterale 609 *bis* che pur non circoscrive la nozione di autorità, veniva fronteggiata da un secondo approccio più restrittivo che presupponeva all'abuso di autorità stesso una posizione di supremazia di tipo formale e pubblicistico. Detto ultimo orientamento, ponendosi in sintonia con il previgente articolo 520 c.p. che però faceva riferimento al pubblico ufficiale quale soggetto attivo del reato, riteneva che solo l'abuso di autorità pubblica desse luogo al perfezionamento della fattispecie. Pertanto, non tutte le situazioni di ordine interpersonale, ambientale, sociale, culturale caratterizzate da uno stato di soggezione di una persona nei confronti di altra potevano dar luogo all'abuso di autorità sanzionato dall'articolo 609 *bis* c.p. Questo orientamento veniva accolto anche dalla Suprema Corte di Cassazione, la quale, a Sezioni Unite, nelle sentenze n. 13 del 31.05.2000 e n. 32513 del 19.06.2002, escludeva la configurabilità dell'abuso di autorità per la mancanza in capo al soggetto agente di una posizione di tipo pubblicistico, trattandosi nello specifico di un insegnante privato di sostegno a cui i genitori avevano affidato il figlio minore di anni tredici per ragioni di educazione ed istruzione e di un insegnante di una scuola professionale che aveva particolari attenzioni nei confronti dell'allieva minore degli anni sedici. Tuttavia, la sentenza n. 32144 del 07.06.2002 sembrava riconoscere un'ipotesi di abuso di autorità privata nell'ambito dei rapporti familiari. Detta sentenza, statuiva la responsabilità del soggetto attivo ai sensi degli articoli 609 *bis* e 609 *ter* per aver il reo costretto, con abuso della sua autorità di genitore, la figlia minore di dieci anni a subire atti sessuali.

Da ultimo, si ritiene che l'obiettivo di conferire maggior tutela alla libertà sessuale della persona non sia perseguito nel momento in cui si accolga un'interpretazione restrittiva del concetto di autorità volta ad escludere i rapporti di natura privatistica o di mero fatto. A sostegno di tale affermazione, si rileva, altresì, che la scelta del legislatore di eliminare dal dato letterale della norma qualsivoglia riferimento ad una posizione di preminenza di natura pubblicistica o

derivante da pubbliche funzioni sia indicativa della propria volontà di punire chiunque ingeneri quel *metus* reverenziale trovandosi in una particolare posizione autoritativa sia pubblica che privata al fine di costringere il soggetto passivo a compiere o subire atti sessuali.

#### **5. Le Sezioni Unite 27326/2020: risoluzione del contrasto interpretativo e adesione alla nozione estensiva di abuso di autorità nei delitti sessuali commessi mediante costrizione.**

Dopo le brevi riflessioni sul concetto di violenza sessuale e di ciò che rappresenta il coacervo di elementi in base ai quali si individua il delitto di violenza sessuale stesso, è stato necessario ricercare attraverso i contributi dottrinali e giurisprudenziali una nozione univoca che potesse fornirci gli strumenti esatti per valutare il delitto di cui all'art. 609 *bis* in relazione all'annoso concetto di abuso di autorità. Il tutto, per meglio compiere quel lavoro accertativo e valutativo di una fattispecie di reato tanto complessa quanto di difficile soluzione ermeneutica. Ad intervenire con sentenza a Sezioni Unite è stata la Corte di Cassazione, la quale, nel tentativo di risolvere i contrasti interpretativi sul punto della natura pubblicistica o privatistica del c.d. rapporto di preminenza del soggetto attivo sul soggetto passivo, ha lasciato intendere che l'abuso di autorità è tale sia in presenza di una relazione formale di superiorità, di preminenza, che in costanza di un rapporto privatistico dove il soggetto attivo, quale potrebbe essere un precettore privato, commette abuso di autorità sfruttando quella sorta di timore reverenziale della vittima assoggettata e coartata fisicamente e psichicamente, senza alcuna distinzione di sorta.

La sentenza in questione, nel rigettare il ricorso proposto avverso la decisione della Corte di Appello di Caltanissetta, pur attraversando con la sua parte motiva l'avvicinarsi dei contrasti interpretativi, si preoccupava di stabilire se l'autorità privata fosse solo quella derivante dalla legge o anche una autorità di fatto, laddove nell'ambito di detta analisi ebbe a ritenere corretta l'ipotesi secondo cui la coartazione della volontà della vittima non fosse legata ad una specifica qualità del soggetto agente, dando corpo ad una ampiezza del concetto di abuso di autorità e senza che esso fosse tipicizzato nello stretto alveo del rapporto formale pubblicistico. Detto *iter* logico - argomentativo seguito dalle Sezioni Unite, andava in sintonia con le finalità della legge 66 del 1996 di assicurare la massima tutela a tutti quei soggetti che per caratteristiche personali, o in ragione del contesto ambientale o relazionale, venivano indotti o costretti a compiere o

subire atti sessuali. Di qui, una nozione del concetto di autorità coerente con gli scopi perseguiti dal legislatore.

I fatti oggetto della pronuncia delle Sezioni Unite originavano dalle condotte poste in essere da un insegnante di inglese che nell'impartire lezioni private costringeva due alunne minori di quattordici anni a subire ed a compiere su di lui atti di natura sessuale. Pertanto, Il Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Enna, all'esito di un giudizio abbreviato condizionato, affermava la responsabilità penale dell'imputato per il reato di cui agli artt. 609 *quater*, 4 comma, e 81 co. 2 c.p., qualificando il fatto in termine di lieve entità e determinando il Procuratore generale e le parti civili a proporre appello avverso tale statuizione. La Corte di Appello di Caltanissetta, nel novembre dell'anno 2018, riformava parzialmente la decisione di prime cure ribadendo la colpevolezza dell'imputato e riqualificando i fatti ai sensi degli artt. 609 *bis*, 609 *ter* n. 1 e 81 co. 2, così determinando un più aspro trattamento sanzionatorio. Avverso tale pronuncia l'imputato presentava ricorso per Cassazione lamentando la non corretta applicazione dell'articolo 609 *bis* c.p., sostenendo un'interpretazione restrittiva della nozione di abuso di autorità che avrebbe imposto una riqualificazione del fatto in un meno grave reato. Il ricorso, assegnato alla Terza sezione penale che rilevava la sussistenza di un ampio contrasto interpretativo, veniva rimesso alle Sezioni Unite, le quali, tra l'altro, oltre a rammentare la strumentalità dell'abuso di autorità rispetto alla condotta costringitiva, individuavano il confine tra lo stesso abuso di autorità e la minaccia, entrambe modalità funzionali alla costrizione e contemplate dal primo comma della norma incriminatrice di cui all'art. 609 *bis*. Tale distinzione concettuale, giustificata dall'esigenza di ampliare l'ambito di operatività del primo comma, veniva affermata in quanto *"mentre la minaccia determina un'efficacia intimidatoria diretta sul soggetto passivo, costretto a compiere o subire l'atto sessuale, la coartazione che consegue all'abuso di autorità trae origine dal particolare contesto relazionale di soggezione tra autore e vittima del reato determinato dal ruolo autoritativo del primo, creando le condizioni per cui alla seconda non residuano valide alternative di scelta rispetto al compimento o all'accettazione dell'atto sessuale che, consegue, dunque, alla strumentalizzazione di una posizione di supremazia"*.

## **6. La violenza sessuale connessa all'utilizzo di sostanze alcoliche e stupefacenti.**

Tema delicato e di cronaca giudiziaria, appare quello della violenza sessuale consumata e perpetrata previa fruizione delle sostanze psicoattive, anche somministrate alla vittima a sua insaputa. Violenza, questa, ancor più rilevante dal punto di vista del disvalore sociale quando posta in essere con la partecipazione di più persone riunite al fine di portare a compimento l'atto sessuale. Tanto, permetteva la denominazione del nuovo genere criminoso dei *Drug-Facilitated-Crimes*, ossia delitti agevolati dall'impiego di sostanze atte a provocare negli assuntori la depressione e/o l'eccitazione delle funzioni psichiche, oltre a veri e propri disturbi della percezione.

La rilevanza penale appare ancora più pregnante e meritevole di attenzione da parte degli operatori del settore quando si discerne di azioni criminali del tipo violenza sessuale e violenza sessuale di gruppo commesse e portate a compimento attraverso la somministrazione di sostanze psicotrope quali la Ketamina, l'MDA, l'alcol o il Gamma-idrossibutirrato (GHB), quest'ultimo considerato da taluni studi statunitensi "droga da stupro" per eccellenza visti i suoi effetti sedativi. La pericolosità sociale di dette sostanze è tale nella misura in cui pone l'aggressore, soggetto attivo del reato, nelle condizioni di poter influire sul ricordo della vittima, facendola franca da una eventuale denuncia per stupro. La sostanza del GHB, più specificatamente, è finalizzata proprio ad evitare che la vittima perda la percezione di ciò che ha subito mostrandosi restia a denunciare le violenze e gli abusi patiti perché pervasa ed assalita dal dubbio sulla eventuale aggressione. Nei rapporti sessuali, quando si fa uso di sostanze psicotrope, a poco rileva la direzione dell'elemento psicologico, ovvero che l'assunzione sia stata volontaria o dolosamente provocata dall'esecutore materiale dell'abuso, laddove, ciò che rileva, invece, è sempre la valutazione circa la sussistenza o meno del consenso libero ed incondizionato della vittima. È esso consenso libero ed incondizionato che permette di circoscrivere l'aria del penalmente rilevante. Pertanto, se la condotta del soggetto agente è diretta a somministrare le sostanze per facilitare lo stupro, è fuor di dubbio che tale condotta rientri nell'alveo del primo comma dell'articolo 609 *bis* c.p., trattandosi in questo caso di violenza costrittiva, dove la induttiva, invece, si verifica solamente nella fattispecie del soggetto passivo che volontariamente assume droghe ed alcol restando vittima inerme nelle mani di chi, profittando di tale inferiorità fisica o psichica, si determina per consumare l'abuso.

Proprio a sostegno e conferma di detta argomentazione, interveniva la Suprema Corte di Cassazione con sentenza n. 10596 del 24 marzo 2020, nella quale gli Ermellini - chiamati a pronunciarsi sulle varie problematiche sorte in relazione

alla circostanza aggravante di cui all'art. 603 *ter*, I comma, n. 2 c.p., disposizione normativa che prevede un aumento di pena di un terzo per chi pone in essere gli atti di cui all'art. 609 *bis* c.p. *mediante l'uso di armi, sostanze alcoliche, narcotiche o stupefacenti*, - stabilirono un ulteriore ed importante principio di diritto. I giudici di legittimità, nell'accogliere il ricorso proposto dall'imputato<sup>15</sup>, ribadivano che l'assunzione volontaria di sostanze alcoliche da parte della vittima prima dello stupro, non facendo venir meno il configurarsi della violenza sessuale, escludeva l'applicazione della predetta aggravante. La stessa, è contestabile al reo solo quando l'uso di sostanze stupefacenti o alcoliche dipenda dalla sua volontà e sia strumentale all'aggressione sessuale.

Per completezza argomentativa, si ritiene doveroso affrontare, di giustizia, anche quelle fattispecie dove, prima dello stupro, è lo stesso soggetto agente a trovarsi in preda ad uno stato di incapacità di intendere e di volere, di deficienza psico-fisica, conseguente all'assunzione di alcol e/o di stupefacenti. Sotto quest'aspetto, non possono non considerarsi i dettati normativi degli articoli 91 e 92 del codice penale che disciplinano, rispettivamente, l'ubriachezza derivante da caso fortuito o forza maggiore, ovvero lo stato di incapacità conseguente ad ubriachezza volontaria o colposa. Da un'interpretazione sistematica di queste norme, è facile giungere alla conclusione che lo stato di ubriachezza, se non dovuto a caso fortuito o forza maggiore, non esclude né diminuisce l'imputabilità del soggetto attivo, con l'aggravante che laddove l'assunzione di alcolici (o stupefacenti) dovesse compiersi con la precipua finalità di agevolare la commissione del reato o di "prepararsi una scusante", sarà consentito all'ordinamento giuridico di prevedere una pena più elevata, trattandosi, nella specie, di *actio libera in causa*. Non alleggerisce questa stretta normativa neppure il dettato dell'art. 94 stesso codice, quando si discorre di ubriachezza abituale. Di qui, addirittura un aumento di pena con l'applicazione di una misura di sicurezza quando il soggetto che fa abitualmente abuso di alcol e droga venga riconosciuto socialmente pericoloso.

## **7. Riflessioni conclusive.**

La novella normativa che dava corpo al dibattito dottrinale e giurisprudenziale, risolto poi dall'intervento delle Sezioni Unite sulla stigmatizzazione del concetto

---

<sup>15</sup> Nel caso di specie la persona offesa aveva fumato uno spinello cedutogli da un terzo, lungi da ogni accordo con il ricorrente. La droga, veniva assunta senza alcuna istigazione o agevolazione dell'imputato, il quale, approfittava dello stato di alterazione della vittima per compiere gli atti sessuali.

di consenso, dissenso ed abuso di autorità, allo stato, appare di importante valorizzazione della figura centrale della persona e dei suoi momenti di discernimento ed autodeterminazione rispetto a frangenti critici quali azioni di abuso e di violenza. I reati di genere, definiti tali proprio perché relativi a fenomeni di devianza a sfondo sessuale, atti a colpire le cosiddette fasce deboli della società, non potevano che essere previsti quali reati comuni spesso accertati con difficoltà e senza la certezza, per quanto possibile nell'ambito dell'accertamento penale, di dare sempre torto a chi ha torto e ragione a chi ha ragione. Al di là della casistica più o meno ampia, si rendeva necessario un intervento legislativo puntuale che desse sollievo ai due momenti essenziali del procedimento di accertamento penale, quello della prevenzione e repressione e quello procedimentale dell'individuazione e graduazione delle responsabilità. I reati di genere, portano con sé l'urgenza di una ricerca scientifica applicata al diritto penale e la necessità di approcciarsi a tali fenomenologie con la giusta precisione e tensione emotiva, utilizzando tutti quegli strumenti investigativi conati *ad hoc* anche grazie ai protocolli internazionali, indubbiamente finalizzati ad evitare rotte di collisione pericolose tra il momento investigativo e quello repressivo-punitivo di uno Stato. Pertanto, alla luce delle mirate e rilevanti novità apportate dal legislatore del 1996, l'auspicio è che sia intrapresa una ulteriore rivisitazione globale della disciplina che assicuri una tutela generalizzata a tutti i soggetti che possono vedersi sottoposti ad un eventuale procedimento per reati di genere, non dimenticando la vigenza, all'interno del nostro ordinamento, della presunzione di innocenza e dell'inciso relativo al primo comma dell'articolo 533 del codice di procedura penale, il quale prevede che il giudice deve pronunciare sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio.

## Introduzione alle *Smart City*. Criticità e prospettive nel panorama Italiano.

di Francesca PEDACE\*

**SOMMARIO:** 1. Premessa. 2. Definizione, caratteri, modelli. 3. Disciplina. 4. Criticità e prospettive.

**ABSTRACT:** *The paper aims to analyze the concept of "smart cities" by defining their characteristics, main models and examples. Then, considered Italian and European law, it explains which could be the possible critical aspects of their application in Italy.*

### 1. Premessa.

La diffusione sempre più capillare di nuove tecnologie, associata alle importanti trasformazioni economico-sociali che si sono succedute dall'inizio del nuovo millennio, ha permesso alle metropoli contemporanee di divenire motori dell'economia. Tutto ciò, tuttavia, al caro prezzo di dover velocizzare lo sviluppo urbano e l'organizzazione amministrativa delle stesse per andare di pari passo con l'evoluzione della comunità che in esse risiede.

Basta pensare a come, nel 2050, l'urbanizzazione a livello mondiale raggiungerà, secondo l'Onu, il 65% della popolazione (con il conseguente aumento di infrastrutture, consumi e fabbisogno di energia) per rendersi conto come anche l'attività di amministrazione dei centri urbani dovrà subire dei mutamenti.<sup>1</sup> Primariamente, ad esempio, il piano urbanistico dovrà divenire parte di un più generale programma di politiche pubbliche in funzione delle quali ripensare la tipologia e la distribuzione degli spazi pubblici e privati, favorire lo sviluppo economico, ridefinire gli *standard*, la struttura delle reti e la mobilità.

Obiettivi come la riduzione del consumo di suolo, la promozione della rigenerazione e della riqualificazione urbana andranno inoltre conciliati con la scarsa disponibilità di risorse e con le nuove esigenze di decongestionamento dei centri urbani.

---

\* Laureata in Giurisprudenza, specializzata Master Interuniversitario in Diritto Amministrativo (MIDA)

<sup>1</sup> *Le nuove città stato tra potere, crescita e disuguaglianze*, Rivista Aspenia, Milano, 21/01/2019

Ciascun territorio dovrà insomma definire, *in primis*, la prospettiva con la quale guarda alla città<sup>2</sup>.

La ragione di questo cambio di approccio sta nella consapevolezza che oggi l'introduzione di innovazioni tecnologiche impatta notevolmente sui servizi offerti e quindi sui processi di allocazione di valore pubblico specie perché oggi le istituzioni pubbliche sono tra i principali generatori di *big data* e l'utilizzo strategico della leva tecnologica è strumentale per l'analisi di questi dati al fine di promuovere politiche e servizi utili ai cittadini<sup>3</sup>.

Va da sé che, lontane dall'essere una moda dettata dallo sviluppo esponenziale delle tecnologie, le *smart city* sono una necessità finalizzata al perseguimento di un potenziale benessere diffuso delle rispettive comunità che vi abitano.

Non a caso, in Europa, la crescente rilevanza del tema ha portato alla definizione di linee guida per gli stati membri sullo sviluppo urbano sostenibile integrato, alla centralità di questo nel perseguimento della strategia 2020 e al rafforzamento della politica di coesione nel periodo 2014-2020<sup>4</sup>.

Dal punto di vista pratico, tuttavia, l'Italia è indietro rispetto agli altri Stati europei giacché mancano una disciplina chiara ed univoca in materia, informazioni e *know how* su come sfruttare le risorse dei fondi europei finalizzate alla rigenerazione razionalizzata degli ambienti urbani e delle vere e proprie linee guida su come attuare una pianificazione di tale spessore.

## 2. Definizione, caratteri, modelli.

Prima di poter affrontare il cuore del problema è bene definire cos'è precisamente una *smart city* e presentarne qualche modello.

L'espressione "città intelligente" ("*smart city*") descrive la capacità di elaborazione dell'intelligenza artificiale della città contemporanea.

In questo quadro si possono fornire diverse definizioni del fenomeno la cui caratteristica comune è però, senz'altro, quella di considerare la città come un organismo evoluto in più ambiti.

---

<sup>2</sup> Il paradigma della *smart city*, in particolare, si propone di attivare dinamiche positive tra processi di urbanizzazione e modelli di sviluppo facendo riferimento alla «creazione e connessione di capitale umano, capitale sociale e infrastrutture tradizionali o elettroniche (ICT), finalizzata a generare sviluppo economico sostenibile e a garantire migliori condizioni qualitative della vita urbana» P. TESTI e G. DOMENICI; *Vademecum per la città intelligente*, Osservatorio Nazionale per le Smart Cities, ANCI.

<sup>3</sup> M. CUCCINIELLO, G. FATTORE, F. LONGO *et al.*, *Management pubblico*, Egea Editore, 2018, pg. 355.

<sup>4</sup> M. CUCCINIELLO, G. FATTORE, F. LONGO *et al.*, *Ut supra*, pg. 348.



Il primo, più evidente, è sicuramente legato alla componente tecnologica. Grazie alla creazione di infrastrutture "intelligenti" e ad alto livello di tecnologia *high-tech* la città è infatti in grado di migliorare la distribuzione dell'energia, semplificare la raccolta dei rifiuti, ridurre la congestione del traffico, migliorare la qualità dell'aria, aumentare la fruibilità dei servizi sociali, ridurre gli sprechi e promuovere la sostenibilità.

Secondo Harrison<sup>5</sup>, ad esempio, la *smart city* si caratterizza per le "3 I": *Instrumented*, ossia la capacità di raccogliere dati in tempo reale da sensori e *personal devices*; *Interconnected*, cioè la capacità di integrare i dati raccolti in un'unica piattaforma accessibile ai vari fornitori di servizi urbani; *Intelligent*, in riferimento alla capacità di analizzare e visualizzare i dati al fine di ottimizzare il processo decisionale<sup>6</sup>.

Anche secondo Washburn e Sindhu «l'uso di ICT di sistema costituisce il substrato infrastrutturale di una città più intelligente, interconnessa ed efficiente»<sup>7</sup>. In maniera simile, poi, secondo il Massachusetts Institute of Technology (MIT) (2013) «*le città sono sistemi di sistemi*» poiché esistono numerose opportunità per introdurre meccanismi digitali reattivi e intelligenti, capaci di favorire

---

<sup>5</sup> C. Harrison è stato il pioniere tecnico di IBM (*International Business Machines Corporation*) in *Smarter Cities* e nell'applicazione del Principio più intelligente per aiutare le città a raggiungere i propri obiettivi di sostenibilità. Si è ritirato dall'IBM nel gennaio 2013. Durante il 2007-10 è stato direttore del gruppo di strategia aziendale, guidando lo sviluppo della strategia aziendale per *Smarter Cities*.

<sup>6</sup> «Una crescente concentrazione della popolazione in relativamente poche grandi città. Le città grandi e dense possono essere altamente produttive, innovative e pro capite molto verdi e quindi desiderabili per il nostro futuro. Tuttavia, il rapido afflusso di nuovi cittadini presenta sfide schiaccianti per i loro governi. Insieme ai benefici positivi che si accumulano da città dense e diverse, vengono in egual misura gli aspetti negativi come lo sviluppo informale, la congestione del traffico, la gestione dei rifiuti e l'accesso alle risorse e alla criminalità. La domanda di servizi è immediata, ma il gettito fiscale per finanziarli viene dopo. Allo stesso tempo, la globalizzazione ha collegato le città ai lati opposti del pianeta in forme di competizione prima sconosciute: per il capitale, per le risorse e per la Classe Creativa. Queste sfide portano a esperimenti con nuovi approcci alla pianificazione, progettazione, finanza, costruzione, governance e funzionamento di infrastrutture e servizi urbani che sono generalmente chiamati Smart Cities. Alcuni di questi approcci sono legati ai ruoli emergenti della tecnologia dell'informazione. (...) La Smart City fornisce una nuova strumentazione che consente l'osservazione dei sistemi urbani a livello micro. Questo articolo descrive i passi verso un modello che possa unificare le prospettive delle professioni nell'Urban Systems Collaborative. Inizia con esempi di Smart Cities e perché questo movimento è così attivo. Descrive come la tecnologia dell'informazione gioca un ruolo nel plasmare nuove norme di comportamento intese a facilitare la continua crescita di popolazioni dense» C. HARRISON, *A Theory of Smart Cities. 55th Annual Meeting of the International Society for the Systems Sciences*, 2011.

<sup>7</sup> D. WASHBURN e U. SINDHU, *HoD Detector, un sistema per creare indicatori sulla felicità dei cittadini in una Smart City: caso di studio — GDL Smart City*, **Journal of Software Engineering and Applications**, Vol.9 No.10, 28 ottobre 2016.

l'ottimizzazione di ogni componente grazie ad efficaci integrazioni di sistema. In ultimo, Anthopoulos e Fitsilis definiscono una *smart city* il luogo dove «l'ICT rafforza la libertà di espressione e l'accessibilità alle pubbliche informazioni e servizi»<sup>8</sup>.

Trattasi dunque di un orientamento sostenuto da vari autori che si concentra maggiormente sull'aspetto prettamente tecnico e infrastrutturale dello sviluppo che si contrappone ad un secondo filone che enfatizza invece l'importanza del capitale umano e di altri aspetti "soft" come la partecipazione dei cittadini e l'inclusione sociale (si pensi alla *smart city* caratterizzata dalle "3T" di Richard Florid - *Technology, Talent, Tolerance*).

A questo secondo filone di pensiero appartengono anche Caragliu, Del Bo e Tijkamp i quali sostengono sul punto che:

*«una città è smart quando gli investimenti in capitale umano e sociale e le tradizionali e moderne infrastrutture comunicative portano ad una crescita economica sostenibile e ad una elevata qualità della vita, con una saggia gestione delle risorse naturali, e attraverso una governance partecipata»*<sup>9</sup>.

Parimenti, per U. Haque:

*«una smart city si deve focalizzare sulla smartness dei cittadini e della comunità sul loro benessere e qualità della vita, e allo stesso tempo incoraggiare i processi che rendono le città importanti per le persone e che possano sostenerne le differenti attività»*<sup>10</sup>.

Indipendentemente dagli aspetti sui quali i due filoni si concentrano maggiormente è bene comunque rilevare che entrambi sono utili ad individuare le sei componenti fondamentali di una *smart city*: una *Smart Governance*<sup>11</sup> a capo della città, la connotazione di servizi forniti attraverso la *Smart and sharing*

---

<sup>8</sup> «Le città digitali si sono evolute da applicazioni web e basi di conoscenza ad ambienti urbani intelligenti. Questa evoluzione si è basata principalmente su reti metropolitane a banda larga e sistemi informativi complessi e suggerisce la forma della città futura che si chiama wireless/smart/digital o ubiquitous city. Sebbene si stiano sviluppando pratiche comuni in tutto il mondo, vengono definite priorità diverse e vengono seguite architetture diverse», L. ANTHOPOULOS e P. FITSILIS, *Dalle città digitali alle città onnipresenti: definire un'architettura comune per lo sviluppo urbano*, 2010 Sesta Conferenza Internazionale sugli Ambienti Intelligenti, 19-21 luglio 2010.

<sup>9</sup> A. CARAGLIU, C. DEL BO, P. TIJKAMP, *Città intelligenti in Europa*, Journal of Urban Technology, Volume 18, 2011.

<sup>10</sup> M. CUCCINIELLO, G. FATTORE, F. LONGO, *et al*, Op. cit., pp. 355 e ss.

<sup>11</sup> Intendendosi con essa un approccio più partecipato alla *policy making* e alla gestione della città. L'obiettivo è duplice: da un lato rendere i cittadini più consapevoli e coinvolti nella pianificazione urbana; dall'altro coordinare il più possibile le istituzioni pubbliche, con le imprese private e con le varie forme organizzate del terzo settore e della società civile in modo da promuovere la visione di una città funzionante come unico organismo integrato, seppur composto da molteplici e

*Economy*<sup>12</sup>, un'architettura urbana votata all'idea di *Smart Environment*<sup>13</sup> finalizzata allo *Smart Living*<sup>14</sup> e nuove forme di *Smart Mobility*<sup>15</sup>.

In ultimo la stessa popolazione, istruita all'uso delle tecnologie ICT, diventa componente stessa della città (c.d. "*Smart People*")<sup>16</sup>.

---

diversificati soggetti. Lo strumento principale per l'adozione di un approccio di *Smart Governance* è lo sviluppo di una piattaforma di connessione ICI-diffusa e integrata; capace di agire come rete di comunicazione e coordinamento tra cittadini, settore pubblico e il privato. Tutto ciò deve essere finalizzato alla strutturazione di partnership tra il pubblico, privato e la società civile per definire e raggiungere congiuntamente obiettivi ritenuti di interesse, M. CUCCINIELLO *et al.*, *Management pubblico*, Egea editore, 2018, pp. 355 e ss..

<sup>12</sup> Una *smart city* efficiente, i cui servizi si basano sulla condivisione consente l'appianamento di disuguaglianze sociali, limita lo sfruttamento di risorse deperibili, tutela l'ambiente, riduce i costi della vita e attrae imprese che in essa vogliono insediarsi.

<sup>13</sup> L'approccio si basa su «energie intelligenti con fonti rinnovabili; misurazione, controllo e monitoraggio dell'inquinamento; riqualificazione di edifici e di aree dismesse; diffusione di *green buildings*; pianificazione urbana sostenibile per determinare la riduzione del consumo di suolo e l'uso efficiente delle risorse». La città *smart* è, infatti, anche una città sostenibile che ospita una comunità urbana in cui si intrecciano le dimensioni tecnologiche più innovative con gli aspetti dello sviluppo sostenibile e nella quale i criteri di efficienza economica ed equità socio ambientale diventano *incipit* guida per una città confortevole, sicura e intelligente. Sul punto si cita la città di Toronto che ha di recente affidato a Google più di 3 milioni di metri quadrati di zona portuale da rigenerare, dando alla tech company carta bianca nello sperimentare tutte le ultime soluzioni ingegneristiche e tecnologiche e nel ripensare da zero l'architettura urbana, M. CUCCINIELLO *et al.*, *Management pubblico*, Egea editore, pg. 355 e ss..

<sup>14</sup> Con questa espressione si intende lo sviluppo di uno stile di vita sano e sicuro all'interno di una città che sia stimolante a livello culturale e sociale grazie alla fruizione di molteplici esperienze culturali, sportive e ambientali; M. CUCCINIELLO, G. FATTORE, F. LONGO *et al.*, *Management pubblico*, Egea editore, pp. 355 e ss..

<sup>15</sup> La *Smart Mobility* è lo sviluppo di un sistema logistico e di trasporti integrato basato principalmente sul supporto garantito dalle ICT e su una pianificazione urbana snella e intelligente e su una gestione del traffico volta a diminuire fenomeni quali il congestionamento stradale e l'inquinamento e facilitare l'accessibilità dei cittadini a tutti luoghi della città. È l'aspetto sul quale le città italiane, e non solo, stanno trovando la loro trasformazione più interessante, tanto attraverso grandi investimenti strutturali quanto grazie a iniziative *low cost* che agiscono sull'innovazione sociale e sulla sensibilizzazione dei cittadini. L'obiettivo è di gestire efficientemente gli spostamenti quotidiani dei cittadini e gli scambi con le aree limitrofe attraverso spostamenti agevoli, buona disponibilità di trasporto pubblico, adozione di soluzioni avanzate di *mobility management*, G. GHEZZI, *Smart cities fra teoria e pratica*, Assolombarda Confindustria Milano, Ricerca 1/2018, pp. 15-17.

Si pensi a Chicago che ha investito in trasparenza e informazione creando piattaforme dove è possibile consultare e incrociare gli *open data* sulla città o, ancora, a San Francisco che si propone di diffondere la *shared mobility* e allo stesso tempo ridurre le emissioni e aumentare la sicurezza in strada.

<sup>16</sup> Con questo concetto ci si riferisce alla capacità dei cittadini, o meglio di tutto il capitale umano presente nel territorio urbano (comprendendo quindi anche le istituzioni pubbliche e private), di sviluppare una conoscenza e un modo di agire e pensare coerente con gli obiettivi di sostenibilità, qualità diffusa e sviluppo socio-economico. In prima battuta questo riguarda lo sviluppo e la diffusione di capacità di utilizzo delle nuove tecnologie e dei nuovi servizi a essi connessi M. CUCCINIELLO *et al.*, *Management pubblico*, Egea editore, 2018, pp. 355 e ss. In tal senso, una città intelligente è una città co-progettata, frutto di un processo partecipativo nel quale gli individui

È l'interazione fra queste componenti a determinare il grado di sviluppo di una *smart city*. Ma a quali costi? Con che effetti?

Nel panorama internazionale sono ravvisabili essenzialmente due modelli di riferimento per la realizzazione delle *Smart city*: il primo fa capo agli Stati Uniti, il secondo ai Paesi dell'Unione Europea trovando però un largo seguito anche al di fuori del vecchio continente.

Si tratta di due linee d'azione completamente opposte: il primo non richiede un ruolo particolarmente attivo da parte degli apparati amministrativi, al contrario del secondo, che, per essere attuato, presuppone investimenti pubblici considerevoli ed un'intensa attività di indirizzo e pianificazione da parte degli organi di governo.

Alla base c'è una differente concezione dell'idea di innovazione: secondo l'approccio statunitense, l'innovazione rappresenta un processo dal basso verso l'alto (c.d. *bottom-up*), nel cui ambito si verifica un effetto di sostanziale ritrazione delle autorità pubbliche. Queste ultime sono chiamate a promuovere un quadro normativo favorevole alle nuove tecnologie che si affacciano sul mercato in un'ottica di semplificazione degli oneri amministrativi<sup>17</sup>.

Diverso l'approccio europeo, ispirato da una maggior concertazione tra i diversi livelli di governo e gli operatori economici, il quale presuppone di conseguenza un'individuazione dall'alto delle misure da adottare per ottenere un grado elevato di efficienza ed innovazione (c.d. *top-down*).

In quest'ottica le P.A. vengono incentivate ad impiegare prodotti e tecnologie efficienti dal punto di vista energetico soprattutto nel campo dei trasporti e in quelli della ristrutturazione del patrimonio edilizio preesistente e della creazione di nuove infrastrutture ma trattasi pur sempre di strumenti riconducibili allo schema della *Governance* e cioè a quel sistema complesso di moduli e modelli di azione e di comportamento che, essendo caratterizzati da un'elevata flessibilità, consentono alle istituzioni di interagire attivamente con i poteri privati.

### 3. Disciplina.

---

ritrovano la consapevolezza di poter essere co-autori delle politiche pubbliche, G. GHEZZI, *Smart cities fra teoria e pratica*, Assolombarda Confindustria Milano, Ricerca 1/2018, pp. 15-17.

<sup>17</sup> Sul punto si pensi alla *start-up* Uber, nota per aver creato nel 2010 l'omonima applicazione per mettere in contatto diretto gli automobilisti ed i passeggeri, offrendo così un servizio di trasporto automobilistico distinto dai tradizionali autoservizi pubblici non di linea (taxi e noleggio con conducente).

Il ruolo chiave delle città quali catalizzatori della crescita e dei consumi delle comunità le rende protagoniste delle agende per uno sviluppo sostenibile a livello delle Nazioni Unite e dell'Unione Europea.

In quest'ultima il momento di avvio ufficiale della politica di investimento sulle *Smart City* risale, in particolare, al decennio scorso, in concomitanza con l'avvio del progetto Europa 2020 con cui l'Europa si era proposta di realizzare cinque obiettivi riguardanti l'occupazione, la ricerca e sviluppo, il clima e l'energia, l'istruzione, l'integrazione sociale e la riduzione della povertà da realizzare entro l'anno 2020 nei vari Paesi dell'Unione<sup>18</sup>.

La Strategia, in particolare, qualificava l'economia che doveva caratterizzare l'Europa del 2020 come "intelligente", sostenibile" e "inclusiva", allo scopo di conseguire elevati livelli di occupazione, produttività e coesione sociale rifacendosi all'impiego di strumenti digitali. Da qui la progettazione della *European Innovation Partnership for Smart Cities and Communities* all'interno del quadro del Piano Strategico Tecnologico dell'Energia (che mette in campo un imponente sistema di misure finanziarie allo scopo di favorire collaborazioni strategiche tra imprese e città europee per lo sviluppo e l'implementazione di sistemi urbani e infrastrutture all'avanguardia) e la immediatamente successiva attivazione del programma *Horizon 2020*<sup>19</sup>. A complemento della programmazione dei fondi strutturali sono stati costituiti, inoltre, dei fondi "ad hoc". Si pensi al Fondo Europeo per l'Efficienza Energetica (EEEEF)<sup>20</sup>, il Programma ELENA (*European Local ENergy Assistance*)<sup>21</sup> o, ancora,

<sup>18</sup> E. FERRERO, *Le smart cities nell'ordinamento giuridico*, Foro Amministrativo (II), fasc. 4, 2015, pp. 2-6

<sup>19</sup> F. FRACCHIA e P. PANTALONE, *Smart City: condividere per innovare (e con il rischio di escludere?)*, [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 25 novembre 2015, Fasc. 22/2015, pp. 5-6.

<sup>20</sup> Il Fondo Europeo per l'Efficienza Energetica (EEEEF) è un'innovativa *partnership* pubblico-privata che prevede il finanziamento di progetti relativi all'efficienza energetica, energia rinnovabile di scala ridotta e progetti di trasporto urbano pulito. I beneficiari del fondo EEEF sono i Comuni, gli enti locali e regionali ma anche gli enti pubblici e privati operanti in nome di questi, come i fornitori di energia locali, le Società di Servizi Energetici (ESCO), le società di produzione combinata di elettricità-calore (CHP) o i fornitori di trasporto pubblico, P. TESTI e G. DOMENICI, *Vademecum per la città intelligente*, Osservatorio Nazionale per le Smart Cities, ANCI.

<sup>21</sup> La Commissione Europea, insieme alla Banca Europea per gli Investimenti (BEI), ha ideato questo strumento di assistenza, finanziato attraverso il programma *Intelligent Energy-Europe*, al fine di aiutare le città dell'Unione Europea ad implementare i loro progetti in energia sostenibile. Molte città in Europa, infatti, soprattutto quelle di piccole e medie dimensioni, pur avendo valide idee nel campo dell'energia si trovano ancora ad un livello embrionale poiché non hanno la capacità tecnica di sviluppare dei veri programmi per i quali ricercare ed ottenere finanziamenti pubblici o privati. Il fondo Elena offre dunque alle città, ma anche alle regioni e ad altre entità pubbliche o gruppi di esse, l'assistenza necessaria per sviluppare programmi di investimento e progetti nel campo dell'energia sostenibile finanziando interventi di: efficienza energetica degli edifici pubblici

il programma JESSICA (*Joint European Support for Sustainable Investment in City Areas*)<sup>22 23</sup>.

A molti di questi hanno fatto affidamento gli stessi comuni italiani i quali - dando seguito agli obiettivi di cui alla Strategia per la crescita digitale 2014-2020 adottata dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri<sup>24</sup> hanno approfittato dei fondi mezzi a disposizione dall'Unione Europea per finanziare i progetti di rigenerazione urbana e ammodernamento del contesto urbano di loro competenza.

E dire che, in realtà, il tema delle città intelligenti affonda le proprie radici nel contesto normativo italiano in un passato ben più risalente, ovvero nella deliberazione del CIPE 21 dicembre 2000, n. 150, avente ad oggetto il «Programma nazionale ricerca» per gli anni 2001-2003. In particolare, questo atto contemplava l'adozione di un «Programma strategico Tecnologie abilitanti la Società della conoscenza (ICT)», composto a sua volta di 6 grandi progetti, fra i quali figurava quello relativo alle *Smart city*, denominato «Sviluppo di piattaforme abilitanti — 'comunità intelligenti'».

Trattavasi di una programmazione che, per quanto specifica sul tema, consisteva però in una vaga enunciazione di principio, alla quale non è stato dato seguito per lungo tempo, perlomeno fino all'emanazione del D.L. 9 febbraio 2012, n. 5 (cd. Semplifica Italia), il cui art. 47<sup>25</sup> ha istituito l'Agenda digitale italiana, nel quadro delle indicazioni dell'Agenda digitale europea.

---

e privati (inclusi alloggi privati e illuminazione pubblica); inserimento delle energie rinnovabili negli edifici; investimenti per la costruzione di reti di teleriscaldamento, ecc.; incremento dell'efficienza energetica e integrazione delle fonti rinnovabili nel settore dei trasporti (autobus ad alto rendimento energetico – inclusi autobus ad alimentazione ibrida – propulsione elettrica o a bassa emissione di carbonio, flotte aziendali, ecc.); trasporto intermodale, infrastrutture ICT a favore dell'efficienza energetica, reti per il rifornimento dei veicoli elettrici, ecc. P. TESTI e G. DOMENICI, *Vademecum per la città intelligente*, Osservatorio Nazionale per le Smart Cities, ANCI.

<sup>22</sup> Trattasi di uno strumento che nasce dall'azione congiunta della Banca Europea per gli Investimenti (BEI), della Commissione Europea e della Banca di Sviluppo del Consiglio d'Europa (CEB). L'obiettivo è di realizzare uno strumento finanziario rivolto ad iniziative di risanamento e sviluppo urbano sostenibile, P. TESTI e G. DOMENICI, *Vademecum per la città intelligente*, Osservatorio Nazionale per le Smart Cities, ANCI.

<sup>23</sup> P. TESTI e G. DOMENICI, *Vademecum per la città intelligente*, Osservatorio Nazionale per le Smart Cities, ANCI, pg. 35.

<sup>24</sup> Espressione testuale: «la sfida è quella di costruire un nuovo genere di bene comune, una grande infrastruttura tecnologica ed immateriale che faccia dialogare persone ed oggetti, integrando informazioni e generando intelligenza, producendo inclusione e migliorando la vita del cittadino ed il business per le imprese, anche attraverso azioni di promozione della social innovation», F. FRACCHIA e P. PANTALONE, *Smart City: condividere per innovare (e con il rischio di escludere?)*, *www.federalismi.it*, 25 novembre 2015, Fasc. 22/2015, pp. 5-6.

<sup>25</sup> Il comma 2-*bis* di questa disposizione, nell'individuare una serie di obiettivi nell'ambito dell'Agenda, alla lett. a) prevede la «realizzazione delle infrastrutture tecnologiche e immateriali

Fra gli obiettivi principali di quest'ultima vi è il miglioramento dell'alfabetizzazione, delle competenze e dell'inclusione nel mondo digitale dei cittadini attraverso interventi volti a ridurre il divario digitale sviluppando le competenze digitali di base (art. 1, c. 1, lett. c, l. 145/2015).

L'intento di promuovere ulteriormente le *smart city* è stato altresì ribadito in occasione dell'istituzione, per effetto del D.L. 22 giugno 2012, n. 83 (cd. Decreto Sviluppo), dell'Agenzia per l'Italia Digitale (AgID), preposta alla realizzazione degli obiettivi dell'Agenda digitale italiana<sup>26</sup>.

Vista la presenza di questi numerosi interventi ci si auspica oggi, però, almeno a livello nazionale, un riordino della disciplina operante per dare principi di massima all'attività delle *smart city* in un'ottica che deve comunque tener conto dell'attuale situazione italiana.

In questo senso, lungi dal prospettare una mera imitazione italiana del modello di città di ultima generazione asiatica sulla falsariga di Liuzhou<sup>27</sup> o delle arabe Neom<sup>28</sup> o Masdar<sup>29</sup>, una *good practise* potrebbe consistere nella comparazione

---

al servizio delle "comunità intelligenti" (*smart communities*), finalizzate a soddisfare la crescente domanda di servizi digitali in settori quali la mobilità, il risparmio energetico, il sistema educativo, la sicurezza, la sanità, i servizi sociali e la cultura».

<sup>26</sup> Più precisamente, l'art. 20, co. 3-*bis* di tale decreto conferisce all'AgID il compito di promuovere «la definizione e lo sviluppo di grandi progetti strategici di ricerca e innovazione connessi alla realizzazione dell'Agenda digitale italiana e in conformità al programma europeo Horizon2020, con l'obiettivo di favorire lo sviluppo delle comunità intelligenti, la produzione di beni pubblici rilevanti, la rete a banda ultra-larga, fissa e mobile, tenendo conto delle singole specificità territoriali e della copertura delle aree a bassa densità abitativa, e i relativi servizi, la valorizzazione digitale dei beni culturali e paesaggistici, la sostenibilità ambientale, i trasporti e la mobilità, la difesa e la sicurezza, nonché al fine di mantenere e incrementare la presenza sul territorio nazionale di significative competenze di ricerca e innovazione industriale».

<sup>27</sup> La "Città Foresta" commissionata dal *Liuzhou Municipality Urban Planning* nasce da un progetto dell'Arch. Stefano Boeri ed attualmente in fase di ultimazione. Si prospetta che l'insediamento possa ospitare nei propri ambienti - interamente ricoperti di alberi e piante - più di 30.000 abitanti e che sia in grado ogni anno di assorbire circa 10.000 tonnellate di CO<sup>2</sup> e 57 tonnellate di polveri sottili restituendo, in cambio, oltre 900 tonnellate di ossigeno. Si aggiungono la piena autosufficienza energetica e gli spazi verdi in grado di ospitare uccelli, insetti e altri piccoli animali che abitano il territorio di Liuzhou, *Liuzhou forest city*, Stefanoboeriarchitetti.net.

<sup>28</sup> Il progetto di questa città non ancora realizzata ma destinata ad occupare un'area di 26.500 km<sup>2</sup> nel nord-ovest dell'Arabia Saudita, nella provincia di Tabuk, si deve all'architetto britannico Norman Foster ed è stato ufficialmente lanciato dal giovane principe ereditario saudita Mohammad bin Salman. Alle spalle di questo importante progetto ci sono non solo scelte di carattere urbanistico e logistico, ma anche a sfondo sociale: più libertà per le donne, più libertà per le imprese, più cultura e più turismo insieme alla ridefinizione dello spazio urbano. Un processo questo che avviene attraverso scelte mirate di carattere urbano, ma orientate verso un radicale processo di mutazione culturale e sociale, obiettivi raggiungibili con scelte precise e determinate, F. CALO', *Neom, la smart city dell'Arabia Saudita 33 volte più estesa di NY*, Ingenio.it, 2020.

<sup>29</sup> Progettata dallo studio di architettura inglese *Foster and Partners*, Masdar City è il risultato di un progetto che ha avuto inizio nel 2006. Situata al crocevia dei mercati del Medio Oriente e

fra i modelli di *smart city* presenti attualmente nel contesto internazionale per valutare quale fra questi è quello più efficacemente replicabile in Italia, specie alla luce del fatto che il nostro si palesa essere un territorio già ampiamente urbanizzato.

Coerente con tale necessità è il modello europeo citato nel primo paragrafo che ha per fine quello di applicare tecniche di *best governance* al tessuto urbano e sociale preesistente tramite iniziative mirate.

Si pensi a come Copenaghen ambisca ad essere la prima città a emissioni zero entro il 2025 sfruttando solo «*the smartest and best solutions*» o a come Amsterdam stia rendendo i propri quartieri dei *Living Labs* per testare come ottenere il massimo risparmio energetico.

Non mancano comunque esempi di *smart city* anche in Italia dove, per quanto in via molto più embrionale e limitatamente ad alcuni quartieri, anche città come Torino, Genova, Bari, Milano e Firenze stanno attuando percorsi strutturati verso la *Smart City* attraverso meccanismi di *governance* multilivello fra attori pubblici, e privati.<sup>30</sup>

#### 4. Criticità e prospettive.

Le iniziative per le *Smart city* possono sicuramente aiutare a superare i limiti dello sviluppo urbano tradizionale ma permangono numerosi aspetti critici sulla loro introduzione nel contesto nazionale italiano.

Primariamente, funzionale alla definizione di una *smart city*, vi è il processo di selezione, coinvolgimento e gestione degli *stakeholder* che interverranno nella regia del processo di pianificazione.

I progetti per la realizzazione di una *smart city* a livello internazionale sono spesso, infatti, il risultato di un'interazione strategica tra le grandi multinazionali che investono in queste tecnologie e le autorità locali che dispongono di vasti territori non edificati (si riprendano gli esempi di Neom e Masdar).

---

dell'Asia questa città totalmente *green* e ad impatto zero è stata concepita dalla società *Abu Dhabi Future Energy Company*, a sua volta presieduta dallo sceicco Mohammad Bin Zayed Al Nahyan, con l'intento di divenire il fulcro di una forte rete logistica e di trasporto globale con epicentro il Medio Oriente. Peculiarità della città sono il consumo di energia solare (generata da una centrale poco distante), un sistema di trasporto pubblico *driverless* su binari magnetici, case con tetti apribili in base alla stagione e un proprio sistema di desalinizzazione e riciclo dell'acqua per la rete idrica urbana. Tutto il piano ha posto l'attenzione verso l'ambiente, la ricerca, lo sviluppo e gli affari. Cuore di tutta la *smart city* resta non a caso l'Università della Scienza e della Tecnologia il cui personale costituisce oggi la parte preponderante della popolazione cittadina, *Masdar City*, Masdar.ae.

<sup>30</sup> P. TESTI e G. DOMENICI, Op. cit., pg. 7.



Come detto in precedenza, tuttavia, ciò non è possibile in Italia vista la mancanza di spazi non edificati e la carenza di investimenti privati di grosso spessore.

In particolare, nel nostro Paese, risulta complesso il coinvolgimento sistemico di soggetti privati in questa attività di vera e propria "rigenerazione urbana" a causa dell'incertezza del quadro normativo e della eccessiva atomizzazione degli *stakeholder* privati in corpi intermedi (comitati, piccoli partner tecnologici, associazioni, ecc.) che vanno però pur sempre coinvolti nei procedimenti amministrativi di ideazione dei piani urbanistici<sup>31</sup>.

La seconda criticità sta nel fatto che, nell'avviare un percorso di pianificazione, è essenziale che anche la struttura amministrativa possieda adeguate competenze in materia specie perché, ad oggi, in assenza di investimenti privati su grossa scala, molte attività di rigenerazione urbana finalizzate alla realizzazione di *smart city* (82%) sono perseguite dalle amministrazioni comunali tramite la partecipazione a PON e POR i cui capitali derivano da fondi europei e che pertanto risultano vincolati ad appositi disciplinari.

Dal 2011 fino ad oggi, ad esempio, le principali opportunità di finanziamento intercettate dalle città sono state i bandi promossi dalla Commissione Europea, (dal Settimo Programma Quadro al programma per la Competitività e l'Innovazione in particolare nel sottoprogramma ICT), i bandi *Smart Cities and Communities* lanciati dal MIUR nel 2013 e le linee di finanziamento del FESR nei vari POR regionali e nel PON sicurezza.

Tra le poche città che non hanno ancora mai presentato proposte alcune non sono state in grado di elaborare progetti proprio per l'assenza di competenze interne all'amministrazione (5%) e altre per la mancanza dei requisiti di ammissibilità previsti dal bando (13%)<sup>32</sup>.

La terza criticità sta nel fatto che, per quanto ci sia la consapevolezza che ogni città è diversa dall'altra e non è possibile applicare un modello unico di *smart city*, risulta comunque indispensabile la creazione di un quadro normativo che indichi delle linee comuni di indirizzo e si ponga come uno schema di riferimento a livello nazionale per il fenomeno delle *smart city*.

Un'analisi comparata con l'esperienza di Città del Messico - che ha recentemente approvato la legge "*Hacia una ciudad inteligente*" - potrebbe offrirci una linea di indirizzo interessante. Costruire un quadro legislativo dove si definiscano le linee di intervento, il ruolo degli attori e le finalità etiche, sociali ed economiche potrebbe essere infatti utile per coordinare in modo sistemico le singole iniziative

<sup>31</sup> P. TESTI e G. DOMENICI, Op. cit., pg. 19.

<sup>32</sup> P. TESTI e G. DOMENICI, Op. cit., pg. 28.

dei soggetti sociali, i progetti delle istituzioni locali e le proposte delle diverse Associazioni.

Gli elementi considerati nella legge messicana, ad esempio, concernono i seguenti capitoli: 1) la infrastruttura tecnologica; 2) il governo elettronico; 3) la governabilità digitale; 4) la cybercultura e l'educazione; 5) la salute e l'assistenza sociale; 6) l'utilizzo delle reti sociali; 7) l'economia digitale e della conoscenza; 8) la ricerca, lo sviluppo tecnologico e l'innovazione; 9) l'amministrazione della giustizia<sup>33</sup>.

Trattasi degli stessi settori che in Italia hanno avuto una disciplina frammentaria attraverso più provvedimenti fra loro talvolta non coerenti.

Fra questi, tra l'altro, proprio il punto relativo all'aspetto prettamente tecnologico dell'urbanizzazione costituisce un'ultima criticità.

Partendo dal presupposto che col paradigma della *smart city* si riconosce ad una pluralità di piattaforme la natura di infrastrutture fondamentali di connessione del tessuto urbano, diventa necessario assicurare l'interconnessione di tutti quei sistemi e sottosistemi fondamentali. In particolare, risultano decisivi due elementi tecnologici: il substrato informatico di connessione fra tutte le reti di infrastrutture e di servizi e l'*Internet of Thing* (IoT)<sup>34 35</sup>.

L'emergenza epidemica che ci ha recentemente coinvolti ha squarciato un velo in tal senso dandoci un esempio lampante di come un possibile *improvement* delle infrastrutture di rete pubbliche possa comportare un notevole risparmio in termini di consumo di suolo: secondo quanto riportato da un'indagine di FPA, società del Gruppo Digital 360, il 93,6% dei dipendenti pubblici costretti a casa dalla quarantena, una volta tornato alla normalità, avrebbe voluto continuare a lavorare in questa modalità. Superato infatti l'iniziale problema tecnico dell'assenza di connessione ai *server* centrali del proprio ufficio o di blocco dei sistemi dovuto all'inadeguatezza della rete di collegamento, lo *smart working* ha permesso al 69,5% del personale della P.A. di "organizzare e programmare meglio il proprio lavoro", al 45,7% di "avere più tempo per sé e per la propria famiglia", al 34,9% di "lavorare in un clima di maggior fiducia e

<sup>33</sup> R. FERRARA, *The Smart City and the Green Economy in Europe: a Critical Approach*, in *Energies*, 2015

<sup>34</sup> *Internet of Things* - letteralmente «Internet degli oggetti» - è l'espressione utilizzata per definire la rete delle apparecchiature e dei dispositivi, diversi dai computer, connessi a Internet. Possono essere sensori per il fitness, automobili, ma anche elettrodomestici, lampadine, telecamere, pezzi d'arredamento, container per il trasporto delle merci. Insomma, qualunque dispositivo elettronico equipaggiato con un software che gli permetta di scambiare dati con altri oggetti connessi.

<sup>35</sup> M. CUCCINIELLO et al., *Op. cit.*, pp. 352-353

responsabilizzazione". Inoltre, per oltre la metà degli intervistati la relazione con i colleghi è rimasta invariata, per il 20% addirittura migliorata.

Visti i risvolti sociali così positivi non è poi così errato suggerire allora di implementare, per esempio, le infrastrutture "strategiche" cioè quelle che favoriscano il telelavoro a fronte di una riduzione dell'edificazione urbana finalizzata ad ospitare uffici non destinati al contatto col pubblico<sup>36</sup>.

L'obiettivo dovrebbe essere quello di creare un sistema integrato in cui i vari fattori non costituiscano solo una sommatoria algebrica di *utilities* e servizi ma, nella loro interazione, un valore aggiunto all'intera società. Tuttavia, siccome questo sviluppo non avviene rapidamente e simultaneamente e siccome richiede ingenti investimenti, sia pubblici sia privati, la capacità di visione di questo percorso di crescita progressivo basato però su una pianificazione d'insieme è una delle leve principali di rallentamento dello sviluppo *smart*.

---

<sup>36</sup> R. FERRARA, Op. cit.

## **Il divieto di multiple partecipazioni societarie alla luce dell'art. 16 *bis* N.O.I.F.**

**di Ernesto CAGGIANO\***

**SOMMARIO:** **1.** L'evoluzione normativa dello Statuto e del regolamento della Federazione Italiana Gioco Calcio; **2.** Multiproprietà, conflitto di interessi ed incompatibilità nell'ordinamento giuridico statale; **3.** La compatibilità dell'art. 16 N.O.I.F. con lo Statuto federale e con lo Statuto FIFA; **4.** Il divieto di multiple partecipazioni societarie alla luce delle innovazioni federali: la disciplina delle seconde squadre e il principio di integrità sportiva di cui al Regolamento FIFA; **5.** La gestione della *multiple football club ownership* nell'ordinamento federale internazionale UEFA e nella regolamentazione delle principali federazioni calcistiche europee; **6.** L'analisi dell'art. 16 *bis* N.O.I.F.: proposte ermeneutiche ed emendative; **7.** Conclusioni; **8.** La recente presa di posizione della FIGC.

**ABSTRACT:** *The article analyzes the regulation of the phenomenon of multi-club ownership in football in the context of the Italian Football Federation. It retraces the evolutionary stages of the Italian federal legislation. It offers a comparison with the solutions adopted by UEFA and the Federations of the main European leagues. It highlights the critical point of art. 16 bis of the NOIF, making some proposals for modification. It comments on the recent intervention of the FIGC on the matter.*

### **1. L'evoluzione normativa dello Statuto e del regolamento della Federazione Italiana Gioco Calcio**

Nell'ultimo periodo, anche quale conseguenza delle risultanze sportive, si è proposta di grande attualità, tanto agli addetti ai lavori quanto ai tifosi, la tematica della multiproprietà nelle società sportive calcistiche militanti nelle categorie professionistiche e, in particolare, la compatibilità dell'attuale art. 16 bis comma 4 delle N.O.I.F. FIGC con l'art. 7 dello Statuto della medesima Federazione italiana gioco calcio.

Al fine di inquadrare il tema, appare opportuno, *in primis*, ricostruire i passaggi giuridici della questione, nella loro evoluzione storica relativa all'ultimo ventennio, premettendo peraltro che, in conseguenza e di pari passo con la

---

\* *Magistrato addetto all'ufficio di Gabinetto del Ministro della Giustizia.*

suddetta evoluzione statutaria, anche le N.O.I.F. venivano attinte da un processo d'innovazione.

Preliminarmente, deve osservarsi che il rapporto tra Statuto e N.O.I.F. segue le normali regole civilistiche-amministrative: il primo è atto di indirizzo e fornisce le linee guida, i principi e i criteri ispiratori della materia; il secondo ha natura regolamentare ed è finalizzato a fornire la disciplina di dettaglio rispetto a quanto disposto, in linea generale, dallo Statuto. Risulta evidente, pertanto, la fisiologica subordinazione delle regole previste dalle N.O.I.F. rispetto alle indicazioni contenute nello Statuto.

L'attuale formulazione dell'art. 7 dello Statuto FIGC, in base al cui comma 7 "*non sono ammesse partecipazioni, gestioni o situazioni di controllo, in via diretta o indiretta in più società del settore professionistico da parte del medesimo soggetto*", rappresenta il risultato di diverse modifiche statutarie susseguitesi nel tempo.

Invero, nella sua formulazione *ante* 2004, lo Statuto disciplinava all'art. 6 "le società" e in particolare, al comma 6, prevedeva il divieto assoluto di partecipazione al medesimo campionato di divisione nazionale di società o associazioni controllate, in via diretta o indiretta, dal medesimo soggetto<sup>1</sup>.

Dunque, in base al dettato statutario, vigeva un divieto assoluto di multiproprietà (sia per società professionistiche che dilettantistiche<sup>2</sup>), limitato tuttavia alle

---

<sup>1</sup> Nella formulazione antecedente alla modifica apportata durante l'assemblea straordinaria del 4.10.2004, l'art. 6, rubricato "Le società", recitava così:

"Le società e le associazioni che svolgono l'attività del giuoco del calcio in Italia si avvalgono di calciatori tesserati dalla F.I.G.C., a norma dell'art. 13 del presente Statuto.

I calciatori sono qualificati in professionisti, dilettanti e giovani.

Le società che stipulano contratti con atleti professionisti devono avere la forma giuridica di società per azioni o di società a responsabilità limitata, a norma della legislazione vigente.

La F.I.G.C. detta, tenuto conto della legislazione vigente, i criteri e le condizioni per il passaggio delle società dal settore dilettantistico a quello professionistico e viceversa.

Le società del settore professionistico hanno l'obbligo di creare centri di formazione per giovani calciatori, fermo quanto disposto dall'art. 10 del presente Statuto.

Le società e associazioni controllare direttamente o indirettamente dallo stesso soggetto non possono partecipare al medesimo campionato di divisione nazionale."

<sup>2</sup> Per la generale distinzione tra sport professionistico e sport dilettantistico, di cui alla L. 23 marzo 1981, n. 91, v. M. PITTALIS, *Sport e diritto. L'attività sportiva tra performance e vita quotidiana*, Milano, Ed. Wolters Kluwer-Cedam, 2019, pp. 132 e ss.; G. LIOTTA- L. SANTORO, *Lezioni di diritto sportivo*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2018, pp. 85 e ss.

In tale sede, giova solo ricordare che, ai sensi dell'art. 2 della L. 23 marzo 1981, n. 91, "Ai fini dell'applicazione della presente legge, sono sportivi professionisti gli atleti, gli allenatori, i direttori tecnico-sportivi ed i preparatori atletici, che esercitano l'attività sportiva a titolo oneroso con carattere di continuità nell'ambito delle discipline regolamentate dal CONI e che conseguono la qualificazione dalle federazioni sportive nazionali, secondo le norme emanate dalle federazioni

società partecipanti al medesimo campionato. Di converso, la multiproprietà tra società appartenenti a categorie professionistiche (o dilettantistiche, giacché la norma non sembra escluderle) differenti – ed *a fortiori* tra società professionistiche e dilettantistiche - era sempre ammessa.

Tale principio era stato trasposto in maniera fedele anche nel regolamento – art. 16 *bis* N.O.I.F. - che, nella sua formulazione *ante* 2005, così recitava:

*"Non sono ammesse partecipazioni, dirette o indirette a società della sfera professionistica partecipanti allo stesso Campionato, salvo quanto previsto dall'art. 16 ter".*

La norma, pur ricalcando il dettame di cui all'art. 6 comma 6 dello Statuto, prevedeva tuttavia un sistema articolato di eccezioni, specificato nell'art. 16 *ter*, a norma del quale:

*"È consentito detenere partecipazioni al capitale azionario di più società calcistiche della sfera professionistica con azioni quotate in Borsa, sempre che tali partecipazioni non comportino più di una situazione di controllo, di fatto o di diritto, ai sensi dell'art. 2359 c.c., comma 1, punti 1 e 2.*

*La facoltà di cui al precedente comma è attribuita anche a soggetti che detengano azioni o quote di capitale di società della sfera professionistica non quotate in Borsa.*

*Il limite del controllo di fatto o di diritto di cui al comma 1 vale anche per questo caso".*

In data 4.10.2004 l'assemblea della FIGC, in seduta straordinaria, modificava lo Statuto e, per quanto di interesse, sostituiva l'art. 6 comma 6 con il seguente *"Non sono ammesse partecipazioni o gestioni che determinino controlli diretti o indiretti in società della sfera professionistica da parte del medesimo soggetto. Tale divieto vige anche per le società partecipanti al campionato organizzato dal Comitato Interregionale"<sup>3</sup>.*

---

stesse, con l'osservanza delle direttive stabilite dal CONI per la distinzione dell'attività dilettantistica da quella professionistica".

Si segnala che soltanto sei Federazioni hanno esercitato la facoltà di cui alla legge, provvedendo ad istituire il settore professionistico oltre a quello dilettantistico: basket, boxe, calcio, ciclismo, golf, motociclismo. Successivamente, peraltro, le Federazioni del motociclismo (FMI) e della boxe (FPI) hanno mutato i loro Statuti nel senso di prevedere l'affiliazione soltanto per società e associazioni sportive dilettantistiche, estromettendo di fatto il professionismo.

Con specifico riguardo, invece, alla disciplina ed alla evoluzione storica della figura del calciatore professionista, v. E. LUBRANO, in LUBRANO-MUSUMARRA, *Diritto dello sport*, Roma, 2017 pp.183 e ss.

<sup>3</sup> Il nuovo art. 6, a seguito della citata modifica statutaria, recitava così:

*"Le società e le associazioni che svolgono l'attività del giuoco del calcio in Italia si avvalgono di calciatori tesserati dalla F.I.G.C., a norma dell'art. 13.*

La nuova formulazione, pertanto, comportava una decisa stretta alla possibilità di partecipazioni multiproprietarie, che appariva radicalmente esclusa sia in ambito professionistico che dilettantistico.

In conseguenza di tale scelta, il Consiglio Federale FIGC, con delibera del 15.07.2005 – di cui al Comunicato ufficiale n. 37/A –, provvedeva ad apportare consistenti modifiche alle N.O.I.F.<sup>4</sup>

Nello specifico, il comma 1 dell'art. 16 *bis*, coerentemente con il principio introdotto dalla nuova formulazione dell'art. 6 comma 6 dello Statuto, escludeva la contemporanea partecipazione, in posizione di controllo, a due o più società appartenenti alla sfera professionistica (nonché al campionato organizzato dal Comitato Interregionale) fornendo, al comma 2, una precisa definizione di posizione di controllo, nei seguenti termini: "un soggetto ha una posizione di controllo di una società o associazione sportiva quando allo stesso, ai suoi parenti o affini entro il quarto grado sono riconducibili, anche indirettamente, la maggioranza dei voti di organi decisionali ovvero un' influenza dominante in ragione di partecipazioni particolarmente qualificate o di particolari vincoli contrattuali".

La violazione del precetto scolpito al comma 1 determinava pesanti conseguenze sotto il profilo disciplinare<sup>5</sup>, comportando altresì l'esclusione dai Campionati federali delle società oggetto di controllo.

---

I calciatori sono qualificati in professionisti, dilettanti e giovani. Il vincolo sportivo e la sua durata sono disciplinati dai regolamenti federali.

Le società che stipulano contratti con atleti professionisti devono avere la forma giuridica di società per azioni o di società a responsabilità limitata, a norma della legislazione vigente.

La F.I.G.C., tenuto conto della legislazione vigente, detta i criteri e le condizioni per il passaggio delle società dal settore dilettantistico a quello professionistico e viceversa.

Le società del settore professionistico hanno l'obbligo di creare centri di formazione per giovani calciatori, fermo quanto disposto dall'art. 12.

Non sono ammesse partecipazioni o gestioni che determinino controlli diretti o indiretti in società della sfera professionistica da parte del medesimo soggetto. Tale divieto vige anche per le società partecipanti al campionato organizzato dal Comitato Interregionale".

<sup>4</sup> Con la delibera in oggetto, la F.I.G.C. modificava l'art. 16 *bis* delle N.O.I.F. e, contestualmente, abrogava gli art. 16 *ter* e 16 *quater*.

<sup>5</sup> Le sanzioni disciplinari irrogabili erano quelle di cui all'attuale art. 31, comma 9, del Regolamento di Giustizia Sportiva della FIGC, approvato con Giunta nazionale del CONI, con deliberazione n. 258 dell'11 giugno 2019 (già art. 8, comma 12, del Regolamento di Giustizia Sportiva FIGC approvato con deliberazione CONI del 31.07.2014) che, segnatamente, recita:

"L'inosservanza dei divieti di cui all'art. 16 *bis*, comma 1 delle NOIF comporta, su deferimento della Procura federale, le seguenti sanzioni:

- a) A carico della società la penalizzazione di almeno due punti in classifica e l'ammenda nella misura da euro 10.000,00 ad euro 50.000,00 da destinarsi alla FIGC per la cura del vivaio nazionale;

Inoltre, il successivo comma 4 escludeva le sanzioni per il caso, peculiare, in cui la posizione di controllo fosse stata cagionata da successione *mortis causa* (dunque successione ereditaria o acquisizione di legato) o da altre cause non riferibili direttamente alla volontà dei soggetti interessati. L'applicazione della norma di favore veniva subordinata a due condizioni: da un lato, un obbligo informativo nei confronti della Federazione circa la sopravvenuta sussistenza di una posizione di controllo; dall'altro, l'impegno a far cessare l'incompatibilità nei 30 giorni successivi (all'acquisizione della/delle posizioni non compatibili).

Al fine di permettere la regolarizzazione delle posizioni di controllo già in essere al momento della modifica regolamentare, la Federazione introduceva, opportunamente, una disciplina transitoria che dettava tempi e modalità di dismissione delle partecipazioni non più consentite<sup>6</sup>. Come si può notare dall'analisi dei termini di grazia concessi dalla Federazione, quest'ultimi erano tanto più dilatati quanto maggiori fossero le categorie di distanza tra le società il cui controllo facesse capo al medesimo soggetto, nei termini sopraindicati.

Sul punto, giova osservare che, in coerenza con la scelta operata, il capo B della disposizione transitoria disciplinava in maniera autonoma una ipotesi peculiare, in virtù della astratta potenzialità ad incidere sul regolare svolgimento dell'attività sportiva: trattasi del caso di sopravvenuta compresenza nello stesso campionato

---

b) A carico dei soci, anche se interposti, aventi plurime partecipazioni, la sanzione di cui all'art. 9, comma 1, lettera h) (*n.d.A.*: inibizione temporanea a svolgere attività in ambito FIGC), per un periodo non inferiore ad un anno".

Ulteriore sanzione, prevista all'art. 16 bis NOIF sia nella formulazione *ante* che *post* delibera del 15.07.2015, era quella della sospensione dei contributi federali e, in caso di definitivo accertamento dell'illecito e di mancata regolarizzazione nei termini indicati, la decadenza dai contributi stessi.

<sup>6</sup> Disposizioni transitorie:

A. I soggetti che, all'entrata in vigore della presente norma, si trovino in una situazione di cui al comma 2, hanno l'obbligo di darne immediata comunicazione alla FIGC e di adottare gli strumenti necessari ad assicurare il rispetto del disposto di cui al comma 1, entro i seguenti termini perentori:

- 30 giugno 2007 in ipotesi di controllo riguardante società che militano in campionati diversi e con una categoria di differenza;
- 30 giugno 2009 in ipotesi di controllo riguardante società che militano in campionati diversi e con due categorie di differenza;
- 30 giugno 2011 in ipotesi di controllo riguardante società che militano in campionati diversi e con tre categorie di differenza;
- 30 giugno 2013 in ipotesi di controllo riguardante società che militano in campionati diversi e con quattro categorie di differenza.

B. Nell'ipotesi di sopravvenuta compresenza nello stesso campionato di due o più società oggetto della comunicazione di cui alla lett. A), la FIGC assegna un termine perentorio non superiore a 30 giorni, entro il quale dovrà darsi luogo alla cessazione di controllo.

L'inosservanza delle presenti disposizioni transitorie comporta l'applicazione delle sanzioni previste dall'art. 16 bis, comma 3.



di due o più società oggetto della comunicazione di cui al capo A<sup>7</sup> (*id est*, sussistenza di una condizione di posizione di controllo preesistente alla novella federale). Orbene, per questa sola ipotesi, si prevedeva una forte accelerazione dei tempi di risoluzione della criticità, assegnandosi un termine perentorio non superiore a 30 giorni per la cessazione della situazione di controllo.

Di fronte ad un sistema federale improntato ad un evidente disfavore rispetto alla possibilità da parte di un soggetto di gestire e controllare più compagini societarie, siano esse professionistiche o dilettantistiche, la successiva modifica dello Statuto apportata nel 2007 – cui corrisponde l'attuale formulazione dell'art. 7, confermato nell'ultima versione dello Statuto, modificato dal Commissario *ad acta* con decreto del 2 dicembre 2020, approvato dal CONI in data 2 dicembre 2020, con deliberazione n. 404 della Giunta nazionale<sup>8</sup> – ha, di fatto, nuovamente aperto alla multiproprietà, limitando il divieto alla sola compartecipazione in due o più società professionistiche, consentendo dunque la multiproprietà tra società professionistiche e dilettantistiche<sup>9</sup>.

Nel quinquennio successivo alla predetta innovazione statutaria – cui non seguiva alcuna modifica delle N.O.I.F. – il movimento calcistico italiano veniva

---

<sup>7</sup> La previsione, che ricalcava quanto già indicato nell'art. 6 comma 6 dello Statuto FIGC nella sua formulazione ante 2004, oltre a rispondere ad evidenti ragioni di garanzia della regolarità delle competizioni, traeva autorevole fondamento nell'art. 18, comma 2, dello Statuto FIFA, a norma del quale "Ciascuna affiliata è tenuta ad assicurarsi che i club ad essa affiliati siano in grado di assumere tutte le decisioni in materia di affiliazione in modo autonomo e indipendente da qualsiasi organo esterno. Questo obbligo vige a prescindere dalla struttura societaria dell'affiliata. In ogni caso, l'affiliata dovrà garantire che nessuna persona fisica o giuridica (comprese società controllanti e controllate) eserciti il controllo su più di un club ove l'integrità di una partita o di una competizione possa essere compromessa".

<sup>8</sup> Tale modifica era stata preceduta da ulteriore innovazione dello Statuto, modificato dal Commissario *ad acta* con decreto del 28 giugno 2019, approvato dal CONI in data 16 luglio 2019, con deliberazione n. 299 della Giunta nazionale, che parimenti lasciava immutato l'art. 7.

Per una lettura integrale dello Statuto della FIGC vigente, si rimanda al seguente link <https://www.figc.it/media/129106/statuto-figc-commissario-ad-acta-2-dicembre-2020.pdf>

<sup>9</sup> Cfr. art. 7, commi dal 7 al 10, dello Statuto Federale FIGC, in base ai quali:

"Non sono ammesse partecipazioni, gestioni o situazioni di controllo, in via diretta o indiretta, in più società del settore professionistico da parte del medesimo soggetto.

Nessuna società del settore professionistico può avere amministratori o dirigenti in comune con altra società dello stesso settore. Nessuna società del settore professionistico può avere collegamenti o accordi di collaborazione, non autorizzati dalla Lega competente e non comunicati alla FIGC, con altra società partecipante allo stesso campionato.

Nessuna società partecipante a campionati della LND può avere soci, amministratori o dirigenti in comune. Nessuna società del settore dilettantistico può avere collegamenti o accordi di collaborazione, non autorizzati dalla LND e non comunicati alla FIGC, con altra società partecipante allo stesso campionato.

I regolamenti federali disciplinano i casi di conflitto di interessi e stabiliscono le relative conseguenze o sanzionari nel rispetto dell'art. 29, comma 5".

colpito duramente dalla generale recessione economica, che incideva in maniera particolare sulle società professionistiche della Lega Italiana Calcio Professionistico, sia di prima che di seconda divisione (corrispondenti alla ex serie C1 e serie C2), determinando la mancata iscrizione di oltre 40 società ai relativi campionati<sup>10</sup>.

Al fine di contrastare questo fenomeno e di scongiurare la dispersione di un importante patrimonio storico-sportivo, con correlativi danni sia per le tifoserie delle società coinvolte che dei settori giovanili, la Federazione aprì alla partecipazione delle società di massima Serie (serie A) nell'opera di recupero e di salvaguardia delle realtà calcistiche a rischio di scomparsa, riscuotendo il fattivo interesse delle predette società.

In concreto, vennero nuovamente modificate le N.O.I.F., in maniera tale da consentire possibilità di partecipazione e di controllo, da parte di soggetti già titolari di posizioni in società militanti nella Lega di Serie A, a condizione che le società partecipate militassero nei tornei dilettantistici.

Nello specifico, il Consiglio federale FIGC, con delibera del 9 luglio 2013, contenuta nel comunicato ufficiale n. 7/A<sup>11</sup>, apportava una modifica al comma 4 dell'art. 16 bis N.O.I.F., che veniva riscritto nei seguenti termini: "Non si dà luogo alle sanzioni di cui al comma 3, qualora il controllo derivi da successione *mortis*

<sup>10</sup> Al fine di contrastare il fenomeno della dispersione del movimento calcistico e di garantire la competitività dei tornei, non a caso, la FIGC nell'anno 2012 prese in considerazione la reintroduzione del campionato unico di Serie C a 60 squadre fin dalla stagione successiva, formula che era stata applicata fino all'anno 1978, anno in cui si passò al sistema delle due divisioni e di due tornei, il campionato di serie C1 (poi denominato Lega Pro Prima divisione) ed il campionato di serie C2 (poi denominato Lega Pro Seconda Divisione). Venne tuttavia preferita l'opzione che prevedesse una fase transitoria, sicché il 21 novembre 2012 il Consiglio Federale della FIGC approvò la riforma dei campionati di Lega Pro a partire dalla stagione 2014-2015, disciplinando in maniera del tutto peculiare la stagione agonistica 2013-2014, per la quale venne ideato un format *ad hoc* in grado di traghettare il passaggio, dal torneo a 69 squadre, alla formula originaria, che ne prevedeva 60.

In base a tale formula, per la Lega Pro Prima Divisione 2013-2014 non fu prevista alcuna retrocessione: le 29 squadre non promosse in Serie B vennero ammesse al nuovo campionato; al fine di garantire la competitività del torneo, i play-off furono ampliati a otto squadre per girone. Coerentemente, per la Lega Pro Seconda Divisione 2013-2014 non fu prevista alcuna promozione, mentre si determinarono ben 18 retrocessioni in Serie D, a fronte delle 9 usuali, con le ultime 6 di ogni girone retrocesse direttamente e le altre 3 retrocesse per girone determinate tramite play-out. Le 18 squadre non retrocesse furono ammesse al nuovo campionato unico. Anche in questo caso, al fine di salvaguardare la competitività del torneo, vennero introdotti degli incentivi economici a seconda dei piazzamenti, per compensare il mancato vantaggio, in termini di benefici sportivi, derivante dal miglior posizionamento in classifica.

<sup>11</sup> La suddetta modifica è stata approvata dalla Giunta Nazionale del CONI con delibera n. 307 del 17.09.2013: nella delibera si attesta, significativamente, che la modifica dell'art. 16 bis delle N.O.I.F. è conforme al D.lgs. 23 luglio 1999, n. 242 nonché al D.lgs. 8 gennaio 2004, n. 15, oltre che allo Statuto del CONI ed allo Statuto Federale.

*causa* a titolo universale o particolare, o da altri fatti non riconducibili alla volontà dei soggetti interessati.

Qualora sopravvengano, per i suddetti motivi, situazioni tali da determinare in capo al medesimo soggetto situazioni di controllo diretto o indiretto in società della medesima categoria, i soggetti interessati dovranno darne immediata comunicazione alla FIGC e porvi termine entro i 30 giorni successivi”.

Particolarmente istruttiva appare l’analisi delle argomentazioni con le quali il Consiglio sostiene tale decisione, da leggersi, peraltro, in combinato disposto con quanto già deliberato nella precedente seduta del 27 giugno 2012, di cui al comunicato ufficiale n. 183/A. Invero il Consiglio, dopo aver ribadito le ragioni di carattere economico, storico e sportivo che giustificano l’acquisizione di partecipazioni in società dilettantistiche (per lo più dalla grande tradizione sportiva) da parte dei proprietari di società militanti nella massima serie, ritiene che, rispettate le predette condizioni, l’eventuale promozione nelle categorie professionistiche delle società partecipate debba essere valutato alla stregua di un evento non voluto per il quale, pertanto, non vada inflitta alcuna sanzione.

La novella determinò due effetti: un primo effetto della modifica fu quello di consentire, in armonia con lo Statuto, l’acquisizione di una società dilettantistica da parte del titolare di una società professionistica, purché di massima serie; un secondo effetto – stavolta distonico rispetto al dettato statutario -, fu quello di equiparare la successiva promozione, dal torneo dilettantistico a quello professionistico, della società dilettantistica acquisita, ad un evento non voluto, con relativa applicazione della clausola di salvezza di cui al comma 4 dell’art. 16 bis.

Tradotto in termini squisitamente giuridici, tale ragionamento conduce ad escludere, in radice, che la compartecipazione in più società professionistiche sia da considerarsi inammissibile, sebbene tale possibilità sia limitata ai fenomeni di acquisizione di società “in declino”, e ripartenti da categorie dilettantistiche, nei termini sopra descritti ovvero ad acquisizioni *mortis causa* o, comunque, riconducibili a fattori indipendenti dalla volontà dell’acquirente.

Pertanto, coerentemente con le premesse, l’unico limite insuperabile, indicato nel secondo capoverso del citato comma 4, nella sua nuova formulazione, si rinviene nella ipotesi di sopravvenuta partecipazione al medesimo campionato professionistico da parte di due società facenti capo alla medesima proprietà (nei sensi di cui al comma 2 dell’art. 16 *bis*): in questa circostanza, le esigenze conservative di tipo sportivo e socio-economico, cedono il passo a quelle di

salvaguardia della regolarità del torneo, evidentemente inficiata da situazioni di palese conflitto di interessi.

## **2. Multiproprietà, conflitto di interessi ed incompatibilità nell'ordinamento giuridico statale.**

Così ricostruito il percorso storico-normativo che ha dato vita all'attuale quadro ordinamentale, si ritiene utile sviluppare alcuni spunti di riflessione prima di fornire valutazioni conclusive sulle eventuali criticità della disciplina vigente.

In primo luogo, appare utile una considerazione di tipo sistematico, che prenda in esame l'intero apparato giuridico statale e non, in maniera più limitata, il mero ordinamento sportivo.

A tal riguardo, deve evidenziarsi una prima incongruenza terminologica quando si approccia la tematica in argomento, spia evidente di una confusione anche concettuale: alla luce delle regole civilistiche, appare opportuno discutere di "divieto di multiple partecipazioni societarie" e non, come avviene, di "divieto di multiproprietà".

Invero, l'istituto della multiproprietà disciplina la circostanza per cui un singolo bene, di regola immobile, costituisce oggetto di più diritti di eguale o analogo contenuto, di cui sono titolari più soggetti. In tale ipotesi, il concreto esercizio del diritto è periodico, cosicché il godimento del bene è turnario e prefissato sulla base di una scansione temporale predeterminata al momento dell'acquisto del diritto. Non si tratta, dunque, di un diritto collettivo, bensì individuale e limitato ad un determinato periodo dell'anno<sup>12</sup>.

Il legislatore ha disciplinato l'istituto con il D.Lgs. 9 novembre 1998, n. 427, inquadrandolo genericamente nella categoria dei diritti reali, sebbene in giurisprudenza e dottrina si discuta della natura di tale diritto (diritto di proprietà peculiarmente limitato ovvero sottocategoria del *genus* comunione<sup>13</sup>).

Diversamente, il tema in oggetto configura una ipotesi di pluralità di partecipazioni in diverse compagini societarie, ossia pluralità di diritti reali – di proprietà – in capo ad un medesimo soggetto, connotata dalla peculiare interrelazione derivante dalla gestione dei diversi beni.

Si dovrebbe pertanto, più correttamente, parlare di divieto di pluriproprietà nella sfera calcistica.

<sup>12</sup> *Ex multis*, cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. VI, II<sup>o</sup> edizione, Milano, Giuffrè Editore, 2017, pp. 396 e ss.

<sup>13</sup> Cfr. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, XIX ed., Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, pp. 285 e ss.

Così ridefinita, la questione evoca immediatamente la disciplina del diritto societario e, nello specifico, gli art. 2359 e ss c.c., che scorporano la disciplina delle società collegate e controllate.

La normativa richiamata è finalizzata a individuare i limiti alle partecipazioni di un soggetto in più compagini al fine di garantire il giusto equilibrio tra la libertà negoziale e la regolamentazione del mercato, evitando che situazioni di influenza e controllo siano tali da violare i principi, di rango nazionale e sovranazionale<sup>14</sup>, della libertà di concorrenza, impedendo la creazione di posizioni dominanti (o di monopolio) in grado di alterare il corretto funzionamento dei mercati e tutelare l'affidamento dei soggetti coinvolti. Nello specifico, il legislatore, pone il divieto di partecipazioni reciproche e detta precise limitazioni per l'acquisto di quote o azioni di società controllate (da parte della controllante), anche per il tramite di società fiduciarie o per interposta persona, nonché di società collegate (fornendo, opportunamente, le definizioni di controllo e collegamento).

Il tema della pluriproprietà nel calcio, dunque, rappresenta una peculiare ipotesi di questo genere, trattandosi, nel caso di specie, di regolamentare un fenomeno in modo tale da mediare tra le opposte esigenze del libero commercio e della garanzia del rispetto delle regole del gioco, a tutela della sostanziale regolarità dei campionati e dei risultati sportivi.

Da questo punto di vista, in linea generale, appare coerente che il soggetto regolatore (nello specifico il CONI e la federazione di riferimento, FIGC) imponga dei limiti alla possibilità di acquisizione di più società sportive da parte di un medesimo soggetto, fornendo una disciplina trasparente in grado di garantire la correttezza del risultato sportivo e prevenire situazioni di opacità.

---

<sup>14</sup> "Le norme sulla concorrenza sono contenute negli artt. 101 e 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (corrispondenti agli art. 81-89, nella versione previgente del Trattato), che riguardano le normative nazionali in materia di attività d'impresa.

La politica di concorrenza è articolata su due aspetti principali: da un lato è previsto il controllo sul comportamento delle imprese in materia d'intese e concentrazioni, dall'altro si provvede alla limitazione degli aiuti di Stato ai produttori nazionali. L'attuazione della politica dell'UE in materia di concorrenza spetta alla Commissione Europea, con riserva di controllo giurisdizionale della Corte di Giustizia Europea. È obbligo degli Stati membri conformare la legislazione nazionale alla normativa dell'UE". Così, in Treccani.it, <https://www.treccani.it/enciclopedia/concorrenza-diritto-dell-unione-europea/>.

Ulteriori fonti comunitarie sono: il protocollo n. 27 sul mercato interno e sulla concorrenza, dove si precisa che un sistema propizio ad un'equa concorrenza costituisce parte integrante del mercato interno, ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 3, TUE;

il regolamento sulle concentrazioni (regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio) e le relative norme di attuazione (regolamento (CE) n. 802/2004 della Commissione); l'articolo 36 della Carta dei diritti fondamentali.

Quello calcistico, invero, rappresenta un circuito particolarmente ristretto nel quale, a maggior ragione, i rapporti tra diverse compagini societarie, che spesso si trovano in una situazione di fisiologica competizione tra di loro, devono essere improntati a logiche di massima trasparenza.

Né va taciuto che la prevenzione delle situazioni di conflitto di interesse e la previsione di un sistema di incompatibilità tra cariche e incarichi sono oggetto di ampia regolamentazione non soltanto nel campo privatistico e societario<sup>15</sup> ma anche in quello pubblicistico<sup>16</sup> e nel settore para-amministrativo<sup>17</sup>, a cura delle diverse Agenzie competenti in materia.

### **3. La compatibilità dell'art. 16 N.O.I.F. con lo Statuto federale e con lo Statuto FIFA.**

Passando all'analisi del sistema di ordinamento sportivo, deve anzitutto ribadirsi, su di un piano generale, che l'attuale formulazione dell'art. 16 *bis* N.O.I.F. non appare coerente rispetto a quanto dettato dall'art. 7 dello Statuto della FIGC.

Ponendo a confronto la vecchia formulazione dell'art 16 *bis* comma 4 con quella vigente, frutto della modifica del 2013, emerge chiaramente che l'inserimento

<sup>15</sup> Si pensi, ancora, alla regolamentazione dei casi di conflitto di interesse di cui agli art. 2390 e 2391 c.c. Il cumulo di cariche sociali è tendenzialmente visto come un comportamento illecito e lesivo della concorrenza, proprio in ragione della sua intrinseca idoneità a violare il disposto di cui all'art. 2390 c.c., nella parte in cui vieta all'amministratore di esercitare un'attività concorrente per conto terzi, nonché il disposto dell'art. 2391 c.c., nel caso in cui l'interesse dell'amministratore sia in contrapposizione con quello della società.

<sup>16</sup> Ad esempio, il D.lgs. 8 aprile 2013 n. 39 recante "Disposizioni in materia di inconfiribilità e incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati in controllo pubblico, a norma dell'articolo 1, commi 49 e 50, della legge 6 novembre 2012, n. 190", prevede un articolato sistema di incompatibilità e inconfiribilità, tra i quali si evidenzia quello tra l'incarico di dirigente pubblico con la carica di presidente del C.d.A. o di amministratore delegato di enti di diritto privato in controllo pubblico ovvero con cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati dall'amministrazione o ente pubblico che conferisce l'incarico.

Ancora, il D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, "Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica", modificato e integrato dal D.Lgs.16 giugno 2017, n. 100, ha previsto al comma 8 dell'articolo 11, rubricato "Organi amministrativi e di controllo delle società a controllo pubblico", che "Gli amministratori delle società a controllo pubblico non possono essere dipendenti delle amministrazioni pubbliche controllanti o vigilanti", e al successivo comma 14 che "Restano ferme le disposizioni in materia di inconfiribilità e incompatibilità di incarichi di cui al decreto legislativo 8 aprile 2013, n. 39".

Infine, il Codice degli appalti, D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, all'art. 42, recependo gli art. 24 della direttiva 2014/24/UE, art. 42 della direttiva 2014/25/UE, art. 35 della direttiva 2014/23/UE in materia di conflitti di interesse, ha espressamente fornito una definizione di conflitto di interesse nel contesto di una regolamentazione finalizzata "ad evitare qualsiasi distorsione della concorrenza e garantire la parità di trattamento di tutti gli operatori economici" (cfr. comma 1 e 2).

<sup>17</sup> L'Autorità nazionale anticorruzione, con gli strumenti di *soft law* propri delle moderne agenzie (delibere, pareri, FAQ) ha fornito numerosi contributi e chiarimenti in tema di conflitto di interessi e, in particolare, in materia di inconfiribilità e incompatibilità tra cariche pubbliche e cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati dalle pubbliche amministrazioni.

del secondo capoverso, a norma del quale "Qualora sopravvengono, per i suddetti motivi, situazioni tali da determinare in capo al medesimo soggetto situazioni di controllo diretto o indiretto in società della medesima categoria, i soggetti interessati dovranno farne immediata comunicazione alla FIGC e porvi termine entro i 30 giorni successivi" ha mutato profondamente la disciplina della pluriproprietà nelle società di calcio professionistiche, producendo due effetti fondamentali.

*In primis*, come già illustrato, ha di fatto concettualmente aperto alla contitolarità di più società nell'ambito dei campionati professionistici, sebbene tale situazione rappresenti una conseguenza, nel medio-lungo periodo, dell'acquisizione di società dilettantistiche da parte di soggetti già titolari di partecipazioni in società professionistiche.

*In secundis*, ha reso maggiormente probabile il verificarsi della situazione-limite, ossia della contemporanea partecipazione alla medesima categorie professionistica di società facenti capo ad una stessa persona, fisica o giuridica: situazione, quest'ultima, già presa in considerazione nella precedente formulazione della norma - specificamente inserita nelle disposizioni transitorie alle stessa - e disciplinata in pari modo, prevedendo cioè un termine di 30 giorni per comunicare la condizione di incompatibilità e porvi rimedio.

In altri termini, con la modifica normativa in analisi, si sterilizza, in parte, il portato di cui al comma 1 del medesimo art. 16 *bis* N.O.I.F.: tutte le situazioni di partecipazione o gestione che determinano controllo diretto o indiretto in più società professionistiche, derivanti da acquisizioni di società dilettantistiche, vengono normalizzate e non necessitano più di comunicazione e risoluzione (ai sensi del vecchio art. 16 *bis* comma 4 N.O.I.F.): il passaggio dal dilettantismo al professionismo della società acquisita, viene assimilato agli "altri fatti non riconducibili alla volontà dei soggetti interessati".

Al di là della interpretazione evidentemente forzata della norma (cui, tuttavia, si potrebbe agevolmente porre rimedio mediante una riformulazione, con la quale l'autorità sportiva prendesse chiaramente posizione sul punto), il vero aspetto di criticità appare il secondo, attinente alla gestione dell'ipotesi di contemporanea presenza nella medesima categoria professionistica di due compagini sociali facenti capo alla medesima proprietà: ipotesi che, nella vecchia formulazione, appariva residuale e, in ogni caso, recessiva, giacché limitata ai casi regolamentati dalla normativa transitoria, nell'ottica della eliminazione in radice di qualsiasi forma di pluriproprietà nel calcio professionistico; e che, al contrario, rappresenta uno sbocco possibile, se non altamente probabile, in un sistema,

quello in vigore, che consente e favorisce – seppur con le modalità precisate – l’acquisizione di una seconda squadra, militante nei campionati dilettantistici, da parte di chi ha già una posizione determinante in un club professionistico partecipante al torneo di serie A.

A fronte di tali scenari futuribili, risulta indispensabile valutare non solo la coerenza del sistema sportivo vigente ma, altresì, l’efficacia delle soluzioni previste, ove la situazione di incompatibilità venisse in concreto a verificarsi.

#### **4. Il divieto di multiple partecipazioni societarie alla luce delle innovazioni federali: la disciplina delle seconde squadre e il principio di integrità sportiva di cui al Regolamento FIFA.**

Un utile punto di riflessione, sotto il profilo sistematico, si rinviene nell’analisi della disciplina delle “seconde squadre” dei club militanti in serie A, introdotta nel calcio professionistico italiano a partire dalla stagione 2018/2019 e resa effettiva con la partecipazione della Juventus Under23 al campionato calcistico di LegaPro<sup>18</sup>.

Dalla lettura delle delibere del Presidente federale (ratificate dal Consiglio federale ai sensi dell’art. 24, comma 3, dello Statuto), emergono con chiarezza le ragioni che hanno indotto la federazione ad aprire all’esperienza delle seconde squadre, sintetizzabili nella esigenza di adottare ulteriori misure per favorire la crescita e la formazione dei giovani calciatori, anche a favore delle Nazionali giovanili, e nella contestuale presa d’atto che, con il *format* del Campionato di Serie C a 60 squadre, non sempre i ripescaggi, negli ultimi anni, hanno assicurato il completamento dell’organico del medesimo campionato.

---

<sup>18</sup> La relativa disciplina viene dettata di anno in anno dalla Federazione, con provvedimenti *ad hoc* che determinano limiti, requisiti di iscrizione e oneri economici da sostenere. Nello specifico, come indicato nei comunicati n. 42 dell’11 maggio 2018, 140/A del 19 giugno 2019, 150/A del 20 giugno 2019, 26/A del 27 luglio 2020, le società di massima serie, anno per anno, possono candidare proprie seconde squadre per la partecipazione al torneo di serie C, purché la squadra sia così composta: “Le Seconde squadre potranno inserire nella distinta di gara fino a 23 calciatori. Nella distinta di gara potranno essere inseriti soltanto 4 calciatori nati prima del 1° gennaio 1997 (over 23, n.d.A.); tutti gli altri calciatori della distinta di gara dovranno essere nati dopo il 31 dicembre 1996 (under 23, n.d.A.). Nella distinta di gara, nel rispetto dei limiti numerici e di età sopra individuati, potranno essere inseriti fino ad un massimo di 7 calciatori che siano stati tesserati in una società di calcio affiliata alla FIGC per meno di sette stagioni sportive. Tutti gli altri calciatori della distinta di gara dovranno essere stati tesserati in una società di calcio affiliata alla FIGC per almeno sette stagioni sportive. I calciatori inseriti nella distinta di gara non dovranno essere presenti nell’elenco dei 25 calciatori per il Campionato di Serie A, né dovranno aver disputato più di 50 gare nel Campionato di Serie A.” (cfr. comunicato ufficiale FIGC n.150/A del 20 giugno 2019).



Ciò che interessa, in particolare, sottolineare è la specifica disciplina che riguarda le seconde squadre. A norma delle delibere federali attualmente in vigore, la seconda squadra:

- potrà al termine del Campionato di Serie C essere promossa al Campionato di Serie B, ma non potrà mai partecipare al medesimo Campionato della prima squadra, né ad un Campionato superiore;
- Qualora al termine del Campionato di competenza, si verifichi un'ipotesi di compresenza della prima e della seconda squadra nella medesima categoria, la seconda squadra dovrà partecipare al campionato professionistico della categoria inferiore;
- In caso di retrocessione della Seconda squadra al Campionato Nazionale di Serie D, la stessa non potrà iscriversi al Campionato Dilettantistico e potrà chiedere di essere ammessa al Campionato di Serie C 2021/2022 soltanto in caso di vacanza di organico nel medesimo Campionato, secondo le procedure che verranno all'uopo fissate.

Non vi è dubbio che tali regole configurino una novità rispetto ad un sistema regolamentare fondato sul rispetto del risultato sportivo e del piazzamento finale in campionato che, invece, a seconda dei casi potrebbe non essere garantito alle seconde squadre. Si tratta, pertanto, di valutare sino a che punto il principio di promozione e retrocessione, che rappresenta uno dei cardini del "Regolamento a disciplina dell'applicazione dello Statuto FIFA", ed è espressione del concetto di "integrità sportiva", possa essere messo in discussione<sup>19</sup>.

Appare, di conseguenza, evidente che le critiche ed i timori, in tema di regolarità della stagione sportiva, avanzate da numerosi commentatori e da alcune tifoserie, rispetto alla condizione in cui versano alcune società sportive (situazioni di potenziale conflitto riguardano, nel breve periodo, la SSC Salernitana, e nel medio periodo, tra le altre, la SSC Bari ), che potrebbe influenzarne, in negativo, il rendimento calcistico, vadano rivalutate alla luce di una scelta metodologica

---

<sup>19</sup> Il capo IV del "Regolamento a disciplina dell'applicazione dello Statuto FIFA", titolato "Integrità sportiva" prevede all'art. 9, comma 1 e 2, che:

"Il diritto di un club a partecipare ad un campionato nazionale di lega dipende principalmente dal merito sportivo. Per qualificarsi a un campionato nazionale di lega, un club deve rimanere all'interno di una determinata divisione (serie) o essere promosso o retrocesso ad un'altra divisione al termine della stagione.

2. In aggiunta alla qualificazione per merito sportivo, la partecipazione di un club ad un campionato nazionale di lega può essere soggetta ad altri criteri nell'ambito della procedura di concessione di licenze, laddove l'enfasi viene posta su considerazioni di carattere sportivo, infrastrutturale, amministrativo, legale ed economico. Le decisioni legate alla concessione di licenze devono potere essere esaminate dall'organo di appello dell'affiliata".

della federazione, che sembra votata alla introduzione di istituti innovativi nel panorama calcistico professionistico, sino ad ipotizzare tornei che si concludano con la possibile previsione della mancata promozione della squadre vincente o con la configurazione di una retrocessione, nei fatti, indolore (attraverso la riammissione al torneo di Serie C).

L' idoneità dello strumento della pluriproprietà nel campo del calcio professionistico italiano, in altri termini, non può essere valutata in maniera isolata, ma in armonia con le attuali prospettive del movimento federale e delle altre innovazioni, teleologicamente orientate alla diffusione e valorizzazione del calcio giovanile e di realtà calcistiche *in bonis*, che garantiscano la tenuta, anche economica, del sistema.

Il tema è, ancora una volta, incentrato sul bilanciamento dei valori in gioco e, non a caso, il citato art. 9 del Regolamento FIFA – riportato nel Capo IV titolato, significativamente, "Integrità Sportiva" – dopo aver affermato il principio di promozione e retrocessione quale regola generale, al comma 2 apre ad altri criteri, sussidiari, fondati su "considerazioni di carattere sportivo, infrastrutturale, amministrativo, legale ed economico".

Da questa prospettiva, dunque, l'attuale apertura verso talune forme di pluriproprietà appare coerente con l'attuale politica federale, sebbene le ragioni dei critici siano foriere di argomentazioni da non sottovalutare, evidenziando le contraddizioni insite in queste innovative forme di partecipazione ai campionati professionistici<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> In tema di seconde squadre i critici sostengono che, perché il modello funzioni davvero quale propulsore del calcio giovanile professionistico, sia necessario ridurre il limite di età da 23 a 20 anni, ed evitare così di schierare nelle seconde squadre solo i giocatori in esubero. La riduzione dell'età massima a 20 anni, tuttavia, comporterebbe un potenziale conflitto con i settori giovanili (che negli ultimi anni sono cresciuti in competitività), e, quindi, un cortocircuito del sistema. C'è, inoltre, chi contesta il modello alla radice, ritenendo che lo stesso non sia in linea con lo spirito "storico" della nostra Serie C, che da sempre rappresenta le c.d. "piazze piccole": società spesso storiche, con alterne fortune sportive ma con un grande e costante seguito (valore, quello rappresentato da piazza e tifosi, di cui le seconde squadre sono indubbiamente prive).

Parimenti, i critici della pluriproprietà ritengono che, non essendovi interesse a condurre la squadra "minore" nella massima serie, dovendosi altrimenti cederne la proprietà, quest'ultima sarà condannata a svolgere il ruolo servente di società satellite rispetto alla società di serie A e, in tal modo, di non acquisire vera autonomia sul piano sportivo.

Entrambe le questioni si presentano particolarmente complesse, giacché non v'è chi non veda che la mancanza di autonomia può facilmente tramutarsi in mancanza di motivazioni sportive e incidere sulla bontà e regolarità delle prestazioni, creando situazioni di opacità ed esponendo pericolosamente le squadre e gli atleti alle attenzioni della criminalità organizzata, sempre interessata alla gestione illecita, per fini speculativi e di riciclaggio, degli eventi sportivi.

## **5. La gestione della *multiple football club ownership* nell' ordinamento federale internazionale UEFA e nella regolamentazione delle principali federazioni calcistiche europee.**

Un ulteriore contributo alla riflessione sul tema può derivare dall'analisi della regolamentazione del fenomeno in esame nella normativa UEFA ed in quella delle principali federazioni nazionali europee: la semplice constatazione che ogni federazione prescriva una apposita disciplina delle situazioni di potenziale conflitto di interesse e di quelle che possono arrecare *vulnus* alla regolarità dei tornei dimostra, ancora una volta, la delicatezza e attualità della questione<sup>21</sup>.

Particolarmente rigorosa appare la disciplina dettata dalla federazione inglese in materia di *multiple football club ownership* e conflitto di interessi, fondata essenzialmente su due criteri:

- a. la persona fisica o giuridica consegue la qualifica di "*Individual*" qualora assuma la carica di dirigente ovvero acquisisca più del 30% delle partecipazioni azionarie di una società calcistica ovvero, ancora, abbia la facoltà di nominare o rimuovere i membri del consiglio di amministrazione della predetta società. Colui che assume tale qualifica è soggetto ad uno specifico test<sup>22</sup> e deve sottoscrivere l'impegno a rispettare le condizioni previste nella *Premier League Rule D.2.*: per quanto di interesse, l'*Individual* – che perde tale qualifica se condannato per gravi reati penali contro il patrimonio o se è coinvolto nel fallimento di altro club sportivo – non può detenere più del 9,9% delle quote societarie di un altro club professionistico associato alla federazione inglese;
- b. tale divieto assume chiara valenza se associato al secondo criterio fondamentale dettato nel sistema britannico, relativo alla definizione di "interesse significativo": si trova in posizione di "interesse significativo" (o "rilevante") chiunque detenga legalmente una quota societaria che, da sola o abbinata ad altre quote detenute in via indiretta o tramite il controllo di terzi gruppi a lui riferibili, gli consenta di esprimere oltre il 10% del totale dei voti<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> Per un approfondimento, di taglio internazionale, sul tema del *multi-club ownership in football*, si rimanda alla rivista *Football Legal Journal*, dicembre 2020, n. 14, pp. 67-150. La rivista è reperibile online al seguente link <https://www.football-legal.com/>

<sup>22</sup> Il test è dettagliatamente illustrato nell'appendice 3 al Regolamento della EFL, denominato "*Owners' and Directors' test*" e rinvenibile al seguente link <https://www.efl.com/-/more/governance/efl-rules--regulations/appendix-3---owners-and-directors-test/>;

<sup>23</sup> "Significant Interest" means the holding and/or possession of the legal or beneficial interest in, and/or the ability to exercise the voting rights applicable to, shares or other securities in the Club which confer in aggregate on the holder(s) thereof ten (10) per cent or more of the total voting

Sulla base di tale combinato disposto, il regolamento britannico dispone che nessun soggetto possa avere o acquisire un interesse significativo in più di un club e, parimenti, che nessun soggetto possa avere la proprietà, gestione o partecipazione dominante nell'amministrazione di più di un club.

Ne deriva che non soltanto è vietata l'assunzione della posizione di *Individual* (che, in sostanza, definisce una sorta di posizione dominante) in più di un club, ma lo stesso *Individual* – come qualsiasi altro soggetto titolare di un mero "interesse significativo", ossia di almeno il 10% dei diritti di voto – non può assumere una partecipazione che dia vita a "un interesse significativo" in un secondo club.

Nel sistema calcistico federale spagnolo, invece, la normativa risulta ancora più stringente sotto il profilo quantitativo: invero, ai sensi dell'art. 17 del *Real Decreto 1251/1999, de 16 de julio*<sup>24</sup>, nessuna persona fisica o giuridica che detiene, direttamente o indirettamente, una partecipazione nei diritti di voto di una società sportiva uguale o superiore al 5% può detenere, direttamente o indirettamente, una partecipazione uguale o superiore a tale 5% in altra società sportiva che partecipa alla medesima competizione professionistica o, se distinta, alla medesima specialità sportiva.

Inoltre, le società sportive e i club che partecipano alle competizioni professionistiche statali non possono partecipare, né direttamente né indirettamente, al capitale di altra società sportiva che partecipa alla medesima competizione professionistica o, se distinta, alla medesima specialità sportiva<sup>25</sup>.

---

rights exercisable in respect of the shares of any class of shares of the Club. All or part of any such interest may be held directly or indirectly or by contract including, but not limited to, by way of membership of any Concert Party, and any rights or powers held by an Associate, Nominee or Connected Person shall be included for the purposes of determining whether an interest or interests amounts to a 'Significant Interest'.

E' possibile consultare il testo di riferimento (Regolamento EFL) al seguente link <https://www.efl.com/-more/governance/efl-rules--regulations/section-1---general/>;

<sup>24</sup> Il testo completo del Regio Decreto citato è rinvenibile al seguente link <https://www.boe.es/eli/es/rd/1999/07/16/1251/con>

<sup>25</sup> Di seguito, si riporta il testo in lingua originale dell'art. 17, rubricato "Prohibiciones de adquisición de acciones":

"1. Las sociedades anónimas deportivas y los clubes que participen en competiciones profesionales de ámbito estatal no podrán participar directa o indirectamente en el capital de otra sociedad anónima deportiva que tome parte en la misma competición profesional o, siendo distinta, pertenezca a la misma modalidad deportiva.

2. Ninguna persona física o jurídica que, directa o indirectamente, ostente una participación en los derechos de voto en una sociedad anónima deportiva igual o superior al 5 por 100 podrá detentar directa o indirectamente una participación igual o superior a dicho 5 por 100 en otra sociedad anónima deportiva que participe en la misma competición profesional o, siendo distinta, pertenezca a la misma modalidad deportiva. 3. La adquisición de acciones de una sociedad

Tale previsione, tuttavia, facendo riferimento alle "competizioni professionistiche in ambito statale" è limitata, per quanto attiene all'ambito soggettivo, alle sole società sportive che partecipano ai campionati di prima e seconda divisione.

Ciò che preme osservare, ad ogni modo, è che entrambi i sistemi prevedono dei meccanismi rigidi a tutela dell'integrità delle competizioni calcistiche, difettando tuttavia un raccordo tra le diverse discipline.

A tal riguardo, un ulteriore elemento che accresce la disarmonia nella regolamentazione del fenomeno è data dalla disciplina dettata dalla UEFA che, parimenti, affronta il problema della pluriproprietà dei club, ma nella prospettiva europea.

È interessante osservare che la regolamentazione UEFA, introdotta a partire dalla stagione sportiva 2000/2001, trae origine da un caso giurisprudenziale che vedeva il coinvolgimento di una società (la ENIC) nell'acquisizione di un pacchetto azionario di minoranza nell'AEK Atene FC e di maggioranza nello Slavia Praga FC, società sportive qualificatesi, nella stagione 1999/2000, per la medesima competizione europea, la Coppa UEFA (oggi, Europa League)<sup>26</sup>.

Proprio sulla base della decisione del CAS, l'UEFA stabilì che una persona, fisica o giuridica, si trova in posizione di conflitto di interesse quando, possedendo il 50.1% delle azioni societarie di un club, acquisisce il 50.1% delle azioni societarie di un altro club che prende parte alla medesima competizione UEFA, ovvero abbia il diritto di nominare o rimuovere i dirigenti del predetto club.

La normativa così dettata dalla UEFA si dimostra meno rigida nella valutazione delle posizioni di interesse, richiedendo l'acquisizione di una partecipazione sociale notevolmente più alta rispetto a quanto previsto dalle normative federali spagnole e britanniche. Tale circostanza, se da un lato ha sollevato numerose critiche per la mancata uniformità della normativa, dall'altro indusse, successivamente, la UEFA medesima ad introdurre un parametro additivo e flessibile, applicabile secondo la logica *case by case*, che impedisce l'acquisizione di ulteriori posizioni di interesse: si tratta della capacità di esercitare "una influenza decisiva" nell'ambito di una società sportiva, elemento che viene equiparato, di fatto, ad una partecipazione di maggioranza.

---

anónima deportiva o de valores que den derecho a su suscripción o adquisición hecha en contravención de lo dispuesto en los tres primeros apartados del artículo 23".

<sup>26</sup> Per approfondimenti sul tema, si rimanda all'articolo di D. GEEY, *Multiple football club ownership*, reperibile al seguente link <https://www.danielgeey.com/post/multiple-football-club-ownership-disparities-between-rules/>;

L'analisi delle discipline straniere e internazionali mette in evidenza un unico punto in comune, ossia l'impossibilità di far partecipare alla medesima competizione (sia essa nazionale o internazionale) due società riferibili alla medesima compagine, fisica o giuridica: tale limite, invalicabile, è come detto il portato dello Statuto FIFA, che all'art. 18, comma 2, stabilisce l'obbligo per le federazioni affiliate di garantire "che nessuna persona fisica o giuridica (comprese società controllanti e controllate) eserciti il controllo su più di un club ove l'integrità di una partita o di una competizione possa essere compromessa". Tuttavia, non si registra sostanziale uniformità sulla concreta determinazione dei confini alle proprietà plurime né sulla gestione delle ipotesi di maggiore criticità, come quella oggetto di questo scritto.

#### **6. L'analisi dell'art. 16 *bis* N.O.I.F.: proposte ermeneutiche ed emendative.**

Tornando al panorama nazionale, esaurite le considerazioni di tipo metodologico e sistematico, residua l'analisi specifica dei rimedi che l'attuale disciplina regolamentare della FIGC offre per superare quella che si è definita "situazione-limite", ossia la compresenza nella medesima categoria professionistica di due società facenti capo alla medesima proprietà.

In disparte qualsiasi valutazione, ampiamente sviluppata, sulla opportunità o meno delle plurime proprietà, si era già osservato che la soluzione prevista era frutto di una mera riproposizione di una prescrizione costruita e pensata per un sistema transitorio, probabilmente inserita quale clausola di salvaguardia, mera norma di chiusura del cui utilizzo pratico si dubitava non poco.

Invero, in base all'attuale formulazione dell'art. 16 *bis* comma 4 N.O.I.F. – giova ripeterlo – in caso di sopravvenienza di "situazioni tali da determinare in capo al medesimo soggetto situazioni di controllo diretto o indiretto in società della medesima categoria, i soggetti interessati dovranno darne immediata comunicazione alla FIGC e provi termine entro i 30 giorni successivi".

Ne deriva che, in caso di promozione – della seconda società detenuta – che dia luogo a tale situazione, il proprietario dovrà giocoforza cederne la titolarità o le quote e tale cessione sarà soggetta ad una cadenza temporale particolarmente stringente.

Parimenti, nel caso – meno probabile ma non impossibile – di retrocessione della prima società detenuta.

Anzitutto, vi sarebbe da interrogarsi sul dato temporale, potendocisi domandare, in assenza di precise indicazioni, se il termine sia perentorio oppure ordinatorio.

Allo stesso tempo, ci si dovrebbe domandare quale sia il criterio di individuazione del *dies a quo* per la decorrenza del termine.

Quanto alla prima questione, essa sembra involgere una problematica di sostanza, piuttosto che di forma: quale ne sia la natura, il termine vuole evitare che si verifichi, concretamente, una situazione in cui due compagini appartenenti al medesimo soggetto partecipino allo stesso campionato. Ne consegue che, al più tardi, il termine dovrà considerarsi spirato alla data di inizio delle competizioni ufficiali.

Quanto al secondo interrogativo, premesso che la circostanza della promozione (o retrocessione) è fatto notorio e certamente nella piena conoscenza della FIGC, di tal guisa apparendo superflua la comunicazione, sembrano plausibili due opzioni ermeneutiche: la prima, più favorevole al soggetto cedente, che fa decorrere il termine dal momento della richiesta di iscrizione al nuovo campionato; la seconda, meno favorevole al cedente e, per le ragioni che si esporranno, meno condivisibile, che fa decorrere il termine dalla data della ufficializzazione delle classifiche finali dei tornei.

La maggiore criticità, tuttavia, in parte connessa anche alle tempistiche fisiologicamente brevi per il superamento della situazione di conflitto di interessi, è data dalla difficoltà di ipotizzare un processo di cessione di una società sportiva professionistica senza che la cogenza ed urgenza del trasferimento impatti in maniera negativa sulla quotazione e sul prezzo di vendita.

In altri termini, la previsione federale per la risoluzione del conflitto incide sulle logiche di mercato, condizionando il regolare rapporto tra domanda e offerta e ponendo il cedente di fronte ad un *aut aut*, costretto a decidere se operare una vendita forzata, a prezzo verosimilmente svilito, ovvero rinunciare alla iscrizione della società in massima serie.

Sembra dunque opportuno valutare una rimodulazione o, in alternativa, una maggiore puntualizzazione delle regole, peraltro piuttosto generiche, al fine di garantire allo stesso tempo una soluzione al potenziale conflitto di interessi e una tutela per chi, confidando nella concessione federale di cui all'art. 16 bis, comma 4, ha proceduto ad acquisire una seconda società, prelevandola dalle categorie dilettantistiche e conducendola sino ai vertici delle leghe nazionali.

A tal riguardo, sulla base di tutto quanto detto e argomentato, pare da escludersi una soluzione modulata sulla scorta del regolamento previsto per le seconde squadre, relativo alla impossibilità di iscriversi al torneo di categoria superiore dopo averne conquistato sul campo il diritto: tale soluzione, che desta forti perplessità anche per le squadre b, sarebbe a maggior ragione penalizzante per

società che hanno una storia ed un riferimento territoriale autonomo. Si tratterebbe di svilire le legittime aspirazioni dei tifosi e di tradire il senso più genuino insito nel concetto di sport agonistico, minando alla base la regolarità del torneo e violando il principio FIFA di "integrità sportiva", in assenza di una valida causa giustificativa, di carattere economico, giuridico o sportivo.

In altri termini, ove non si ritenga maggiormente conforme ai principi universali dello sport reintrodurre un divieto generale alla pluriproprietà o mitigarlo sotto il profilo soggettivo, attraverso una modifica all'art. 16 comma 2 N.O.I.F. che miri a rimodulare il concetto di "soggetto in posizione di controllo", limitandolo al singolo individuo fisico, al coniuge ed agli ascendenti e discendenti in linea diretta, la più plausibile appare la strada della ristrutturazione della procedura di cessione della società.

Sotto questo profilo, oltre ad una migliore scansione dei tempi e dei passaggi, sarebbe opportuno prevedere una figura terza in grado di fornire una stima imparziale e obiettiva del valore della società, da impostarsi come offerta base per eventuali acquirenti, prevedendosi altresì una soluzione temporanea per i casi in cui le operazioni di vendita non riescano a concludersi entro il termine di inizio della nuova stagione sportiva.

Molteplici potrebbero essere le opzioni tecniche per ovviare alle criticità esposte, nella consapevolezza che la individuazione di un modello richiede, al contempo, valutazioni giuridico-economiche quanto scelte squisitamente politiche, *rectius* di politica sportiva<sup>27</sup>.

## 7. Conclusioni.

In conclusione, alla luce della ricostruzione della vicenda sulla scorta delle problematiche emerse nel dibattito pubblico, possono enuclearsi alcuni punti fermi, da cui partire per impostare una possibile riforma:

1. L'attuale articolo 16 *bis*, comma 4, delle N.O.I.F. non appare del tutto compatibile con l'art. 7, comma 7, dello Statuto federale, ponendo una eccezione in grado di sconfessare la regola. Cionondimeno, ove la scelta fosse

---

<sup>27</sup> A tal riguardo, di particolare interesse appare la proposta, emersa nel corso di un recente convegno dell'AICAS - Associazione italiana Commercialisti Azienda Sport, tenutosi in Bari il 10.10.2020.

Nel documento di riferimento, l'Associazione invita la FIGC a:

1. "rivedere e rafforzare" l'art. 16 *bis* Noif, con "proroga" del tempo da 30 a 90 giorni per rimuovere la situazione del controllo societario del club oggetto di multiproprietà;
2. "facilitare" le operazioni di cessione quote e/o azioni del club oggetto della multiproprietà con eventuale intervento della Figc, nella ricerca di potenziali acquirenti;
3. "attivare" un metodo specifico di valutazione dei club oggetto di multiproprietà.



rivolta all'apertura verso nuove forme di partecipazione sportiva, allo scopo di favorire la promozione delle categorie giovanili e delle realtà territoriali minori, sarebbe auspicabile modificare in tal senso lo Statuto.

2. La tematica delle plurime partecipazioni (proprietà) in società calcistiche professionistiche pone rilevanti criticità in tema di conflitto di interessi e di regolarità e integrità delle competizioni sportive: la disciplina nazionale, al fine di favorire e promuovere maggiore uniformità, dovrebbe ispirarsi a quella prevista dalla normativa UEFA e delle principali federazioni nazionali europee.
3. In un'ottica restrittiva, conforme all'attuale formulazione dello Statuto ed alle indicazioni della FIFA, una prima possibilità è quella di eliminare in radice la possibilità di plurime proprietà – almeno – tra società professionistiche, reintroducendo, di conseguenza, una disposizione transitoria che preveda nuovi termini per la dismissione delle partecipazioni in esubero;
4. In un'ottica intermedia, in grado di coniugare le esigenze paventate dalla federazione con la garanzia della tutela dei principi generali dello sport, sarebbe ipotizzabile la rimodulazione soggettiva dei limiti alle pluriproprietà, attraverso la modifica dell'art. 16 *bis*, comma 2, N.O.I.F., riducendo il numero dei soggetti rilevanti ai fini della configurabilità di una posizione di controllo.

In tale prospettiva, si potrebbe introdurre una previsione di incompatibilità soggettiva assoluta, ma limitata al solo soggetto fisico (nonché al coniuge, ascendenti e discendenti in linea retta) ed alle società nella sua proprietà, controllo o rispetto alle quali riveste una posizione dominante. Quest'ultimo, dunque, non potrebbe detenere alcuna ulteriore partecipazione, nemmeno in società militanti in campionati professionistici diversi o in campionati dilettantistici.

Resterebbe, viceversa, aperta la possibilità di plurime partecipazioni tra parenti non in linea retta nonché tra affini, di qualsiasi grado. Tale soluzione fonda sul principio della autonomia dei patrimoni, che dovrebbe offrire garanzie sufficienti per la tutela del regolare svolgimento delle competizioni sportive.

La proposta modifica farebbe implicitamente venir meno il meccanismo, derogatorio ed eccezionale, che ha dato vita alle odierne pluriproprietà, impedendo in radice ad un soggetto titolare di una società di serie A di acquisire una ulteriore compagine societaria, seppur militante nelle categorie dilettantistiche.

D'altro canto, il medesimo meccanismo di riduzione soggettiva, ove invece applicato sulla base dell'attuale vincolo, limitato alla compartecipazione al medesimo torneo, produrrebbe l'effetto opposto, ossia di favorire lo sviluppo

di quelle che, con i canoni vigenti, sono considerate multiproprietà, ampliando il novero dei potenziali acquirenti.

5. Nella diversa prospettiva del mantenimento del vigente sistema regolamentare, è necessario anzitutto riconoscere la inefficienza delle attuali procedure di cui all'art. 16 *bis*, comma 4, N.O.I.F. ed operare una compiuta regolamentazione del processo di cessione della società calcistica al fine di superare la condizione-limite, ed il palese conflitto di interesse, insiti nella compresenza di due società nella medesima proprietà, partecipanti allo stesso campionato.

A tal fine, al netto delle proposte esemplificative suesposte, appare indispensabile intraprendere un percorso di lavoro in seno agli organi preposti, FIGC in prima battuta e CONI in seconda, in virtù dei poteri di controllo e vigilanza a quest'ultima riconosciuti dalle disposizioni di legge.

### **8. La recente presa di posizione della FIGC.**

Quest'ultimo auspicio è stato, di recente, accolto dalla FIGC.

Nel corso di una riunione del Consiglio federale, tenutasi in data 26.04.2021, di cui al Comunicato ufficiale n. 231/A<sup>28</sup>, la FIGC ha mutato il proprio orientamento in tema di plurime proprietà calcistiche, con una decisione che, di fatto, ha ristabilito lo *status quo*, chiudendo nuovamente alle multiproprietà nel calcio.

In sintesi, il Consiglio, apportando modifiche all'art. 16 bis delle NOIF<sup>29</sup> nonché all'art. 31, comma 9, del Regolamento di Giustizia Sportiva FIGC (noto come

---

<sup>28</sup> Il comunicato ufficiale, in uno agli allegati, è reperibile al seguente link: <https://www.figc.it/media/136179/231-modifica-art-16-bis-noif-e-art-31-codice-di-justizia-sportiva.pdf>

<sup>29</sup> Si riporta il nuovo testo dell'art. 16 *bis*, in grassetto le parti aggiunte, barrate quelle eliminate:

1. Non sono ammesse partecipazioni o gestioni che determinino in capo al medesimo soggetto controlli diretti o indiretti in società appartenenti alla sfera professionistica.
2. Ai fini di cui al comma 1, un soggetto ha una posizione di controllo di una società o associazione sportiva quando allo stesso, ai suoi parenti o affini entro il quarto grado sono riconducibili, anche indirettamente, la maggioranza dei voti di organi decisionali ovvero un'influenza dominante in ragione di partecipazioni particolarmente qualificate o di particolari vincoli contrattuali".
3. L'inosservanza del divieto di cui al comma 1 costituisce illecito e comporta l'applicazione delle sanzioni previste dall'art. 31 del Codice di Giustizia Sportiva. L'avvio del procedimento disciplinare comporta la sospensione dei contributi erogabili dalle Leghe o dalla Federazione. La sospensione dei contributi è revocata, in caso di pronuncia definitiva favorevole alle società o è convertita in decadenza, in caso di pronuncia definitiva sfavorevole alla società. Entro 30 giorni dal passaggio in giudicato della decisione di condanna degli organi della giustizia sportiva che hanno accertato l'inosservanza del divieto di cui al comma 1, i soggetti interessati dovranno porvi rimedio e, in caso contrario, incorreranno nelle ulteriori sanzioni previste dall'art. 31 del Codice di Giustizia Sportiva.

Codice di Giustizia Sportiva), ha deliberato nel senso di escludere, per il futuro, la possibile compartecipazione di un soggetto, che si trovi in posizione di controllo di una società sportiva professionistica, in un'altra società professionistica.

Nello specifico, è stato in primo luogo modificato il comma 1 dell'art. 16 *bis*, la cui nuova formulazione è la seguente:

“Non sono ammesse partecipazioni o gestioni che determinino in capo al medesimo soggetto controlli diretti o indiretti in società appartenenti alla sfera professionistica”.

La regola introdotta è chiara e traccia un netto confine in materia di plurime partecipazioni societarie: sono vietate le plurime partecipazioni in società professionistiche; sono ammesse plurime partecipazioni tra società professionistiche e società dilettantistiche.

In base al combinato disposto del nuovo comma 3 dell'art. 16 bis NOIF e del nuovo comma 9, primo e secondo periodo, dell'art. 31 Regolamento di Giustizia Sportiva FIGC, si configura un meccanismo sanzionatorio bifasico e graduato, che colpisce, progressivamente, prima la condotta violativa e poi l'inerzia colpevole dei soggetti coinvolti nella vicenda: tale sistema, in un primo momento, corrispondente all'avvio del procedimento disciplinare, comporta l'applicazione delle sanzioni già previste nella vecchia formulazione dell'art. 31 comma 9, primo periodo, a carico della società e dei soci<sup>30</sup>; in un secondo momento, susseguente al decorso di 30 giorni dal passaggio in giudicato della pronuncia di condanna, determina l'esclusione dal campionato di competenza nonché un notevole aggravamento della sanzione della inibizione temporanea di

4. Qualora, a seguito del passaggio di una società del settore dilettantistico al settore professionistico, si incorra nella situazione vietata dal comma 1, i soggetti interessati devono porvi rimedio nel termine di 5 giorni prima della scadenza fissata per l'iscrizione al campionato professionistico di competenza. L'inosservanza del suddetto termine comporta l'applicazione delle sanzioni previste dall'art. 31 del Codice di Giustizia Sportiva. L'avvio del procedimento disciplinare comporta la sospensione dei contributi erogabili dalle Leghe o dalla Federazione, La sospensione dei contributi è revocata, in caso di pronuncia definitiva favorevole alle società o è convertita in decadenza, in caso di pronuncia definitiva sfavorevole alla società.
5. Entro 30 giorni dal passaggio in giudicato della decisione di condanna degli organi della giustizia sportiva che hanno accertato l'inosservanza del termine di 5 giorni di cui al comma 4, i soggetti interessati dovranno porre rimedio al permanere della violazione di cui al comma 1 e, in caso contrario, incorreranno nelle ulteriori sanzioni previste dall'art. 31 del Codice di Giustizia Sportiva.

<sup>30</sup> Come riportato alla nota n. 5, le sanzioni sono: a carico della società, la penalizzazione di almeno due punti in classifica e l'ammenda nella misura da euro 10.000,00 ad euro 50.000,00 da destinarsi alla FIGC per la cura del vivaio nazionale; a carico dei soci, anche se interposti, aventi plurime partecipazioni, la sanzione di cui all'art. 9, comma 1, lettera h) (n.d.A: inibizione temporanea a svolgere attività in ambito FIGC), per un periodo non inferiore ad un anno”.

cui al citato art. 9, comma 1, lett. h), Regolamento Giustizia Sportiva FIGC, che passa da un periodo "non inferiore ad un anno", a quello, fisso, di "cinque anni". Il meccanismo così illustrato viene, inoltre, integrato con la previsione di una ulteriore e peculiare ipotesi, di cui al successivo comma 4 dell'art. 16 bis NOIF, la cui *ratio* viene esplicitata in un passaggio dei *considerata* di cui al citato Comunicato Ufficiale n. 231/A, in base al quale si incorre nella situazione vietata di cui all'art. 16 *bis* comma 1 "anche nel caso la stessa sopravvenga al passaggio di una società dal settore dilettantistica al settore professionistico".

Viene così espressamente meno quella deroga che, a partire dal 2013, aveva dato vita alla possibile coesistenza di due società professionistiche in capo alla medesima persona, fisica o giuridica.

Ed invero, l'ipotesi in oggetto è oggi disciplinata dal nuovo comma 4 dell'art. 16 *bis* che, per il caso di situazione di incompatibilità derivante dal passaggio di una società dal settore dilettantistico a quello professionistico, impone ai soggetti interessati di risolvere la situazione di conflitto entro 5 giorni dal termine di scadenza per l'iscrizione al campionato professionistico di competenza, pena l'applicazione delle sanzioni disciplinari di cui all'art. 31 comma 9, secondo capoverso, lett. a) e b), del Regolamento di Giustizia Sportiva FIGC, nella sua nuova formulazione.

Peraltro, una volta conclusosi il procedimento disciplinare con la condanna dei soggetti coinvolti, si prevede la concessione di un ulteriore termine, pari a 30 giorni decorrenti dal passaggio in giudicato della condanna, per risolvere la situazione di conflitto ancora persistente, pena l'applicazione delle più incisive sanzioni, di cui al comma 9, secondo capoverso, dell'art. 31 Regolamento Giustizia Sportiva FIGC (corrispondenti a quelle, già analizzate, di cui al primo capoverso), ossia esclusione dal campionato ed inibizione temporanea per anni 5.

Infine, la nuova previsione viene integrata con due disposizioni transitorie<sup>31</sup>.

La prima rappresenta una deroga al divieto, a favore delle situazioni di partecipazioni plurime tra società professionistiche ad oggi già sussistenti, che rimangono sottoposte alle normative previgenti. Ciò comporta, in altri termini,

<sup>31</sup> Art. 16 *bis*, "Norme finali e transitorie":

- I. Le situazioni di controllo diretto e/o indiretto da parte di un medesimo soggetto, esistenti alla data del 26 aprile 2021 in più società professionistiche, restano regolate dalle disposizioni previgenti.
- II. Le situazioni di controllo diretto e/o indiretto da parte di un medesimo soggetto, esistenti alla data del 26 aprile 2021 in società dilettantistiche e professionistiche, restano regolate dalle disposizioni previgenti fino all'ammissione ai campionati professionistici 2021/2022. Terminata tale fase, dette situazioni saranno regolate dalle nuove disposizioni.

che per queste situazioni l'unico limite sussistente permane quello della contemporanea partecipazione di due società al medesimo torneo professionistico.

La seconda, di non semplice interpretazione, appare finalizzata a disciplinare le partecipazioni, già in essere alla data del 26.04.2021, tra società professionistiche e dilettantistiche, secondo le regole previgenti, ma soltanto "sino all'ammissione dei campionati professionistici 2021/2022".

Tale espressione si presta ad essere oggetto di diverse interpretazioni: in una interpretazione letterale, più restrittiva ma di dubbia utilità pratica, si limita a differire nel tempo l'applicazione del nuovo meccanismo di cui all'art. 16 *bis*, comma 4 e 5, sino alla data di ammissione al campionato di competenza; in una interpretazione meno ancorata al testo, ma di maggiore intelligenza sistematica, condurrebbe a consentire, almeno per la stagione 2021/2022, nuove ipotesi di plurime partecipazioni nei campionati professionistici, in deroga al dettato di cui all'art. 16 *bis*, comma 1 e 4.

Alla luce di tutto quanto illustrato, la novella introdotta può essere commentata, sotto un duplice profilo, giuridico e pratico.

In punta di diritto, l'iniziativa appare lodevole e, sotto il profilo sistematico, permette di colmare quella evidente discrasia che, a partire dal 2013, si era determinata tra Statuto e N.O.I.F.

Sotto il profilo pratico, essa determina un duplice effetto: esclude in radice la possibile nascita di nuove multiproprietà, mostrando che il legislatore sportivo ha assunto una decisa presa di posizione sulla delicata tematica; consente la salvezza di quelli che, attecnicamente, potremmo definire diritti quesiti, garantendo il mantenimento di quelle posizioni di plurime partecipazioni tra società professionistiche, ad oggi già sussistenti.

Sotto quest'ultimo profilo, tuttavia, la decisione della Federazione mostra tutti i propri limiti: non tanto per la previsione di una clausola di salvezza, la cui presenza, al contrario, appare opportuna per tutelare la buona fede e le legittime aspettative di chi ha acquisito partecipazioni societarie quando le regole lo permettevano; bensì per non aver portato alla logica conclusione un percorso di riforma.

Se da un lato, invero, appariva forse più opportuno che la deroga concessa non fosse *ad libitum*, bensì modulata sulla falsariga della precedente disposizione transitoria, con indicazione di termini, ragionevolmente lunghi, entro i quali dismettere le partecipazioni in eccesso; dall'altro – a maggior ragione se non si pone limite temporale alle situazioni di plurime partecipazioni già esistenti –

appare evidente che la federazione avrebbe dovuto assumere chiara posizione sulla situazione più spinosa, attinente alla riformulazione del meccanismo previsto per il caso di contestuale presenza di due società, facenti capo alla medesima persona, fisica o giuridica, nel medesimo campionato.

Per vero, dalla lettura dell'ultimo dei *considerata* di cui al citato Comunicato ufficiale n. 231/A, che recita testualmente "ritenuto, di dover regolare le situazioni preesistenti con la disciplina transitoria riportata nel testo allegato A), riservando ulteriori approfondimenti, con eventuali interventi modificativi all'esito degli stessi", emerge che il legislatore sportivo sia perfettamente a conoscenza della criticità del tema, tanto da riservarsi – e quasi prospettare – un ulteriore e futuro intervento *ad hoc*, che, per quanto argomentato, appare ormai indifferibile.

È, invero, su questo delicato profilo che si gioca la partita della credibilità e della coerenza del movimento calcistico italiano professionistico e, sul punto, *tertium non datur*: o si eliminano tutte le condizioni di multiproprietà – soluzione già adottata *pro futuro* – senza prevedere eccezioni, ovvero si regolamentano quelle residue in maniera tale da garantire, al contempo, il mantenimento del valore economico di una società calcistica e la tutela del merito sportivo.